



UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
CAMPUS DE NATAL
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

ISAIANE COSTA PEREIRA

**REPARAÇÃO CIVIL EX DELICTO ATRAVÉS DE TUTELA
COLETIVA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Natal/RN

2014

ISAIANE COSTA PEREIRA

REPARAÇÃO CIVIL EX DELICTO ATRAVÉS DE TUTELA
COLETIVA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Monografia elaborado como requisito final à
obtenção do grau de especialista em Direito
Difuso e Coletivo da Universidade do Estado
do Rio Grande do Norte.

Orientador: Prof. Ms. Carlos Sérgio Gurgel.

Natal/RN

2014

ISAIANE COSTA PEREIRA

**REPARAÇÃO CIVIL EX DELICTO ATRAVÉS DE TUTELA COLETIVA
PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Monografia apresentada à Universidade do Estado Rio Grande do Norte-UERN- como requisito final à obtenção do grau de especialista em Direito Difuso e Coletivo da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

Aprovado em: 10/ 06/2014

Banca Examinadora

Prof. Ms.Carlos Sérgio Gurgel
UERN

Prof. Ms Claudomiro Batista de
Oliveira Júnior
UERN

Profa. Ms.Aurélia Carla Queiroga da
Silva
UERN

Dedico este trabalho a Deus, princípio e fim de todas as coisas, pela fé, motivação e força que me dispensou, na conquista de mais um ideal e aos meus colegas de turma que sempre tornaram as aulas um grande prazer.

RESUMO

O presente trabalho vem traçar algumas considerações sobre a inovação jurídica que busca integrar em um único ato, a seara cível e criminal, no afã de dar mais celeridade aos atos processuais do Judiciário nacional, bem como facilitar o acesso à Justiça, permitindo o ressarcimento das vítimas de crimes de um modo mais rápido e satisfatório. Aponta a legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar a ação civil coletiva de indenização decorrente da prática de crime, a chamada ação civil *ex delicto* (ou *actio civilis ex delicto*), ainda que sendo ponto de controvérsia na doutrina jurídica pátria. Discute, por meio de uma visão dialética de conhecimento, a importância de unir duas searas distintas do direito a fim de oportunizar a garantia de Justiça a todos que dela dependam, fazendo uma análise por intermédio da história, da doutrina clássica, no que tange ao instituto da indenização civil e sua possibilidade de pleito coletivo. Sendo possível satisfazer várias pessoas com uma só ação, trazendo assim celeridade e eficiência ao processo.

Palavras-chave: Ressarcimento. Indenização. Vítima. Coletivo.

ABSTRACT

The current work has the goal of outlining a few considerations concerning the integration of civil and criminal proceedings in one sole act, a legal innovation which would accelerate court proceedings, facilitate access to justice as well as lead to a faster and more satisfactory compensation for crime victims. One highlights the legitimacy of the Public Prosecutor's Office to file indemnification public civil collective lawsuits due to felony, the so-called civil action ex delicto (or *actio civilis ex delicto*), even if this issue raises controversy in the national legal doctrine. The work discusses the importance of uniting two distinct fields of law in order to guarantee justice for all those who need and depend on it. Furthermore, the study made use of a dialectic vision of knowledge and analysed classical doctrine throughout history, specifically in terms of the institute of civil compensation and the possibility of collective lawsuit. Being possible to meet several people with a single action, thus bringing speed and efficiency to the process.

Keywords: Compensation. Indemnification. Victim. Collective

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	08
2	REPARAÇÃO DO DANO ATRAVÉS DOS TEMPOS	11
3	DISTINÇÃO ENTRE OBRIGAÇÃO E RESPONSABILIDADE	18
4	PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	19
4.1	O DANO	20
4.2	A CONDUTA DANOSA	22
4.3	A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE	22
5	EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE	23
5.1	CULPA CONCORRENTE	23
5.2	CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR	24
5.3	CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA	24
5.4	EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO	25
5.5	ESTADO DE NECESSIDADE	26
5.6	LEGÍTIMA DEFESA	26
5.7	DA PRESCRIÇÃO	27
6	CONCEITO DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E O LEGITIMADO MINISTÉRIO PÚBLICO	28
7	AÇÕES COLETIVAS PARA DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	33
8	PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA REPARAÇÃO CIVIL <i>EX DELICTO</i>, ATRAVÉS DE IMPUGNAÇÃO DE AÇÕES DE CARÁTER COLETIVO	39
9	CASOS EM QUE SE AMOLDA A DEFESA COLETIVA DE DIREITO A	

REPARAÇÃO DE DANOS EX DELICTO	47
10 ASPECTOS PENAIS DA REPARAÇÃO DO DANO <i>EX DELICTO</i>	51
11 MEDIDAS ASSECUTÓRIAS A FIM DE GARANTIR A REPARAÇÃO DE DANO	58
11.1 SEQUESTRO DE BENS	58
11.2 HIPOTECA LEGAL	59
11.3 ARRESTO	60
12 CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

Esta monografia visa analisar o instituto da reparação civil tanto no âmbito da seara criminal, quanto na seara coletiva, em busca de uma política internacional de proteção às vítimas de crimes que seja mais eficaz. Faz algumas considerações sobre a legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar a ação civil pública buscando indenização decorrente da prática de crime.

No presente ensaio trata-se da ação civil *ex delicto* (ou *actio civilis ex delicto*), prevista no art. 68 do Código de Processo Penal (CPP), e pontuações acerca das dificuldades de realizar uma justiça restaurativa eficaz, quando se fala em delito e punição, em especial porque a mesma é feita de modo individual quando poderia ser feita coletivamente.

A matéria mostra-se consolidada no ordenamento pátrio e na jurisprudência, notadamente, a do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Ressalta-se a existência de dúvida quanto àquele a quem deve ser dado o direito de requerer em juízo a ação civil coletiva no âmbito penal, bem como os alicerces legais para garantir uma reparação justa.

Alguns operadores do direito alegam que caberia apenas à Defensoria Pública, na ausência de advogado constituído pelo ofendido, o legitimado para ajuizar ou executar ação civil pública por fato decorrente de um delito. Nesse mister, tal posição é, neste estudo, combatida, defendendo-se a compatibilidade de o Ministério Público, por meio do perfil constitucional que lhe é garantido, ser legitimado a propor e executar ações dessa natureza, tanto por razões jurídicas, tais como o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, quanto pragmáticas.

Pretender que só a Defensoria Pública possa manejar essa ação, hoje, equivaleria a deixar ao desamparo milhares de vítimas de crime em diversas localidades do Brasil afora, onde a instituição ainda não está implantada, ou não tenha condições de atender a essa demanda social.

Busca-se então, encaminhar o olhar para as vítimas dos delitos e não tão somente à visão punitiva do Estado-Juiz. Nesse sentido, a relevância do trabalho desenvolvido funda-se também em garantir às vítimas de crime uma sensação de

reparação, muito além da própria pena cominada ao delito nos tribunais, e que casos em que envolvam um grupo considerado de pessoas, possa ser resolvido de modo uniforme.

Verifica-se, após análise, neste estudo, que na seara penal a reparação civil atinge o nível social por meio das penas advindas do direito público, unida aos preceitos do direito civil de reparação pessoal. Com isso, objetiva-se compensar as perdas da vítima e disciplinar o comportamento inaceitável do ofensor por meio do direito privado e do pagamento de indenizações e que estes possam saciar o maior número de pessoas possíveis.

A reparação civil *ex delicto* coletiva tem como finalidade tolher, punir e desestimular posturas humanas indignas para a manutenção da harmonia social, sendo então mais uma forma de proteção à sociedade.

Desta forma, não há como não relacionar tal reparação, com a defesa de direitos transindividuais. Vê-se que há uma razão de justiça na solução indenizatória, uma pretensão de devolver ao lesado a plenitude ou integralidade a qual gozava antes.

Para a realização do presente trabalho, consideraram-se as celeumas existentes na prática forense. O legislador, por vezes, cria e promulga leis que não têm seu sentido explícito, como também não esclarecem o modo de sua aplicação. Em face deste contexto, o presente estudo terá o embasamento teórico em trabalhos desenvolvidos por membros do Ministério Público de diversos Estados do país, além de doutrinadores consagrados no ambiente acadêmico, tais como Carlos Roberto Gonçalves, Hugo Nigro Mazzilli, José de Aguiar Dias e Sérgio Cavaliere Filho, os quais tratam da matéria reparação civil e direitos coletivos. Assim, pretende-se estabelecer o elo entre prática e teoria para a aplicação eficaz de um novo ordenamento legal, no qual um grupo determinado de pessoas ligados entre si, por um fato comum, possam ver-se atendidos igualmente, por uma posição do Estado Juiz que lhes alcance a justiça.

Os direitos coletivos, considerados como um dos novos direitos, dão margem para novas roupagens a reparação civil, ou seja, que cada vez mais pessoas possam ser ressarcidas por uma fato comum, desafogando a justiça, que recebe centenas de ações individuais.

O instituto da reparação civil foi algo que se aprimorou com o passar do tempo, estando atualmente consolidado no ordenamento jurídico pátrio através de lei, doutrina e jurisprudência.

O enfoque principal da reparação civil, contudo, deixou de ser o ofensor do dano e passou a ser a vítima deste. Neste sentido, a necessidade de satisfação da vítima do dano passou a ser a preocupação maior tanto do legislador, quanto do operador do direito.

Quando se fala em satisfação da vítima, não se trata apenas da vítima de um dano produzido na seara cível, mas também na seara criminal.

Verifica-se, todavia, que ainda existem celeumas na prática forense quanto aos meios empregados pelas vítimas a fim de alcançarem a reparação dos danos coletivos sofridos após a ocorrência de um crime, devido à ausência de conscientização de seus direitos e de órgãos legitimados para representá-las, em especial quando o dano causado pelo ilícito tomou proporções que abalaram além de um só indivíduo, mas também um grupo expressivo de pessoas.

Casos como o incêndio da boate Kiss, que matou 242 (duzentos e quarenta e duas) pessoas e feriu 116 (cento e dezesseis) outras, no município de Santa Maria, no Estado do Rio Grande do Sul, demonstram que um grupo determinável de pessoas, no exemplo os familiares dos mortos, foram abalados pelos danos causados pela imprudência de indivíduos e más condições de segurança de um estabelecimento comercial. O fato de verem a prisão de pessoas e a apuração criminal para a apuração da responsabilidade dos envolvidos, dentre eles os integrantes da banda, os danos da casa noturna e o Poder Público ainda não é suficiente.

Ainda que a dor de uma perda jamais passe, resta aos familiares o ressarcimento dos danos pelos responsáveis. Cabe-lhes a eles serem representados coletivamente, evitando o ajuizamento individual de mais de duas centenas de ações judiciais.

Neste contexto, ao Ministério Público como legitimado constitucional na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, caberia a atribuição de entrar com ação coletiva de reparação civil *ex delicto*.

2 REPARAÇÃO DO DANO ATRAVÉS DOS TEMPOS

A reparação de danos não é assunto inovador no direito brasileiro, visto que a necessidade de se ver ressarcido por um dano é própria da qualidade humana, e trata-se de lei da física, na qual toda ação tem uma reação igual ou equivalente. Nos primórdios da humanidade, ainda que o dever de reparar fosse intrínseco à qualidade de indivíduo, participante de um meio coletivo, não se cogitava o fator culpa. O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava ainda o Direito, pois o que vigorava era a vingança privada.

Com o passar dos anos, verificou-se que a vingança não era mais tão precisa, pois trazia mais dor e novas intenções de vingança, tornando-se assim um círculo vicioso que não teria fim. Além disso, de contrapartida começou-se a entender que se necessitava deixar uma contraprestação à vítima do dano, intenção essa que somente pôde ser colocada em prática com a criação da instituição conhecida por Estado. Essa entidade maior que tomava para si o dever de punir o ofensor.

O envolvimento do Estado nos casos em que há uma relação de dano foi fundamental para a história da humanidade. Tendo em vista que muitas vezes o ofendido era movido muito mais pela emoção do que pela razão, as punições quase sempre eram muito mais graves do que a própria ofensa. Com o desenvolvimento da sociedade, as regras de convivência foram se aperfeiçoando e ganhando *status* de verdadeiras normas jurídicas, o que contribuiu para que uma ordem fosse estabelecida. É de se ressaltar, contudo, que a evolução do instituto da responsabilidade civil foi lenta, porém contínua, fazendo-se necessário, além da criação de regramentos em si, a descoberta do modo de sua aplicação.

Conforme preceitua FERNANDES; MARQUES (1991) a primeira norma escrita, disciplinando a aplicação de penalidades àqueles que causaram danos é o Código de Hamurabi (Século XII a.C.), cuja titularidade é atribuída ao Rei Hamurabi, criador do império babilônico. Trata-se de uma das primeiras leis escritas de que se tem notícia. O Código foi gravado em uma pedra cilíndrica de diorito, sendo descoberta em Susã, atual Irã, e atualmente encontra-se conservada no museu do

Louvre em Paris-França.

Nesse diploma legal, percebe-se claramente a ideia de que a punição deveria guardar relação de proporcionalidade com a ofensa, devendo ser evitados os exageros e a animalidade próprios do homem. Trata-se da conhecida Lei de Talião (*olho por olho, dente por dente*). Tal coletânea legal tem sinceras intenções de manter a ordem, todavia era demasiadamente rigorosa em suas penas, o que não poderia ser diferente para a época em que foi idealizada.

Assim, a Lei de Talião previa que se alguém furasse o olho de outrem, o seu também seria furado, se alguém cortasse uma mão de outrem a sua seria cortada, transformando a ideia de proporcionalidade muito mais em vingança retributiva. Em primeiro momento, essa solução aos conflitos foi considerada suficiente, todavia, com o passar dos anos, ela foi apenas vista como extrema.

Outro famoso código legal que descrevia ideias de reparação segundo FERNANDES; MARQUES (1991), foi a Lei das XII Tábuas. Muitos atribuem seu surgimento ao cristianismo e seguiam em busca de uma reparação divina. No entanto, essa Lei está diretamente relacionada ao próprio comando do Estado, quando esse verificou que sua participação para a solução dos conflitos de responsabilidade era imprescindível. Desse modo, na Lei das XII Tábuas, encontram-se vestígios da vingança privada, marcada, todavia, pela intervenção do poder público, no propósito de discipliná-la de alguma forma.

A Lei das XII tábuas nasceu muito mais de uma necessidade do que de uma mera criação ideológica, tendo intenção clara de equilibrar os direitos e de conter a insatisfação da plebe. Nasceu por volta do ano 450 a.C e teria sido escrita por dez legisladores (os decênvios), os quais teriam tirado subsídios da legislação grega – as leis de Sólon que era considerado um dos sete sábios gregos e reconhecido jurista, o qual reformou na Grécia antiga o pensamento de pesos e medidas nas relações entre os povos (FERNANDES; MARQUES, 1991). Vê-se que a Lei das XII Tábuas foi um marco importante no desenvolvimento da reparação de danos, contudo ainda trazia preceitos inteiramente políticos.

Nesse sentido, GONÇALVES (2011) afirma foi a Lei Aquilia que se esboçou um princípio geral regulador de reparação do dano, voltado para as questões sociais. Embora se reconhecesse que não continha uma regra de conjunto, nos

moldes do direito moderno, era o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria e fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana, que tomou da Lei Aquilia o seu nome característico.

