



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Questões polêmicas acerca da indenização na sentença penal condenatória

Larissa Buentes Cupolillo

Rio de Janeiro  
2010

LARISSA BUENTES CUPOLILLO

Questões polêmicas acerca da indenização na sentença penal condenatória

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof.<sup>a</sup> Mônica Areal

Prof.<sup>a</sup> Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro  
2010

## QUESTÕES POLÊMICAS ACERCA DA INDENIZAÇÃO NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

**Larissa Buentes Cupolillo**

Graduada pela Faculdade de  
Direito da UFRJ. Advogada. Pós-  
graduanda em Direito pela  
EMERJ.

**Resumo:** O dinamismo das relações sociais da atualidade exige uma resposta cada vez mais célere aos problemas existentes. Atento a essa necessidade, o legislador, por meio da Lei nº 11.719/08, possibilitou que o magistrado competente para processar e julgar o crime fixasse em sua sentença uma indenização mínima ao ofendido, a título de danos materiais e de danos morais. Entretanto, como essa proposta é inovadora, não tem sido muito aplicada, pois diversas dúvidas surgiram. Por essa razão, este trabalho propõe-se a analisar alguns dos pontos controvertidos, com o fim de aclarar o debate sobre o tema.

**Palavras-chave:** Sentença Penal Condenatória, Indenização, Dano Material, Dano Moral.

**Sumário:** Introdução. 1. A inovação legislativa trazida pela Lei nº 11.719/08 2. O princípio da correlação e do sistema acusatório. 3. A comprovação do dano. O contraditório e a ampla defesa. 4. Os danos: material e moral. 5. Compatibilidade entre a reparação mínima e a pena pecuniária. 6. Análise Jurisprudencial. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Este trabalho visa a analisar o alcance do art. 387, IV, do Código de Processo Penal (CPP), introduzido pela Lei nº 11.719/08. A inovação legislativa permitiu que o juiz competente para processar e julgar o delito fixasse em sua sentença um valor indenizatório mínimo a ser pago pelo ofensor à vítima. Com isso, seria necessária somente a execução

daquele título executivo judicial para se obter a quantia estabelecida. No texto legal anterior não havia qualquer previsão que possibilitasse a efetividade da prestação jurisdicional de forma tão célere, visto que o art. 91, I, do Código Penal (CP) somente previa que um dos efeitos da condenação era tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. Entretanto, de posse da sentença penal condenatória, o ofendido deveria promover a liquidação daquela sentença (art. 475-N, II, do CPC), pois continha o *an debeatur* (existência da obrigação do devedor), mas lhe faltava o *quantum debeatur* (a prestação a que se faz jus).

Ao introduzir o art. 387, IV, no CPP, o legislador primou pela celeridade e economia processuais, atento à necessidade de se entregar rapidamente a tutela jurisdicional à vítima, já que processo justo é sinônimo de processo efetivo (WERNER, 2009). O ofendido já sofreu as consequências dramáticas de um ilícito penal, então abreviar sua dor, compensando-o o quanto antes pelos prejuízos sofridos significa prezar a justiça. É evidente que essa garantia não pode se dar às expensas dos direitos individuais constitucionalmente protegidos.

Percebe-se que há como se fazer uma compatibilização entre a efetividade e os direitos individuais e, para demonstrar essa tese, o artigo abordará os seguintes pontos: o avanço legislativo ao criar o art. 387, IV, do CPP; a dispensa de pedido exposto na inicial, a inexistência de cumulação das esferas penal e cível; a suposta ofensa ao sistema acusatório; a necessidade de lastro probatório do dano material ocorrido, em prestígio à ampla defesa e ao contraditório; a análise do cabimento da indenização por danos materiais e/ou morais; a compatibilidade entre essa reparação mínima e a pena pecuniária (restritiva de direitos); e, por fim, a análise jurisprudencial do TJRJ acerca do tema.

Como a alteração legislativa é relativamente nova, a jurisprudência e a doutrina ainda não se manifestaram de modo decisivo sobre o tema. Isso causa insegurança jurídica, pois a fixação do ressarcimento mínimo não é uniforme e sua inconstitucionalidade tem sido

defendida por alguns juristas. O estudo busca, pois, sugerir uma perspectiva em defesa do art. 387, IV, do CPP.

## 1. A INOVAÇÃO TRAZIDA PELA LEI Nº 11.719/08

As mudanças provocadas pela Lei nº 11.719/08 trouxeram profundas alterações no CPP. Por meio dessa lei, o legislador consagrou os princípios da concentração, da oralidade, da economia processual e da celeridade no sistema jurídico.

Com a nova lei, o juiz da esfera penal pode fixar em sua sentença um valor mínimo para reparar os prejuízos decorrentes da infração, o que antes seria feito pelo magistrado da esfera cível, na liquidação de sentença.

A inovação do art. 387, IV, do CPP demonstra claro prestígio pelos princípios da celeridade e da economia processual, pois se atinge mais rapidamente, e com um menor número de atos processuais, o objetivo de ressarcir o ofendido pelos danos advindos do delito.

Além da função de prestigiar a efetividade da justiça, o artigo 387, IV, do CPP revela a atual tendência do legislador de retomar o papel de destaque da vítima no processo penal.

A proteção da vítima encontra raízes no Código de Hamurabi (2000-1750 AC), em que a ela cabia levar o ofensor à justiça. O tribunal mais funcionava como um árbitro do que como um agente de manutenção da segurança pública. Entretanto, esse amparo à vítima começou a ser neutralizado com o desaparecimento da vingança privada, a mudança da titularidade da persecução penal para Estado e o desenvolvimento do processo penal. Segundo GOMES (1997), no modelo clássico de Justiça Criminal, por exemplo, a prioridade não era a reparação dos danos, mas a imposição do castigo.

