

**CENTRO UNIVERSITÁRIO SALESIANO DE SÃO  
PAULO – U.E. DE LORENA**

**Denise Rodrigues de Paiva Nunes**

**Atuação do Ministério Público na Ação Civil *Ex Delicto***

**Lorena**

**2011**

# **CENTRO UNIVERSITÁRIO SALESIANO DE SÃO PAULO – U.E. DE LORENA**

**Denise Rodrigues de Paiva Nunes**

## **Atuação do Ministério Público na Ação Civil *Ex Delicto***

*Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Orientação de Monografias (TCC) do Curso de Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo, como requisito parcial das Atividades de Graduação, sob a supervisão do Prof. Eduardo Luiz Santos Cabette.*

**Lorena**

**2011**

Dedico ao meu amado Marcelo que esteve em todos os momentos deste curso ao meu lado, me ajudando, apoiando, incentivando, sendo compreensivo, paciente, amoroso e sem dúvida alguma, sem você, nada disso seria possível. Dedico também aos meus pais, Daise e Donizete, por serem exemplo de caráter, honestidade e luta.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço acima de tudo a Deus pelas bênçãos e, até mesmo, pelos obstáculos postos em meu caminho, os quais me permitiram crescer, ter força e realizar esse trabalho de conclusão de curso.

Aos meus pais Daise e Donizete, que sempre me ampararam em meus desabafos, deram-me a oportunidade de sonhar e a chance desta conquista.

Ao meu irmão Diogo, que sempre me aconselhou e apoiou.

Em especial ao meu amado Marcelo por toda dedicação, amizade, companheirismo, paciência e, sobretudo pela enorme cooperação na elaboração deste trabalho.

Também agradeço aos meus orientadores Professor Eduardo Luiz Santos Cabette, pela confiança em mim depositada, por ser prestativo e contribuir com suas críticas e Professora Milena Zampieri Sellmann que iniciou os trabalhos como minha orientadora, pela generosidade e estímulo à pesquisa.

Aos colegas de classe e todos aqueles que direta ou indiretamente, contribuíram para minha conclusão neste curso, principalmente aos prezados professores dessa instituição.

“Quem protege os pobres, será largamente recompensado pelo divino tribunal.”

(Dom Bosco)

## **Denise Rodrigues de Paiva Nunes**

Atuação do Ministério Público na Ação Civil *Ex Delicto*

Trabalho de Conclusão de Curso defendido e aprovado em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_, pela comissão julgadora:

(Assinatura)\_\_\_\_\_

(Titulação/nome/instituição)

(Assinatura)\_\_\_\_\_

(Titulação/nome/instituição)

(Assinatura)\_\_\_\_\_

(Titulação/nome/instituição)

**Lorena**

**2011**

## RESUMO

Do ato ilícito penal, civil ou administrativo pode-se buscar a reparação do dano material ou moral. No caso do hipossuficiente, o artigo 68 do Código de Processo Penal diz que o Ministério Público possui legitimidade para promover ação civil ex delicto em favor do ofendido. Pode-se executar a sentença penal condenatória, pois esta faz título executivo judicial ou promover ação civil buscando a reparação do dano. Porém, há uma polêmica acerca da recepção do artigo 68 do Código de Processo Penal em razão da Constituição Federal de 1988 não prever no capítulo do Ministério Público a função do exercício dessa espécie de ação especificamente, mas a própria Constituição prevê que uma das funções do *parquet* é a de exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatível com sua finalidade. Em seu texto legal, a Constituição Federal assegura o dever de criação das Defensorias Públicas Estaduais. No entanto, a maioria dos Estados brasileiros as mantém de forma escassa e precária, com concentração em pouquíssimos Municípios, frustrando o ideal do contribuinte, qual seja o de assegurar justiça a todos. Porquanto, a Defensoria Pública não foi devidamente instalada em todas as comarcas do Brasil, assim sendo é sustentável a legitimidade do representante do Ministério Público até que a Defensoria Pública, seja efetivamente organizada, para em todos os graus, haja defesa e orientação dos necessitados.

**Palavras-chave:** Ato ilícito. Ação civil ex delicto. Legitimidade do Ministério Público.

## ABSTRACT

Unlawful act of criminal, civil or administrative can seek compensation for material or moral damage. In the case of a poor in article 68 Criminal Procedure Code says that prosecutors have standing to promote civil action ex delicto in favor of the victim. You can run a criminal sentence, because it makes enforceable judicial or promote civil action seeking compensation for damage. However, there is a controversy about the reception of article 68 of the Code of Criminal Procedure because the Federal Constitution does not provide for in Chapter 1988 of the Public Prosecution due to the exercise of this kind of action specifically, but the Constitution itself provides that the functions of the parquet is to carry out other functions as may be conferred, as supported by its purpose. In his legal text, the Constitution ensures the duty of creating the State Public Defender. However, most of the Brazilian states has so scarce and poor, concentrated in very few municipalities, defeating the right of the taxpayer, which is to ensure fairness to all. Because the Public Defender's Office was not properly installed in all districts of Brazil, so it is sustainable over the legitimacy of the public prosecutor until the Ombudsman, be effectively organized, so in all grades, there is need of protection and guidance.

**Key-words:** Unlawful act. Civil action ex delicto. Legitimacy of the prosecution.

## SUMÁRIO

<b>Introdução</b> .....	09
<b>1. Do Ato Ilícito</b> .....	10
1.1. Breve histórico e Conceito .....	10
1.2. Ato ilícito civil .....	11
1.2.1. Ação ou Omissão .....	11
1.2.2. Dano .....	12
1.2.3. Nexo de Causalidade .....	13
1.2.4. Dolo ou Culpa .....	14
1.3. Ato ilícito penal .....	15
1.4. Ato ilícito administrativo .....	16
1.5. Responsabilidade objetiva e subjetiva .....	17
1.6. Dano Material e Moral .....	18
1.7. Reparação do Dano .....	20
<b>2. Da Ação Civil <i>Ex Delicto</i></b> .....	21
2.1. Definição de Ação Civil <i>Ex Delicto</i> .....	21
2.2. Espécies de Reparação .....	22
2.3. Execução da sentença penal condenatória .....	22
2.4. Ação civil .....	24
2.5. Independência das ações civis e penais .....	24
2.6. Suspensão da ação civil em decorrência da ação penal .....	25
2.7. Legitimidade ativa .....	26
2.8. Legitimidade passiva .....	27
2.9. Competência .....	28
2.10. Prescrição .....	28
<b>3. Da Atuação do Ministério Público na Ação Civil <i>Ex Delicto</i></b> .....	29
3.1. Histórico do Ministério Público.....	29
3.2. Origem no Brasil e conceito atual .....	30
3.3. Atuação Constitucional do Ministério Público .....	31
3.3.1. Princípios do Ministério Público .....	32
3.3.2. Garantias e Impedimentos .....	34
3.3.3. Funções Institucionais .....	36
3.4. Legitimidade ativa do Ministério Público na ação civil <i>ex delicto</i> .....	37

3.5. Caracterização de pobreza .....	38
3.6. Constitucionalidade do artigo 68 do Código de Processo Penal .....	39
3.7. Inconstitucionalidade do artigo 68 do Código de Processo Penal.....	41
3.8. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal .....	42
<b>Conclusão</b> .....	<b>45</b>
<b>Referências</b> .....	<b>47</b>

## INTRODUÇÃO

O Trabalho buscará elucidar como é o sistema da reparação do dano *ex delicto* e a legitimidade do Ministério Público em favor do hipossuficiente.

Aclarar que a legitimidade do Ministério Público na ação civil *ex delicto* ainda é sustentável, visto que, se faz necessário e faz parte da função deste órgão.

É relevante socialmente, tendo em vista as implicações práticas com relação à atuação da defesa dos necessitados juridicamente. Busca-se, portanto, a celeridade no Judiciário, já que o Ministério Público dará continuidade ao trabalho feito na ação penal na seara cível, evidenciando a constitucionalidade do artigo 68 do Código de Processo Penal.

Terá como objeto a pesquisa teórica, jurisprudencial e histórica.

Inicialmente, é mister elucidar o que gera a reparação do dano, ou seja, o cometimento do ato ilícito, conceituando os tipos de atos ilícitos que se tem no ordenamento jurídico brasileiro.

Imprescindível, explanar sobre instituto da ação civil *ex delicto*.

Assim, faz-se necessário discorrer sobre o Ministério Público, sua configuração e atuação constitucional, dando destaque ao seu histórico, bem como elucidando seus princípios, garantias, vedações e função institucional.

Indispensável, pois a análise do artigo 68 do Código de Processo Penal, procurando verificar sua constitucionalidade e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente às divergentes soluções nos tribunais inferiores.

## 1. Do Ato Ilícito

### 1.1. Breve Histórico e Conceito

Sempre existiram as condutas ilícitas, todavia com outra terminologia. No direito romano o que se conheceu foi os delitos civis que era fonte de obrigações, visto que na ocasião não se chegou a elaborar uma ciência abstrata de ato ilícito.

Havia os delitos privados, que tinham enumeração especial e restrita nos textos. Quando ocorria delito civil somente podia o lesado ajuizar ação para obter a pena pecuniária, pena civil aos que cometessem ilícito típico (responsabilidade *ex delicto*), não era admitida ação pública.

Quando ocorria de alguém ser prejudicado por conduta ilícita de outrem não enumerado, permitia-se que o prejudicado movesse ação in factum, sendo que esse fato era considerado um quase-delito.