Todas as legislações clássicas anteriores à Lei Aquilia não faziam qualquer distinção entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal. É nesta lei que surge a distinção em lesões de menor potencial ofensivo quase *delicta*, das lesões consideradas graves *delictum*. No primeiro caso, ou seja, nas lesões de menor potencial ofensivo, surgiu o conceito de reparação pecuniária do dano; em caso de danos de maior vulto aplicava-se a punição corporal do infrator. Surge então, como explica GONÇALVES (2011) a distinção entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, bem como a fixação de uma indenização proporcional, saindo de uma reparação fixa para uma correlacionada ao real prejuízo causado, sendo assim mais condizente aos anseios da sociedade em geral.

No final da República Romana, houve a alteração da Lei Aquilia. Nesse momento, surge a ideia de que para ser indenizável, o dano além de trazer prejuízo, deve ter sido causado por quem tenha condições de responder por ele, tendo como pressupostos a ação ou omissão do agente, o dano e o nexo de causalidade entre um e outro, ensejando a aplicação do conceito de culpa.

No século V, com a queda do Império Romano do Ocidente e a dominação exercida pelos povos germanos, foi trazida para a Europa Ocidental a prática de *Vehrgeld* (de *vehr*-defesa; *geld*-dinheiro), que se constitui no pagamento de uma quantia à vítima e aos seus parentes, pelo culpado de um delito. Era o chamado, de acordo com FERNANDES; MARQUES (1991) o *preço de um homem*, que, não sendo pago, certamente conduziria a um conflito entre as famílias da vítima e do culpado.

O *Vehrgeld*, embora representasse um grande avanço, a título de reparação de danos, tinha defeitos compatíveis com a época em que vigorou entre os quais distinção social na aplicação da reparação. De acordo com o regulamento germânico, a multa pelo assassinato de um servidor real era o triplo da aplicada quando do assassinato de um homem comum. Segundo Thoraval apud Fernandes e Marques (1991), as mulheres livres e os nobres também tinham *Vehrgeld* específico. Esse era menor que o de um homem livre ou de um nobre, e o valor da

vida de uma mulher era automaticamente reduzido, se ela se casasse com um homem de condição inferior. O pagamento também variava de acordo com a idade da vítima, como se pode entender, de acordo com Thoraval citado por Fernandes e Marques (1991, p. 25-27):

[...] 'pela morte de um homem de 20 a 50 anos, 300 moedas de ouro; de 50 a 65 anos, 200 moedas de ouro; com mais de 65 anos, 100 moedas de ouro... Pela morte de uma adolescente do sexo masculino de 14 anos, 140 moedas, de 13 anos, 130 moedas... de 1 ano, 60 moedas (loi wisigothique)'.¹

Aperfeiçoando as ideias do direito romano e do germânico, o direito francês, em especial, o Código Napoleônico, estabeleceu certos parâmetros à reparação do dano, os mais importantes princípios sintetizados pelo direito francês são a previsão de reparação do dano sempre que houver culpa, ainda que leve; a dissociação da responsabilidade civil da responsabilidade penal, sendo a primeira respondida perante a vítima, e a segunda perante o Estado; a culpa contratual, decorrente do não cumprimento das obrigações contratuais; e os conceitos de imprudência, imperícia e negligência. Trata-se do que hoje se entende por responsabilidade civil, nos termos usados pelo direito brasileiro.

O direito português demorou a seguir as tendências mundiais quanto à reparação civil separada da seara criminal. Foi só com a invasão árabe que a reparação pecuniária passou a ser aplicada paralelamente às penas corporais. As Ordenações do Reino, que vigoraram no Brasil colonial, confundiam reparação, pena e multa.

Bem mais tarde, no final do século XVIII, surge o movimento Iluminista desencadeando a Revolução Francesa de 1789, marco fundamental para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujos princípios universais foram consagrados por diversas Constituições. Dentre elas, a Constituição Imperial do Brasil de 1824 que, em seu art. 179, inciso XIX, aboliu, de forma expressa, os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as outras penas cruéis. O mesmo dispositivo, em seu inciso XVIII determinava que fossem organizados, o quanto antes, um Código Civil e Criminal, "fundado nas sólidas bases da Justiça e

¹ Fernandes e Marques referem-se ao tema citando Jean Thoraval, em *Les grandes étapes de la civilisation française*, da editora Bordas, Paris, 1978, à página 9.

Equidade”. Com isso, observa-se o desenvolvimento da lei brasileira e um olhar à vítima, além do próprio ofensor, como indivíduo de direitos.

Seguindo determinação Constitucional, em 1830, entrou em vigor o Código Criminal do Império que, em seu capítulo IV, cuidava exclusivamente da reparação do dano com o título "Da satisfação". Em seu art. 21 prescrevia que o delinquente satisfaria o dano que causasse com o delito. Embora o art. 31, *caput*, determinasse a impossibilidade da satisfação do dano "antes da condenação do delinquente por sentença em juízo criminal, passada em julgado". De mesmo modo, o § 3º, permitia ao ofendido ingressar com a ação civil sem ter que esperar pela decisão na esfera penal.

O Código Criminal de 1830 atendia às determinações da Constituição do Império, buscando transformar-se em um código civil e criminal fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade, prevendo a reparação natural, quando possível, ou a indenização; a integridade da reparação; a previsão dos juros reparatórios; a solidariedade, a transmissibilidade do dever de reparar e do crédito de indenização aos herdeiros, etc.

Em consonância com os dispositivos relativos à reparação do dano, previstos no Código Criminal do Império, o Código de Processo Criminal de 1832 deu competência ao Júri para avaliar e determinar a indenização do dano e em seu art. 79 estabelecia, como um dos requisitos da peça acusatória, a determinação do “valor provável do dano sofrido”.

Assim sendo, com a Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841, que, ao revogar o art. 31 do Código Criminal e o § 5º do art. 269 do Código de Processo Penal, foi estabelecido o princípio da independência das ações civil e criminal, além da influência da coisa julgada no processo criminal sobre a ação cível. O art. 68 da Lei nº 261/1841 determinou que a indenização somente poderia ser pleiteada por meio de ação civil e não se podendo, porém, questionar mais sobre a existência do fato e sobre quem seria o seu autor, quando essas questões já se achassem decididas no crime.

As legislações brasileiras que se seguiram à Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841, mantiveram o princípio da independência das ações civil e criminal e o efeito da coisa julgada criminal no cível. Observa-se que exerce influência até os

dias atuais, visto que, nos termos do art. 91, I, do Código Penal atual, um dos efeitos da condenação é tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.

Já o art. 1.525, do Código Civil de 1916, estabeleceu, por sua vez que “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime” (BRASIL, 1916).² O dispositivo anterior do Código Civil de 1916 foi repetido no novo regimento de 2002, em seu art. 935, demonstrando por fim tratar-se de assunto finalizado nos regimentos brasileiros que tratam de matéria cível.

Quanto à ação civil *ex delicto*, propriamente, observa-se a sua regulação nos arts. 63 a 68, do Código de Processo Penal em vigor com a seguinte redação:

Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo civil, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime, se for caso contra o responsável civil.

Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;

III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

Art. 68. Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.

(BRASIL, 1941).

A partir de um olhar mais analítico sobre toda essa evolução histórica, pode-se perceber que, num primeiro momento, a reparação era condicionada à condenação criminal. Posteriormente, foi adotado o princípio da independência da jurisdição cível e criminal que vigora até hoje.

² As alusões feitas ao Código Civil (1916) referem-se ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. .

O Código Civil de 1916 filiou-se à teoria subjetiva, que exige prova de culpa ou dolo do causador do dano para que seja obrigado a repará-lo. Em alguns poucos casos, presumia a culpa do lesante (artigos. 1.527; 1.528, 1.529, dentre outros). Já o Código Civil de 2002, trouxe a ideia de culpa objetiva aos causadores de danos, mitigada nos artigos. 927 e seguintes.

Renovou-se a discussão entre separação de reparação civil da criminal com a inovação trazida pela reforma do Código de Processo Penal, em 2008, por meio da Lei nº 11.719 de 20 de junho de 2008. Neste sentido, o artigo 387, IV, o qual menciona que ao juiz, ao proferir sentença condenatória, cabe fixar valor mínimo de reparação de danos. No Brasil, a fixação de um valor mínimo de indenização tem como antecedente mais recente a Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro que previu, no seu art. 297, a chamada multa reparatória, ao determinar que

A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima ou de seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no §1º do artigo 49 do Código penal, sempre que houver prejuízo material resultante de crime. (BRASIL, Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997,1997).

Entende-se, nessa perspectiva, que não se tratava propriamente de penalidade de natureza criminal, mas de uma antecipação de indenização pelo dano causado. O § 3º desse artigo permitia o abatimento da multa reparatória no valor da indenização civil, mas foi com o novo retrato da competência do juiz criminal, inserido pela Lei nº 11.719 de 2008, que surgiu o alimento para que a discussão de um novo sistema nascesse ou não.

É importante verificar, por óbvio, que as leis transformam-se com o passar dos anos, sempre se amoldando à realidade e exigência da nova sociedade, gerando discussão e elaboração de novos estudos. Faz-se, nesse particular, o propósito da discussão debatida por este estudo, no sentido de que a justiça se faz das inovações trazidas não somente pelas leis, mas também pelas necessidades e pelos costumes de um povo.

As leis como os serem humanos, precisam evoluir de acordo com a época em que se encontram.

3 DISTINÇÃO ENTRE OBRIGAÇÃO E RESPONSABILIDADE

Faz-se pertinente, antes de delinear posicionamentos acerca da reparação civil coletiva, em casos envolvendo delitos penais, demonstrar a relevância de exarar distinção entre os termos obrigação e responsabilidade.

A obrigação é o vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação. Corresponde a uma relação de natureza pessoal de crédito e débito, de caráter transitório (extingue-se pelo cumprimento), cujo objeto consiste numa prestação economicamente aferível. O instituto da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, porém não é todo ele.

Segundo Gonçalves (2011, p. 20-21) a “obrigação nasce de diversas fontes e deve ser cumprida livre e espontaneamente. Quando tal não ocorre e sobrevém o inadimplemento, surge a responsabilidade”. Não se confundem, pois, obrigação com responsabilidade. Esta surge somente se o devedor não cumprir espontaneamente aquela. A responsabilidade é a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional. Ainda que ambas estejam intimamente ligadas, vale ressaltar que uma pode existir sem a outra.

As dívidas prescritas e as de jogos constituem exemplos de obrigação sem responsabilidade. O devedor, nesses casos, não pode ser condenado a cumprir a prestação, isto é, ser responsabilizado, embora continue devedor. Outro exemplo bastante prático para caracterizar essa distinção é o caso do fiador, que é responsável pelo pagamento do débito do afiançado, esse, sim, originalmente obrigado ao pagamento dos mesmos.

Assim sendo, pode-se entender que a obrigação é sempre um dever jurídico originário. Responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação, violará o dever jurídico originário, surgindo daí responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação.

Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo. E sendo a responsabilidade uma

espécie de sombra da obrigação, sempre que se quiser saber quem é o responsável terá que observar a quem a lei imputou a obrigação ou o dever originário.

A distinção entre obrigação e responsabilidade começou a ser feita na Alemanha, discriminando-se, na relação obrigacional, dois momentos distintos: o débito, consistindo na obrigação de realizar a prestação e dependente de ação ou omissão do devedor; e o da responsabilidade, em que se faculta ao credor atacar e executar o patrimônio do devedor a obter o pagamento devido ou a indenização pelos prejuízos causados em virtude do inadimplemento da obrigação originária na forma previamente estabelecida. Desse modo, responsabiliza-se a reparar um dano àquele que descumpriu uma obrigação. No caso do direito penal, àquele que descumpriu a obrigação de cumprir a lei, ou seja, não observou o comando normativo presente no tipo penal.

4 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Feita a diferenciação entre obrigação e responsabilidade, essencial para entender os preceitos originários da matéria que aqui se discute, passa-se a descrever o que venha a se tratar a responsabilidade civil, conceito essencial para dirimir dúvidas quanto ao que vem a ser reparação *ex delicto*, objeto deste estudo.

A responsabilidade civil assenta, segundo a teoria clássica, em três pressupostos: um dano, a culpa do autor e relação de causalidade entre o fato culposo e o mesmo dano. O fato culposo está relacionado à ocorrência de um ato ilícito. Como bem se sabe, para que aconteça, tem-se, pois, a necessária atuação de alguém. Em sendo ato ilícito, um comportamento manifestado por um agente, há desse modo a realização de uma ação ou de uma omissão. Ambos os casos (ação e omissão) são comportamentos relevantes no mundo jurídico a fim de impor reparação.

Nesse particular, cumpre esclarecer que o ato omissivo causador de dano decorre de dever legal não cumprido pelo agente. É, por exemplo, no caso em que um motorista que atropela um pedestre e se evade do local, sendo que, em razão do não socorro prestado, a vítima venha a morrer. No caso, o motorista tinha o

dever legal de praticar o ato socorro. Não o realizando e resultando esta omissão em óbito da vítima, surge o dever de indenizar. Lembrando que a não prestação de socorro é tida como crime, nos termos do Código de Trânsito brasileiro, em seu art. 302, parágrafo único, III. Outro exemplo é o caso do policial que deixa de atender uma denúncia, vindo, em virtude do não atendimento, a ocorrer um crime. No caso, responde o policial pelos danos advindos de sua conduta omissiva.

Para melhor elucidação do que se presta a defender, faz-se necessário referir-se aos pressupostos de reparação individualmente.

4.1 O DANO

Há a necessidade da ocorrência do quê indenizar para que surja o dever de indenizar. Neste sentido há a necessidade da existência do dano. O dano consiste no efetivo prejuízo experimentado pela vítima, oriundo do ato ilícito praticado pelo agente. O prejuízo ora mencionado pode ser de ordem material ou moral.

Em se tratando de danos materiais, para que surja o dever de indenizar, mister se faz a comprovação de sua existência e extensão. A existência do dano reputa-se a sua efetiva ocorrência e há de ser demonstrada em sua extensão, delimitando a sua abrangência e ao prejuízo efetivo.

Trata-se, na verdade, da demonstração do quanto o patrimônio da vítima foi diminuído em virtude do ato ilícito praticado pelo agente. Nesse particular, não só o prejuízo efetivo deve ser indenizado, mas também o que deixou de ocorrer, além dos valores que foram despendidos para eventual utilização de paliativos, conforme o caso. Para a reparação, portanto, basta como necessária a simples demonstração da efetiva existência do dano e sua extensão.

Quanto ao dano moral, muito se cogitou acerca da possibilidade de indenização, em que parte da doutrina brasileira e jurisprudência dos tribunais estaduais da federação entendiam que a dor e o sofrimento não poderiam ter mensuração pecuniária, não sendo, pois, passível de indenização. Outros entendiam que efetivamente o sofrimento e o abalo psicológico suportados pela vítima não seriam mensuráveis economicamente, contudo subsistia o dever do agente de minimizar o sofrimento da vítima, trazendo-lhe algum conforto pecuniário.

Garantindo-lhe, assim alguma forma de alegria compensatória.

Para os que entendiam ser indenizável o dano moral, necessária se fazia a reprovação do ato danoso do agente, impondo-lhe penalidades que o fizesse entender o quão negativo era seu ato. Esse último entendimento foi que ganhou força na doutrina e jurisprudência brasileiras e é exercido atualmente nos tribunais pátrios.