Em um Estado Democrático de Direito, é indubitável que ao acusado devem ser assegurados o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, dentre outras garantias.

O problema é que a maior parte da sistemática criminal hodierna parece se preocupar apenas em defender o réu das garras punitivas estatais, como se ele fosse o único cidadão que devesse ter seus direitos respeitados. Parece esquecer que a vítima foi violentada psicológica, física e materialmente e que suas garantias constitucionais já foram violadas.

Entretanto, o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, III, da Lei Maior, deve ser observado tanto para réu, como para a vítima, com base no princípio da igualdade. Nesse diapasão, hoje ocorre uma mudança de paradigmas e se recomeça a prestigiar a vítima no processo penal.

A Lei nº 9099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais, é um exemplo, bem como o art. 94 da Lei 10.741/03, o Estatuto do Idoso, o qual beneficia o idoso com a celeridade processual, mas não o autor do crime com a conciliação ou transação penal. Ademais, o art. 201, em especial os parágrafos 2º e 5º do CPP, também demonstra a preocupação do legislador em reposicionar a vítima no palco da persecução penal. O art. 387, IV, do CPP também se presta a essa função, pois garante a observância do princípio da dignidade da pessoa humana e demonstra o respeito à vítima, assim como a preocupação da sociedade em amparar seu sofrimento, ao possibilitar a reparação do dano que lhe foi causado o mais rápido possível, mesmo que minimamente.

Todo delito gera uma ferida no tecido social. Esta precisa ser cicatrizada rapidamente, pois quanto mais tempo ficar exposta, maior o risco de causar danos irreversíveis ao organismo social. Ao se possibilitar a fixação do ressarcimento ao ofendido na sentença penal, há celeridade no recebimento da quantia e, conseqüentemente, uma resposta mais imediata para a sociedade, o que gera um sentimento generalizado de recomposição da harmonia social e de punição daquele ofensor.

Essa é uma tese a favor da sociedade e da vítima, maiores afetados pela conduta ilícita perpetrada. Frise-se que o réu não deixa de ter resguardados seus direitos pela aplicação do

art. 387, IV, do CPP. Mas esses direitos não podem ser hipertrofiados, a ponto de esconder, ou mesmo suprimir, a paz, harmonia e segurança sociais.

A nova redação do art. 387, IV, do CPP é um meio de valorizar a vítima, pois o legislador determinou que o juiz “fixará valor mínimo para reparação dos danos” (art. 387, IV do CPP) e, com isso, criou uma imposição imperativa (POLASTRI, 2009) até então inexistente no direito contemporâneo brasileiro.

No mundo são conhecidos dois sistemas de fixação da responsabilidade civil por danos oriundos de delitos: o da Separação e o da Adesão, o qual se subdivide em facultativo e obrigatório.

Segundo ARAKEN DE ASSIS (1992), no sistema da Separação, o provimento penal exerce nenhuma ou limitadíssima influência na área civil, enquanto no da Adesão a vítima postula o ressarcimento do dano civil no juízo penal. Na adesão obrigatória, o juiz sempre tem que se pronunciar sobre a reparação civil, independentemente de pedido das partes. Já na facultativa, o magistrado só condena a pagar indenização se houver pedido da vítima, de seus sucessores ou do MP como substituto processual. Historicamente, tem-se a adoção da adesão facultativa no Código Criminal do Império, de 1830, e da obrigatória no Código de Processo Criminal do Império, de 1832.

Desde 1841, com a Lei 261, o ordenamento jurídico brasileiro abraçava o Sistema da Separação, segundo o qual o ofendido poderia pleitear o ressarcimento diretamente no juízo cível, por meio de um processo de conhecimento (art. 64, *caput*, do CPP), ou aguardar a sentença penal condenatória transitada em julgado para executá-la, com base nos arts. 91, I, do CP c/c art. 63, *caput*, do CPP c/c art. 475-N, II, do CPC. Essa era a regra que regia o processo penal comum brasileiro.

Em 1997, o art. 297 do Código Brasileiro de Trânsito (CTB) - Lei nº 9503 - retomou a aplicação do Sistema da Adesão aos delitos submetidos a essa lei extravagante, pois

possibilitou que dentro do mesmo processo o juiz criminal fixasse, além da pena, uma multa reparatória com natureza de sanção civil, para ressarcir os prejuízos resultantes do crime, o que não impedia a busca do ressarcimento complementar no juízo cível.

Com a reforma de 2008, o direito brasileiro adotou uma solução engenhosa para a reparação civil derivada de crimes, já que permitiu a coexistência dos sistemas de Adesão e de Separação, ao alterar a redação dos art. 63, parágrafo único e art. 387, IV e, ao mesmo tempo, manter em vigor o art. 64, *caput*, todos do CPP.

Assim, o Sistema da Adesão volta a ser adotado, de forma parcial, e o da Separação continua sendo utilizado, mas agora de forma mitigada, pois de um lado se permite a fixação da reparação civil no processo penal, e de outro se autoriza que o lesado ingresse desde o início no juízo civil ou que nele busque o restante da indenização, cujo valor mínimo foi previamente fixado na sentença criminal.

Verifica-se que o legislador optou pelo Sistema da Adesão Obrigatória, uma vez que o comando do art. 387, IV, do CPP exige o pronunciamento do juiz sobre a reparação civil em todas as sentenças. Logo, pela leitura do artigo, a fixação do valor mínimo independe de pedido da parte, justamente o que caracteriza a adesão obrigatória.