O entendimento dominante no direito romano da previsão de delito e quase-delito, é que se considera delito o evento danoso revestido de dolo e quase-delito é aquele determinado por culpa, fato ilícito praticado sem intenção de ser lesivo, mas por imprudência.

O Código Civil francês de 1804 trata da responsabilidade extracontratual ou delitual, com a epígrafe “dos delitos e quase-delitos”, conservando o conceito de “falta” (*faute*) semelhança com o nosso entendimento de ato ilícito. Contudo, atualmente, não tem valor essa distinção formal entre delito e quase-delito. O primeiro a abandonar a tradicional classificação romanista foi o Código Civil alemão, BGB de 1897, onde erigiu o conceito de ato ilícito.

No Brasil, o Código Civil de 1916 foi fortemente inspirado pelo Código Civil alemão e francês, e extinguiu essa distinção, para tratar tanto de delito quanto de quase-delito como ato ilícito.

O conceito atual é que toda conduta praticada pelo agente, comissiva ou omissivamente, que seja contrária a lei e cause dano a outrem, comete ato ilícito. Ato ilícito é aquele contralegem, que vai em desacordo com a moral e os

bons costumes. Assim explicita Silvio Rodrigues: “Ato ilícito é aquele ato humano que não se acomoda com a lei, provocando um resultado que não se afaz à vocação do ordenamento jurídico”. (RODRIGUES, 2002, p. 308).

O ato ilícito pode ser civil, penal ou administrativo, sendo que essas esferas são independentes, porém uma conduta pode interferir nas três órbitas. Advém da conduta voluntária ou involuntária que está em desacordo com o ordenamento jurídico.

## **1.2. Ato Ilícito Civil**

O ato ilícito civil é a prática da infração a um dever legal ou contratual e do qual resulta dano a terceiro.

Pode ocorrer intencionalmente ou não, por comissão ou omissão, por descuido ou imprudência. Mas isso não é relevante. O que importa é a violação do ordenamento jurídico, causando dano a terceiro.

O Código Civil brasileiro de 2002 em seu artigo 187 determina que o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim social ou econômico, pela boa fé ou pelos bons costumes também comete ato ilícito.

Os elementos da responsabilidade civil são: a ação ou omissão ilícita do agente, a ocorrência de um dano e o nexos de causalidade, esses três essenciais, e um acidental que é a culpa. Segundo Silvio Rodrigues esses pressupostos são necessários para que surja a responsabilidade:

Com efeito, para se apresentar o dever de reparar, necessário se faz: que aja uma ação ou omissão, por parte do agente; que a mesma seja causa do prejuízo experimentado pela vítima; que haja ocorrido efetivamente um prejuízo; e que o agente tenha agido com dolo ou culpa. (RODRIGUES, 2002, p. 309).

Deste modo, passaremos a analisar cada elemento para verificarmos a obrigação de reparar o dano.

### **1.2.1. Ação ou Omissão**

A ação ou omissão do agente consiste na conduta, ativa, também conhecida como comissiva, ou passiva, também chamada de omissiva, de um comportamento do agente que vai causar dano a terceiro, produtor de efeito jurídico.

A atitude comissiva é o fato positivo e consiste em geral no ato imprudente ou doloso. Na responsabilidade contratual é a quebra de um dever específico nascido da vontade das partes e na aquiliana é a quebra ao dever de abstenção de atos que sejam capazes de prejudicar outrem.

Enquanto o omissivo é a inatividade, a inércia e retrata-se pela negligência, ou seja, o agente tendo o dever de agir para impedir o resultado deixa de fazê-lo. Pode advir tal dever, da conduta antecedente do agente, da lei, do negócio jurídico ou das circunstâncias do caso, estando presentes o dever de socorrer e o nexa causal, assim sendo, da oportunidade da ajuda não haveria ocorrido o resultado.

Porém, lembra Francisco Eduardo Loureiro sobre a essencialidade da conduta ser ilícita:

É fundamental que a conduta voluntária seja ilícita, pois, se estiver de acordo com a lei, não há responsabilidade. De outro lado, o interesse do lesado atingido pelos efeitos da conduta deve ser legítimo. Não há responsabilidade civil se o direito não tutela o bem jurídico violado, como, por exemplo, a partilha lesiva de bens entre ladrões. (LOTUFO; NANNI, (coord.). 2008. p. 723).

Assim sendo, sem conduta ilícita não há o que se falar em reparação de dano. É necessário, portanto, que o dano causado pelo ato cometido pelo agente omissivo ou comissivamente, além de ilícito, deve se tratar de bem protegido juridicamente.

### **1.2.2. Dano**

Deve existir o dano, ou seja, a consequência do ato comissivo ou omissivo do agente deve causar prejuízo à terceiro. Em outras palavras Francisco Eduardo Loureiro esclarece:

Constitui elemento essencial da responsabilidade civil. Não há responsabilidade sem dano, pois a obrigação de ressarcir inexistente se não há o que reparar. Consiste no prejuízo resultante da lesão a um

direito. É a diminuição ou subtração de um bem jurídico, a lesão a interesses juridicamente protegidos. Em conhecida síntese: o que o direito tutela, o dano vulnera. (LOTUFO; NANNI, (coord.). 2008, p. 730)

O dano pode ser material, prejuízo físico em bens, ou seja, a destruição de um objeto móvel ou imóvel, ou o dano pode ser moral, prejuízo psicológico da vítima. Adiante, ilustraremos sobre dano material e moral.

### **1.2.3. Nexo de Causalidade**

O nexos de causalidade é a ligação, a ponte, entre a ofensa à norma e o dano sofrido. Sendo, portanto, a relação de causa e efeito entre a infração e o dano.

Somente não ocorrerá o nexos de causalidade se ficar demonstrado que o dano foi causado por culpa exclusiva da vítima ou foi provocado por agente externo. Porém, há uma exceção a essa regra, onde haverá responsabilização de terceiro responsável pela segurança, pela garantia e pelo risco, mesmo não sendo quem causou o dano diretamente, como por exemplo, os pais, responderão pelos atos praticados pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e sua companhia, assim como tutores, curadores e etc.

Via de regra, incumbe a vítima provar o nexos causal.

A causalidade pode ser plúrima, também conhecida como múltipla ou concausas, que é resolvida pelo princípio da solidariedade na responsabilidade extracontratual, uma vez que leva à responsabilidade de todos os agentes. Sendo assim, o agente que arcar com o pagamento da indenização tem direito de regresso contra os demais. Já na responsabilidade contratual ocorre de maneira inversa, diante da falta de regra geral estabelecendo a solidariedade faz-se necessário, lei ou convenção a respeito.

Há também a concausa sucessiva, onde se estabelece uma cadeia de causas e efeitos. Porém, existem três teorias que tentam explicar quais condições são adequadas para serem consideradas causa.

A primeira é a teoria da equivalência das condições, onde é considerada como causa toda e qualquer que haja concorrido para produzir o dano. O grande problema dessa teoria é que amplia demais os nexos causais, sujeitando eternizar a cadeia de causalidade.

A segunda é a teoria da causalidade adequada, onde se verifica dentre todos antecedentes aqueles que apresentam a maior probabilidade de concretizar o resultado danoso.

A terceira é a teoria do dano direto e imediato, onde a causalidade deve ser necessária, porque sem ela não existiria o dano; e suficiente, porque sozinha se faz satisfatório para produzir o resultado. Assim sendo, se indeniza todo dano ligado a uma causa, desde que seja ela necessária e suficiente, por não existir outra que explique o resultado danoso.

Porquanto, a jurisprudência ainda não pacificou qual seria a teoria adequada a ser aplicada, conforme explica Francisco Eduardo Loureiro:

A jurisprudência vacila entre as teorias da causalidade adequada e do dano direto e imediato. Em julgamento paradigmático, o Supremo Tribunal Federal entendeu inexistir nexo de causalidade ao analisar caso de presidiário que se evadiu e, meses após, junto com outros integrantes do bando, praticou sério crime contra o patrimônio da vítima. Constatou do Min. Moreira Alves que a prática do crime não era consequência direta e necessária da anterior fuga. (LOTUFO; NANNI, (coord.) 2008, p. 730)

Logo, é necessário que a vítima prove o nexo de causalidade para se poder exigir do agente que repare o dano causado pela prática de seu ato ilícito.

#### **1.2.4. Dolo ou Culpa**

Para constatar a responsabilidade civil é necessário identificar se o agente do dano agiu dolosa ou culposamente.

Assim sendo, o dolo distingue-se como ato praticado pelo agente intencionalmente ou consciente do risco de provocar o resultado danoso, ao passo que, age culposamente aquele que em virtude de sua imprudência, imperícia ou negligência causa prejuízo a outrem.

A culpa pode ser *in concreto* ou *in abstracto*, distingue Sílvio Rodrigues:

Considera-se *in concreto* a culpa quando se examina a imprudência ou negligência do agente, no caso *sub judice*, verificando as condições que cercam uma espécie determinada; considera-se *in abstracto* quando se compara ao procedimento do agente ao homem normal, isto é, ao fato fictício que se tem em vista, tal como o *diligens pater familias* dos romanos. (RODRIGUES, 2002, p.313)

O sistema adotado pelo nosso ordenamento jurídico é o da culpa *in concreto*.