Para que seja indenizável, o dano moral deve guardar certo grau de gravidade, em que a vítima efetivamente deve ter experimentado grande dissabor capaz de diminuir-lhe a autoestima ou sua imagem perante a sociedade. O dano deve ser relevante, não bastando, portanto, a alegação de que a vítima teria se sentido constrangida ou irritada com o evento.

A indenização pelo dano constitui efetivamente um duplo caráter. O primeiro é ressarcitório, buscando recompor o prejuízo moral da vítima, atribuindo-lhe certa vantagem pecuniária que lhe diminua o sofrimento por meio do conforto financeiro; o outro caráter é pedagógico, no qual há manifesta inclinação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a indenização deve conter um elemento que repudie o ato ilícito praticado, dando ciência ao autor do quão ilegal foi seu ato.

Há de se observar que a indenização, mesmo em se tratando do seu caráter pedagógico, não tem a finalidade de enriquecer ilicitamente a vítima, alterando a sua condição financeira e o *status* social o qual detinha antes do evento danoso. Há sim o dever de indenizar para dar uma resposta eficaz quanto a uma conduta reprovada pela sociedade, sem a intenção de instigar o erro pela recompensa financeira. O intuito é simples: que o dano causado não fique no esquecimento e de alguma forma seja repudiado pelo Estado.

Vale lembrar que, para ser ressarcível, além do dano material e moral, há o dano estético, podendo ser estes sob o âmbito individual ou coletivo, desses últimos, o que será mais explorado é o dano moral ou material que ocorreu no âmbito coletivo.

O dano coletivo por sua vez é aquele no qual a ocorrência de um acontecimento interferiu na vida de mais de uma pessoa, estando elas ligadas entre si, por uma mesma circunstância, seja ela de fato ou de direito.

4.2 A CONDUTA DANOSA

Conduta danosa capaz de gerar reparação civil é a conduta do agente que é contrária ao ordenamento jurídico, sendo seus elementos a antijuridicidade e a imputabilidade. Tal conduta deve ser um ato voluntário que transgrida a normalidade e um dever. O agente pode cometê-la de maneira intencional ou por omissão, devendo ser dado ao causador da conduta delituosa plenas condições de defesa, para que prove não ter realizado o ato de forma consciente e determinada. Assim, fala-se no pleno respeito ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.

Admite-se, no caso de reparação de danos, que apenas a conduta dolosa do agente seja punível, nesses termos, se o crime for de natureza culposa, em sua essência, não haveria, no âmbito penal, a discussão quanto à reparação *ex delicto*, podendo, nesse caso, o ofendido discutir a questão na seara cível.

4.3 A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

A relação de causalidade ou nexo de causalidade é o liame de ligação entre a ação ou omissão culposa do agente e o resultado danoso. Para que se impute a responsabilidade pela indenização a alguém, há de se ter demonstrado que o dano experimentado efetivamente decorreu do ato ilícito praticado pelo agente. Segundo PINTO (2010, p.286) “O Código Civil brasileiro adotou a teoria da causalidade adequada, segundo a qual: causa é tão somente aquele antecedente mais adequado à produção do resultado”.

O nexo de causalidade, como dito, é o elo entre o dano e o seu fato gerador. É diferente do nexo de imputação, que liga a conduta ao agente. Nesse sentido, para o dever de reparar basta apenas que o dano tenha ocorrido e sido gerado por um agente. Para concretizar o nexo causal seria suficiente a realização de uma simples pergunta: se não fosse tal conduta do agente, tal resultado ocorreria?

Deste modo, para que ocorra o dano é imprescindível a conexão entre o fato e o ato do agente.

5 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Há ocorrências danosas que não geram o dever de indenizar. Sendo elas devidas a serem discutidas, uma vez que, deverão ser observadas em qualquer ação que busque reparação. Tratam-se das denominadas excludentes de responsabilidade, neste trabalho, abordadas apenas de forma superficial, uma vez que se encontram também na responsabilidade *ex delicto*, mas não de forma muito comum.

As excludentes de responsabilidade são normalmente fatos que, em sendo verificados numa relação de responsabilidade, eximem o agente da obrigação de reparar o dano. Como principais excludentes de responsabilidade têm-se: a culpa concorrente; o caso fortuito; a força maior; a culpa exclusiva de terceiro; o exercício regular de direito; o estado de necessidade; e a legítima defesa.

Tendo em vista a peculiaridade verificável em cada instituto, mister se faz também a análise de cada um separadamente, tendendo a elucidar melhor cada instituto, demonstrando suas características e aplicação na seara criminal, objeto particular deste estudo.

5.1 CULPA CONCORRENTE

A culpa concorrente é uma excludente de responsabilidade pouco utilizada, tanto na seara cível quanto na penal, uma vez que não há exclusão total, mas sim parcial. Ocorre culpa concorrente, quando o agente pratica o ilícito penal por ato de revide a outrem, em função do que fora cometido contra ele. Por exemplo, um caso em que um homem chame seu vizinho de ladrão, caluniando-o, pois esse o chamou de safado e caloteiro, injuriando-lhe.

Nessa perspectiva, nota-se que ambos cometeram tipos penais, que ocorreram concomitantemente, ambos tendo culpa. Caso um deles demande na justiça, junto com a *notticia criminis* de calúnia ou injúria, o pedido de reparação civil *ex delicto* por dano moral, caberia ao juiz verificar que ambos os crimes foram cometidos por ambas as partes e por culpa concorrente. Assim, não carece de reparação apenas a um deles, mas aos dois.

Na culpa concorrente, pressupõem-se pelo menos dois agentes envolvidos e esses realizam condutas descritas como delituosas, ao mesmo tempo, não sendo relevante nesse caso, descobrir quem começou primeiro ou não. Por óbvio, será analisado o grau de reprovabilidade de cada agente, pois um pode exceder em demasiado a atitude de outro, causando-lhe maior dano.

5.2 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

O caso fortuito advém de causa desconhecida, caracterizada pela imprevisibilidade da ação, todavia o caso de força maior é inevitável, mesmo que previsível, por se tratar de causa conhecida. Tais circunstâncias são importantes no momento de auferir responsabilidade, seja no âmbito de reparação privada ou reparação na seara criminal, visto que atos em decorrência dessas circunstâncias não podem gerar o dever de indenizar o agente. Há a quebra do nexo de causalidade, pressuposto necessário para comprovar qualquer direito de indenização.

É, por exemplo, o caso em que em decorrência de uma grande tempestade – circunstância climática imprevisível ou até mesmo antecipada na previsão do tempo, porém inevitável, por questões naturais –, um homem invade a casa de terceiro a fim de se abrigar e quebra alguns objetos de valor. Nesse caso, ter-se-ia o crime de invasão de domicílio, que teve consequentes danos materiais a serem suportados pelos donos do imóvel. Todavia, tal invasão deu-se por fato causado por uma força maior, ato da natureza, que tornou imprescindível a invasão do imóvel para se abrigar.

Assim sendo, não há como pleitear na ação a reparação civil e, ainda que o fizesse, caberia ao julgador do caso extinguir o processo, pois a ação cometida pelo agente encontra-se respaldada na excludente de caso fortuito ou força maior.

5.3 CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA

A culpa exclusiva da vítima é um excludente de responsabilidade que atua na quebra do nexo de causalidade, visto que, como já delineado, para haver o dever de

indenizar o dano, e esse deve existir, cometido por uma conduta do agente e esses devem ser ligados por uma situação de causa e efeito. Se o ilícito fora cometido por causa da própria vítima, não há como ligar o dano ao agente a que atribui a conduta danosa.

Exemplo claro dessa situação ocorre quando uma pessoa vem dirigindo um carro na sua via, em velocidade permitida para o local e de repente um pedestre, sem olhar para os lados, joga-se na via pública, não dando tempo de o automóvel parar e ainda que conseguindo desviar do pedestre, atinja-lhe a perna causando-lhe escoriações de natureza grave. Nota-se que o dano (ferimento na perna do pedestre), que irá necessitar de médicos e medicamentos, não foi causado por ação ou omissão do agente, mas, sim, tão somente da vítima. Assim como o condutor do veículo não será punido criminalmente pelo suposto atropelamento, ora que não deu causa ao mesmo, não será responsabilizado pela reparação civil, a fim de pagar o custo do pedestre ferido, com médico e remédios.

5.4 EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO

A modalidade de excludente de ilicitude denominada exercício regular de direito também é conhecida como estrito cumprimento do dever legal, trata-se de ato que, em situação de normalidade, é exercido dentro do que se espera da pessoa a quem se acusa.

Para melhor elucidação, pode-se ter como exemplo o caso em que um policial militar, em situação de flagrância, prende um homem que batia em sua mulher. Visivelmente alterado, tal homem começa a falar mal e a dar pontapés no policial, este, então, para se defender, usa o cassetete e bate no homem a fim de acalmá-lo e usa algemas a fim de contê-lo. O homem, em decorrência de tais atos do policial, apresenta-se machucado nas pernas e braços e tenta reparação por danos morais contra o policial e/ou o Estado, sob a justificativa de que foi ferida sua honra perante vizinhos, uma vez que foi agredido e algemado pelo policial.

O policial agiu em exercício regular de seu direito, uma vez que foi o homem que, ao tentar agredi-lo, teve de ser contido de maneira mais agressiva. O policial apenas exerceu seu direito de defender-se e proteger a si e à comunidade. Contra o

policial e também o Estado nada poderá ser imputado.

5.5 ESTADO DE NECESSIDADE

O Estado de necessidade consiste em situação de agressão a um direito alheio, cometido de maneira igual ou inferior à cometida por terceiro a fim de proteger-se de perigo eminente e quando não houver outra atitude para impedir a ação. O agente atua com o intuito de evitar uma situação de perigo concreto. É o caso de pessoa que, prestes a atropelar um grupo de crianças na rua, uma vez que seu carro perdeu o freio, desvia seu veículo e atropela uma pessoa que estava bebendo em uma calçada.

O motivo do atropelamento foi desviar de um grupo de crianças e sabendo que estava para fazê-lo, posto que perdeu o controle de seu automóvel, vem a ferir outrem. Não há que se falar em ilicitude em seu ato, nem em conduta danosa, posto que agiu de maneira a salvar vítimas, ainda que sem querer tenha atingido outra. Nesse caso, alguns doutrinadores entendem que mesmo não havendo ato ilícito, persistiria o dever de indenizar o terceiro ferido. Na prática dos tribunais, em especial no âmbito penal, isso não se vê. O pressuposto de conduta danosa não foi inteiramente absorvido pela ação, pois evitou perigo eminente maior. Para configuração dessa excludente, faz-se necessária a certeza de que outra atitude não poderia ser tomada pelo agente para causar o dano.

5.6 LEGÍTIMA DEFESA

O agente, no caso de legítima defesa, está diante de uma situação atual e eminente de injusta agressão, que não é obrigado a suportar. É o simples caso de pessoa que, ao ter sua casa invadida por ladrão, arma-se de uma faca e, em defesa da sua integridade física vem a perfurar o assaltante, levando-o à morte. A família do assaltante poderia requerer na Justiça indenização pelo assassinato do ladrão. Todavia, o agente não será preso e condenado pelo ato, pois agira em legítima defesa, não devendo ter o dever de indenizar a família da vítima.

No tocante à legítima defesa, há que frisar que somente a real e praticada contra o agressor, impede a ação de ressarcimento de danos. Se o agente, por erro de pontaria (*aberratio ictus*), atingir a terceiro, ficará obrigado a indenizar os danos a este causado e terá ação regressiva contra o injusto ofensor. Segundo Gonçalves (2011, p. 461-462), “Também não exime o réu de indenizar o dano à legítima defesa putativa, que somente exclui a culpabilidade, mas não a antijuridicidade do ato. A legítima defesa real, esta sim, exclui a ilicitude. Na putativa, porém, a vítima deve ser ressarcida”.

Nessa linha, pode-se observar a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo RT 808/224, citada por Gonçalves (2007, p. 435-436):

Responsabilidade Civil. Disparo de arma de fogo feito por quem imaginava estar sendo assaltado. Alegação de legítima defesa putativa. Absolvição Sumária na esfera criminal. Hipótese que não afasta o dever de indenizar. Excludente de responsabilidade que só se aplica em sendo legítima defesa real.

5.7 DA PRESCRIÇÃO

A prescrição não é propriamente uma causa de excludente de responsabilidade, pois não atinge a origem do dever de indenizar e sim a pretensão de ver ressarcido o dano. Assim, ainda que o agente deva reparar, pois cometeu os pressupostos ensejadores da reparação, não será imposta a reparação, pois o direito da vítima foi fulminado pela sua inércia. Nesse sentido, prescrita a reparação de danos, fica afastada qualquer possibilidade de recebimento de indenização.

A responsabilidade do agente causador do dano extingue-se, se já houver passado algum tempo e a vítima não tiver se posicionado, quer seja entrando com a ação por meio de advogado próprio, quer seja acionando órgão competente para representá-lo.

A obrigação de reparar o dano é de natureza pessoal, contudo não ocorre no prazo legal de dez anos, como prevê o art. 205, do atual Código Civil e sim no prazo de três anos. Logo, prescreve em três anos a pretensão de ver-se ressarcido pelo dano. Utilizando-se da analogia, esse prazo prescricional também deve ser usado na ação civil pública *ex-delicto*.

Desse modo, sabe-se que os prazos prescricionais, previstos no Código Penal, são maiores, todavia, ao entrar com a ação *ex delicto*, para se requerer ao final a reparação civil pelo dano causado à vítima, a denúncia ou queixa deve ter sido intentada dentro do prazo de três anos entre o fato e esta, sob pena de o infrator ser condenado pelo ilícito penal, mas vê prescrita a parte da denúncia que requer reparação civil. Isso ocorre quando numa única ação se requer a condenação penal e cível. Já se a vítima quiser intentar ação cível de reparação isolada, o prazo de três anos só começa a correr, nos casos de o dano originar de fato criminoso, da data do trânsito em julgado da sentença penal que reconhecer o fato delituoso.

6 CONCEITO DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E O LEGITIMADO MINISTÉRIO PÚBLICO

Como já dito anteriormente, ocorrido um dano, decorrente de um fato criminoso, este dano pode abalar apenas um indivíduo, como também a várias pessoas. Para isso, o direito moderno começou a ver a necessidade de criar leis que permitam o ressarcimento do maior número de pessoas. Nasceu desta necessidade, os direitos transindividuais, ou seja, os que extrapolam a defesa por uma só pessoa.

Contudo, foi com o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal 8.087/1990), após imposição expressa do art. 5º, XXXII, da Constituição Federal e do art. 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que finalmente a ideia de direitos transindividuais se concretizou, com a descrição do que seriam tais direitos.

São direitos transindividuais os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. É o Código de Defesa do Consumidor que estabelece os conceitos destes definindo assim um tema que não havia sido estabelecido em nenhuma legislação nacional de forma expressa.

Os direitos ou interesses difusos são conceituados no art. 81, I do Código de Defesa do Consumidor como sendo “ *os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titulares pessoas indeterminadas e ligadas entre si por uma circunstância de fato.*”

Rodolfo de Camargo Mancuso (2000) com base na conceituação legal acima,

indica como características básicas de tais interesses a indeterminação dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto, a intensa conflituosidade e a sua efêmera duração. Neste direito, a coisa julgada que advier das sentenças de procedência será *erga omnes*, atingindo a todos por igual.