Logicamente, esse valor só será fixado pelo magistrado se houver nos autos suporte probatório para tanto, pois um Estado Democrático de Direito deve respeitar o princípio do devido processo legal. Mas isso não significa que a reforma adotou o sistema da adesão facultativa. Nas palavras de POLASTRI (2009), “é evidente que se o juiz não tiver parâmetros para tal na produção da prova não poderá fixar a indenização, mas isto é uma impossibilidade fática e não demonstração de ‘facultatividade’”. Quando houver provas que permitam determinar o valor mínimo reparatório, é imperiosa sua fixação.

Muitos argumentam que a inconstitucionalidade desse dispositivo encontraria base na fixação de um valor indenizatório sem que fossem produzidas provas para tanto. Se o



magistrado só arbitrará uma quantia quando houver lastro probatório, somente o caso concreto pode evidenciar se a fixação foi devida ou não. Assim, é equivocado afirmar, de forma genérica, que o referido inciso viola o devido processo legal.

O legislador não pretendeu criar uma cumulação de instâncias cível e penal com essa inovação, mas tão somente agilizar para a vítima o recebimento de um mínimo reparatório, que restou cabalmente demonstrado ao longo do processo. Assim, não se admite dilação probatória em relação a esse prejuízo sofrido, pois isso significaria extrapolar a finalidade da instrução penal, que se presta a examinar o tipo do injusto, a antijuridicidade e justificação, culpabilidade e exculpação, autoria e participação. Entretanto, se ao longo do processo foi possível identificar o prejuízo sofrido, não há qualquer razão para se impossibilitar que a vítima receba essa quantia o quanto antes.

Na verdade, o objetivo do legislador é que o juiz manifeste por que fixou aquele valor a título indenizatório ou porque deixou de fazê-lo, sempre fundamentadamente, nos moldes do art. 93, IX, da CRFB/88.

## 2. O PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO E DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Pelo princípio da correlação, deve haver uma correspondência entre o pedido e a sentença, a fim de se evitar que no final do processo a parte seja surpreendida por um resultado imprevisível e que, portanto, não pôde impedir, o que violaria seu direito ao contraditório e à ampla defesa. Logo, para os partidários da inconstitucionalidade do art. 387, IV, do CPP, um de seus principais problemas é a afronta a esse princípio, uma vez que não houve pedido do autor para se fixar um valor reparatório. Porém, a obediência ao comando desse artigo não traz qualquer prejuízo ao princípio da congruência nem ao direito de defesa da parte.

Esse valor independe de pedido expresso da parte para ser estabelecido, pois além de ter sido adotado o sistema da Adesão Obrigatória, em que juiz se manifesta mesmo sem requisição, a fixação da quantia é um efeito secundário da sentença penal e, portanto, decorre da própria disposição legal. Para corroborar tal afirmação, leiam-se as palavras de FREITAS (2009): “... ambos os efeitos (previstos nos incisos do art. 91 do CP) não necessitam de pedido expresso da parte acusadora para serem reconhecidos, por não serem a providência principal no processo penal (condenação), e sim um efeito desta.”

Se o art. 91, I, do CP é largamente entendido como um efeito secundário da sentença penal, o seu desdobramento e complementação, que é o art. 387, IV, do CPP, não poderia ter natureza jurídica diversa. Logo, por ser um efeito extrapenal genérico da sentença, não se exige um pedido expresso do titular da ação penal para ser reconhecido pelo magistrado, uma vez que não consiste na providência principal do processo penal – a condenação –, mas em uma mera consequência. Assim sendo, não há violação ao princípio da congruência.

Ainda se poderia comprovar a desnecessidade do pedido ao se constatar que a reparação, na verdade, é um pedido implícito, pois apesar de não estar expresso na denúncia/queixa-crime, a lei exige sua análise e a manifestação do magistrado em sua sentença, já que se optou pelo Sistema da Adesão Obrigatória mitigado. Ainda que se trate de um pedido implícito, DIDIER (2008) ensina que é inadmissível a condenação implícita, ou seja, é imprescindível que o magistrado examine-o expressamente.

Sob o prisma do pedido implícito, quando a vítima se habilitasse como assistente de acusação, não precisaria fazer ou ratificar o pedido de indenização, pois ele já teria sido antecipado na denúncia, por determinação legal. Essa antecipação não significa que o MP está pleiteando o ressarcimento (e nem poderia fazê-lo, por se tratar de direito individual disponível), e sim que a lei determinou a inclusão do pedido para ajudar a vítima caso se habilitasse, em um movimento de preocupação com seus interesses.

Frise-se que a indenização poderia ser considerada como um pedido implícito em três situações: a) quando a vítima se habilitasse como assistente de acusação; b) quando a ação penal fosse privada; c) quando cabível indenização por dano moral nos crimes em que o sujeito passivo é a coletividade.

De qualquer modo, em todas as ações, a indenização continuaria sendo um efeito secundário da sentença penal. Encará-la como um pedido implícito é apenas mais um modo de solucionar a suposta violação ao princípio da correlação, sustentada por alguns autores.

Ao ser enfocada como um efeito secundário da sentença ou como um pedido implícito, a sentença não seria *extra petita* (fora do pedido do autor), como defendem alguns autores, pois é a própria lei que determina sua análise na decisão.

Alguns juristas sustentam que o art. 387, IV do CPP é formalmente inconstitucional, pois uma lei federal atribui competência cível a um juízo criminal. Contudo, isso não ocorre porque o juiz apenas vai quantificar o que já estava reconhecido na sentença penal - o dever de indenizar, previsto no art. 91, I do CP. Essa quantificação não representa ampliar a competência do juízo criminal para o processo civil, mas apenas representa um ato de natureza civil estabelecido no processo penal, assim como ocorre com o estabelecimento da pena de multa e da prestação pecuniária.

Não há uma ação civil propriamente dita cumulada com ação penal em curso perante o juízo desta competência, e sim uma única ação (penal) cuja sentença tem um efeito civil determinado em lei. Apesar de ser fixada dentro do processo penal, a condenação tem natureza civil porque seu escopo é reparar o prejuízo causado pelo delito e possui cunho meramente patrimonial.

