



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Questões controvertidas acerca do valor mínimo fixado em sentença penal condenatória para reparação de danos causados pela infração penal

Livia Cristina dos Santos Suzarte

Rio de Janeiro  
2011

LIVIA CRISTINA DOS SANTOS SUZARTE

Questões controvertidas acerca do valor mínimo fixado em sentença penal condenatória para reparação de danos causados pela infração

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.  
Orientadores: Prof. Mônica Areal  
Prof. Néli Fetzner  
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro  
2011

## QUESTÕES CONTROVERTIDAS ACERCA DO VALOR MÍNIMO FIXADO EM SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA PARA REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO PENAL

**Livia Cristina dos Santos Suzarte**

Graduada pela Pontifícia  
Universidade Católica - PUC-Rio.  
Pós-Graduada em Direito Civil,  
Processual Civil e Empresarial pela  
Universidade Veiga de Almeida.

**Resumo:** A Lei nº 11.719/2008 conferiu nova redação ao artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, que passou a prever que o juiz, na sentença penal condenatória, fixará valor mínimo para reparar os danos decorrentes da infração penal, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Analisando-se as consequências decorrentes da aplicação da nova regra, percebe-se a relevância do seu estudo, sendo necessário ler o dispositivo à luz dos preceitos fundamentais insculpidos na Constituição da República.

**Palavras-chaves:** Código de Processo Penal. Sentença penal condenatória. Indenização. Inconstitucionalidade.

**Sumário:** Introdução. 1. A reforma do Código de Processo Penal e a sistemática histórica relativa à indenização da vítima de infração penal. 2. Aspectos controvertidos decorrentes da fixação de indenização na sentença penal condenatória – a inconstitucionalidade da nova regra. 3. Análise jurisprudencial do tema. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal – CPP vigente (Decreto-Lei nº 3.689) data de 1941, sendo fruto do Estado totalitário da época e da necessidade que se propalava de não permitir a predominância de “pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Item II da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal.

Com a evolução para o Estado Democrático de Direito, a subsistência de inúmeros dispositivos de cunho autoritário no Código mostrou ser cada vez mais necessária a reforma da legislação processual brasileira. Essa expectativa se tornou ainda mais evidente com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, em 1988. Atualmente, tramita no Congresso Nacional – vagorosamente – o Projeto de Lei do Senado n. 156/09, que visa reformar o Código na íntegra.

Antes do mencionado projeto de lei, todavia, inúmeras foram as tentativas de promover a reforma almejada pelos processualistas pátrios, sempre se vislumbrando dificuldades na tramitação, no Congresso, de um projeto de lei que visasse à alteração global do CPP.

Com base nisso, em 2000, foi constituída uma comissão de juristas (presidida por Ada Pellegrini Grinover) para elaborar propostas a fim de reformar apenas segmentos do Código. Seus principais objetivos eram o fortalecimento do sistema acusatório, o reforço às garantias do acusado, a celeridade e a efetividade na busca da prestação jurisdicional e a revalorização do papel da vítima dentro do processo penal.

Vários foram os projetos de lei produzidos, dentre os quais merece destaque o de nº 4.207/2001 – que foi inserido no Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano, firmado pelos Chefes dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, em 2004 – o qual deu origem à Lei n. 11.719, de 20 de jun. 2008. Demonstrava-se, assim, a preocupação do Poder Público com o compromisso estatal de prestar a jurisdição de uma forma eficiente e célere.

Dentre inúmeras modificações procedimentais, a Lei n. 11.719/08 conferiu nova redação ao inciso IV do art. 387 do CPP, passando a prever que, ao proferir a sentença penal condenatória, o magistrado fixará um valor mínimo para reparar os danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

O presente estudo assume relevância na medida em que um mesmo fato (comissivo ou omissivo) pode ter consequências na órbita cível e penal, sendo necessário refletir se andou bem ou mal o legislador ordinário quando previu que o juiz deverá fixar indenização (cuja natureza é civil) ao prolatar a sentença penal condenatória.

Objetiva-se, desse modo, investigar se a reforma do Código, nesse aspecto, está em consonância com o sistema processual brasileiro e, principalmente, com a Constituição da República, dispensando-se a necessária atenção ao ofendido. Procura-se demonstrar o histórico do sistema processual na sistemática da indenização, bem como as mudanças trazidas pelo novel dispositivo, focado na reparação da vítima da infração penal.