Já os direitos coletivos em sentido estrito são conceituados no art. 81, parágrafo único, II, do Código de Defesa do Consumidor, como sendo: “ *os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base*”

Assim, conforme PINHO (2002) direitos coletivos diverge dos difusos, pois este liga os envolvidos por uma circunstância fática e aqueles por uma relação jurídica.

Já Didier Jr e Zaneti Jr (2009) afirma que o elemento diferenciador entre o direito difuso e o coletivo é a determinabilidade das pessoas titulares e pela coesão do grupo, categoria ou classe afetado com a lesão.

Deste modo, a coisa julgada quando envolver direitos coletivos será “ultraparte”, ou seja, para pessoas além dos processos, mas que se enquadre na categoria ou grupo. Os autores de processos individuais não serão prejudicados, desde que optem pela suspensão destes processos enquanto se processa a ação coletiva.

No que tange aos direitos individuais homogêneos, o Código de Defesa do Consumidor no seu art. 81, parágrafo único, III, os define como aqueles que possuem “origem comum”.

A origem da proteção coletiva desses direitos vem da reparação de danos à coletividade do direito americano.

De acordo com o magistrado Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes (1993. p. 141):

Os direitos individuais homogêneos particularizam-se por serem singulares, próprios de cada pessoa (pois divisíveis), decorrentes de um fato comum, mas que por motivos de interesse social podem ser tutelados coletivamente, como meio de lograr maiores êxitos no aspecto de efetiva reparação patrimonial.

Para proteger os direitos transindividuais será cabível ação civil pública, ação popular e ação de improbidade administrativa, todas, dentre outros legitimados

(Defensoria Pública, associações, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e entes públicos da direção direta) podendo ser ajuizados pelo Ministério Público.

Para se proteger direitos transindividuais, os legitimados podem propor além da ação principal, que busca proteger o bem tutelado diretamente, como também ações cautelares, com caráter de urgência.

Nos direitos individuais homogêneos a relação jurídica entre as partes comuns é *post factum* ou seja, após ocorrer o fato lesivo. O que permite aos indivíduos terem algo em comum é a procedência da conduta comissiva ou omissiva da parte contrária. Assim sendo, além de estarem presentes os pressupostos essenciais da reparação do dano, acima mencionadas (dano, nexos causal e ação comissiva ou omissiva) deve ainda ter o pressuposto dano, a mesma origem.

Assim sendo, a partir do instante que várias pessoas são atingidas pela mesma pessoa, jurídica ou física e sofrem pelo mesmo dano, devido a primeira, lhe são conferidas características de homogeneidade, tornando-se assim o caso que os envolve, prevalência de questões comuns, garantindo a causa a superioridade da tutela coletiva. O fato de ser possível determinar individualmente os lesados não altera a possibilidade e pertinência da ação coletiva. Nas ações que protegem direitos individuais homogêneos a sentença terá eficácia *erga omnes* e os titulares dos direitos individuais serão genericamente beneficiados.

O doutrinador Gregório Assagra de Almeida, em seu livro “Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo rumo do direito processual”, ao abordar os interesses individuais homogêneos aponta algumas considerações relevantes.

Usando dos critérios do CDC, extrai-se que, pelo aspecto subjetivo, os direitos ou interesses individuais homogêneos têm como titulares pessoas perfeitamente individualizadas, que também podem ser indeterminadas, mas determináveis sem nenhuma dificuldade. Pelo aspecto objetivo e pelo caráter predominantemente individualizado, são eles sem dúvida divisíveis e distinguíveis entre seus titulares. Sob o aspecto de sua origem, possuem eles origem comum. Em relação a essa origem comum é que existe ponto de semelhança entre os direitos ou interesses individuais homogêneos e os direitos ou interesses difusos, pois ambas as categorias, diferentemente dos direitos coletivos em sentido estrito, dos quais se exige prévia relação jurídica base, nascem ligadas pelas mesmas circunstâncias de fato, não obstante seja, quanto à titularidade e objeto, totalmente distinguíveis. (ALMEIDA, 2003, p.491)

Com base nisto, muito julgados não tem compreendido a distinção correta entre as categorias de direitos coletivos adotados no Código de Defesa do Consumidor, em que é possível perceber que o direito coletivo em sentido estrito é tratado como direitos individuais homogêneos; e alguns casos é também confundido com o direito difuso.

Após diferenciar cada espécie classificatória de direitos transindividuais, percebe-se que ao caso em debate, o que mais de amolda a questão de reparação de danos sofridos pelo cometimento de crime, ao se falar em exercício de pretensão de modo coletivo é a defesa de direitos individuais homogêneos.

Apesar de todos os dispositivos legais e constitucionais hoje existentes, apresenta-se ainda extremamente controversa a questão da legitimação do Ministério Público para propositura de ações coletivas, onde o *Parquet* ocupa lugar de relevo como operador deste poderoso instrumento colocado a serviço da sociedade na tutela de seus direitos.

É preciso dizer que, no direito processual civil brasileiro, só subsiste legitimidade para o Ministério Público atuar como parte nas hipóteses de ação para defesa de interesses coletivos *latu sensu*. Sendo a ação de iniciativa privada, ou seja, quando disser respeito apenas a interesse individual, somente em hipóteses excepcionais, quando esteja presente direito indisponível, ou se trate de hipossuficiente, assumirá o Ministério Público o polo ativo da demanda, e mesmo assim há forte divergência doutrinária em torno de temas específicos, tais como a legitimidade para propositura de ação de alimentos, da investigação de paternidade e da própria ação civil *ex delicto*, objeto deste estudo.

A controvérsia doutrinária que se fala, é de cunho processual, em que se discute se o Ministério Público teria legitimidade ordinária ou extraordinária na propositura de ação coletiva. Tal discussão vem desde da promulgação da Lei 7.347/85, que disciplina ação civil pública.

Humberto Dalla (2011) afirma que os doutrinadores Hugo Nigro Mazzilli e José dos Santos Carvalho Filho sustentam que a legitimidade do *Parquet* nestes casos seria extraordinária, mas que o doutrinador Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, defende que seria hipótese de legitimidade ordinária, na medida em que na ação coletiva o interesse tutelado pertence à coletividade, e como tal, todos têm certa

ligação com ele, não havendo razão plausível para se falar em tutela em nome próprio de direito alheio.

De qualquer sorte, parece-nos que o direito processual coletivo está a reclamar melhor regulamentação e maior atenção do legislador, sendo, por vezes, incabíveis as classificações e tipificações oriundas do direito individual, sobretudo porque em sede de jurisdição coletiva, a relação processual não retrata apenas e tão somente, a contraposição de dois interesses, individuais e coletivos, mas sim a hipótese na qual se verifica que num dos polos a relação processual há uma entidade responsável pela defesa de interesse público.

A própria Constituição Federal em seu artigo 127, *caput*, assevera que o Ministério Público está incumbido na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Além, do Ministério Público poder realizar toda e qualquer função compatível com suas atribuições de defensor da sociedade e de todo interesse socialmente relevante.

A Lei complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, conhecida como Lei Orgânica do Ministério Público da União, na qual também se aplica aos Ministérios Públicos Estaduais por força do art. 80 da Lei nº 8.625/93, traz dispositivo que interessa a este trabalho, notadamente os arts. 5º e 6º.

O artigo 5º dispõe:

“art. 5º- São funções institucionais do Ministério Público da União:

I- a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, considerados dentre outros, os seguintes fundamentos e princípios:

(...) III- a defesa dos seguintes bens e interesses:

- a) o patrimônio nacional;
 - b) o patrimônio público e social;
 - c) o patrimônio cultural brasileiro;
 - d) o meio ambiente;
 - e) os direitos e interesses individuais coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança e do adolescente e do idoso.
- (...)

“art. 6º- Compete ao Ministério Público da União (...)

VII- promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

- a) a proteção dos direitos constitucionais;
- b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico;
- c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, às minorias étnicas e ao consumidor;

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos; (...)
XII- propor ação civil coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos.”

Assim sendo, pode-se afirmar que, do ponto de vista estritamente legal, a legitimação do Ministério Público para a tutela de direito individual homogêneo é claramente preconizado do direito brasileiro. Quando o Ministério Público atua na defesa de interesses individuais homogêneos, está ele, na verdade, materializando demanda única, que visa garantir e facilitar o acesso à justiça aos interessados, estando assim presente o interesse social que o legitima.

Ao deixar um rol exemplificativo na lei, possibilitou-se que em casos de aparecimento de novo interesses individuais homogêneos, como é o caso de grupo de pessoas ligadas entre si, por um mesmo fato comum: crime determinado, o Ministério Público também possa propor ação coletiva em seu favor.

Importante frisar ainda que com a promulgação da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que, dentre outras modificações, acrescenta o inciso V ao artigo 1º da Lei 7.347/85, e torna cabível a propositura de ação civil pública também para a definição das responsabilidades por infração à ordem econômica e à ordem popular, bem como ressarcimento dos prejuízos causados em razão de tal conduta, a ideia de reparação civil *ex delicto* no âmbito de tutela coletiva ganhou mais força e se tornou um exemplo prático de que a seara criminal e cível podem ser plenamente ligadas quando se trata de reparação de danos.

7 AÇÕES COLETIVAS PARA DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

O propósito do legislador da Lei 9.099/1995 foi o de alargar a disciplina contida no Título III do Código de Defesa do Consumidor, fazendo-a abranger outros direitos ou interesses difusos ou coletivos e individuais homogêneos tratados coletivamente, e não apenas os direitos e interesses pertinentes aos consumidores.

Segundo GRINOVER (2007) a *class actions* é um modelo de tutela jurisdicional dos direitos coletivos, originário da Federal Rule nº23, editada em 1938 e reformada sucessivamente em 1966 e 1983. A motivação da tutela coletiva neste modelo é a de proteger os indivíduos ou grupo de indivíduos de lesões de massa,

que ficariam sem proteção, ou por falta de interesse individual ou por ausência de benefício claro diante de uma tutela muito custosa ou complicada. Neste modelo há ainda a vinculação da coisa julgada para todos os interessados, quer se beneficiem, quer se prejudiquem, com a ação.

De mesmo modo GRINOVER (2007, p.874) afirma que

a *class action* do sistema norte americano, é baseado na *equity*, no qual pressupõe-se a existência de um número elevado de titulares de posições individuais de vantagem no plano substancial, possibilitando o tratamento processual unitário e simultâneo de todas elas por intermédio da presença, em juízo, de um único expoente de classe.

Para o ordenamento americano a *class action* seria admissível quanto impossível reunir todos os integrantes de uma classe de direitos.

Adaptando os esquemas do direito norte americano a um sistema de *civil law*, levando em consideração as particularidades do Brasil, o legislador brasileiro inspirou-se nas *class actions* americanas para criar, primeiro, as ações coletivas em defesa de interesses difusos e coletivos, de natureza indivisível. E o fez por intermédio da denominada Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985). Mas a própria configuração da lei, destinada a proteção de bens coletivos, indivisivelmente considerados, não permitia que por seu intermédio se fizesse a reparação de danos pessoalmente sofridos, cabendo aos indivíduos diretamente prejudicados valer-se das ações pessoais ressarcitórias, dentro dos esquemas do processo comum. Contudo, antes mesmo da promulgação do Código do Consumidor, o legislador brasileiro interveio com a primeira lei que, no âmbito da ação civil pública, cuidou da reparação pelos danos causados aos investidores do mercado imobiliário: a Lei nº 7.913, de 07 de dezembro de 1989, legitimou o Ministério Público a adotar as medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos ou obter ressarcimento dos danos causados aos titulares de valores imobiliários e aos investidores de mercado. O art. 2º da citada lei fala em condenação, devendo a importância dela resultante reverter aos investidores lesados, na proporção de seu prejuízo. E por sua vez, o § 1º do mesmo dispositivo trata da habilitação dos beneficiários para receberem a parcela que lhes couber. Não havendo habilitação, ou dela decaindo beneficiários, a quantia correspondente será recolhida como receita a União. Estava aí a primeira *class action for damages* do sistema brasileiro. (GRINOVER, 2007, p. 882-883.)

Com a entrada em vigor desta lei, já se encontrava em elaboração o Código de Defesa do Consumidor, que criava a categoria mais abrangente das ações coletivas para a defesa de interesses ou direitos subjetivos individuais, tratados conjuntamente por sua origem comum. E pelo código veio a consagração definitiva, no sistema brasileiro, da categoria das *class actions for damages*.

A característica mais marcante do *class actions for damages* é a prevalência das questões comuns sobre as individuais, em que somente possibilita a tutela coletiva dos direitos individuais quando estes forem homogêneos. Prevalecendo as questões individuais sobre as comuns, os direitos individuais seria heterogêneo e o pedido de tutela coletiva se tornaria juridicamente impossível.

O requisito da superioridade da tutela coletiva, em relação à individual, em termos de justiça e eficácia da decisão, pode ser abordada, sob dois aspectos: o do interesse de agir e o da efetividade do processo. Quanto a primeira, deve-se observar que, se o provimento jurisdicional resultante da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos não for tão eficaz quanto aquele que derivaria de ações individuais, a ação coletiva não se demonstraria útil à tutela dos referidos interesses. E não se caracterizaria como a via adequada à sua proteção.

A ação civil pública pura e simples de responsabilidade pelos danos individuais sofridos conduz a uma sentença condenatória genérica, que reconhece a responsabilidade do réu pelos danos causados e o condena a repará-los às vítimas e seus sucessores, ainda que não identificados. Segue-se a uma liquidação da sentença, em que a título individual, caberá provar aos que se habilitarem, o dano pessoal e o nexo de causalidade entre este e o dano geral reconhecido pela sentença, além de quantificar os prejuízos.

Em certos casos, a prova do nexo causal pode ser tão complexa, no caso concreto, a ponto de tornar praticamente ineficaz a sentença condenatória genérica, a qual só reconheceu a existência do dano geral. Nesse caso, a vítima ou seus sucessores deverão enfrentar um processo de liquidação tão complicado quanto uma ação condenatória individual, assim, a via coletiva, pode se tornar inadequado e ineficaz.

Com isso, defende-se que ao protocolar uma ação coletiva, não se deve observar apenas a predominância das questões comuns sobre as individuais, mas também a da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

É no Capítulo II do Título III, do Código de Defesa do Consumidor, que se encontra a regulamentação das *class actions for damages*, ou seja, das ações civis de responsabilidade pelos danos sofridos por uma coletividade de indivíduos.

Segundo Ada Grinover, (2007) nos casos de ação civil coletiva de

responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, a legitimação ativa para intentá-la é concorrente e disjuntiva, sendo atribuída, pelo Código de Defesa do Consumidor, aos entes e pessoas indicadas no art. 82, mesmo entendimento que este estudo busca defender.

Trata-se de uma legitimação extraordinária, a título de substituição processual. Não só porque assim afirma o legislador, quando expressamente se refere a litigar em nome próprio e no interesse das vítimas ou de seus sucessores, mas ainda porque, na hipótese dos legitimados à ação não vão a juízo em defesa de interesses institucionais, como pode ocorrer nas ações de defesa de interesses difusos e coletivos, mas sim para a proteção de direitos pessoais, individualizados nas vítimas dos danos.