Antes da alteração feita pela Lei nº 11.719/08, essa indenização decorria da sentença, mas somente seria fixada no procedimento de liquidação desse título executivo judicial, em um processo cível (art. 475-A e ss., do CPC). Era pacífico na doutrina que sua natureza era,

então, civil. Com a reforma, a natureza da reparação permanece inalterada, pois não faria sentido mudar, só porque foi estabelecida em um processo diferente, já que sua essência e finalidade permanecem as mesmas. A única mudança é que se antecipa o momento em que se estabelece o *quantum* mínimo da reparação e, conseqüentemente, adianta-se a liquidez da sentença penal em relação à obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.

Deve-se ressaltar, ainda, que a inovação trazida pela Lei nº 11.719/08 não viola o sistema acusatório, como defendem alguns autores. Eles sustentam que o fato de o juiz fixar a indenização concentra em uma só pessoa as atividades de acusar e julgar, mas isso não ocorre, já que não há uma acusação propriamente dita por parte de ninguém. Como é a própria lei que determina o estabelecimento da reparação, não existe a figura do acusador em relação a esse pedido. Na verdade, o juiz faz uma mera constatação do valor mínimo que pode reparar aquele dano, com base nas provas dos autos.

Ora, a conduta do magistrado foi somente de analisar os elementos trazidos pelas partes e verificar se as provas indicaram o prejuízo sofrido pela vítima. A função do juiz é verbalizar, por meio de sua sentença, uma quantia já evidenciada no processo. Até por isso se pode dizer que o juiz não perde sua imparcialidade quando fixa a reparação mínima, pois está exercendo a jurisdição, ou seja, dizendo o direito. Dizer o direito não significa defender o acusado a todo custo, e sim determinar o que é justo naquele caso concreto. Agilizar o recebimento da indenização é um meio de trazer ao seio social um sentimento de pacificação o quanto antes, o que não significa inquisição, e sim justiça.

Muitos partidários da imparcialidade do magistrado como dogma do sistema acusatório colocam vestes de vítima no acusado, que deve ser defendido a todo custo do poder estatal. Entretanto, eles não querem a imparcialidade do juiz, e sim a figura de defensor/julgador. De fato, o juiz deve ser um garantidor dos direitos fundamentais do

acusado, mas sem se incumbir de protegê-lo das imputações do demandante, sob pena de se tornar parcial.

Nas palavras da professora GRINOVER (1995), “o processo não é um jogo, em que pode vencer o mais poderoso ou o mais astucioso, mas um instrumento de justiça, pelo qual se pretende encontrar o verdadeiro titular do direito”.

Se com a sentença penal condenatória torna-se certa a obrigação de indenizar (art. 91, I, do CP), já foi encontrado o verdadeiro titular do direito de ter o dano reparado: a vítima (ou seus sucessores). Assim sendo, permitir fixar-se a indenização no processo penal, não é um jogo em desfavor do acusado, como podem pensar alguns defensores extremistas do sistema acusatório, mas um meio para se alcançar a justiça de forma mais célere, visto que já se sabe a quem deve ser paga a reparação e o seu valor, pois este foi amplamente demonstrado pelas provas do processo.

### 3. A COMPROVAÇÃO DO DANO. O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA

De forma louvável, o garantismo defende a intangibilidade dos direitos fundamentais como remédio contra os poderes selvagens do Estado (FERRAJOLI, 2000). Entretanto, deve-se compreender que seu conceito não se resume a um conjunto de garantias estabelecidas a favor do réu, devendo ser interpretado com um modelo que busca estabelecer limites para a contenção da liberdade judiciária, tendo em vista as consequências que uma decisão pode acarretar na liberdade individual.

Desse modo, decisões judiciais da esfera penal devem advir unicamente do amplo conhecimento sobre a matéria decidida, obtido pelas informações depositadas no processo, e não da manifestação de poder da autoridade judiciária. Caso o julgador ainda tenha dúvidas, não deve realizar a condenação, em atenção ao princípio *in dubio pro reo*. Portanto, não se

pode afirmar que o art. 387, IV, do CPP vai de encontro ao modelo garantista, porque o juiz só vai condenar se tiver certeza acerca do valor referente ao dano causado, até porque ele é o guardião dos direitos fundamentais do acusado.

Como a lei em vigor tem presunção de constitucionalidade, o intérprete deve buscar o sentido que esteja de acordo com a Constituição, em vez de afirmar sua incompatibilidade com a Lei Maior quando ela for contrária aos seus ideais, sob pena de violar o princípio da separação dos poderes, afinal o legislador resolveu criar aquela norma.

Assim, proibir de forma taxativa a reparação fixada na sentença penal condenatória é demasiadamente radical e contradiz o próprio garantismo, pois, quando esse modelo é utilizado como minimalismo penal, superprotege o acusado sob o pretexto da defesa intransigente dos direitos humanos e, ao mesmo tempo, esquece-se da vítima e de seus direitos, os quais já foram violados quando o delito foi cometido. Por que somente amparar os direitos do cidadão infrator, mas não os do honesto? Afinal, ao lado do direito à liberdade, à ampla defesa e ao contraditório encontram-se os direitos à vida e à segurança, conforme se pode verificar no art. 5º da CRFB/88.

Fixar a indenização na sentença penal condenatória é prezar os direitos da vítima que foram violados, pois permite a reparação ao dano causado o quanto antes. A agilidade em ser ressarcido materializa o sentimento de justiça e, conseqüentemente, o de respeito aos direitos feridos, pois de nada adianta ter em mãos um título executivo ilíquido e aguardar indefinidamente para receber a quantia que deriva da obrigação nele contida. É o clichê “ganhou, mas não levou”, tão conhecido por tantos brasileiros desacreditados no sistema judiciário, mas que deve ser extirpado, a fim de se criar uma sociedade mais justa e harmoniosa. Para tanto, é preciso que se admita a possibilidade de coexistência do respeito às garantias fundamentais e da efetividade.