Demonstra-se também a importância da análise do novo instituto por seu cunho pragmático, bem como pelo fato de ser oriundo de uma lei supostamente processual.

Este trabalho foi desenvolvido através de pesquisa exploratória, tendo sido realizado levantamento bibliográfico em livros, artigos retirados da Internet e jurisprudência dos Tribunais pátrios, além de consulta a professores de Direito Penal, Processual Penal e Constitucional.

## **1. A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A SISTEMÁTICA RELATIVA À INDENIZAÇÃO DA VÍTIMA DE INFRAÇÃO PENAL**

Dada a morosidade legislativa em prol da adaptação global da sistemática processual penal pátria à vigente ordem constitucional, as reformas pontuais do CPP se fizeram necessárias.

Entretanto, uma simples leitura do Código permite ao operador do Direito constatar um grave problema advindo das reformas pulverizadas: falta coesão entre muitos de seus

dispositivos; vários outros lá persistem, embora sejam incompatíveis com a Constituição; e ainda há temas aos quais não se dispensou um tratamento suficiente.

Todavia, o presente estudo restringe-se, especificamente, à análise pormenorizada do art. 387, IV do CPP, alterado pela Lei nº 11.719/08, o qual dispõe que o juiz fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, quando da prolação da sentença penal condenatória<sup>2</sup>.

É importante esclarecer que uma mesma ação ou omissão pode ter efeitos de natureza penal e não penal (civis e administrativos), podendo a prática de um delito também configurar a prática de um ilícito civil<sup>3</sup>. Como bem salienta Cavalieri Filho<sup>4</sup>, “É por isso que os autores falam em unidade de falta e variedade de consequências.” Por isso, o ordenamento já previa diversos mecanismos que fomentavam e visavam a garantir o direito da vítima de ser indenizada, dentre os quais Nucci<sup>5</sup> cita o fato de a condenação tornar certa a obrigação de indenizar (art. 94, I do Código Penal – CP), a reparação do dano ser circunstância atenuante genérica (art. 65, III, “b” do CP), e haver previsão de medidas cautelares de sequestro, hipoteca legal, arresto e busca e apreensão (art. 125, 134, 137 e 240, todos do CPP).

Embora seja una a jurisdição, a doutrina<sup>6</sup> sempre afirmou ser a responsabilidade civil independente da criminal (art. 935 do Código Civil), caracterizando o sistema da independência relativa ou mitigada. Competiria, pois, à ação penal, condenar o agente pela prática do delito a ele imputado, enquanto a ação civil buscaria a indenização em razão do dano causado à vítima. Ressalvavam-se apenas as hipóteses em que o juízo criminal decidisse

---

<sup>2</sup> Art. 387, CPP: O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...]

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; [...]

<sup>3</sup> Art. 186, Código Civil. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>4</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>5</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 177.

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 169.

acerca da existência do fato ou sobre a sua autoria, quando então a jurisdição civil estaria sujeita à coisa julgada formada na jurisdição penal.

Assim, sempre existiu a figura da ação civil *ex delicto*. Consta da Exposição de Motivos do CPP ter este rejeitado a ambiguidade da constituição de uma parte civil no processo penal, sendo a obrigação de reparar o dano decorrente do delito não uma consequência de caráter penal.<sup>7</sup>

Logo, o art. 64 previu a possibilidade de a vítima (ou, subsidiariamente, seu representante legal ou seus herdeiros) perquirir, diretamente no juízo cível, a reparação pelos danos sofridos, incumbindo-lhe o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito (conforme o art. 333, I do Código de Processo Civil – CPC), podendo até fazer pedido de antecipação dos efeitos da tutela pretendida (com fulcro no art. 273 do CPC). Saliente-se também a faculdade prevista para o juízo (art. 265, IV e § 5º do CPC) no sentido de suspender a referida ação cível, pelo prazo de um ano, se instaurada ação penal pelo mesmo fato ilícito, dado que a coisa julgada na seara criminal vincula a esfera civil.

Já o art. 63 sempre deixou expressa a possibilidade de executar, na esfera cível, a sentença penal condenatória transitada em julgado, coadunando-se perfeitamente com a disposição do art. 91, I do CP, que estabelece ser efeito da condenação a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. Todavia, sempre foi necessário proceder à liquidação do referido título executivo (art. 475-N, II do CPC). Dispensava-se a dilação probatória acerca do nexo de causalidade entre a conduta do condenado e o dano alegado pela vítima, mas fazia-se necessário produzir provas acerca do *quantum debeatur*.