Não bastasse a legitimação a toda e qualquer ação coletiva, conferida ao Ministério Público pelo art. 82, o próprio art. 92 do Código de Defesa do Consumidor reforça a ideia da titularidade do *Parquet* para o processo que trate de reparação individual de danos.

Apesar disso, tem havido alguns pronunciamentos judiciais contrários ao reconhecimento da legitimação ativa do Ministério Público à ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos, por considerarem inconstitucional a extensão da legitimação operada pela lei ordinária. Os opositores argumentam que, o art. 129, III, da Constituição Federal, só se refere a legitimação do Ministério Público para defesa de interesses difusos e coletivos, bem como afirma que o art. 127, da Constituição Federal, define que ao Ministério Público cabe a defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo que os interesses individuais homogêneos teriam natureza disponível.

De mesmo modo, GRINOVER (2007, p. 890) afirma que “há quem defenda que admitir a legitimação do Ministério Público para intentar ação de caráter coletivo de reparação, estaria se retirando do cidadão a liberdade de escolha, não se podendo obrigar ninguém a ter um direito reconhecido contra a sua vontade.”³ “

Contra tais argumentos destaca-se: a Constituição de 1998 é anterior ao

³ (esses argumentos lançados em parecer de 23.03.92, do eminente professor Miguel Reale, foram utilizados em São Paulo, pelo M.M Juiz da 15ª vara federal, no processo nº 92.0056114-4, que extinguiu sem julgamento de mérito, o processo intentado pelo IDEC-Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, ao qual o juiz estendeu argumentação, contra a legitimação do MP. A sentença de 1º grau foi reformada em apelação)

Código de Defesa do Consumidor, logo não poderia aludir, no enunciado do art. 129, III, a categoria dos interesses individuais homogêneos, que só viria a ser criada pelo Código de Defesa do Consumidor.

De outro modo, a doutrina, internacional e nacional, já deixou claro que a tutela de direitos transindividuais não significa propriamente defesa de interesse público, nem de interesse privado, pois os interesses privados são vistos e tratados em sua dimensão social e coletiva, sendo de grande importância política a solução jurisdicional de conflitos de massa.

Assim, foi exatamente a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador ordinário a conferir ao Ministério Público e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis, em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao Ministério Público, desde que compatíveis com a sua finalidade (art. 129, IX) e a dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja seu objeto, insere-se sem dúvida na tutela de interesses sociais referidos no art. 127 da Constituição Federal.

Também não se pode argumentar com o fato de a titularidade à ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos impor aos beneficiários da sentença condenatória um direito que talvez não queiram exercer.

A sentença condenatória apenas reconhece a existência do dano genérico e o dever de indenizar. Caberá à iniciativa de cada beneficiário habilitar-se à liquidação de sentença, incumbindo-lhe provar ainda a existência do dano pessoal, seu nexo etiológico com o dano geral reconhecido pela sentença e quantificar o montante da indenização. Respeita-se assim, a autonomia da vontade de cada indivíduo que, se não quiser fruir do direito que lhe foi reconhecido, simplesmente não o exercerá.

Sobre o tema a seguinte jurisprudência:

Ação civil pública- Interesses individuais homogêneos- Legitimação do Ministério Público. Tratando-se de tutela de interesses individuais homogêneos, o Ministério Público é parte legítima para intentar a ação civil pública. O Art. 81, parágrafo único, III, combinado com o art. 82, I, do CDC. Art. 21 da Lei 7.347, de 24.07.1985. Recurso especial reconhecido, em parte, e provido (STJ- REsp 439509- SP-rel. Min. Barros Monteiro-j. 18.05.2004)

Em ações coletivas para defesa de interesses individuais homogêneos (ações coletivas de responsabilidade civil), haveria um caso de continência e não de conexão, entre as demandas coletiva e as individuais reparatorias, dada a identidade de causas de pedir e a maior abrangência do pedido de ação coletiva, que contém pedidos individuais (neste caso, se procedente o pedido de ação coletiva, os indivíduos serão beneficiados pelos efeitos da coisa julgada, podendo proceder à liquidação e execução da sentença).

O pedido nas ações coletivas que versem sobre a proteção de direitos difusos e coletivos será sempre uma “tese” jurídica geral”, que beneficie, sem distinção, os substituídos pela ação principal. As peculiaridades dos direitos individuais, se existirem, deverão ser atendidas em liquidação de sentença a ser procedida individualmente.

Vale ressaltar o seguinte

os direitos individuais homogêneos podem ser objeto de um processo individual instaurado pelas vítimas em listisconsórcio por afinidade (art. 46, IV, CPC). Podem ainda, ser objeto de ações individuais propostas pelas vítimas separadamente; essas ações, que se multiplicaram, poderão ensejar situação prevista no art. 285-A, CPC, que permite o julgamento liminar de improcedência, quando o magistrado depara-se com causa repetitiva, semelhante a uma sobre a qual já se manifestou por improcedência. Essas “causas repetitivas” são exatamente as causas individuais propostas pelas vítimas isoladas ou em listisconsórcio, que se acumulam no Judiciário (...). Tudo isso reforça a importância da ação coletivas sobre direitos individuais homogêneos: evita a proliferação de causas “atômicas”, “molecularizando” a solução do conflito e impedindo a proliferação de decisões divergentes.(Didier Jr, Zanetti JR, 2009, p. 80)

Neste sentido de ação coletiva para interesses sociais, nota-se o enunciado da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, que deixa expressamente consignado o cabimento de “ações coletivas cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos” para apurar as responsabilidades por ofensas aos direitos da criança e do adolescente.

Observa-se que o termo indisponíveis não significa individualizado, o que serve de parâmetro para todos os outros enunciados desta espécie, que tratem de direitos a uma coletividade e bem comum.

8 PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA REPARAÇÃO CIVIL *EX DELICTO*, ATRAVÉS DE IMPUGNAÇÃO DE AÇÕES DE CARÁTER COLETIVO.

Questão relevante a respeito do tema da indenização *ex delicto* e sua efetividade, em especial, após a inovação trazida pela Lei 11.719/2008 em seu art. 387, IV é a dúvida sobre a conveniência de se atribuir ao Ministério Público legitimidade para propor a ação de reparação do dano, de forma ampla ou restrita a determinadas hipóteses. Vê-se que em tópico anterior, referiu-se ao Ministério Público, como sendo a parte autora no processo criminal e das ações de caráter coletivo, daí sua importância no tema estudado.

Já se sabe que caso a vítima opte por esperar a conclusão da instrução penal, é só pegar cópia da sentença, título executivo e buscar a seara cível individualmente para execução, nesse caso, sendo inconteste a ajuda fornecida pelo Ministério Público.

O motivo de divergência encontra-se na dúvida que paira acerca da competência do Ministério Público para representar um grupo de vítimas, sem interesse particular dessas na reparação *ex delicto*, como se assim fosse um direito indisponível, logo, de responsabilidade de defesa pelo *Parquet*. Novamente, a lei nada disse expressamente a fim de dirimir essa dúvida, restando a nova doutrina e jurisprudência ser a luz que refletirá a solução.

Na Itália, segundo Wellington Cabral Saraiva (1996), em seu novo Código de Processo Penal, art. 77, III, há a possibilidade de o Ministério Público propor, em processo criminal, a ação civil reparatória, restringindo, todavia, às hipóteses de absoluta urgência em que o lesado é incapaz, devido à doença mental ou minoridade, de fazer valer seus próprios direitos e não ter quem o represente, mas ele só age até que assumo o representante ou assistente, ou seja, nomeado curador especial.

No que tange à legitimidade do Ministério Público a pleitear reparação civil no âmbito penal, em outros países ao redor do mundo, observa-se que na França, o Ministério Público não pode exercer ação civil; no Peru, o Ministério Público deve pleitear a condenação criminal e também a reparação do dano; no México, a reparação do dano faz parte integrante da pena e deve ser reclamada de ofício pelo órgão encarregado de promover a ação penal, ainda que não seja pedida pelo

ofendido; na Venezuela, está entre as funções do Ministério Público a de intentar a ação civil, juntamente com a ação penal, a pedido da parte lesada, mas cessa a intervenção quando a parte constitui advogado, também podendo, nos casos de delitos concernentes a acidentes de trânsito, promover a ação civil quando houver requerimento da parte ofendida e, a seu juízo, se manifestar a pobreza desta.

Já quanto ao que realmente importa, no Brasil, a doutrina dominante afirma que é permitido ao Ministério Público ajuizar ação civil ou pedir a execução de sentença condenatória, quando o titular do direito à reparação do dano for pobre, mas desde que ele o requeira, conforme anuncia o art. 68, do nosso Código de Processo Penal.

Por isso mesmo, pode o Ministério Público também, no interesse do réu pobre, pedir as medidas assecuratórias, requerendo sequestro ou arresto no juízo penal ou civil, é o que diz os arts. 142 e 144, do mesmo caderno legal citado.

Tal competência do *Parquet* não agrada a todos. Alguns entendem, em síntese, que não se cuida de caso de legitimidade para agir, mas de representação da vítima pobre respaldada na Constituição Federal brasileira, no art. 127 e nos diversos incisos do artigo 129 que definem como função institucional do Ministério Público a defesa dos interesses indisponíveis da sociedade ou do indivíduo. Não sendo essa representação para requerer reparação do dano hipótese de interesse individual indisponível, mas, sim, disponível, fora, portanto, do âmbito de ação do Ministério Público.

No mesmo sentido, os opositores da legitimação do *Parquet* afirmam que

a) que a CF, na parte reservada ao MP, fala em interesses difusos e coletivos, não se referindo, ao menos nomeadamente, a “individuais homogêneos”; b) que o texto constitucional, quando legitima o MP à defesa de interesses individuais, acrescenta o quantitativo “indisponíveis”, c) que a isolada circunstância do número porventura expressivo de sujeitos abrangidos num dado interesse individual homogêneo não seria motivo suficiente para imprimir nota de “relevância social”, de onde pudesse exsurgir a legitimação do *parquet*” (ALMEIDA, 2003, p.494)

Tem-se que reconhecer, quer não assiste razão aos opositores, tendo em vista tais argumentos não se sustentaram diante das leis existentes.

Para posicionar-se em sentido oposto, relata-se como argumentos principais:
1º) a natureza jurídica da intervenção do Ministério Público ser de substituto

processual, e não de representante da parte ofendida; 2º) a Constituição Federal, no art. 129, X, dizer que o Ministério Público, além das funções antes arroladas, pode “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”. (BRASIL, 1988); 3º) o Código de Defesa do Consumidor é de vigência posterior a Constituição Federal e alargou as hipóteses de atuação do Ministério Público e, 4º) a expressão relevância social é tudo aquilo que convenha à coletividade.

O problema principal consiste em verificar se há interesse só individual na reparação de dano de vítimas de crime. Neste mister, tem-se que perceber que nos casos em análise, o que o Ministério Público de proporá a defender não é o interesse de cada vítima ou de seus sucessores, mas o interesse globalmente considerado que, no caso, é o interesse social, justificado para evitar proliferação de demandas individuais, a dispersão das vítimas titulares dos direitos e o desequilíbrio jurídico decorrente da possibilidade de decisões contraditórias sobre o mesmo assunto.

Os positivistas, antes, de forma bem acentuada; e, agora, de maneira menos incisiva, defendem que, para inteira satisfação à ordem jurídica violada com a atividade delituosa, não basta a punição criminal, sendo de maior importância também a reparação dos danos ocasionados ao ofendido.

Há de se reconhecer que a Defensoria Pública seria o órgão mais indicado para defesa dos interesses das vítimas, todavia essa Instituição ainda não está organizada em todos os Estados. Por isso se deve manter a possibilidade de o Ministério Público poder, com apoio no art. 68 do Código de Processo Penal, patrocinar os interesses da vítima de crime destituída de condições financeiras.

Além disso, tem-se que aceitar que nada impede que o Ministério Público, ao invés de ajuizar ações reparatorias individuais, proponha ação civil pública em defesa dos interesses individuais homogêneos de várias vítimas do mesmo crime. Deve-se reconhecer-se nessa hipótese o interesse social que legitima a causa, nos termos da Lei da Ação Civil Pública, em seu art. 21, combinado com o *caput* do art. 127 e com o art. 129, IX, da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, pode-se observar a afirmação do doutrinador Schreiber

(2011, p. 87):

Decisões atuais mostram a crescente aceitação das ações coletivas de reparação em âmbitos diferenciados e por iniciativa de entidades diversas. Tome-se como exemplo a decisão do STJ que considerou legítima a propositura pela Procuradoria de Assistência Judiciária do Estado de SP de ação civil pública visando indenização por danos materiais e morais das diversas vítimas da explosão de um estabelecimento que explorava o comércio de fogos de artifício.

Em suma, as Defensorias Públicas têm, sem sombra de dúvida, a atribuição de representar em juízo os interesses pessoais das vítimas de crimes, para sua satisfação individual; mas sem prejuízo da legitimação à causa do Ministério Público que, com o mesmo objetivo imediato, estará perseguindo o interesse social e o do próprio Estado. Nesse caso, poderá agir tanto a título individual como a título coletivo, pela via da ação civil pública.

Pelas razões expostas, pode-se reafirmar, que a reparação do dano *ex delicto* não configura objetivo de caráter apenas privado, ainda que desde o começo deste estudo tenha-se feito uma correlação com a reparação civil vista nas searas cíveis. Aceitar a reparação *ex delicto* coletiva, é na verdade bem mais uma resposta do ordenamento jurídico àquele fato que lhe causa severa lesão, funcionando não apenas como decorrência do ilícito, mas ainda como fator de prevenção da prática de outros.

É válido daí asseverar, portanto, que a lei, ao impor a reparação do dano ao agente delitivo, é verdadeira norma de ordem pública.

Pode se conceituar norma de ordem pública a que cuida dos valores mais relevantes da sociedade, relacionados com sua própria sobrevivência e mais uma vez, nesse argumento, vê-se a possibilidade de o Ministério Público atuar. Sendo questão de ordem pública, tal instituição deve agir em interesse da sociedade em geral, razão essencial da existência e atuação ministerial.

Em extensa e detalhada obra sobre o funcionamento do Ministério Público, embora não haja se detido especificamente sobre o tema objeto deste estudo, Machado (apud SARAIVA, 1996, p. 16) fornece primordial explicação sobre as situações que legitimam a ação ministerial, faz-se, então, pertinente transcrever o que ele diz:

Já no começo do século, Chiovenda fazia expressa referência ao elemento

nuclear das funções institucionais do Ministério Público ao escrever: O Ministério Público vela pela observância das leis, pela pronta e regular administração da justiça, pela tutela dos direitos do Estado, dos corpos morais e das pessoas destituídas de plena capacidade jurídica tem, da mesma forma, ação direta para fazer executar e observar as leis de ordem pública e que interessem aos direitos do Estado, sempre que tal ação não se atribui a outros agentes públicos. Eis aí a *ratio*, o porquê de o Ministério Público moderno: a necessidade de serem observadas as leis de ordem pública. Dentre os muitos outros autores que, depois de Chiovenda, trataram do tema, não podemos nos esquecer de Liebman, talvez seu maior seguidor, o qual introduziu no Brasil suas idéias, permitindo o avanço institucional do Ministério Público São suas estas palavras: O Ministério Público é, ele próprio, um órgão do Estado, ao qual cabe tutelar um específico interesse público (administrativo lato sensu), que tem por objeto da atuação da lei por parte dos órgãos jurisdicionais nas áreas e nos casos em que as normas jurídicas são ditadas por razões de utilidade geral ou social; trata-se de casos em que a concreta observância da lei é necessária à segurança e ao bem-estar da sociedade, não podendo a tarefa de provocar a sua aplicação pelos juízes ser deixada à iniciativa dos particulares.