Atos aparentemente pequenos, como agilizar o recebimento da restituição, podem gerar enorme repercussão na sociedade, na medida em que geram um sentimento de cicatrização do tecido social ferido. O restabelecimento da pacificação também é objetivo constitucional, ao lado da proteção dos direitos individuais do acusado, e, se for colocado em segundo plano, pode trazer de volta os tempos da barbárie, quando os homens realizavam justiça com as próprias mãos.

O modelo garantista também sustenta que a atividade defensiva deve ser a mais ampla possível. Na verdade, não necessariamente isso deixa de ocorrer porque o magistrado fixou a indenização na sentença, ou seja, é plenamente possível que sejam respeitados o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Se ao longo do processo não foi possível comprovar os danos causados, não houve debate acerca do valor indenizatório e, portanto, a condenação de natureza civil afrontaria o princípio do devido processo legal. Contudo, a condenação é possível se houve o contraditório durante o processo, conforme amplamente exposto neste artigo.

Por exemplo: foi viabilizada a ampla defesa se o MP conseguiu comprovar o dano e o acusado manifestou-se sobre ele. Da mesma forma, se o réu alega que não é o autor do fato, ao mesmo tempo se defende da necessidade de reparar o dano, já que não pode ressarcir alguém de algo que não fez. Assim, ratifica-se ser algo que só pode ser verificado no caso concreto.

Alguns autores, como POLASTRI (2009), defendem que, caso o MP comprove o dano, cabe ao acusado trazer aos autos elementos que o favoreçam, pois ele tem consciência da adoção do Sistema da Adesão Obrigatória e, por conseguinte, de que o magistrado terá que se manifestar sobre a indenização, podendo fixá-la, se entender que as provas são suficientes. Nesse caso, é indubitável que houve contraditório e ampla defesa acerca do prejuízo causado. Observe-se que, nos casos de direitos individuais disponíveis, o MP pode comprovar o dano

por meio das provas que sustentarão a autoria e materialidade daquela conduta, muito embora não tenha pleiteado o ressarcimento.

Sob o enfoque do novo paradigma do processo penal, que busca valorizar a vítima, é mais seguro fixar o valor da indenização nesse momento, uma vez que o procedimento é regido pelo princípio da verdade real.

Como se evita o cometimento de injustiças ao julgar um processo com base na verdade real, é mais benéfico para a vítima ter a indenização fixada em um procedimento revestido pela busca da maior proximidade possível com a realidade. Muito embora se saiba que sob o prisma da filosofia do direito a verdade real é inalcançável, uma utopia (FERRAJOLI, 2000), há que se tentar obter uma resposta judiciária baseada em alguma verdade, sob pena de ser uma decisão arbitrária. Assim, quanto mais próximo da verdade, melhor para todos os envolvidos no processo, pois desse modo se está o mais perto possível da justiça. O julgador deve estar comprometido com o esclarecimento da verdade e com a prolação de um julgamento justo.

Assim sendo, ainda que não se alcance a verdade real no processo penal, é nele que se obterá a maior proximidade possível dos fatos ocorridos. Portanto, a valorização da vítima só ocorrerá se fixada a indenização nesse momento, pois se aqui não se alcança a realidade, mais distante ainda ela estará em um procedimento cível.

#### 4. OS DANOS: MATERIAL E MORAL

O art. 186 do CC/02 determina que comete ato ilícito quem, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. Essa norma é complementada pelo art. 927 do CC/02, o qual estabelece a obrigatoriedade daquele que causou o dano por ato ilícito de repará-lo. Portanto,



é evidente a necessidade de o agente ativo do crime, que cometeu um ato ilícito, ressarcir o dano por ele gerado.

A inovação trazida pela Lei nº 11.719/08 tem como escopo acelerar o recebimento dessa indenização e não alargar a instrução criminal. Logo, não se deve admitir a dilação probatória apenas para que se possa determinar e fixar o prejuízo sofrido e, conseqüentemente, o *quantum debeatur* mínimo. Por conseguinte, em regra não cabe discutir lucros cessantes, pois, uma vez que representam o que se deixou de ganhar por causa do crime, não há como aferi-los de imediato, por demandarem maior produção de provas para se comprovar as conseqüências do dano e não sua própria existência. O que deve ser fixado como indenização mínima deve ser facilmente comprovado nos autos e decorrer de uma análise apriorística da conduta lesiva (como os danos emergentes).

Assim sendo, esse dispositivo é facilmente aplicado aos crimes contra o patrimônio, quando o objeto material do crime não é recuperado e o laudo de avaliação indireta servirá como base para se fixar a reparação mínima. Nesse caso, fixar a reparação seria o meio mais óbvio de se atender aos interesses da vítima e não teria motivos para não ser arbitrada, porque o dano é identificável com facilidade e o laudo pode ser submetido ao contraditório, o que oportuniza a defesa do acusado.

PACELLI (2009) cita o exemplo de uma ação penal pelo crime de dano (art. 163 do CP). Nesse caso, a própria defesa da autoria e materialidade do delito já permite o contraditório sobre o valor da coisa danificada. Logo, a fixação do ressarcimento, nesse caso, seria imperiosa.

Entretanto, em crimes como os contra os costumes seria muito difícil de se determinar o valor mínimo, sob a vertente do dano material. O mesmo dilema poderia ser encontrado nos casos de crimes formais ou de mera conduta, como corrupção ativa e passiva.