Com a nova redação do inciso IV do art. 387 do CPP, o legislador pretendeu diminuir o caminho percorrido pelo ofendido, que, de posse da sentença condenatória impondo a sanção penal ao réu e uma quantia, ainda que mínima, para reparar os danos suportados,

---

<sup>7</sup> Item II da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal

poderá, desde logo, executar o referido título (que já goza de liquidez). É o chamado sistema da solidariedade<sup>8</sup>: duas pretensões (condenação pelo fato criminoso e indenização pelo dano dele advindo) serão deduzidas no mesmo processo.

Em consonância com essa nova sistemática está o novo parágrafo único do art. 63 do CPP (também introduzido pela Lei n. 11.719/08), prevendo que a execução da sentença penal condenatória poderá ser imediatamente promovida pelo valor mínimo indenizatório (fixado nos termos do art. 387, IV), sem prejuízo da liquidação que a parte interessada poderá promover para apurar o dano real, efetivamente sofrido<sup>9</sup>.

Nota-se, assim, o efeito prático pretendido pelo legislador com a reforma em comento. Antes, a sentença penal condenatória somente poderia ser executada após sofrer liquidação, promovida pelo interessado. Agora, reduziu-se o caminho a ser percorrido pelo ofendido (e, conseqüentemente, o tempo) para que seja ressarcido. Já sendo o título executivo dotado de certeza, exigibilidade e liquidez, poderá o interessado executar o agente do delito pelo ilícito de natureza civil, também configurado, tão logo termine a ação penal.

Cumprido frisar que a inovação legal refere-se apenas às sentenças penais condenatórias, isto é, o legislador não autorizou a fixação de indenização em qualquer hipótese de sentença absolutória. Assim, por exemplo, caso o réu venha a ser absolvido por se entender que o fato não constitui infração penal<sup>10</sup>, será impossível que o juiz determine a obrigação de reparar eventual dano alegado. Ainda que tenha ocorrido um ilícito de natureza cível, o ofendido deverá perquirir a indenização cabível na seara adequada, isto é, o juízo cível. Da mesma

---

<sup>8</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>9</sup> Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido. (Incluído pela Lei n. 11.719/2008).

<sup>10</sup> Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

(...)

III - não constituir o fato infração penal; [...].

forma, sentença absolutória imprópria que imponha medida de segurança também não se enquadra na hipótese em análise.

## **2. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DECORRENTES DA FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA – A INCONSTITUCIONALIDADE DA NOVA REGRA**

O art. 387 do CPP prevê, dentre outros requisitos, que o juiz, ao proferir a sentença penal condenatória, fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração penal, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido (inciso IV).

A lei impôs um comando legal, uma determinação, que deverá ser observada, sempre, quando da prolação de uma sentença penal condenatória. Não por outra razão a forma verbal está no imperativo: o juiz *fixará* valor mínimo.

Portanto, segundo a nova redação do dispositivo, quando uma conduta, além de violar um bem jurídico penalmente protegido também representar um ilícito civil (gerador de dano para a vítima), o magistrado deverá fixar indenização – ainda que mínima – para reparar os danos daí decorrentes. Se a vítima considerar suficiente a indenização fixada, executará aquele título na seara cível, mas, caso entenda insuficiente, deverá, então, dar início à liquidação da sentença.

Durante a tramitação do Projeto de Lei n. 4.207/2001, predominou o entendimento<sup>11-12</sup> de que o juiz criminal teria condições de avaliar o *quantum* mínimo devido pelo réu. Ainda que passasse grande lapso temporal entre a data do fato e a da sentença, bastaria fixá-lo em moeda corrente e atualizada, a partir da data do ilícito.

---

<sup>11</sup> SANTOS, Leandro Galluzi dos. Procedimentos da Lei 11.719, de 20.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 301.

<sup>12</sup> JANSEN, Euler. *Manual de sentença criminal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 223.

Embora muitos doutrinadores passem ao largo dessa questão, deve-se refletir acerca desse comando legal, que impõe a fixação de indenização (cujo caráter é civil) no âmbito do processo de natureza penal – chamada por Lopes Jr<sup>13</sup> de “errônea privatização do processo penal”.