Machado (apud SARAIVA, 1996, p. 16), afirma, ainda:

O Ministério Público pode ser definido, então, como o órgão instituído para promover a atuação jurisdicional das normas de ordem pública. Aqui está, portanto, numa idéia simples, o fundamento de toda a atuação do *parquet* no mundo jurídico, tanto na Itália como, hoje, no Brasil: a necessidade de fiel observância das leis de ordem pública ou, como preferimos nós, a defesa dos direitos indisponíveis em juízo.

Sabe-se que nem todas as leis de ordem pública disciplinam direitos indisponíveis, por tal motivo, cabe diante dessa lacuna, fazer entender que na defesa da ordem legal, o Ministério Público pode atuar. Desse modo, parece correto afirmar que a reparação do dano *ex delicto* coletiva está prevista em normas de ordem pública, na medida em que tratam de interesses de exacerbada relevância social, contudo passível de intervenção do Ministério Público quanto ao direito à indenização.

Ainda que possa ser objeto de disposição pelo particular lesado, que tem a opção de valer-se ou não da *facultas agendi* que lhe outorgou a lei, mas do que o interesse patrimonial privado da vítima, há de se salvaguardar à prevenção e à repressão criminal (de que a reparação do dano é um dos aspectos, como se viu).

A função de promover a ação civil de reparação do dano decorrente de delito, portanto, encaixa-se com perfeição dentre as funções do Ministério Público, mesmo e também à luz de seu novo disciplinamento constitucional. Não há como negar que nesse mister está a defender a ordem jurídica e o interesse social indisponível (o

que não é contraditado pelo interesse particular disponível relativo à expressão econômica da indenização), nos termos do art. 127, *caput*, da Constituição da República.

Todavia, no caso das Defensorias Públicas em todo o Brasil estivessem totalmente em condições de receber a demanda das ações civis públicas de reparação de danos, ainda assim a competência do Ministério Público nestes casos seria concorrendo, como assim define a Lei da Ação Civil Pública, quando aborda o rol de seus legitimados.

Mesmo que se a considere *atribuição atípica*, na dicção de alguns autores respeitáveis, remanescem as razões que emprestam legitimidade ao *Parquet*, posto que o interesse maior protegido pelo Ministério Público nesses casos relacionam-se às suas funções ditas como típicas: defesa do interesse público.

A título de didática, tem-se procurado sistematizar em três as causas interventivas da instituição ministerial em juízo: a) defesa de hipossuficientes, quando, visa a compensar o desequilíbrio das partes (acidentados do trabalho, favelados); b) defesa de interesses individuais homogêneos indisponíveis (ligados, de forma absoluta ou relativa, a uma pessoa ou a uma relação jurídica); c) defesa do interesse público ou de interesses difusos ou coletivos (ação penal, ações ambientais ou grande parcela de consumidores).

Em suma, deixou-se claro que, desde que haja alguma característica de indisponibilidade parcial ou absoluta de um interesse, ou desde que a defesa de qualquer interesse, disponível ou não, convenha à coletividade como um todo, aí será exigível a iniciativa ou a intervenção do Ministério Público junto ao Poder Judiciário.

O fato, pois, de a Defensoria Pública, os advogados ou outra entidade poderem também provocar o Estado-juiz com vistas à reparação do dano *ex delicto* de modo coletivo, não serve, em absoluto, como argumento para assolapar a legitimação do Ministério Público, que, como visto, só é exclusiva na ação penal pública (e, mesmo aí, vale lembrar a existência da ação penal privada subsidiária, em caso de inércia do membro do Ministério Público com atribuição para oferecer denúncia – Constituição Federal, art. 5º, LIX).

Agora, sobre outra ótica, defende-se a legitimação do Ministério Público na

atuação a fim de angariar reparação *ex delicto* coletivo às vítimas de crimes, pois tal instituição vem sendo cada dia mais equipada com materiais, estrutura e profissionais para dar apoio e atenção à sociedade que dela precise.

O acesso das vítimas ao Ministério Público é maior, seja dentro dos fóruns, seja em sedes espalhadas em quase todas as comarcas do país, seja nas procuradorias estaduais que atuam junto às cidades do interior. Os membros do Ministério Público têm independência financeira e funcional, capaz de lhes dar autonomia na defesa dos interesses dos indivíduos.

Já quanto à Defensoria Pública, órgão a que muitos atribuem a legitimidade para pleitear reparação civil *ex delicto*, nos casos de vítimas pobres, como se sabe, infelizmente, ainda está muito longe de se estruturar de modo condizente com as elevadas funções que a Constituição lhe cometeu. Em milhares de municípios, distritos e localidades Brasil afora, não existem órgãos da Defensoria Pública nem, em muitos deles, sequer advogados que possam ou estejam dispostos a patrocinar vítimas pobres em busca da reparação a que façam jus. Um membro da magistratura e outro do Ministério Público, porém, sempre terão, respectivamente, a competência e a atribuição de atuar em prol daquela comunidade desassistida, por mais deficiente que possa ser essa atuação, dadas as peculiaridades locais e a carência das instituições de que fazem parte.

Impedir o Ministério Público de agir, requerendo a reparação *ex delicto* coletiva representará, muitas vezes, supressão do direito da vítima pobre à reparação do dano, por falta de quem a defenda, sendo então um grande retrocesso histórico e por que não dizer legislativo, uma vez que, como se viu, o legislador atua, busca, por meio de novas leis, garantir a reparação plena às vítimas de crimes.

Como se sabe, é princípio palmar em hermenêutica que não se deve adotar a interpretação que milite contra a eficácia da norma, mas, antes, a que mais efetividade lhe transmita. Assim sendo, defende-se a absoluta inconveniência de tolher a legitimação ministerial para a ação em causa, pelo menos até que a Defensoria Pública possa, de forma plena, desincumbir-se desse *múnus*.

Entender que o Ministério Público não é o órgão competente para pleitear junto ao Judiciário ação coletiva de reparação civil *ex delicto* será o mesmo que ferir o princípio da máxima efetividade também nomeado princípio da eficiência ou

princípio da interpretação efetiva, na qual à norma constitucional (e, claro, a todas as demais) deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. Desse modo, parece mais acertado interpretar a norma do art. 127 da Constituição como plenamente consentânea com a do art. 68 do Código de Processo Penal, utilizando-se o método da interpretação conforme a Constituição Federal de 1988.

Esse mecanismo interpretativo privilegia, em caso de dúvida, a presunção de constitucionalidade das normas (argumento favor *legis*) e busca lhes dar interpretação que se coadune com o espírito constitucional, sem a pronúncia de inconstitucionalidade.

Malgrado a divergência anteriormente existente nos tribunais sobre o assunto, decidiu o Supremo Tribunal Federal que o Ministério Público é parte ativa legítima para a ação civil de indenização, em favor da vítima pobre, a teor do art. 68 do Código de Processo Penal, que foi recepcionado pela Constituição Federal em vigor. Não podendo o titular do direito arcar com as despesas processuais, não lhe poderia negar o direito fundamental de acesso ao Judiciário, assegurado no art. 5º, XXXV (RE 135328-SP-1994).

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, segundo Gonçalves (2011) também proclamou em RSTJ, 133.237 que o Ministério Público possui legitimidade para promover ação civil indenizatória *ex delicto* em favor de necessitado, caso a sua intervenção decorra da inexistência de Defensoria Pública no Estado. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público atua como substituto processual. Todavia o dever de reparação é pessoal, não recaindo sobre terceiros a obrigação, salvo nos casos de responsável civil, tal como tutor ou curador.

O maior problema ocorre quando o Ministério Público propõe a demanda, pois teria, em tese, a responsabilidade de informar quais os prejuízos sofridos por todas as vítimas. Como fazer isso na prática, haja vista que o contato entre as vítimas e o promotor acontece muitas vezes apenas no dia da audiência de instrução? Por certo que será a prática que responderá tal dúvida, pois enquanto a lei não prevê expressamente a alternativa, caberá aos tribunais determinarem, conforme a sua conveniência. De todo modo, deverá que ser feito um pedido genérico.

Por fim, Humberto Dalla (2011), quando reflete sobre o tema ação coletiva e

direitos indisponíveis afirma ser de opinião que a atuação do Ministério Público deve ser polarizada e dirigida sempre ao interesse social, quer no processo penal, quer no processo civil.

De outro modo, Gregório Almeida (2003) afirma também deve combater resistências corporativas, objeções ideológicas e incredulidades quando se trata de suas funções institucionais.

De certo que a maior participação do Ministério Pública na propositura de ações coletivas também dependerá as vítimas, que devem ser informadas através de reuniões e audiências públicas nos municípios sobre as funções ministeriais e acerca dos direitos de todo cidadão, explicando que muitas vezes o crime em si, não apenas tem como consequencia a responsabilidade penal, mas também a responsabilidade civil e social.

Assim sendo, inegável atribuir ao Ministério Público competência para ingressar com ação coletiva de reparação de danos oriundo de crime comum, pois assim estará agindo conforme sua função primordial: defender a sociedade.

9 CASOS EM QUE SE AMOLDA A DEFESA COLETIVA DE DIREITO A REPARAÇÃO DE DANOS EX DELICTO.

São raras as hipóteses em que os legitimados à propor ação civil pública poderão, na defesa de interesses transindividuais, formular pedido visando a pagamento de quantia em dinheiro, pois é mais comum que, nesses casos, haja uma natural prevalência das obrigações de fazer e não fazer.

Todavia, essas raras hipóteses vem sendo cada vez mais comuns no cenário jurídico. Ora que, busca-se a cada dia a eficiência processual e a sua celeridade. Os direitos transindividuais, identificados dentre os doutrinadores contemporâneos como um dos “novos direitos”, abre um novo leque de opções, em que um fato tido como criminoso, pode atingir grande número de pessoas.

Neste contexto, recentemente houve um caso emblemático que veio a mídia e que abalou a sociedade brasileira: o incêndio da boate Kiss, na cidade de Santa Maria/RS.

O incêndio de proporções alarmantes ocorreu em 27 de janeiro de 2013 e foi

causado pelo acendimento de um sinalizador por um integrante de uma banda musical que se apresentava na casa noturna. No ocorrido morreram 242 (duzentas e quarenta e duas) pessoas e outras 116 (cento e dezesseis) ficaram feridas.

O sinistro foi considerado à época a segunda maior tragédia no Brasil em número de vítimas em um incêndio, sendo superado apenas pela tragédia do Gran Circus Norte Americano, ocorrida em 1961, na cidade de Niterói/RJ, que teve como vítimas 503 (quinhentos e três) pessoas.

Procedeu-se uma investigação criminal para a apuração das responsabilidades dos envolvidos, dentre eles, os integrantes da banda musical, os donos da boate e o poder público. O inquérito policial apontou muitas irregularidades que contribuíram para a tragédia, tal como o uso do sinalizador em lugar fechado, ora que o mesmo, segundo a Associação Brasileira de Pirotecnia deve ser usado sempre em ambiente externo; o fato da espuma de isolamento acústico da boate não ter proteção contra fogo e por não ter ocorrido comunicação entre os seguranças da casa, que inicialmente não permitiram a saída das pessoas por acreditarem se tratar de uma briga e pensarem ainda que as pessoas estavam tentando sair sem pagar.

De outro modo, a boate também estava superlotada no dia da tragédia, visto que a capacidade do local não passava de 691 (seiscentos e noventa e uma pessoas) e estavam quase 1.500 (mil e quinhentas).

Assim sendo, observa-se que houve diversos erros, que contribuíram para a grandiosidade da tragédia.

Quanto a isso, ainda que não se possa voltar atrás no tempo para evitar o ocorrido, tem-se o dever claro de apurar as responsabilidades cíveis e criminais dos envolvidos para que ela acontecesse. De imediato, ressalva-se que no que tange a matéria de responsabilidade civil, no caso em análise, ela é objetiva do estabelecimento comercial (boate). O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu a responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos danos advindos dos defeitos de seus produtos e serviços (arts. 12,13 e 14) e ofereceu poucas alternativas de desoneração (rompimento do nexos causal), tais como as acima descritas culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.

Deste modo, embora no caso em exame tudo indique a culpa dos donos do

estabelecimento comercial, para fins de indenização na órbita civil, não há necessidade de apuração de culpa, basta a demonstração dos pressupostos da responsabilidade: nexos causal e dano.

O que leva este caso ser relevante a este estudo é que se trata de um fato no qual envolverá paralelamente a apuração da responsabilidade penal dos envolvidos pela tragédia e a sua responsabilidade civil. Foi instaurado um inquérito policial para investigar a culpa penal e ao ser finalizado o Ministério Público ingressou com a ação penal.

Por sua vez, quanto a seara cível, dado o grande número de vítimas, coube a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, ingressar com Ação Civil Pública pedindo indenização às vítimas e familiares das vítimas do incêndio da boate Kiss.

A Ação Civil Pública pede o ressarcimento de danos morais individuais e coletivos, danos materiais, lucros cessantes, pensão, alimentos, auxílio-funeral, despesas com atendimentos médicos e psicológicos e ainda danos estéticos causados em vítimas sobreviventes do acidente e dos familiares das vítimas mortas.

Para tanto, a Defensoria Pública incluiu como réus o Estado do Rio Grande do Sul, o município de Santa Maria, os donos da boate Kiss, além de empresas que prestaram serviços à casa noturna, dentre elas a banda Gurizada Fandangueira.

Esta Ação Civil Pública tramita na 1ª Vara Cível Especializada em Fazenda Pública da Comarca de Santa Maria, sob a numeração 027/1.13.0004136-6, na qual já foi determinado o bloqueio de bens dos sócios da boate Kiss, com objetivo de garantir recursos para futuras indenizações às famílias das vítimas.

Com isso, resta a dúvida da real necessidade de se separar a responsabilidade civil e criminal em caso em envolve as mesmas partes e o mesmo fato gerador.

O mesmo Ministério Público que ingressou com ação penal, tendo como base todo o seu poder de investigação e acesso a todo o inquérito policial e seus laudos, deveria ser o mesmo órgão que ingressaria com ação civil pública de reparação civil *ex delicto*.

Defende-se deste modo, que não há impedimento legal do *Parquet* ser o presidente da ação penal e ao mesmo tempo ser autor de ação de caráter civil, na

condição de substituto processual dos atingidos pelo evento danoso, na tutela de direitos individuais homogêneos.

Assiste ao Ministério Público interesse processual, porquanto vinculado ao caso, tendo completa relação com as vítimas e com as circunstâncias do ocorrido.

Em casos como este, todo arcabouço probatório para ação civil pública não viria de um inquérito civil instaurado na Promotoria de Justiça, mas sim do próprio Inquérito Policial e o contato dos promotores de Justiça com as vítimas seria de total relevância para indicar os danos suportados, ainda que de modo genérico.