Porém, ainda que não seja possível fixar o ressarcimento em todas as sentenças, a redação do dispositivo não é *tabula rasa*, já que o objetivo do legislador foi acelerar o recebimento da indenização, quando fosse possível identificar seu valor mínimo.

Sabe-se que a comprovação é necessária para o arbitramento da indenização pelo dano material sofrido. Contudo, ainda que não seja possível se determinar a repercussão material da conduta, por demandar outras provas, o juiz poderia fixar um valor indenizatório a título de danos morais.

O dano moral pode ser fixado na sentença penal condenatória porque ele é uma forma de reparação do prejuízo decorrente do delito e não demanda dilação probatória. A ampla defesa pode ser obtida pelo próprio contraditório da autoria e materialidade do delito, visto que é um dano *in re ipsa* (presumido, que independe de comprovação). Desse modo são preenchidos os requisitos necessários para se fixar a indenização, quais sejam: ressarcir o dano e dele decorrer, não causar alargamento do processo, respeitar a ampla defesa.

Segundo MORAES (2003), o dano moral busca oferecer máxima garantia à pessoa humana. Assim, está caracterizado quando houver violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, “seja causando-lhe um prejuízo material, seja violando direito (extrapatrimonial) seu, seja, enfim, praticando, em relação à sua dignidade, qualquer ‘mal evidente’ ou ‘perturbação’, mesmo se ainda não reconhecido como parte de alguma categoria jurídica”.

Assim sendo, para se caracterizar o dano moral, basta se comprovar a violação da dignidade da pessoa humana, valor máximo do ordenamento jurídico brasileiro. Em sendo o ato ilícito um delito, necessariamente houve a ofensa à cláusula de proteção à pessoa. Logo, provada a ofensa, está evidenciado o dano moral, por ser *in re ipsa*, ou seja, incito à ofensa. Nesse diapasão, é plenamente possível se fixar o valor reparatório *mínimo* referente a esse dano na sentença penal condenatória.

Por esse raciocínio seria possível fixar o dano moral coletivo quando o sujeito passivo do crime fosse a sociedade, mormente em delitos ambientais, apesar de ser tímida sua aceitação na jurisprudência, com precedente no voto vencido do Min. Luiz Fux, REsp 598.281 / MG (Relator para o acórdão: Min. Teori Albino Zavascki; Publicado no DJ de 01/06/2006). Ressalte-se que, nesse caso, o MP seria legitimado para pleitear a indenização, por se tratar de direito difuso ou coletivo.

Muito embora a maioria da doutrina e da jurisprudência entendam não ser possível fixar o dano moral na sentença penal condenatória, o legislador parece caminhar em sentido oposto.

O Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 156 de 2009, que propõe o novo CPP, prevê expressamente o arbitramento do dano moral na sentença penal condenatória, nos art. 79, §1º e 412, IV. Ademais, o art. 89, XI, estabelece como um dos direitos da vítima a obtenção do ressarcimento dos danos causados pelo autor do crime, assegurada a assistência de defensor público para essa finalidade.

É interessante notar no novo CPP o movimento do legislador no sentido de prestigiar a vítima, inclusive criando um título denominado “Dos Direitos da Vítima” (Livro I, Título V). Dessa forma, verifica-se que considerar como constitucional o atual art. 387, IV do CPP e fixar indenizações pelos danos materiais e morais, quando possível, está na esteira da intenção legislativa, por ser uma forma de se valorizar a vítima.

O legislador avança no novo CPP e determina um procedimento para se estabelecer o dano moral (art. 79, caput). Mas sua intenção é tão somente colocar uma pá de cal na atual discussão acerca da suposta inconstitucionalidade ventilada por muitos em virtude da ausência de pedido, e não reconhecer a incompatibilidade da norma atual com a CRFB/88, como reconhece o item I.4.6 – Da intervenção da parte civil do Parecer nº (sic) de 2009, aprovado na 17ª Reunião de 2009 da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do CPP.

Muito embora no novo CPP a opção legislativa tenha sido de não permitir que se fixe a reparação referente ao dano material, esta não deve ser impossibilitada agora, uma vez que a legislação atual permite.

É interessante notar que na reforma a indenização por danos morais não é mínima, como ocorre no art. 387, IV, do atual CPP. No futuro, o juiz poderá fixar o valor total de ressarcimento.

Assim como o CP vigente estabelece o patamar mínimo e o máximo de pena, entre os quais o juiz irá flutuar para estabelecer a pena final, o CPP determina que seja fixado o valor mínimo da reparação. Não teria como o legislador determiná-lo, como faz com a pena, pois a quantia só pode ser averiguada no caso concreto. Dessa forma, o juiz fará uso do princípio do livre convencimento motivado para especificar o valor.

Alguns autores defendem que seria inútil fixar qualquer valor a título de reparação no processo penal, pois o juízo cível não está vinculado a essa fixação, podendo até mesmo declarar a inexistência do dever de indenizar. Entretanto, o ilícito é uno, compreendendo, via de regra, uma ofensa penal e civil em uma mesma conduta (não se pode esquecer que nem toda ação delituosa gera danos indenizáveis, mas essa é a exceção). Dessa forma, se houver suporte probatório para fixar a reparação, a lei autoriza o juiz penal a determiná-la, já que ele considerou aquela conduta ofensiva à esfera penal e à civil.

Se a lei determinou que o valor será determinado pelo juízo penal, o juízo cível terá que respeitar aquela quantia, pois a intenção do legislador foi acelerar a prestação jurisdicional. Logo, se a lei permitiu a apuração do *quantum* no processo penal, não teria sentido algum permitir que o juízo cível ignorasse aquele valor.

O legislador do próximo CPP abraça esse entendimento, ao estabelecer, no art. 81 §1º, que “a reparação dos danos morais arbitrada na sentença penal condenatória deverá ser

considerada no juízo cível, quando da fixação do valor total da indenização devida pelos danos causados pelo ilícito”.