Somente é exigida a culpa nos casos de responsabilidade subjetiva, onde se faz necessário sua verificação, já na responsabilidade objetiva não é necessário sua demonstração, sendo que independe de culpa para que o agente tenha que reparar o dano causado. Mais à frente, falaremos das responsabilidades subjetivas e objetivas.

Ainda pode ocorrer culpa da vítima, exclusiva ou concorrente, e caso fortuito ou de força maior, onde há a exclusão da responsabilidade.

A culpa da vítima pode ser exclusiva, onde cessa a relação de causalidade, já explicado acima, entre o ato do agente e o resultado danoso, portanto exclui a responsabilidade; e pode ser concorrente, onde a vítima também contribui para o dano, ou seja, ambas as partes concorreram para seu resultado, não sendo justo, portanto, que somente uma das partes arque com o prejuízo.

Já no caso fortuito ou de força maior ocorre que é um fato natural e não depende de um ato do agente, assim sendo, essas circunstâncias eliminam a culpa, e sem culpa não existe responsabilização.

### **1.3. Ato Ilícito Penal**

Não existe diferença entre ilícito penal e ilícito civil, já que ambos ferem o ordenamento jurídico. Na verdade, a única diferença é meramente formal, ou seja, aquela constituída pela lei penal, onde o legislador prevê como ilícitos penais àqueles que devem ser reprimidos através de sanções penais, enquanto os demais estarão sujeitos apenas as sanções civis (ilícito civil), administrativas (ilícito administrativo), tributárias (ilícito tributário) e etc. O ilícito

penal é mais grave porque protege os bens mais importantes e necessários à vida em sociedade.

Mirabete explica a diferença: “Ocorre que, entendendo o legislador que determinados fatos antijurídicos não atingem bens jurídicos tão relevantes que devam ser protegidos pela lei penal, não os eleva à categoria de ilícito penal”. (MIRABETE, 2006, p. 85-86).

Observando a gravidade, a diferença do ilícito penal do ilícito civil encontra-se na consequência, já que o penal pode até privar o agente de sua liberdade, contudo o outro, a obrigação de reparar o dano, ou outras sanções de natureza civil.

Apesar da distinção apontada, nada impede que ao autor de um crime, além da sanção penal, seja imposta a sanção civil, ou administrativa, ou tributária e etc.

#### **1.4. Ato Ilícito Administrativo**

O ato ilícito administrativo difere dos demais atos ilícitos, como os já vistos, civil e penal.

A administração pública confere somente fazer o que a lei determina ou permite. Portanto, o administrador, funcionários e servidores públicos devem cumprir suas obrigações conforme legislação pertinente. Hely Lopes Meirelles explicita: “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”. (MEIRELLES, 2003, p. 86).

Assim sendo, o ato ilícito administrativo é todo ato praticado, por comissão ou omissão, que não esteja descrito em lei. Ou seja, na ausência de lei para a administração significa uma proibição, logo comete ato ilícito quem incorre nas infrações administrativas, como à falta de cumprimento dos deveres, falta de cuidado no cumprimento do dever, insubordinação grave, procedimento irregular e incontinência pública. De acordo com Hely Lopes

Meirelles: “Ílícito e imoral será todo o ato que não for praticado no interesse da coletividade”. (MEIRELLES, 2003, p. 85).

Também, podem cometer atos ilícitos administrativos as pessoas físicas e jurídicas, quando do descumprimento de um dever legal.

Podemos citar as obrigações tributárias, que cabem a Administração Pública através do Fisco, fiscalizar e impor sanções a partir da prática de atos ilícitos do contribuinte, podendo ser pessoa física ou jurídica.

Assim também, como ocorre no âmbito do direito ambiental, onde a Administração Pública cabe preservar, fiscalizar e sancionar atos ilícitos que degradem a natureza ou tornem o meio ambiente desequilibrado de alguma forma. O prejuízo causado pelo agente, que pode ser pessoa física ou jurídica, deverá ser reparado, por imposição das sanções administrativas, podendo incorrer simultaneamente com as sanções penais e ou civis.

### **1.5. Responsabilidade Objetiva e Subjetiva**

A responsabilidade civil consiste na obrigação de indenizar, e só haverá indenização quando existir prejuízo a se reparar, portanto o dano constitui elemento essencial da responsabilidade civil. Há no ordenamento jurídico a responsabilidade civil objetiva e a subjetiva.

A responsabilidade objetiva independe de culpa do agente. Como exemplifica Flávia Cristina Moura de Andrade em sua obra: “Como se trata de responsabilidade objetiva, o Estado vai indenizar independentemente de comprovação de culpa ou dolo do agente público, bastando que se comprove o fato do serviço (ação ou omissão), o dano e o nexo”. (ANDRADE, 2006, p.163).

Já a responsabilidade subjetiva depende de culpa, somente se provada a culpa do agente é que surge a necessidade de reparar o dano. Portanto, deve-se comprovar o nexo causal entre o comportamento do agente e o dano causado. É admissível que haja ato ilícito e haja dano, sem que um seja a origem do outro.

Pode ocorrer também, que não se estabeleça à relação de causalidade, por se demonstrar que o dano foi provocado por culpa exclusiva da vítima ou por agente externo.

Tal pressuposto é importante, já que em regra na responsabilidade subjetiva, incumbe à vítima provar a relação de causalidade.

## **1.6. Dano Material e Moral**

O dano é elemento essencial da responsabilidade civil. Não há responsabilidade sem dano, uma vez que a obrigação de ressarcir inexistente se não tem o que reparar. Consiste no prejuízo resultante da lesão a um direito, ou seja, a subtração ou diminuição de um bem juridicamente protegido.

O dano material para ser indenizado é preciso reparar o prejuízo sofrido, *in natura* ou *in pecúnia*, motivo pelo qual o dano é a medida da indenização. E a indenização deve ser integral.

Loureiro explica que: “As perdas e danos são devidos em dinheiro. São o equivalente em dinheiro do prejuízo suportado pelo credor. O dano, para ser ressarcível, deve ser certo e subsistente”. (LOTUFO; NANNI, (coord.), 2008, p.731)

Deve ser certo porque tem de ter uma existência real, ou seja, o dano não pode ser hipotético, conjuntural ou meramente eventual.

O dano material pode ser emergente, futuro, lucro esperável e reflexo.

Via de regra, é emergente, pois os efeitos do ato danoso caem sobre o patrimônio atual, o que provoca sua diminuição. Nesta categoria, podem-se ter danos emergentes continuado, que em razão dos danos sofridos pela vítima seja necessário um tratamento prolongado, ou mesmo uma cirurgia plástica reparadora.

Já a indenização de danos futuros é possível quando se consegue verificar que o prejuízo futuro é conseqüência de dano presente.

No lucro esperável, calcula-se o que a vítima deixou de lucrar por conta do dano causado, ou seja, não se trata de probabilidade, mas sim do

desenvolvimento normal dos acontecimentos diários que a vítima costuma lucrar. Assim como explica Luis Fernando Rabelo Chacon em sua obra:

Os lucros cessantes, por sua vez, representam algum valor econômico que a pessoa deixou de alcançar, quando deixou de fazer crescer ao seu patrimônio determinado valor, pelo que tem direito a ser indenizado caso tal tenha decorrido do inadimplemento. (CHACON, 2007, p. 151).

E ainda, admite-se, no nosso ordenamento jurídico o dano reflexo, onde da conseqüência direta e imediata do ato ilícito sofrido pela vítima, repercute nos interesses de terceira pessoa, que em geral, era dependente financeira da vítima.

O segundo requisito do dano é que deve ser subsistente, e assim ocorre quando o causador do dano ou terceiro não tiver reparado o prejuízo.

Além dos danos patrimoniais, o nosso ordenamento jurídico comporta os danos morais.

Existe o conceito negativo e positivo do dano moral como explica Loureiro:

Pelo conceito negativo, é todo e qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária. Pelo conceito positivo, é a lesão integrante a um bem da personalidade, ou em termos simples, é a agressão à dignidade humana. (LOTUFO; NANNI, (coord), 2008, p. 732)

Pode originar os danos morais tanto na culpa contratual quanto na extracontratual. Porém, o que configura o dano moral é que por sua natureza ou gravidade, atinjam bens da personalidade ou provoquem intenso sofrimento.

No que tange à prova do dano moral é que decorre da natureza e da gravidade, sendo o espírito dos doutrinadores e dos tribunais nesse sentido.

A grande dificuldade do dano moral é o critério mínimo de arbitramento, pois o Código Civil de 2002 não estabelece, porém, apesar desse problema, não se pode exonerar o agente de reparar o dano.

O entendimento dos tribunais sedimentou que a reparação por danos morais teria caráter satisfatório, com a obtenção de satisfação material e intelectual em razão do mal sofrido, ou compensatório, com a compensação pelo sofrimento. E também atribuiu o Superior Tribunal de Justiça ao dano moral caráter preventivo ou pedagógico, com o intuito de inibir o agente de repetir o comportamento ilícito.

Admite-se a cumulação dos danos morais e materiais, devendo ambos serem reparados, conforme exemplifica Luis Fernando Rabelo Chacon:

O atraso na entrega de um *buffet* numa festa de casamento trará danos ao contratante dos serviços, inclusive, danos de ordem material, como também, de ordem moral, pela situação a que ficou exposto em virtude do ocorrido e por conta do inadimplemento da empresa contratada. (CHACON, 2007, p. 149).