Outro caso, que se amolda ao assunto discutido, foi o recente acidente de ônibus ocorrida na BR 020, no dia 18 de maio deste ano, na cidade de Canindé, estado do Ceará, em que ocorreram 20 (vinte) mortes. Apura-se a responsabilidade penal do motorista do ônibus, ao passo que a Defensoria Pública do Ceará, através do Núcleo de Direitos Humanos e Ações Coletivas, buscaram indenizações às vítimas através de ação civil pública para garantir o direito reparatório.⁴

Neste caso, também há responsabilidade objetiva da empresa de ônibus no acidente, todavia, há paralelamente uma ação penal para apuração das responsabilidades criminais. Essas duas ações poderiam ser intentadas pelo Ministério Público, até mesmo porque uma delas não exclui a outra.

Casos como o incêndio da Boate Kiss e o acidente de ônibus na cidade de Canindé, refletem perfeitamente o que se pretende com este estudo, que o Ministério Público, legitimado pelo microsistema normativo formado pelas Leis nº 7.947/85- Lei da Ação Civil Pública-, Lei nº 8.078/90- Código de Defesa do Consumidor-, Códigos de Processo Civil e Criminal e legislações esparsas, maneje ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos, requerendo reparação civil por fato decorrente de fato criminoso, não cabendo tal defesa exclusivamente às Defensorias Públicas.

Trata-se assim de legitimação concorrente entre diversos órgãos em defesa das vítimas. Assim sendo, casos em que várias pessoas são surpreendidas por um dano comum, tais como acidentes de ônibus, avião, incêndios de grande proporções, etc., poderá ser feito uma ação de reparação conjunta.

⁴<http://noticias.terra.com.br/brasil/transito/ce-defensoria-buscara-indenizacao-as-familias-de-vitimas,39ec5bb0ed016410VgnVCM4000009bcceb0aRCRD.html>.

10 ASPECTOS RELEVANTES DA REPARAÇÃO DO DANO *EX DELICTO* COLETIVA

Percebe-se que, quando o infrator é condenado pelo crime que cometeu, ele assume, muito mais do que mera punição, mas também uma obrigação com o Estado. Assim sendo, decorrente dessa obrigação surgem deveres e consequências.

Ao relacionar ação de reparação de danos oriundos de um crime com um grupo de pessoas determinadas, não se pode esquecer que a ação que visa tal fim, seja ela individual ou não tem seus efeitos.

Com relação à sentença estrangeira, o art. 9º, do Código Penal em vigor, dispõe que, quando a lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis.

Assim sendo, nossa lei prevê que o estrangeiro também seja obrigado a reparar o dano causado, se sua sentença condenatória for homologada no país. Assim, se o dano causado por estrangeiro prejudicar um grupo de pessoas, todas elas podem ser reparadas e usaram como base tal sentença estrangeira reconhecadora do ato e do dano.

Para que isso ocorra a homologação de sentença condenatória estrangeira deve ser feita pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *i*, da Constituição Federal), sendo importante ressaltar que para aplicação da lei brasileira, nos casos de crimes cometidos por estrangeiros, o agente deve entrar no território nacional e não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segunda a lei mais favorável.

Quanto aos condenados em ações coletivas de reparação de danos a frustração, sem motivo justificado, da indenização, por interpretação extensiva, deve ser considerada também causa obrigatória da revogação do sursis, nos termos do enunciado do art. 81, II, do Código Penal, de mesmo modo a não reparação deve impedir a concessão do livramento condicional,(art. 83, IV, do Código Penal) e o requerimento de reabilitação (art. 94, III, do Código Penal). Havendo, portanto, motivo justificado ou impossibilidade de reparar o dano em virtude da insolvência,

podem ser concedidos os benefícios do sursis e do livramento condicional, além da reabilitação.

Art. 81 - A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

II - frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano

[...]

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

(BRASIL, 1940).

Nota-se, por meio desses artigos de lei, o quanto o regramento penal dá importância à reparação do dano causado pelo crime. Logo, desabrocha a importância do tema objeto deste estudo.

Em outro sentido, a reparação do dano pode sim ser causa extintiva da punibilidade na ação penal que corre, ainda que tal reparação tenha sido determinada de forma genérica, em sede de ação civil pública. Nesse mister, se sugere tal medida nas infrações sem violência ou ameaça contra o patrimônio, quando o delinquente for primário, além de outras hipóteses como as lesões corporais simples.

Busca-se, então, desafogar o Judiciário e as cadeias com pessoas que cometeram crimes de menor potencial ofensivo e que de algum modo já repararam seus erros.

Aliás, nos termos do artigo 65, III, *b*, do Código Penal, a reparação, antes do julgamento, é causa genérica de atenuação da pena.

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

III - ter o agente:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;
(BRASIL, 1940).

Por tal dispositivo de lei, observa-se que se incita o ofensor a procurar a vítima de sua ação a fim de que obtenha benefícios legais. Poucos criminosos têm conhecimento dos benefícios atribuídos à reparação de danos, pelos crimes que cometeu. Nesse sentido, de acordo com o art. 16, do Código Penal, “nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída à coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços” (BRASIL, 1940).

Esse é mais um estímulo à reparação do dano nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, introduzido pela Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984. Desse modo, é inegável que o legislador colocou em lugar de extrema importância a reparação do dano, seja ele cometido individualmente ou coletivamente.

Quando se fala em jurisprudência, trata-se de julgados reiterados de tribunais pátrios em um mesmo sentido, para determinado caso, como fonte mediata do Direito Penal. Essa, no que diz respeito à reparação de danos *ex delicto* vem se fortalecendo.

Nos casos de crime de menor gravidade e sem lesão ou grave ameaça, se o ofensor antecipar-se e reparar o dano causado, não se falará em ação penal, pois extinguirá a punibilidade do mesmo. Essa nova linha deve-se ao incentivo para a conciliação entre os particulares, instituto que já vem sendo bem adotado na solução da maioria dos conflitos, envolvendo interesses essencialmente privados, que não chegam ao conhecimento da Justiça Penal.

Atualmente, na Europa, há um grande movimento contrário à pena privativa de liberdade de curta duração, principalmente, diante do reconhecimento científico de que ela não vem atingindo a sua finalidade de recuperação ou ressocialização. No Brasil, tal movimento serviria ainda para diminuir as superlotações nos

estabelecimentos prisionais. Por enquanto, no nosso país, apenas a promulgação da Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984, ao alterar a Parte Geral do Código de 1940, introduzindo as penas restritivas de Direito e a multa substitutiva, é que trouxe um pequeno passo na busca de substitutivos penais.

A reparação do dano como substitutivo penal, em certos delitos, poderá incentivar a valorização da vítima, colocando-a no centro do sistema penal. Assim, põe em prática as mais recentes recomendações da ONU, no que tange à privação de liberdade como pena, sendo essa grande avanço para o Brasil, que busca se tornar país titular do conselho da ONU. Na reparação *ex delicto* coletiva, em particular, a condenação deve ser pecuniária, não pode o magistrado substituir a condenação de reparação de danos por prestação de serviço à comunidade, pois a reparação deve-se à vítima e não ao Estado.

Cabe, neste estudo, esclarecer alguns aspectos relacionados à prescrição e reparação de danos. Ressalta-se que a prescrição da pretensão executória da condenação, que só ocorre depois do trânsito em julgado da sentença, não retira a força executiva dessa, exercível no âmbito cível. Não se confundem os seus efeitos com os decorrentes da prescrição da pretensão punitiva.

Na prescrição da pretensão executória, a ação penal foi declarada procedente e apenas não haverá o cumprimento da pena principal, persistindo, porém, as consequências secundárias da condenação.

Mesmo entendimento aplica-se às que são projetadas no campo cível, quanto à indenização que segue prazo prescricional diferente da estabelecida no art. 110 do Código Penal. Logo, ainda que passados muitos anos, e o condenado sequer tenha pago um dia de cadeia, isso não será empecilho para que a vítima execute a reparação de danos provenientes do crime na seara cível ou legitimado venha a interpor ação civil coletiva.

No caso da prescrição retroativa e da prescrição intercorrente – que também são formas de atingir a pretensão punitiva, e por isso afastam todos os efeitos, principais e secundários, penais e extrapenais da condenação, uma vez reconhecida essas formas de prescrição –, o ofendido vê também fulminado seu direito de ressarcimento.

Desse modo, quando for observada a existência de prescrição da decisão

criminal, a vítima apenas poderá se valer da seara cível, se ainda estiver no prazo para prescrição quanto à indenização.

Quanto ao instituto da *abolitio criminis*, que ocorre quando a lei nova revoga um tipo penal, ainda que a lei nova venha a trazer comandos que beneficiem o ofensor ou, até mesmo, isentem-no de pena, os efeitos civis da sentença condenatória permanecerão. Logo, persistirá o dever de reparação dos danos.

O perdão judicial consiste em causa extintiva de punibilidade. A sentença que o concede tem natureza declaratória, não subsistindo assim, qualquer efeito, inclusive, o de natureza secundária.

Nesse sentido, prescreve a Súmula 18 do Superior Tribunal de Justiça: “A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório” (BRASL, Superior Tribunal de Justiça, Súmula 18, 1990).

Observa-se também quanto à reparação de danos, que tanto a responsabilidade, na seara penal quanto na civil, serão apuradas no local de infração, favorecendo que o juiz de uma mesma comarca possa decidir sobre o caso, pois ocorreu em sua jurisdição, é a concretização do princípio do juiz natural. Este mesmo entendimento é aplicado no ajuizamento de ações coletivas de reparação de danos.

Por ter natureza ressarcitória, a sentença coletiva reparatória, transmite o direito de exigir a prestação com a herança, nos termos do art. 943 do Código Civil vigente.

Neste ponto, cabe fazer uma ressalva, nos casos em que um ilícito penal for cometido por menor infrator. Sabe-se que o menor de dezoito anos não comete crime e sim ato infracional, punível nos termos estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido, ainda que não seja punido no rigor da lei penal geral, não se pode aceitar que sua conduta causadora de dano seja irreparável.

Assim, entende-se que o ilícito penal cometido por menor infrator deve ser também passível de indenização, seja pelo Estado, o qual deveria garantir o controle desses menores infratores; seja pelos responsáveis legais. Desse modo, observa-se o julgado a seguir, o qual exemplifica que o Estado deve ser também responsável pelo controle dos atos cometidos por menores infratores.

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. ASSALTO A ÔNIBUS. MORTE. MENORES INFRATORES. FUGA. DANOS MORAIS. OMISSÃO DO ESTADO. TRANSPORTADORA. OMISSÃO DE SOCORRO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS AO ENCARGO DO ESTADO. 1. Há responsabilidade objetiva do Estado por assalto a ônibus que resultou em morte, quando os autores do homicídio eram menores infratores e deveriam estar sob guarda, vigilância e controle do Estado. 2. Um dos autores havia fugido do estabelecimento onde deveria estar. 3. Dano moral caracterizado pelo sofrimento dos genitores do falecido, em razão da perda do filho da forma trágica, narrada na inicial e comprovada nos autos. O dano moral puro prescinde de produção probatória, pois considerado *in re ipsa*. 4. Omissão de socorro do motorista da empresa não configurada, considerando o fato de ter a vítima já descido do ônibus, caindo na calçada, e principalmente em decorrência do risco à segurança dos demais passageiros que se encontravam no interior do coletivo, sendo inexigível conduta diversa. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (BRASIL. Apelação Cível nº 70007919426, 9ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 04/08/2004, 2004).

Em analogia ao que ocorre na responsabilidade civil na seara cível, em seus arts. 928 e seguintes do Código Civil, há ainda de se considerar que os pais, tutores, curadores e responsáveis em geral pela criança ou pelo adolescente que comete ato infracional, ficam obrigados a reparar o dano causado pelo ilícito, salvo se comprovadamente não tiverem meios suficientes para fazê-lo.

Nesse caso, deve ser feita uma consideração. Nota-se que a pena não sobressai do condenado, todavia, como se está a falar de uma inovação jurídica, entende-se que a parte do dispositivo que determina uma medida de segurança ao menor infrator pode determinar ainda um valor mínimo de reparação.

Tal entendimento dá-se em conformidade com a hermenêutica jurídica, na qual o Código Penal, por ser lei maior geral, prevalece em detrimento do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No caso de o menor infrator estar sob os cuidados do Estado, e o Estado omitir-se no seu papel de proteção, poderá ser responsável pelo cumprimento da reparação civil. São os casos em que o Estado deve manter casas de proteção a menores infratores, em condições propícias e internação, se não o fazem, e se a Justiça liberar menores infratores que venham a cometer crimes, são responsáveis por omissão.

Diferentemente do que ocorre com a sentença penal condenatória, a sentença absolutória nem sempre faz coisa julgada no juízo cível. Isso que dizer que

mesmo o réu tendo sido absolvido no juízo penal, pode ele, em certos casos, vir a ser condenado, no juízo cível, a ressarcir o dano causado às vítimas. Se a sentença penal entender pela absolvição, em face de ausência de provas ou de o fato não constituir infração penal, tais hipóteses não afastam a possibilidade de averiguação de culpa na seara cível. Se o magistrado penal reconhecer que não houve autoria, ou que não ocorreu o fato, tais casos interferem na seara cível, fechando as portas para qualquer intenção de propor uma ação.

Observa-se, todavia, que, se o juiz criminal entender que o fato não é crime, fecham-se as portas para intentar a reparação civil *ex delicto*, ou seja, aquela oriunda de um crime, subsistindo a tentativa de reparação quanto se prova que houve quebra de um dever ou obrigação. A situação que causou dano a outrem pode ser julgada na seara cível, observando a existência dos pressupostos de responsabilidade civil genéricos.

Quanto aos dizeres do art. 67, III, Código de Processo Penal, afirma-se que não será motivo impeditivo da propositura da ação civil o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; a decisão que julgar extinta a punibilidade; a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

De acordo com Bruno Miragem, et al (2010) o § 4º do art. 103 do CDC mais uma vez inovou e faz bem essa relação entre a reparação civil e a *ex delicto*, prevista no Código de Processo Penal, quando estabelece a ampliação dos efeitos civis da ação penal condenatória, podendo os lesados pela conduta tipificada como crime, e assim reconhecida na respectiva ação penal, demandarem a respectiva reparação, sem a necessidade de processo de conhecimento, bastando para tanto a liquidação dos danos e sua execução.

A rigor, trata-se da extensão, para os direitos transindividuais, do que é previsto no art. 63, do Código de Processo Penal em relação as vítimas de crimes.

Após haver a sentença condenatória na ação coletiva, esta será genérica, e por sua vez, manter-se-ão legitimados ativos para propor a execução, as vítimas, realizando a liquidação, a depender de cada caso, comprovando aí, cada uma a extensão do dano suportada.

Por fim, os efeitos da coisa julgada, nos casos de propositura de ação coletiva de reparação de danos *ex delicto* que forem improcedentes, não prejudicarão as

ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente, mas se o pedido da ação coletiva for procedente, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder a liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99 o Código de Defesa do Consumidor.

11 MEDIDAS ASSECUTÓRIAS A FIM DE GARANTIR A REPARAÇÃO DE DANOS

O Código de Processo Penal prevê três espécies de medidas assecutórias com o objetivo de assegurar a reparação de danos que a infração penal pode ter causado à vítima e à coletividade. Tais hipóteses, podem ser amplamente utilizadas nas ações civil coletivas visando reparação de danos às vítimas de crimes. São elas o sequestro de bens, a hipoteca legal e o arresto.