Sob um enfoque de duração razoável do processo e até mesmo sob a influência da Reforma Gerencial do Estado, com a adoção do Estado Gestor – preocupado em promover o aumento da qualidade e da eficiência dos serviços sociais oferecidos pelo setor público –, a jurisdição tem que ser encarada como uma sistema coeso, cujo objetivo é entregar rapidamente a prestação jurisdicional, no caso, possibilitar que a vítima receba essa quantia o quanto antes, até como uma forma de credibilidade na instituição do Judiciário, que solucionou a questão de forma mais célere e menos burocrática. Obviamente que esse objetivo tem que ser alcançado sem ofender a CRFB/88.

Na linha do pensamento do legislador do novo CPP (art. 79, *caput*), o juiz poderia notificar a vítima após o oferecimento da denúncia para ingressar no processo, o que não causa o alargamento da instrução criminal, para se evitar qualquer alegação acerca da inexistência de formação de coisa julgada entre o ofensor e a vítima (ou seus herdeiros).

De qualquer modo, ainda que a vítima não ingresse no processo, pode-se admitir como plenamente válida e eficaz a quantificação do ressarcimento, por se tratar de um efeito da sentença penal. Se assim não fosse, a vítima tampouco poderia se valer da certeza da obrigação de ter o dano indenizado (art. 91, I, do CP), por não ter participado do processo penal.

## 5. COMPATIBILIDADE ENTRE A REPARAÇÃO MÍNIMA E A PENA PECUNIÁRIA

A pena de prestação pecuniária (art. 43, I, do CP) e o ressarcimento do art. 387, IV, do CP possuem nítido cunho indenizatório. Como o art. 45, §1º, do CP determina que o valor pago pela pena será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação

civil, indaga-se se ambas as condenações podem coexistir pacificamente na sentença penal ou se, uma vez fixada a primeira, a segunda teria sua função esvaziada.

Na verdade, existe compatibilidade entre a pena pecuniária e a reparação mínima por diversos motivos, dentre os quais se destacam: 1) possuem naturezas distintas, que não se excluem – enquanto a primeira é uma modalidade de pena (restritiva de direitos), a segunda é um efeito secundário da sentença; 2) têm finalidades diversas, pois a primeira procura evitar a carcerização (a prisão deve ser a última opção do sistema punitivo), ao passo que a segunda busca agilizar o recebimento da indenização pela vítima; 3) é necessário fixar ambas, pois a pena restritiva de direitos pode ser convertida em privativa de liberdade (art. 44, §4º, do CP). Então, mesmo que haja a conversão, a vítima terá uma quantia reparatória para executar.

Ademais, o art. 45, §1º, parte final, do CP determina que o valor pago a título de pena pecuniária “será deduzido de eventual condenação em ação de reparação civil”. Entretanto, a reparação mínima não é fixada em uma ação de reparação civil, e sim em uma sentença penal. Assim, muito embora os valores possam ser compensados, por se prestarem a indenizar a vítima, isso não necessariamente ocorrerá, o que exige a manifestação do magistrado acerca de ambos.

## 6. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A fim de se verificar a tendência jurisprudencial da indenização prevista no art. 387, IV, do CPP, realizou-se um levantamento das decisões judiciais do TJRJ no período entre fevereiro e dezembro de 2009 e notou-se uma significativa divergência quanto à aplicação dessa norma. Foram analisadas 21 Apelações Criminais.

Na 1ª Câmara Criminal, percebe-se um movimento no sentido de se inadmitir a fixação reparatória na sentença penal, uma vez que não existe pedido exposto na inicial

formulado pelo ofendido, o que viola o princípio da correlação e, conseqüentemente, os princípios da ampla defesa e do contraditório, pois o autor da infração não teve a oportunidade de se manifestar sobre a pretensão indenizatória e seu valor (2009.050.02889 e 2009.050.04517).

Entretanto, encontram-se muitos acórdãos em que se admite a fixação de cunho indenizatório, em sua maioria da 8ª Câmara Criminal (2008.050.06896, 2009.050.03122, 2009.050.06542 e 2009.050.04749). Também são encontrados precedentes na 4ª Câmara (2009.050.04456) e na 7ª Câmara (2009.050.03079 e 2009.050.05241). Grande parte das decisões nesse sentido ressaltam a dificuldade de se ter no processo a comprovação dos danos sofridos, mas quando estão cabalmente demonstrados, fixam o ressarcimento.

Alguns acórdãos, como os de número: 2009.050.04315, 2009.050.03889 e 2009.050.02063, deixam de estabelecer a indenização justamente por não encontrarem lastro probatório para tanto. Outros rejeitam a fixação, porque o juiz de 1º grau não fundamentou de forma suficiente como chegou àquele valor (2009.050.06062, 2009.050.07151, 2009.050.06583 e 2009.050.07157). Porém, todos esses indiretamente admitem que o ressarcimento seja fixado.

Algumas decisões defendem que é desnecessária a formulação de pedido pela parte ou pelo MP, como as de número: 2009.050.06062, 2009.050.05241, 2009.050.04749, 2009.050.07151 e 2009.050.00995. Há ainda dois precedentes que admitem a indenização por danos morais: 2009.050.04885 e 2009.050.04749.

Há também divergência quanto à aplicação da lei no tempo. Algumas decisões (2009.050.03122, 2009.050.05411 e 2009.050.03522) defendem que a norma tem cunho material, por disciplinar direitos e garantias pessoais constitucionalmente assegurados e, logo, não possui aplicação retroativa. Outras, por sua vez, sustentam que se trata de norma de natureza processual, incidindo, portanto, sobre os fatos praticados antes de sua vigência. Esse

é o entendimento dos acórdãos 2009.050.04749, 2009.050.03522 – voto vencido - e 2009.050.00995.