Portanto, não há o que se falar em reparação de dano se não houver um dano à vítima. Havendo o dano, pode se pleitear a reparação tanto material como moral cumulados em uma mesma ação.

### **1.7. Reparação do Dano**

A reparação do dano é a finalidade da responsabilização pelos danos causados a vítima pela prática do ato ilícito pelo agente.

O objetivo da indenização é reparar o prejuízo que a vítima sofreu materialmente e ou psicologicamente, proporcionando compensação e satisfação. Também possui objetivo disciplinar, onde inibe o agente a repetição da prática danosa.

Para a efetivação da reparação do dano material, deve-se indenizar o dano sofrido pelo lesado, incluindo perdas e danos, inclusive os danos morais, quando couberem.

A consequência do ato danoso é a reparação, nesse sentido Luis Fernando Rabelo Chacon:

Em conclusão podemos dizer que a consequência preponderante da inexecução das obrigações é a reparação do dano, sendo que a responsabilidade no Direito Privado é calcada na culpa do agente (salvo o estudo da responsabilidade objetiva e da teoria do risco, ambos previstos no artigo 927 do Código Civil), ou seja, o devedor, em regra, só responde pelos prejuízos causados se agiu com culpa (imprudência ou negligência) e se no caso não tenha ocorrido caso fortuito ou de força maior. (CHACON, 2007, p. 154).

Deste modo, tudo está interligado. O agente pratica o ato ilícito, através de uma ação ou omissão, ainda que culposa ou dolosamente, ocorre o dano, a vítima comprova o nexo de causalidade e o agente é obrigado a reparar o dano, através da indenização material e se cabível, moral.

Portanto, a relação jurídica entre a vítima e o agente termina com a reparação do dano.

## 2. Da Ação Civil *Ex Delicto*

### 2.1. Definição de Ação Civil *Ex Delicto*

Conforme já se viu, muitas vezes, o fato que a lei tipifica como infração penal reflete na esfera do particular causando-lhe prejuízo. Ocasiona, portanto, o “*jus puniendi*”<sup>1</sup> para aplicação da sanção penal e também a obrigação de reparação do dano pelo ato ilícito causado pelo autor à vítima.

Declara o artigo 91 do Código Penal que é efeito da condenação do agente a obrigação de reparar o dano causado por seu crime. Nesse sentido, o artigo 63 do Código de Processo Penal admite a execução da sentença penal condenatória transitada em julgado no juízo cível. Porém, a esfera penal é independente da esfera cível, já que a condenação de alguém pela prática de um crime não implica que os efeitos de natureza civil, que eventualmente exista entre a vítima e o condenado, tenham resultados imediatos. Trataremos, mais a frente, da independência das ações civis e penais.

Em sua obra, Edilson Mougnot Bonfim diz que a ação civil *ex delicto*:

É a ação proposta no juízo civil pelo ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros para obter a reparação do dano provocado pela infração penal. Abrange tanto o ressarcimento do dano patrimonial (dano emergente e lucro cessante) como a reparação por dano moral. (BONFIM, 2006, p. 184).

Assim sendo, a ação civil *ex delicto* não difere das demais ações civis indenizatórias. Trata-se essencialmente de ação civil, onde a única vinculação com o juízo penal emanará da circunstância de que a causa de pedir da ação penal tanto quanto da ação civil será um mesmo fato, que além de ser ilícito civil, também constitui delito penal.

A sentença penal condenatória transitada em julgado faz título executivo judicial, assim possibilita a vítima obter a reparação do prejuízo sem a necessidade de propor ação civil de conhecimento.

---

<sup>1</sup> *jus puniendi* é o direito de punir.

## 2.2. Espécies de Reparação

Os artigos 63 e 64 do Código de Processo Penal referem-se aos termos reparação e ressarcimento, contudo são empregadas no sentido amplo, já que para satisfazer o dano causado pela infração penal pode ocorrer restituição, ressarcimento, reparação e indenização.

Regulada no artigo 952 do Código Civil, bem como nos artigos 119 e 120 do Código de Processo Penal, a restituição da coisa é a mais simples maneira de satisfação do dano nos casos em que há a privação de um objeto. Porém, não cobre os prejuízos causados pelo tempo da não utilização pela vítima, do bem avariado ou destruído por completo. Dada necessidade do dano ser satisfeito por inteiro, existe o ressarcimento, o “pagamento do dano patrimonial, de todo o dano, isto é, do prejuízo emergente e do lucro cessante, do principal e dos frutos que lhe adviriam com o tempo e o emprego da coisa”. (TORNAGHI *apud* MIRABETE, 2006, p.142)

Não sendo o dano ressarcível por não poder ser estimado em dinheiro, logo, de caráter não patrimonial, a necessidade será de se compensar a perda ou confortar a dor, para que se tenha então um equilíbrio na relação. É a reparação em sentido estrito, no caso de dano moral, expressamente prevista nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil.

Por fim, o meio para se compensar um dano causado por ato lícito do Estado que se mostra lesivo ao particular é a indenização. Temos como exemplo dessa espécie de reparação, o artigo 230 do Código de Processo Penal, tratando do dever do Estado em indenizar o interessado pelos danos sofridos quando da absolvição em revisão, assim como faz jus a indenização “o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença” em texto do artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal.

## 2.3. Execução da sentença penal condenatória

Como já visto, a sentença penal condenatória é título executivo judicial e torna certa a obrigação de reparar o dano, definindo autoria e materialidade, que, conseqüentemente, não poderão mais ser discutidas na esfera civil. Contudo, o título pode ou não definir o quanto é devido. Assim sendo, no próprio juízo penal há a possibilidade de se apurar e reparar o dano decorrente do delito, nos termos do parágrafo único do artigo 63 do Código de Processo Penal.

Acerca da reparação do dano no próprio juízo penal, os doutrinadores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar explicam que:

Caso o juiz penal fixe o quanto da indenização e o réu condenado tenha prestado fiança, entendemos que excepcionalmente a execução pode ser feita na própria esfera penal, bastando ao ofendido requerer ao próprio juízo criminal o levantamento do valor da fiança para satisfação do seu direito. (TÁVORA; ALENCAR, 2010, p. 211).

Deste modo, o juiz deverá fixar um valor mínimo para a reparação da lesão causada a vítima pela infração penal, considerando os prejuízos sofridos, conforme estipula o artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal. Com isso, a sentença é em parte líquida, o que possibilita sua execução no cível, com a dispensa da liquidação para arbitramento do valor devido.

Após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, poderá ser executada no cível por esse valor fixado, sem perda da apuração do dano efetivamente sofrido pelo ofendido. Portanto, nada impede que a vítima pretenda valor superior ao fixado na sentença penal. Nesse caso, deverá valer-se da liquidação para apuração do efetivo dano sofrido.

Destarte, os doutrinadores Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, em sua obra, lembram que:

Cabe ao Ministério Público fiscalizar e requerer ao magistrado a fixação da sentença do valor da reparação dos danos. Para tanto, poderá, no curso da instrução criminal, buscar avaliar, dimensionar, o prejuízo sofrido pelo ofendido. (DEMERCIAN; MALULY, 2009, p. 168).

Deste modo, a sentença penal condenatória, que é um título executivo judicial, pode trazer ou não o valor mínimo de reparação do dano, devendo o Ministério Público requerer a fixação do valor. Contudo, já que esse valor fixado em sentença penal condenatória é o valor mínimo exigido para a reparação do dano, pode a vítima requerer valor superior.

## 2.4. Ação civil

A ação ordinária civil para reparação do dano pode ser proposta contra o autor do crime, seu responsável civil ou seu herdeiro, conforme versa o artigo 64 do Código de Processo Penal. Como já falado acima, a sentença penal condenatória pode ser executada no juízo cível, pois se trata de título executivo judicial, conforme decreta o artigo 475-N, inciso II, do Código de Processo Civil, sem necessidade de propor ação civil de conhecimento.

Porém, Fernando Capez em sua obra, adverte que:

Se for proposta a ação de conhecimento, no lugar da execução, o juiz deverá julgar o feito extinto, sem julgamento de mérito, diante da falta de interesse de agir, pois, se já existe título executivo, não há nenhuma necessidade de rediscutir o mérito. (CAPEZ, 2010, p. 210)

Na hipótese de correr simultânea e paralelamente uma ação penal e uma ação civil, ambas de conhecimento, sobre o mesmo fato, o juiz poderá suspender o curso da ação civil até a resolução da ação penal, assunto esse, que trataremos com mais detalhes posteriormente.

## 2.5. Independência das ações civis e penais

O Brasil adotou a independência das ações civil e penal, onde cada ação deve tramitar na competente justiça, com o devido procedimento. Apesar das ações civil e penal serem fundadas no mesmo fato, elas são distintas por vários motivos, conforme explica Mirabete:

A ação penal é fundada na pretensão punitiva em decorrência da perturbação da ordem social provocada pelo crime e visa à aplicação da pena; a ação *civil* tem origem no delito considerado como ato danoso e visa à reparação do dano. (MIRABETE, 2006, p. 144)

Porém, a independência não é absoluta, porque a legislação prevê algumas normas para que possam evitar conflitos de decisões de juízos cíveis e criminais.

Justifica-se essa interdependência pela necessidade de evitar uma contradição entre as decisões das jurisdições civil e penal, admitindo, desse

modo, um efeito vinculante da esfera penal sobre a ação de natureza civil, bem como a intervenção do titular desse direito à indenização do processo penal.