E ele está com a razão, dado que o processo penal fica desvirtuado, sendo utilizado para tutelar interesses de natureza eminentemente privada (da vítima ou mesmo de seus sucessores). É incompatível com o sistema acusatório que vige no ordenamento pátrio, segundo o qual distinguem-se as atividades de quem acusa e de quem julga. De acordo com a nova regra, recairá sobre a figura do juiz criminal tanto a atividade de acusar quanto a de julgar, na medida em que, entendendo que o acusado incorreu na prática de infração penal e aplicando-lhe sanção, para que possa fixar a indenização mínima, estará, conseqüentemente, acusando-o de ter causado dano à vítima.

Ainda segundo Lopes Jr<sup>14</sup>, a inovação legislativa “Não está justificada pela economia processual e causa uma confusão lógica grave, tendo em vista a natureza completamente distinta das pretensões (indenizatória e acusatória).” E Barros<sup>15</sup>, acertadamente, complementa:

[...] pensar a indenização decorrente da reparação do dano como um direito da sociedade e não da vítima é tornar a reparação uma forma de sanção penal, como se fosse uma terceira via diversa da pena e da medida de segurança. Somente essa perspectiva socializante da reparação, que a incluiu como uma sanção penal, pode justificar a reforma efetivada para incluir a definição do quantum da reparação da sentença penal condenatória. É claro que tal mudança fere frontalmente o modelo constitucional de processo, principalmente o princípio do contraditório, como influência e não-surpresa, e o princípio da ampla argumentação. O desrespeito a tais princípios não se observa apenas pela visão do acusado, mas também pela perspectiva da vítima, por mais paradoxal que seja e até mesmo pelo lado do *Parquet*.

E o que é pior: conforme ressaltam Trigueiros Neto e Monteiro<sup>16</sup>, a reforma pode se mostrar inócua, na medida em que tal sistemática ainda permite que o ofendido seja obrigado

---

<sup>13</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal: e sua Conformidade Constitucional*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 404.

<sup>15</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 94.

<sup>16</sup> TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta; MONTEIRO, Marcelo Valdir. *Comentários às recentes reformas do Código de Processo Penal: e legislação extravagante correlata*. 2.ed. São Paulo: Método, 2009, p. 138.

a liquidar a sentença, por entender o valor fixado menor que o devido. O comando legal não é para que o juiz fixe a indenização pelo valor *real* devido, mas sim pelo valor *mínimo*. As justificativas de maior celeridade e economia processual não impedem que a parte interessada ainda tenha que buscar na esfera cível a indenização complementar, pelos danos alegadamente sofridos, o que demandará ampla dilação probatória. Segundo Nucci<sup>17</sup>, o legislador dá com uma mão e retira com a outra, razão pela qual, o correto seria o magistrado sempre fixar o valor real, devido efetivamente para indenizar a vítima.

A nova regra também vai de encontro ao princípio constitucional da presunção de inocência, que decorre diretamente do sistema acusatório. Ao juiz incumbe a missão de assegurar a observância dos direitos fundamentais do acusado em todas as fases do processo (e mesmo previamente à denúncia, mas já sob a égide de medidas cautelares a ele impostas). Tem que ser, portanto, um juiz das garantias no processo penal, nunca podendo se descurar dessa missão.

Por essa razão, o novel comando legal está em conflito com a Carta da República, não podendo ser admitida a fixação de indenização, ainda que mínima, pelo magistrado criminal, quando da prolação da sentença penal condenatória.

O dispositivo também determina a obrigatoriedade de atuação do magistrado sem, todavia, definir se atuará de ofício ou se haverá necessidade de realização de pedido (e, neste caso, quem terá legitimidade para tanto).

Alguns doutrinadores<sup>18</sup> entendem ser a regra cogente, tendo o legislador admitido que o juiz atue de ofício, dispensando-se a realização de pedido expresso (para que o acusado seja condenado a pagar indenização para sua vítima), sem que isso represente ofensa ao princípio a

---

<sup>17</sup> NUCCI, op. cit., p. 691.

<sup>18</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. 2.ed. São Paulo: Método, 2009, p. 232-233.

inércia. Santos<sup>19</sup> afirma que o dever de reparar é um dos efeitos da sentença, razão pela qual o juiz pode fundamentar a fixação da indenização de forma objetiva.