Na esteira dos argumentos apresentados neste artigo, as justificativas para se permitir a fixação passam pela economia processual (2009.050.05241), pelo aprimoramento da sistemática anterior -do art. 91, I, do CP- e pela necessidade de se dar maior eficácia à sentença penal condenatória e afastar o penoso caminho de sua liquidação (2009.050.04749).

## CONCLUSÃO

A lei nº 11.179/08 traz uma proposta no sentido da modernização do direito processual penal brasileiro, ao permitir a fixação de um mínimo reparatório pelos danos decorrentes do crime e, com isso, busca afastar o penoso caminho da liquidação da sentença penal condenatória.

Com a nova redação do art. 387, IV, do CPP, o legislador prestigiou os princípios da celeridade e economia processuais, além de retomar o papel de destaque da vítima no processo penal.

O processo, para ser justo, tem que ser efetivo. Assim, permitir que o ofendido seja compensado o quanto antes pelos prejuízos que sofreu representa justiça tanto sob um prisma individual, porque repõe o que lhe foi tirado, como sob um olhar coletivo, pois permite a recomposição do tecido social ferido com o crime e gera um sentimento de pacificação.

É imprescindível perceber que o objetivo de efetividade almejado pelo legislador da reforma processual pode ser perfeitamente conciliado com as garantias constitucionais do cidadão.

O art. 387, IV, do CPP passou a adotar o Sistema de Adesão Obrigatória parcial como forma de fixação da responsabilidade civil por danos oriundos de delitos e segue abraçando o



Sistema da Separação, agora de forma mitigada. Em virtude da inovação, a lei exige que o juiz se manifeste na sentença acerca da fixação do ressarcimento. Logo, como a quantia fixada é um efeito secundário da sentença, oriunda de determinação legal, não se viola o princípio da correlação e, conseqüentemente a decisão não é *extra petita*. Ademais, o pedido indenizatório poderia ser interpretado como implícito nos casos em que a vítima se habilita como assistente de acusação, quando a ação penal é privada e quando o MP pleiteia danos morais coletivos. Não existe atribuição de competência civil ao juízo criminal, mas tão somente a quantificação do dever de indenizar, que sempre foi efeito da sentença. Por fim, não existe ofensa ao sistema acusatório, porque o juiz não acusa o réu ao determinar o valor que deve ser pago, e sim constata a quantia que pode minimamente reparar aquele dano, com base nas provas trazidas.

O modelo garantista não se sobrepõe à retomada do prestígio da vítima no processo penal, até porque ele não é um escudo do réu contra qualquer punição do Estado, mas uma forma de proteção contra arbitrariedades. Dessa forma, o valor da indenização pode ser especificado se houver provas para tanto e se tiver ocorrido o contraditório e a ampla defesa, em respeito ao princípio do devido processo legal. Não se pode afirmar genericamente que esse inciso fere o direito de defesa, pois apenas a análise do caso concreto pode determinar se houve ou não o respeito aos direitos individuais ao se fixar a indenização. Além disso, é até mais seguro para o ofendido fixar a quantia nesse momento, já que o processo penal é regido pela verdade real.

A reparação dos danos tem como base os art. 186, 187 e 927, todos do CC/02, e sua fixação não deve alargar a instrução probatória. Portanto, a princípio não cabe discutir o ressarcimento dos lucros cessantes, por requerer mais provas, mas tão somente dos danos emergentes. Esses prejuízos são mais fáceis de serem comprovados em crimes patrimoniais. Ademais, é cabível indenização pelos danos morais sofridos, *in re ipsa*, por ter ocorrido

violação à dignidade da pessoa humana. O PLS nº 156/09 manifesta-se pela admissão do ressarcimento por danos morais ocasionados.

O respeito pelo valor fixado pelo juiz criminal se dá em atenção aos princípios da duração razoável do processo e da economia processual, já que o ilícito é uno, assim como pela adoção do Estado Gestor e como um meio de valorizar a coesão do sistema judiciário.

Por fim, consagra-se o entendimento de que com a mudança do momento em que se especifica o valor da reparação, o acusado não deixa de ser sujeito do processo, nem tem suas garantias individuais violadas, mas também se passa a valorizar a vítima, afinal ela igualmente é cidadã.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Reparação do Dano Civil e Sentença Penal (Opção Brasileira)*. *Ensaios Jurídicos*, nº2, IBAJ, p.353. 1992.

BRASIL. Comissão Temporária de Estudo da Reforma do CPP, sobre o PLS nº156. Parecer nº (sic) de 2009, DE 09 DE DEZEMBRO DE 2009. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/71659.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2010.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009, DE 22 DE ABRIL DE 2009. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Efeitos Cíveis e Processuais da Sentença Condenatória Criminal. Reflexões sobre a Lei 11.719/2008. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v.12, n.46, p. 111-123

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 1. 9.ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. 4.ed. Madrid: Trotta, 2000.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

GRINOVER, Ada Pellegrini. Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 347, p. 03-10, jul./ago./set. 1999.

LEITE, Maurílio Moreira; BUCH, João Marcos. *Reflexões sobre as alterações do CPP pela Lei n. 11.719/08*. Disponível em <[http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/cejur/arquivos/ CPP\\_alteracoes\\_2008\\_-reflexoes\\_ambos\\_-\\_encarte.pdf](http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/cejur/arquivos/ CPP_alteracoes_2008_-reflexoes_ambos_-_encarte.pdf)> . Acesso em: 08 set. 2009.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares. *Manual de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

WERNER, José Guilherme Vasi. *Premissas de Julgamento*. Disponível em <<http://www.fonaje.org.br/2006/>>. Acesso em: 20 ago. 2009.