Assim sendo, a eficácia da sentença penal no juízo cível pode ser encontrada no artigo 935 do Código Civil que diz que a responsabilidade civil é independente da criminal, e quando a materialidade e a autoria já estiverem decididas no juízo criminal, não poderão ser questionadas mais.

## **2.6. Suspensão da ação civil em decorrência da ação penal**

Existindo ação civil e penal, paralelas e simultâneas, para evitar decisões contraditórias, logo, reconhecendo essa interdependência, a norma jurídica permite ao julgador da ação civil sobrestar seu curso, até o resultado da ação penal, se esta já foi intentada, de acordo com o parágrafo único do artigo 64 do Código de Processo Penal.

Sobre a suspensão, o doutrinador Edilson Mougnot Bonfim diz que:

A medida, com efeito, é salutar e favorece o senso de justiça e a isonomia, ao evitar que sejam proferidas decisões contraditórias. Além disso, caracteriza-se em certa medida uma relação de prejudicialidade da matéria de natureza penal em relação à decisão proferida pelo juízo cível, com o que o legislador reconhece e homenageia a abordagem diferenciada perante a produção e a valoração da prova nos juízos penal e cível. (BONFIM, 2006, p. 187)

A política judiciária adota este preceito devido, em regra, a celeridade do processo penal em busca da apuração da verdade e também pelo fato de geralmente ser movimentada antes que a justiça cível.

Na hipótese da ação penal ainda não ter sido iniciada, a ação civil poderá ser suspensa, mas se no prazo de trinta dias contados da data do sobrestamento da ação civil não for deflagrada a ação penal, o feito irá prosseguir, nos termos do artigo 110 e parágrafo único do Código de Processo Civil.

A norma jurídica diz que, em face da prejudicial penal, o juiz pode suspender a ação civil, portanto discute-se na doutrina se é obrigatória ou facultativa.

O entendimento pela obrigatoriedade funda-se na existência de decisões contraditórias, ocorrendo assim conseqüências desastrosas, e, portanto deve a suspensão ser impositiva.

Entretanto, o entendimento majoritário defende que é uma faculdade da autoridade judicial, no campo da conveniência em razão da formação de seu convencimento. Há a possibilidade de desnecessidade de aguardar o desfecho da ação penal, caso em que a instrução civil já tenha permitido ao magistrado apurar as repercussões jurídicas daquela conduta. Nada impedindo, no entanto, que se no transcorrer da ação sobrevenha sentença criminal, esta seja levada em consideração.

## **2.7. Legitimidade ativa**

A legitimação ativa para a ação civil reparatória, tanto do título como da ação civil em si, pertence ao ofendido, já que ele é o titular do bem jurídico lesado pela conduta ilícita.

Se o ofendido é incapaz, deve ser proposta a ação e a execução pelo seu representante legal de acordo com a lei civil.

E havendo óbito ou ausência os herdeiros podem promover a ação ou execução civil. O rol é extenso em caso de sucessão, já que a lei contempla todos os eventuais herdeiros, assim sendo, não se limitando ao cônjuge, ascendentes, descendentes e irmãos.

E ainda, se o titular do direito for pobre, na acepção jurídica do termo, o Ministério Público poderá promover a execução e ação civil de reparação, através de requerimento da parte, conforme dispõe artigo 68 do Código de Processo Penal. O representante do Ministério Público atuará como substituto processual, pois a lei confere legitimação extraordinária. Assunto este, de grande divergência doutrinária, onde se discute a constitucionalidade ou não do artigo 68 do Código de Processo Penal, mas que será detalhado no próximo capítulo.

## 2.8. Legitimidade passiva

A execução da sentença condenatória somente recairá sobre a parte que foi condenada no processo penal. A responsabilidade civil de terceiros dependerá de ação proposta no juízo cível, conforme trata o artigo 64, “caput”, do Código de Processo Penal. Sobre esse assunto, explica Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

Já no pólo passivo irá figurar o autor do crime, sem prejuízo do processamento do responsável civil. Este último só poderá ser sujeito passivo da ação de conhecimento, não se admitindo a execução da sentença penal condenatória em seu detrimento, afinal, não foi parte no processo penal, não servindo o título contra aquele que não figurou no pólo passivo da demanda. (TÁVORA; ALENCAR, 2010, p. 206)

Há divergência doutrinária acerca do que pode ser arguido em favor do responsável civil em sua defesa na ação de conhecimento. Se ele poderá ou não rediscutir a materialidade ou a autoria do delito, que já ficaram definidas na sentença penal condenatória transitada em julgado. Encontram-se duas posições:

O primeiro entendimento diz que se já houver sentença penal condenatória transitada em julgado não poderá o responsável civil trazer a tona tais discussões. Mas, se a sentença ainda não transitou em julgado poderá o responsável civil ventilar toda matéria em seu favor.

Já o que tem prevalecido é o segundo entendimento, que diz que o responsável civil pode tecer todo argumento que achar necessário dentro da ação indenizatória, já que não pode ser prejudicado por decisão de processo criminal em que não foi parte.

Porém, nos Juizados Especiais Criminais, conforme artigos 72 e 74 da Lei nº 9099/1995, o responsável civil é notificado para comparecer a audiência preliminar, e se ele fizer parte do acordo da composição civil dos prejuízos, será válido contra sua pessoa o título executivo da sentença homologatória. Desse modo, não poderá o responsável civil se esquivar da reparação, alegando não defesa ou não conhecimento do acordo firmado entre as partes, já que seu comparecimento tem sido entendido como obrigatório.

## 2.9. Competência

Acerca da competência os doutrinadores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar dizem que:

Quanto à competência para a ação civil *ex delicto*, seja a ação de conhecimento, seja a ação executória, precedida de competente liquidação, estas serão manejadas no juízo cível correspondente, sem vínculos com a definição da competência penal. (TÁVORA; ALENCAR, 2010, p. 207)

O juízo competente está previsto nos artigos 575, inciso IV, e 475-p, inciso III, do Código de Processo Civil e relaciona-se de forma direta à competência para o processo de liquidação da sentença penal condenatória, e indiretamente, aponta a competência para a execução forçada, que acompanhará o mesmo juiz da liquidação.

Encontram-se duas posições:

A primeira posição aplica o artigo 100, inciso V, alínea “a”, do Código de Processo Civil que define como competente o lugar do ato ou fato. Assim sendo, identificando-se o local do delito que causou o dano, está definida a competência para a ação civil.

A segunda posição aplica o parágrafo único do artigo 100 do Código de Processo Civil, onde há verdadeira concorrência e dispõe que a vítima deve optar entre ajuizar a ação civil em seu domicílio ou no local do fato. Permitindo também, a opção de ajuizar a ação no domicílio do réu, se a vítima assim o quiser. Essa é a posição majoritária entre os doutrinadores.

## 2.10. Prescrição

Dispõe o artigo 200 do Código Civil que, quando a ação civil se fundar em fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória. Declara o artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, que a prescrição em tal caso ocorrerá com o decurso do lapso de tempo de três anos e se o titular do direito for menor, não começa a correr até completar 16 anos e se tornar, ao menos, relativamente incapaz.

### 3. Da atuação do Ministério Público na Ação Civil *Ex Delicto*

#### 3.1. Histórico do Ministério Público

Para a busca da origem do Ministério Público deve-se considerar que há dois aspectos, sendo indiretos ou imprecisos e diretos ou precisos. O primeiro aspecto são as pesquisas históricas, onde começamos falando do Egito Antigo, onde existia a figura do *Magiai*, que era um funcionário real que possuía a função de reprimir os egípcios violentos, proteger os pacíficos e castigar os rebeldes, onde alguns autores procuram a origem do Ministério Público.

Já em Esparta, havia a figura dos Éforos, sendo um Ministério Público embrionário, com a função de exercer o direito acusatório.

Porém, em Roma, encontram-se os *advocatus fisci* e os *procuradores caesaris*, onde desempenhavam o papel de vigiar a administração de bens do imperador.

Havia também, na Idade Média, os *bailos* e *senescais*, que eram encarregados da defesa dos senhores feudais em juízo e o *nissi dominici* ou *gastaldi* do direito lombardo e o *gemeiner anklager*, que era o acusador comum, encarregado de exercer a acusação quando o particular ficava inerte.

Em Portugal de 1289, sob o reinado de Afonso II, existiu a figura do procurador da Coroa. E na Espanha de 1387, foi criado *El Ministerio Fiscal* pelo Rei Don Juan I, que se aproxima um pouco do atual Ministério Público.

No entanto, a maior parte dos tratadistas acredita que o Ministério Público originou-se na França, devido ao caráter de continuidade em que se apresentou, assim é o que confirma Alexandre de Moraes em sua obra:

Porém, a maioria dos tratadistas se inclina admitir sua procedência francesa, sem embargos de antecedentes remotos, pó ter-se apresentado na França com caráter de continuidade – *Ce corps de magistrals*, pois, apesar de antes do século XIV, os *procurateurs* ou *procureus Du roi* serem simplesmente representantes dos interesses privados dos monarcas ante os Tribunais, quando o processo acusatório foi substituído pelo inquisitório, tornando-se os *procureus* verdadeiros representantes dos interesses sociais. (MORAES, 2004, p. 512)

Mas, apesar de todas estas especulações de surgimento do Ministério Público, no aspecto direto ou preciso, sob o enfoque das características mais

próximas das atuais, apenas a surgida na França nos fins do século XVIII e no início do século XIX encontramos as primeiras figuras do Ministério Público nos textos constitucionais, nas pessoas dos comissários do rei.