11.1 SEQUESTRO DE BENS

Caberá o sequestro dos bens imóveis adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro. Os bens móveis também são passíveis de constrição pela medida ora analisada, desde que não tenham sido objeto de apreensão. Exemplo: imóveis adquiridos pelo traficante com o dinheiro arrecadado com a venda de drogas.

Para a decretação de sequestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens (*fumus boni iuris*), o que pode ocorrer tanto na fase do inquérito policial como no curso da ação penal. A medida pode ser decretada de ofício pelo juiz ou mediante requerimento do representante do Ministério Público e do ofendido ou, ainda, mediante representação da autoridade policial (arts. 127 e 128 do Código de Processo Penal).

Uma vez decretada a medida, da qual cabe apelação, o próprio juiz ordenará a sua inscrição no registro de imóveis, determinará a autuação em apartado e admitirá embargos de terceiro a serem opostos tanto pelo réu como por terceiro de boa-fé que esteja na posse do bem apreendido. Em relação ao réu, os embargos de terceiro possuem natureza jurídica de verdadeira contestação.

Caso seja comprovado a origem lícita do bem, este será devolvido aos seus

respectivos donos.

O sequestro será levantado nas hipóteses previstas no art. 131, I-III, do Código de Processo Penal, a saber:

- I - se a ação penal não for intentada no prazo de 60 dias, contados da data em que ficar concluída a diligência;
 - II - se o terceiro, a quem tiverem sido transferidos os bens, prestar caução que assegure a aplicação do disposto no art. 91, II, b, do CP;
 - III - se for julgada extinta a punibilidade ou absolvido o réu, por sentença transitada em julgado.
- (BRASIL, 1941).

Importante lembrar que não serão objetos de sequestro bens móveis apreendidos em poder do acusado, pois obviamente se já tivessem sido apreendidos, não haveria necessidade de constrição judicial posterior. Além disso, se restituídos aos seus legítimos proprietários, evidentemente não poderiam garantir eventual ação civil *ex delicto*. Isso porque a indenização futura, se assim não fosse, seria paga com os próprios bens da vítima.

11.2 HIPOTECA LEGAL

A hipoteca legal é um direito real de garantia que recai sobre os imóveis do indiciado, podendo ser requerida pelo ofendido, em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria. Uma vez requerida ao juiz criminal mediante requerimento (do ofendido ou do Ministério Público), a parte estimará o valor da responsabilidade civil, designará e estimará o imóvel ou móveis que terão de ficar especialmente onerados e, conseqüentemente, inalienáveis.

Se o réu oferecer caução suficiente em dinheiro ou em títulos da dívida pública, pelo valor de sua cotação em bolsa, o juiz poderá deixar de mandar proceder à inscrição da hipoteca legal. É no juízo cível que será procedida a liquidação da sentença criminal e os valores apurados com a hipoteca legal.

A inscrição da hipoteca legal será cancelada se, por sentença irrecorrível, o réu for absolvido ou julgado extinta a punibilidade. De acordo com o art. 143 do Código de Processo Penal, passando em julgado a sentença condenatória, serão os autos da hipoteca ou arresto remetidos ao juízo cível.

A finalidade da medida é garantir o sucesso da futura ação civil *ex delicto* recaindo, portanto, sobre qualquer bem do ofensor e não somente sobre aquele oriundo da prática delituosa.

É mais de uma forma de garantir o ressarcimento das vítimas, proporcionando a elas garantia com o que o ofensor tiver, basta que tais bens proporcionem toda a reparação.

11.3 ARRESTO

A Lei 11.435/2006 corrigiu antiga confusão feita pelo legislador no art. 137, 2ª parte, do Código de Processo Penal, ao se referir ao sequestro de bens móveis como medida assecutória, quando na verdade se tratava de arresto, nos moldes previstos no art. 813 do Código de Processo Civil. A nova lei substituiu as referências ao instituto sequestro pelo arresto.

A medida de arresto possibilita a apreensão de qualquer bem móvel, ao contrário do que exige o sequestro, que incide sobre os bens imóveis ou móveis obtidos com o produto do crime. O arresto só poderá ser concedido no curso da ação, deste modo, busca-se ter maiores provas do ilícito.

Somente os bens suscetíveis de serem penhorados é que poderão ser objeto de arresto e, mesmo assim, em quantidade suficiente para garantir a responsabilidade do acusado ou seu responsável.

Os requisitos para a sua concessão são os mesmos exigidos para as demais medidas assecutórias: existência de dano e indícios suficientes de autoria. As hipóteses de levantamento são as mesmas previstas para a hipoteca.

Os depósitos e a administração dos bens arrestados ficarão sujeitos ao regime do processo civil. As garantias do ressarcimento do dano alcançarão também as despesas processuais e as penas pecuniárias. Tendo preferência sobre essas a reparação do dano ao ofendido.

A utilização destas medidas na seara coletiva, ainda que no nosso país não exista um código processual coletivo, visam dar mais efetividade e instrumentalidade as ações.

12 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito pune atos jurídicos indesejáveis com várias espécies de sanções, como as civis e as penais. Os atos tipificados criminosos são os que mais afetam a ordem jurídica e social, razão por que merecem a sanção mais rigorosa do ordenamento jurídico: a perda da liberdade. Não se pode permitir que a letra da lei nasça morta, há de se garantir a sustentabilidade do ordenamento jurídico. Permitir, com novas ideias, que se faça uma justiça mais restaurativa e não apenas vingativa,

A sanção ao ato criminoso visa a duas finalidades essenciais: a prevenção e a repressão do crime. A indenização do dano causado pelo crime corresponde a essa finalidade no plano civil, já na órbita criminal, será a pena em si. Ambas têm o mesmo fundamento (a prática de ato penalmente típico) e a mesma função jurídica (prevenir e reprimir a atividade criminosa), pouco ou nada diferindo. Ontologicamente, a prevenção e a repressão ao crime constituem interesse social dos mais relevantes.

A norma que permite a indenização à vítima em decorrência de crime é de ordem pública e tutela o interesse público e social. Eis o motivo pelo que se defende e justifica a legitimidade ativa do Ministério Público para propor o pedido de reparação na seara coletiva, sob o respaldo do Código de Defesa do Consumidor e de leis esparsas como a Lei da Ação Civil Pública, não obstante subordinar-se ao talante da vítima, que pode ou não desejar valer-se do direito de ação.

A legitimidade ativa do Ministério Público para a ação civil *ex delicto* coletiva coaduna-se com o disciplinamento constitucional da instituição, por atender o relevante interesse social, mesmo se tratando de função atípica. Não sendo, contudo, caso de se falar que é uma função provisória, posto que como legitimado originário na defesa de interesses coletivos, sua participação nesta esfera, sempre ocorrerá quando necessária. A interpretação que afastasse essa legitimidade implicaria, na prática, impedir, em muitos casos, a promoção da ação de reparação do dano *ex delicto*, pela notória carência de meios por parte da Defensoria Pública e pela inexistência de advogados que possam ou desejem patrocinar tais causas em milhares de localidades do país. Por conseguinte, do ponto de vista jurídico, tal exegese fere o princípio da máxima efetividade das normas jurídicas.

Pelo menos até que a Defensoria Pública esteja plenamente apta a prestar essa assistência, deve-se emprestar interpretação conforme a Constituição ao art. 68 do Código de Processo Penal, considerando o Ministério Público parte legítima para promover a ação coletiva. Desse modo, fundamentou-se a proposta deste estudo, no sentido de ser uma competência concorrente e não residual, entre tais instituições, uma vez que cabe ao Ministério Público a titularidade da ação penal e ações coletivas, bem como ser o próprio defensor da sociedade, realizando qualquer função que seja compatível com sua finalidade.

Observa-se, ainda, que a doutrina assente no sentido que a intenção do legislador, ao idealizar a reparação civil *ex delicto*, era de misturar as duas searas, cível e criminal, e mesclar essas duas searas com os direitos transindividuais é buscar a celeridade processual e eficiência dos processos.

Casos em que um grande número de pessoas foram prejudicadas por um mesmo ato ilícito, não devem esperar resposta isolada. Deve-se entrar coletivamente em defesa de seus direitos, pois advindo o dano de uma origem comum, o desfecho dessa história deve ser o mesmo, evitando assim decisões contraditórias. É de interesse da sociedade a resolução em um mesmo processo de várias lides diferentes, daí, o caráter de relevância da sua propositura.

Uma política reparatória eficaz é aquela que apura o mesmo fato, de modo igual e sacia as vítimas de mesmo modo.

Entendeu-se, por fim, que se faz necessário dar oportunidade aos infratores de reparar seus erros, concretizando uma política pública ressarcitória real, em que se apura todo o contexto, seja os aspectos penais (autoria, dolo e materialidade), quanto civis, ao se auferir reparação de danos de maneira igualitária.

Entende-se que o Ministério Público deve se voltar cada vez mais à tutela dos interesses coletivos *lato sensu*, quer participe do processo como parte, quer como fiscal da lei.

Os cidadãos ao se verem diante de um fato decorrente de um crime, que abale muito mais do que a seara individual devem se organizar e procurarem uma associação, a Defensoria Pública e o Ministério Público, para que possam entrar em nome de todos, reduzindo os custos de uma ação individual e atuando de forma unida e mais coordenada para que a demanda alcance um resultado positivo.

A competência de todos estes legitimados é concorrente e não restritiva, a fim de aumentar o leque de opções dos cidadãos para alcançar seus direitos. Assim sendo, na presença de um dos legitimados na comarca, não haverá de excluir o outro, cabendo a escolha a vítima e aos próprios órgãos de defesa, entraram com demanda judicial.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003
- CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DIDIER JR, Fredie; ZANETE JR, Hermes. **Curso de Processo Civil: processo coletivo**. 4. ed. volume 4. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.
- FERNANDES, Antônio Scarance. O Estado na reparação do dano à vítima do crime. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 678, p. 25-33, 1992.
- FERNANDES, Antonio Scarance; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. O Estado na reparação do dano à vítima de crime. **Justicia**, São Paulo, 53 (156), out./dez. 1991.
- FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. **Breves considerações sobre ações coletivas contempladas no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Processo, vol.71.1993.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 8.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Editora Forense universitária. Rio de Janeiro, 2007.
- LIMA, Marcellus Palastri. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos, Conceito e legitimação**

para agir. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Direitos Difusos em Juízo.** 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal.** 2 ed. São Paulo: Método, 2009.

MIRAGEM, Bruno. Et al. **Cometários ao Código de Defesa do Consumidor.** 3ª. ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010.

NEVES, Sheilla Maria da Graça Coutinho das. A fixação do valor mínimo da reparação de danos na sentença penal condenatória. Sucinta análise sobre a validade da norma. **Jus Navigandi**, Terezina, ano 16. n. 2771, 1 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18392>>. Acesso em: 18 mar. 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 10. ed, São Paulo: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pachelli de; FISHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração sobre os princípios de justiça para as vítimas de delitos e abusos de poder de 1985. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r034.htm>>. Acesso em: 14 dez. 2011.

PEREIRA, Isaiane Costa; BATISTA, José Roberto Torres da Silva. Fixação do valor mínimo de indenização e sua instrumentalização prática. **Revista Jurídico-Institucional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte**, v. 1. n. 1. abril 2011. Disponível em: <<http://www.mprn.gov.br/revistaeletronicampmn>>. Acesso em: 20 fev. 2011.

PEREIRA, Isaiane Costa. **Reparação civil ex delicto.** Natal, 2013, 68f. Monografia-UNIRN- Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Sistematizado.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à Justiça.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A tutela do interesse coletivo como instrumento polarizador da participação do Ministério Público no Processo**

Civil Brasileiro. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista16/revista16_174.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2014.

SARAIVA, Wellington Cabral. **Ação civil ex delicto:** legitimidade ativa do Ministério Público. Revista da Procuradoria-Geral da República, n. 9, jul./dez. 1996.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil:** da erosão dos filtros da reparação à diluição de danos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

TÁVORA, Néstor; ALENCAR, Rosimar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 3. ed. Salvador: Juspodium, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloísa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado: Conforme a Constituição da República.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SARAIVA, Wellington Cabral. **Ação civil ex delicto:** legitimidade ativa do Ministério Público. Revista da Procuradoria-Geral da República, n. 9, jul./dez. 1996.

SILVA, Roberto de Abreu e. **Sentença Condenatória Criminal e a Reparação de Danos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do Processo Penal:** inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com novo regime das provas e principais modificações do júri. São Paulo: Renovar, 2009.

Legislação e Jurisprudência consultadas

BRASIL. Brasília. APR 20071010000187. Acórdão n. 412993. Relator Silvânio Barbosa dos Santos, 2ª Turma Criminal, julgado em 18/03/2010, **Diário da Justiça**, 14 abr. 2010.

BRASIL, Brasília. APR 20080310159209. Acórdão nº 348976. Relator Mario Machado, 1ª Turma Criminal, julgado em 12/03/2009. **Diário da Justiça**, 12 maio 2009.

BRASIL. Natal. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Apelação Criminal nº ACR 96321 RN 2009.009632-1. Relator: Desembargador Armando da Costa Ferreira, Câmara Criminal, Julgado em 26/02/2010. **Diário da Justiça**, 03 mar. 2010.

BRASIL. Brasília. Tribunal de Justiça do Distrito Federal – Apelação Criminal 98465020068070005 DF 0009846-50.2006.807.0005. Relator: Des. Roberval Cassemiro Bellinati. 2ª Câmara Criminal. Publicação: 26/05/2010, **Diário da Justiça eletrônico**, 2010.

BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro**. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm > Acesso em: 20 dez. 2014.

BRASIL. [Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916](#). **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Publicado no Rio de Janeiro, 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 25 jan. 2014.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em 1º mar. 2014.

BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal e dá outras providências. Brasília, 11 de julho de 1984. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103279/lei-7209-84>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 20 fev. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 jan.2014.

BRASIL, **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Brasília, 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 12 de jan. 2014.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Lei que institui o Código Civil. Publicado em Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 10 fev. 2014.

BRASIL. **Lei nº 11.435, de 28 de dezembro de 2006**. Altera os arts. 136, 137, 138, 139, 141 e 143 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, do Código de Processo Penal, para substituir a expressão “seqüestro” por “arresto”, com os devidos ajustes redacionais. Brasília, 28 de dezembro de 2006. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11435.htm>.
Acesso em: 14 jan. 2014.

BRASIL. **Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008.** Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Publicada em Brasília, 20 de junho de 2008. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>.
Acesso em: 1º mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 18, de 20 de novembro de 1990. **Diário de Justiça.** 28 de novembro de 1990.
Disponível em:
<http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0018.htm>. Acesso em: 10 fev 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 135328, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/1994. **Diário da Justiça**, 20 de abril de 2001. PP-00137 EMENT VOL-02027-06 PP-01164 RTJ VOL-00177-02 PP-00879. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

BRAZIL. **Código Criminal do Império do Brasil, de 16 de dezembro de 1830.** Foi publicada esta Carta de Lei nesta Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça aos 8 dias do mês de Janeiro de 1831. No impedimento do Official Maior, Antonio Alvares de Miranda Varejão. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 10 jan. 2014

BRAZIL. **Constituição (1824).** Constituição Política do Império do Brazil, 25 de março de 1824.Registrada na Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil a fl. 17 do Livro 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 10 jan. 2014.

BRAZIL. **Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841.** Foi publicada a presente Lei nesta Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, aos 11 de Dezembro de 1841.
Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/104058/lei-261-41>>.
Acesso em: 20 jan. 2014.