Nas palavras de Octacílio Paula Silva:

Hoje, os representantes do MP na França recebem a denominação de procuradores (“*procureus*”) da República, nos tribunais de primeira instância; Procurador-geral, Advogados Gerais e Substitutos do Procurador-geral, nos tribunais de segunda instância. (SILVA, 1981, p. 6)

Deste modo, pode-se observar que a figura do *procureus du roi* passou de simples representantes dos Monarcas na proteção de seus interesses privados ante os tribunais para *procureus*, representantes dos interesses sociais, portanto, se torna a origem mais próxima, sob o aspecto direto ou preciso, do atual Ministério Público.

### **3.2. Origem no Brasil e conceito atual**

No Brasil o surgimento do Ministério Público veio sob a forma de “promotor da ação penal” em 1832 no Código de Processo Criminal. Somente o decreto nº 120, de 21 de janeiro de 1843 regulamentou o Ministério Público, onde o ignorava como instituição, sendo que seus membros eram considerados meros agentes do Executivo, de livre nomeação, sem garantias e demissíveis a qualquer tempo.

O Ministério Público começa a se tornar instituição pelo Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a justiça do Distrito Federal, onde trazia na sua exposição de motivos, que em toda organização democrática o Ministério Público é instituição necessária.

No entanto, na Constituição de 1891 limitou-se ao Procurador-Geral da República e não tratou do assunto.

A Carta Magna de 1934 reativou o Ministério Público, onde atribuiu estabilidade aos seus membros, regulou o ingresso na carreira através de concurso público e demissão pelo Presidente da República, somente após aprovação pelo Senado Federal. Considerando-o, portanto, como órgão de cooperação nas atividades governamentais.

Porém, na Constituição de 1937 houve um retrocesso, onde havia apenas referência ao Procurador-Geral da República como chefe do Ministério Público Federal e sobre a composição dos tribunais superiores, que deveriam ser preenchidos com um quinto dos membros do Ministério Público ou Advogados.

Já em 1946, a Constituição concedeu ao órgão um título especial, assim marcando a independência do Ministério Público como instituição.

Com a Carta Magna de 1967, o Ministério Público conquistou o direito de aposentadoria aos trinta anos de serviços, com vencimentos integrais e o incluiu numa seção do capítulo do Poder Judiciário. Mas, com o advento da emenda constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969 (Carta de 1969), manteve as prerrogativas anteriores, entretanto, retirou o direito a aposentadoria. Também, voltou a integrar o Poder Executivo como uma de suas seções.

Atualmente, na Constituição, o Ministério Público se situa em capítulo especial, consagrando sua total autonomia e independência, e também ampliou suas funções, sempre preservando direitos, garantias e prerrogativa da sociedade.

Apresenta o capítulo IV da Constituição da República Federativa do Brasil, que trata das funções essenciais à Justiça, em seu artigo 127, o conceito do Ministério Público: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais individuais indisponíveis”. (BRASIL, Constituição Federal, 2010)

### **3.3. Atuação Constitucional do Ministério Público**

Os artigos 127 e seguintes da Constituição Federal definem as funções institucionais, prescreve garantias e vedações aos membros do Ministério Público.

De acordo com José Afonso da Silva: “O Ministério Público vem ocupando lugar cada vez mais destacado na organização do Estado, dado o

alargamento de suas funções de proteção de direitos indisponíveis e de interesses coletivos". (SILVA, 2001, p. 581)

O Órgão Ministerial possui grande relevância não só no mundo jurídico como de toda a sociedade, pois seu papel não é só de guardião da lei. Na verdade, sua missão vai muito além, alcançando, de maneira geral, a guarda de interesses de toda a sociedade, em especial dos oprimidos.

Possui, portanto, característica de advogado do povo, com a função de defender a sociedade em face de possíveis abusos gerados pelo Estado ou por particulares, sempre preocupado com o Estado Democrático e de Direito.

Assim sendo, sempre que considerar que estejam ameaçados os interesses sociais deve agir por iniciativa própria, bem como qualquer cidadão pode acioná-lo sempre que considerar que algum princípio jurídico ou direito esteja prejudicado.

Porém, no Capítulo das Funções Essenciais à Justiça, a Constituição Federal instituiu outros órgãos além do Ministério Público, como Advocacia Pública e Privada e a Defensoria Pública. Absolutamente necessários, não só para a consecução da função jurisdicional, bem como da própria justiça.

No entanto, apesar das diferenças peculiares de cada instituição, o constituinte não definiu a legitimidade para atuação de determinado órgão ou qual a amplitude desta atuação em certas matérias jurídicas. Igualmente ocorre quanto à função estatal de promoção da função jurisdicional.

Desta forma, há uma aproximação entre as diversas funções exercidas por estas instituições.

### **3.3.1. Princípios do Ministério Público**

Para adentrarmos nas funções institucionais, é necessário, primeiramente explicitar os princípios que norteiam a instituição do Ministério Público. São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional previstos na Constituição Federal. E também, há o princípio do promotor natural, onde sua existência foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

O princípio da Unidade significa que os membros do Ministério Público integram uma instituição única, sob a égide de um só Procurador-Geral, sendo a divisão meramente funcional. Porém, alerta Pedro Lenza: “Importante, contudo, que a unidade se encontra dentro de cada órgão, não se falando em unidade entre o Ministério Público da União (qualquer deles) e o dos Estados, nem dentre os ramos daquele”. (LENZA, 2008, p. 530)

Resulta do princípio da unidade, em verdadeira relação de logicidade, o princípio da indivisibilidade que significa que um membro do Ministério Público pode substituir outro sem qualquer implicação prática, dentro da mesma função. Sobre este princípio, Alexandre de Moraes em sua obra explica que: “O Ministério Público é uno porque seus membros não se vinculam aos processos nos quais atuam, podendo ser substituídos uns pelos outros de acordo com as normas legais”. (MORAES, 2004, p. 518)

O princípio da independência funcional trata da autonomia de convicção, da independência no exercício de suas funções, garantindo aos membros do Ministério Público a liberdade de ação sem se subordinarem a qualquer poder hierárquico. A atuação do Ministério Público no processo, no exercício de seu mister, deve ser feita de acordo com ditames da constituição, das leis, do entendimento pessoal e da sua própria consciência.

Só se concebe no Ministério Público hierarquia de caráter administrativo, materializada pelo Procurador-Geral da instituição, que pode editar recomendações sobre a atuação funcional para todos os membros, sempre sem caráter normativo, assim sendo, sem ditar-lhes ordens.

Devido à tamanha independência e pela sua importância dentro do Estado, o Ministério Público apresenta características idênticas à de um “Poder”, apesar de não ser, é o que escreveu Celso Bastos em sua obra: “O que parece contudo indubitável é que o grau de sua autonomia e prerrogativa tem características de um autêntico Poder”. (BASTOS, 1999, p. 418)

Como decorrência da independência funcional, surge o princípio do promotor natural, onde o Procurador-Geral não pode de forma unilateral e fora dos limites legais, retirar a competência de um membro do Ministério Público e designar outro.

Em sua obra Alexandre de Moraes explicita a decisão do Supremo Tribunal Federal em reconhecer a existência deste princípio:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência do presente princípio por maioria de votos, no sentido de proibirem-se designações casuísticas efetuadas pela chefia da Instituição, que criaram a figura do *promotor de exceção*, em incompatibilidade com a Constituição Federal, que determina que somente o promotor natural é que deve atuar no processo, pois ele intervém de acordo com seu entendimento pelo zelo do interesse público, garantia destinada a proteger, principalmente, a imparcialidade da atuação do órgão do Ministério Público, tanto em sua defesa quanto essencialmente em defesa da sociedade, que verá a Instituição atuando técnica e juridicamente. (MORAES, 2004, p. 519)

Portanto, estes são os princípios que orientam a instituição do Ministério Público, devendo ser respeitados.

### 3.3.2. Garantias e Impedimentos

Para Alexandre de Moraes as garantias do Ministério Público são divididas em dois grupos:

As garantias constitucionais do Ministério Público foram-lhe conferidas pelo legislador constituinte objetivando o pleno e independente exercício de suas funções e podem ser divididas em garantias institucionais e garantias aos membros. Tão importante este objetivo, que a Constituição Federal considera crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de atos atentatórios do livre exercício do Ministério Público (art. 85, II, da Constituição Federal). (MORAES, 2004, p. 524)

Não são consideradas privilégios e nem quebram o princípio da isonomia as garantias e prerrogativas dos membros do Ministério Público, pois visam à defesa do Estado democrático de Direito e dos direitos fundamentais.

As garantias institucionais são autonomia funcional e administrativa, dispostas na Constituição Federal em seu artigo 127, § 2º, enquanto o § 3º trata da autonomia financeira.

Como já comentado anteriormente, a autonomia funcional significa que os membros do Ministério Público ao cumprir os seus deveres institucionais, não se submeterão a nenhum outro “poder” (Executivo, Legislativo ou Judiciário), nem há nenhum órgão ou autoridade pública.

A autonomia administrativa consiste na capacidade de autogestão, onde o Ministério Público poderá conduzir sua organização e funcionamento, observados advertências da própria Constituição Federal.

É assegurado ao Ministério Público a capacidade de elaborar sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos pela Lei de diretrizes orçamentárias, assim como de gerir os recursos que lhe forem destinados.

Já as garantias dos membros do Ministério Público são vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, conforme prevê a Constituição Federal em seu artigo 128, § 5º, inciso I:

I - as seguintes garantias:

- a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;
- b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa;
- c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do Art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I; (Constituição Federal, 2010)

A vitaliciedade é adquirida somente depois de transcorrido o prazo de dois anos de efetivo exercício da carreira, mediante aprovação de provas e títulos, é o chamado “estágio probatório”. E somente poderá perder seu cargo, mediante sentença judicial transitada em julgado, proferida em ação civil própria.

A inamovibilidade significa que os membros do Ministério Público, uma vez titular do respectivo cargo, somente poderá ser removido ou promovido por iniciativa própria, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão, por voto da maioria dos membros do órgão colegiado competente do Ministério Público, assegurados a ampla defesa.

A irredutibilidade de subsídios exprime que não poderá ser reduzido o subsídio dos membros do Ministério Público, observando que está assegurada a irredutibilidade nominal, não se garantindo, entretanto, a corrosão inflacionária.

Já as vedações se encontram no artigo 128, § 5º, II e § 6º:

II - as seguintes vedações:

- a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;
- b) exercer a advocacia;
- c) participar de sociedade comercial, na forma da lei;
- d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;
- e) exercer atividade político-partidária.

f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

§ 6º Aplica-se aos membros do Ministério Público o disposto no art. 95, parágrafo único, V.<sup>2</sup>  
(Constituição Federal, 2010)

E também no artigo 129, segunda parte do inciso IX, que diz: “[...] sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”. (BRASIL, Constituição Federal, 2010)

Desse modo, as garantias e impedimentos são para proteção dos membros do Ministério Público e do Estado democrático de Direito e dos direitos fundamentais.

### 3.3.3. Funções Institucionais

As funções institucionais do Ministério Público estão previstas na Constituição Federal, porém é rol meramente exemplificativo, traz, portanto em seu artigo 129:

Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

---

<sup>2</sup> Artigo 95, parágrafo único, V, da Constituição Federal: “V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração”. (BRASIL, Constituição Federal, 2010)

IX - 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, Constituição Federal, 2010)

É necessário lembrar que estas funções institucionais só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na respectiva comarca de lotação, salvo autorização do Chefe da Instituição.

Em sua obra Alexandre de Moraes, explicita sobre o aspecto de defensor da sociedade que o Ministério Público adquiriu com o advento da Constituição Federal de 1988:

A Constituição Federal de 1988 ampliou sobremaneira as funções do Ministério Público, transformando-o em um verdadeiro defensor da sociedade, tanto no campo penal com a titularidade exclusiva da ação penal pública (cf. comentário sobre art. 5º, LIX) quanto no campo cível como fiscal dos demais Poderes Públicos e defensor da legalidade e moralidade administrativa, inclusive com a titularidade do inquérito civil e da ação civil pública. (MORAES, 2004, p. 520)

Assim sendo, as funções do Ministério Público podem ser expandidas ainda mais, já que o rol do artigo 129 é meramente exemplificativo, como exposto acima.

### **3.4. Legitimidade ativa do Ministério Público na ação civil *ex delicto***

Conforme já mencionado anteriormente, o artigo 68 do Código de Processo Penal atribui legitimidade ao Ministério Público para promover ação civil *ex delicto*, mas somente se o titular do direito for pobre e a requerer, assim o diz o artigo 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, Código de Processo Penal, 2010)

Segundo anota Tourinho Filho:

O Estado, aqui, confiou ao Ministério Público a tutela dos interesses das pessoas pobres, daqueles titulares do direito à reparação do dano que, nos termos do art. 32, não puderem prover às despesas do processo sem privar-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento ou da família. Fê-lo, porque procurou dar “um caráter público à obrigação de reparar o dano *ex delicto*”. (TOURINHO FILHO, 2008, p. 229)

Neste caso, através de requerimento do titular do direito hipossuficiente financeiramente, o Ministério Público executará a sentença penal condenatória no juízo cível ou ingressará com ação civil de reparação de dano.

Deste modo, atuará o Ministério Público como substituto processual da vítima ou de seus herdeiros na ação civil *ex delicto*, podendo agir seja em execução de sentença condenatória, seja em ação reparatória em processo de conhecimento.

Como substituto processual o Ministério Público pode propor a ação nos mesmos moldes que o titular o faria.

E ainda, Mirabete ressalta que “trata-se de medida de grande relevância diante da importância da reparação para a ordem jurídica, proporcionando-se meios a que não se frustrasse o ressarcimento devido à vítima ou sucessores”. (MIRABETE, 2006, p. 148)

Entretanto, este não é o entendimento majoritário, pois há grande divergência doutrinária a respeito da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 68 do Código de Processo Penal, posicionamentos estes, que trataremos a seguir.

Antes, devemos verificar a caracterização de pobreza na acepção jurídica do termo.

### **3.5. Caracterização de pobreza**

A lei 1.060 de 05 de fevereiro de 1950 estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados.

Entende-se como pobre aquele que não puder prover as despesas do processo, sem privar-se dos recursos necessários ao seu sustento e de sua família.

Será concedido este benefício, segundo esta lei, a todos aqueles que necessitarem recorrer à justiça penal, civil, militar ou do trabalho ou até mesmo extrajudicialmente, sejam nacionais ou estrangeiros residentes no país.

No artigo 3º da referida legislação estão dispostas as modalidades de isenções:

Art. 3º - A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

- I - das taxas judiciárias e dos selos;
- II - dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;
- III - das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;
- IV - das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados;
- V – dos honorários de advogados e peritos;
- VI - das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade;
- VII - dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório. (BRASIL, Legislação Complementar, 2010)

O Legislador não especificou critério objetivo para que se possa identificar as pessoas que se enquadram na caracterização de pobreza, apenas considera como necessitada a pessoa cuja situação econômica seja precária, desse modo, não lhe permitindo suportar o pagamento de custas do processo e os honorários de um advogado, sem que com isso prejudique seu próprio sustento e de sua família.

Assim sendo, o critério utilizado é o subjetivo, onde se deve analisar a situação financeira de cada qual e verificar se é caracterizada a situação de pobreza.

Pela simples declaração de próprio punho se prova a pobreza, caracterizando presunção relativa, sendo assim, admitindo prova em contrário. Além disso, há a punição de pagamento até o décuplo das custas judiciais em caso de serem falsas as informações declaradas.

O juiz da ação poderá ou não deferir o pedido de assistência jurídica gratuita, mas desde que tenha fundadas razões para indeferir.

Mesmo que o juiz defira o pedido de assistência jurídica gratuita, nada impede que, em qualquer fase da lide, a parte contrária requeira a revogação dos benefícios de assistência, desde que prove a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à sua concessão.

Desse modo, o Estado busca aplicar na prática a igualdade real, fazendo igual os desiguais.

### **3.6. Constitucionalidade do artigo 68 do Código de Processo Penal**

O ordenamento jurídico possui hierarquia em suas normas e a Constituição Federal é a lei máxima, servindo como fundamento para as demais normas.

A Constituição Federal é composta por normas harmônicas e sistematizadas entre si. E para a segurança jurídica é necessário respeitar estas características e funções de cada norma.

Alguns autores entendem que o artigo 68 do Código de Processo Penal está de acordo com a Constituição Federal, devido ao seu artigo 129, inciso IX, primeira parte, onde descreve que ao Ministério Público pode ser conferido outras funções desde que compatíveis com sua finalidade.

Entende-se que o Ministério Público, no caso da ação civil *ex delicto*, é movido pelo interesse social que busca a proteção às vítimas do crime, a qual interessa diretamente à sociedade e ao Estado.

Por entender que a ação civil *ex delicto* é de relevante interesse social, discorre Wellington Cabral Saraiva que:

Exatamente por isso, tem o Ministério Público legitimidade de atuar para que o Estado obrigue o autor do delito a indenizar sua vítima, e nisso tem por escopo não tanto o interesse patrimonial privado da vítima, mas, antes, os objetivos ligados à prevenção e à repressão criminal (de que a reparação do dano é um dos aspectos, como se viu), por ser o fato definido como crime o que mais aflige o corpo social, ameaçando-lhe, em tese, a própria existência. (SARAIVA,1996)

Neste sentido, Humberto Theodoro Junior, reconhece a legitimidade do Ministério Público na ação de reparação de dano:

Outro exemplo pode ser encontrado no art. 68 do Código de Processo Penal, que reconhece legitimidade ao Ministério Público para mover ação civil de reparação do dano *ex delicto*, quando o titular do direito à indenização for pobre. (THEODORO JUNIOR, 2008, p. 81).

E ainda, afirma que a substituição processual excepcional do Ministério Público é legítima porque está de acordo com o artigo 6º do Código de Processo Civil, que diz que: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. (BRASIL, Código de Processo Civil, 2010)

Logo, o artigo 68 do Código de Processo Penal autoriza o Ministério Público a substituir processualmente o ofendido pobre na ação civil *ex delicto*. Inclusive, é norma constitucional, devido ao artigo 129, IX da carta magna,

autorizar outras funções ao Ministério Público desde que, compatíveis com sua finalidade, o que está comprovado pelo interesse social em busca da proteção das vítimas do crime. Assim sendo, é perfeitamente possível a legitimação do Ministério Público na ação civil *ex delicto*.

Corroborando com este entendimento Wellington Cabral Saraiva:

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 negar que nesse mister está a defender a ordem jurídica e interesse social indisponível (o que não é contraditado pelo interesse particular disponível relativo à expressão econômica da indenização), nos termos do artigo 127, caput, da Constituição da República. (SARAIVA,1996)

Portanto, se não há proibição constitucional da atuação do Ministério Público na ação civil *ex delicto* em prol da vítima pobre e no rol das funções institucionais do Ministério Público tem autorização para exercer outras funções não descritas no artigo 129 da Constituição Federal, desde que compatíveis com suas funções, conseqüentemente, é constitucional o artigo 68 do Código de Processo Penal.

### **3.7. Inconstitucionalidade do artigo 68 do Código de Processo Penal**

Como discorrido anteriormente, o ordenamento jurídico possui hierarquia em suas normas, sendo que a Constituição Federal está acima de todas na cadeia hierárquica.

Quando uma norma inferior à Constituição Federal foge aos seus parâmetros, ferindo a um princípio constitucional, esta norma é considerada inconstitucional.

O Código de Processo Penal foi instituído em 1941, portanto o artigo 68 é anterior a Constituição Federal, que é de 1988. Neste diapasão, alguns autores entendem que este artigo não foi recepcionado pela atual Carta Magna.

Mesmo porque o Ministério Público atua como representante do titular do direito pobre, e essa função não está descrita no artigo 129 da Constituição Federal, que trata das funções institucionais do Ministério Público, por isso

entendem que o artigo 68 do código de Processo Penal não foi recepcionado pela atual Constituição Federal.

E com a criação da Defensoria Pública isto ficou mais evidente, já que no artigo 134 da Constituição Federal dispõe que:

A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. (BRASIL, Constituição Federal, 2010)

Neste sentido, o autor Tourinho filho escreveu em sua obra que:

Com o advento da carta de 1988, criando, no seu art. 134, a Defensoria Pública e lhe incumbindo a orientação jurídicas e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do art. 5º, LXXIV, tudo indica que o Diploma Maior não recepcionou a norma do art. 68 do CPP, salvo nos Estados que ainda não organizaram a Defensoria Pública. (TOURINHO FILHO, 2008, p. 229-230).

Por isso, tem entendido alguns operadores do direito que a participação de outra instituição, além da Defensoria Pública, na defesa dos juridicamente necessitados é inconstitucional.

### **3.8. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal**

Quando era solicitado a se declara sobre a consonância ou não de um dispositivo legal com a Constituição Federal, nosso Supremo Tribunal sentenciava dizendo ser constitucional ou inconstitucional o referido dispositivo.

Porém, com o decorrer dos anos, baseado no Direito Comparado, o Supremo Tribunal Federal adotou a tese de que uma norma pode ser constitucional, mas em via de se tornar inconstitucional.

É o que se denomina inconstitucionalidade progressiva, onde fica entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade, já que dependem de uma condição.

Com tantas divergências doutrinárias e conflitos de decisões de tribunais inferiores o Supremo Tribunal Federal teve que se posicionar acerca da legitimidade ativa do Ministério Público em prol do hipossuficiente.

Assim, decidiu o Supremo:

LEGITIMIDADE - AÇÃO "EX DELICTO" - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFENSORIA PÚBLICA - ARTIGO 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CARTA DA REPÚBLICA DE 1988. A teor do disposto no

artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal). INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento. (STF - Recurso Extraordinário n. 135328 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno, data: 29.06.1994, Relator Min. MARCO AURÉLIO)

MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMAÇÃO PARA PROMOÇÃO, NO JUÍZO CÍVEL, DO RESSARCIMENTO DO DANO RESULTANTE DE CRIME, POBRE O TITULAR DO DIREITO À REPARAÇÃO: C. PR. PEN., ART. 68, AINDA CONSTITUCIONAL (CF. RE 135328): processo de inconstitucionalização das leis. 1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem. 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal - constituindo modalidade de assistência judiciária - deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que - na União ou em cada Estado considerado - , se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328. (STF - Recurso Extraordinário n. 147776 - Órgão Julgador: Primeira Turma, data: 19.05.1998, Relator Min. Sepúlveda Pertence)

Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal admite a inconstitucionalidade progressiva do artigo 68 do Código de Processo Penal, pois entendeu ser função da Defensoria Pública a promoção da ação civil *ex delicto* do ofendido pobre, mas porquanto não está este órgão devidamente instalado em todo o país, ainda haverá legitimidade do Ministério Público.

Explica Tourinho Filho que: “onde for surgindo a figura do Defensor Público cessará para o Promotor de Justiça aquela atividade que o art. 68 do CPP lhe confere”. (TOURINHO FILHO, 2008, p. 230)

Conclui Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly que:

De fato, por essa interpretação, o art. 68 do CPP está em processo de inconstitucionalização progressiva, isto é, com a transferência dessa atribuição do Ministério Público à Defensoria Pública. Mas, como o cidadão não pode ficar sem o amparo jurídico do Estado, mantém-se a legitimidade do *parquet* para propor a ação civil *ex delicto*, enquanto não implementada esta substituição [...]. (DEMERCIAN; MALULY, 2009, p. 168)

Desta forma, adotando uma posição intermediária o Supremo Tribunal Federal, não deixa desamparados os hipossuficientes financeiramente, já que há proteção constitucional a estes e grande parte da população se encontra nessa situação.

## CONCLUSÃO

Tema atual devido à recente criação e implantação da Defensoria Pública nos Estados.

De grande relevância jurídica, devido ao conflito de legitimidade entre instituições essenciais à função jurisdicional.

Socialmente importante, tendo em vista as implicações práticas com relação à atuação jurídica em defesa dos necessitados.

De maneira crítica, procuramos realizar um pequeno estudo sobre a atuação do Ministério Público na ação civil *ex delicto*, na assistência jurídica aos hipossuficientes financeiramente.

Para isso, primeiro tratamos do estudo dos atos ilícitos, onde verificamos que com o dano causado pelo ato ilícito, examinando o nexo de causalidade, dolo ou culpa do agente, gera a obrigação à reparação do dano.

Então, adentramos na ação civil *ex delicto*, onde analisamos que da prática do ato ilícito gera o processo penal e da sentença penal condenatória, tem-se um título executivo judicial que pode ser executado pelos legitimados no juízo cível. Deste modo, buscando a reparação do dano.

Por fim, abordamos a atuação do Ministério Público na ação civil *ex delicto*, onde foi necessário discorrer sobre a origem histórica da instituição, inclusive o surgimento no Brasil e sua importância na atual Constituição Federal. Também, versamos sobre seus princípios, garantias, vedações e funções institucionais, bem como de sua legitimidade ativa na ação civil de reparação de danos.

Tratamos da caracterização de pobreza na acepção jurídica do termo.

Discutimos a constitucionalidade e inconstitucionalidade do artigo 68 do Código de Processo Penal. Assim como do posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente os conflitos de soluções nos tribunais inferiores dadas à legitimidade ativa do Ministério Público na ação civil *ex delicto*.

O que precisa estar em pauta é a defesa dos interesses de pessoas pobres e que necessitam de orientação e defesa jurídica constitucionalmente assegurada.

Assim sendo, percebemos que é perfeitamente possível a legitimidade do Ministério Público na ação civil *ex delicto*, apesar desta função não estar descrita no artigo 129 da Constituição Federal. E também não há vedação constitucional.

Entendemos que tornará mais célere o Judiciário, já que o Ministério Público dará continuidade ao trabalho feito na ação penal na seara cível.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. **Direito administrativo**. São Paulo: Premier Máxima, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CHACON, Luis Fernando Rabelo. **Teoria geral das obrigações**. Taubaté: Cabral, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRISO, Gisele de Lourdes. **A ação civil ex delicto**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7201>>. Acesso em: 16/08/2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte geral**. Vol. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEMOS, Paula M. F. de. **Ato ilícito e reparação por dano**. Disponível em: <[http://www.ugf.br/editora/pdf/voxjuris\\_2/artigo1.pdf](http://www.ugf.br/editora/pdf/voxjuris_2/artigo1.pdf)>. Acesso em 16/12/2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: parte geral**. Vol. 1. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAIS, Ana Paula de Avellar. **Ação civil ex delicto: reflexos da lei nº 11.719/2008 na reparação do dano causado pela infração penal**. Disponível em: <[www.ccje.ufes.br/direito/.../Links/dissertacaoanapaulaavellar.pdf](http://www.ccje.ufes.br/direito/.../Links/dissertacaoanapaulaavellar.pdf)>. Acesso em: 16/08/2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PANTALEÃO, Juliana F. **Ação civil ex delicto**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=400>> Acesso em: 16/08/2011.

RODRIGUES, Angela Maria Rezende. **Defensoria e Ministério Público: inconstitucionalidade progressiva na defesa dos necessitados**. 2006. 60 f. (Graduação em direito) – Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Lorena, 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: parte geral**. Vol. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARAIVA, Wellington Cabral. **Ação civil “ex-delicto”: Legitimidade ativa do Ministério Público**. Disponível em: < [bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/22819](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/22819) >. Acesso em: 16/08/2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Octacílio Paula. **Ministério Público**. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VIEIRA, Olívia da Silva. **Legitimidade ativa do Ministério Público**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/64651/1/ACAO-CIVIL-EX-DELICTO-Legitimidade-Ativa-do-Ministerio-Publico/pagina1.html>> Acesso em 16/08/2011.