Implica isso em dizer que, para atender ao comando legal, o magistrado surpreenderia o réu, que se veria condenado, ao final do processo, a pagar uma indenização sobre a qual, em momento algum, lhe foi dada a oportunidade de se manifestar. No processo penal, o réu se defende dos fatos a ele imputados na peça acusatória, produzindo provas para embasar suas teses defensivas. E, não havendo pedido, como ele se manifestaria?

Seguindo esse mesmo raciocínio, Silva<sup>20</sup> afirma:

[...] a condenação do réu em reparação civil ut artigo 387, IV, do CPP introduzido pela Lei nº 11.719/08, sem pedido da vítima e garantia do contraditório do réu quanto à lide civil no processo penal não passa na filtragem da Constituição Federal de 1988 por violações de dois princípios fundamentais assegurados em cláusulas pétreas.

Não obstante a imperatividade da nova regra, é cediço que o processo é regido pelo princípio da congruência (ou correlação, ou adstrição), ou seja, o juiz apreciará na sentença apenas as matérias que lhe foram postas para julgamento, pelas partes. Não havendo pedido, ele não poderá decidir acerca de determinada questão, sob pena de incorrer no vício de prolatar uma sentença *extra petita*, por ter julgado algo que não constou do pedido. E, conforme leciona Oliveira<sup>21</sup>, “O pedido no processo penal, rigorosamente falando, portanto, seria o de condenação. Nada mais.”

Em que pese o princípio da correlação esteja insculpido no artigo 2º do CPC, é evidente que se trata de norma relativa à Teoria Geral do Processo, que não pode ser negligenciada apenas por não constar do CPP. O Direito Processual é uno, apenas dividindo-se para efeitos didáticos e pragmáticos. Todavia, as regras de Teoria Geral que constam do diploma processual civil devem também ser observadas na condução do processo penal.

---

<sup>19</sup> SANTOS, op. cit., p. 301.

<sup>20</sup> SILVA, Roberto de Abreu e. *Sentença Condenatória Criminal e a Reparação de Danos: A Estratégia de Atuação da Vítima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 47.

<sup>21</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 507.

Ultrapassando-se, hipoteticamente, o entendimento acerca da inconstitucionalidade de fixação de indenização de natureza cível dentro do processo penal, Lopes Jr<sup>22</sup> aponta três requisitos para que o juiz possa fixar a indenização na sentença penal: pedido expresso na inicial acusatória – a fim de não violar o princípio da correlação –, assegurar o contraditório e a ampla defesa ao réu e apenas permitir essa sistemática para os fatos ocorridos após a Lei n. 11.719/2008.

À luz da Constituição, essa é a única interpretação possível para o inciso IV do art. 387 do CPP. Deve-se fazer pedido para que o juiz fixe a indenização (ainda que mínima) quando prolatar a sentença penal condenatória, bem como o magistrado, na condução do processo, deverá oportunizar ao réu a possibilidade de se manifestar sobre o valor do dano pedido, permitindo a produção de provas e a real chance de influenciar no resultado da demanda.

Causa estranheza, portanto, doutrina pátria que prega a desnecessidade de respeito ao contraditório e à ampla defesa quando da condenação mínima de indenização, pois isso implica, diretamente, em negar a aplicação da Lei Maior. Segundo Delgado, “não há que se falar de contraditório por parte do réu, no que tange à reparação civil”.

Referindo-se ao réu no processo penal, Nucci<sup>23</sup> leciona: “A partir daí, deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado.”

Não é demais frisar que as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa estão previstas no núcleo duro da CRFB/88, nunca podendo ser desprezadas pelo operador do Direito – especialmente em se tratando de processo penal, que põe em risco, diretamente, o

---

<sup>22</sup> LOPES JR., op. cit.

<sup>23</sup> NUCCI, op. cit., p. 691.

*status libertatis* do indivíduo. Tão importantes são as referidas garantias que foram previstas pelo Poder Constituinte Originário como cláusulas pétreas.<sup>24</sup>

Sendo assim, há que se entender que na ação penal de natureza pública, se o Ministério Público não formula pedido para que o acusado seja condenado a reparar o ofendido pelos danos causados, há ofensa ao princípio da adstrição, implicando em verdadeira violação do devido processo legal. À mesma conclusão se chega se o querelante não formula pedido para que o querelado, além de condenado às penas correspondentes à infração penal cometida, também seja condenado a indenizá-lo. Frise-se: quem realizar pedido deverá também indicar os valores que entender devidos, bem como as provas que atestem o direito alegado. Ainda de acordo com Nucci<sup>25</sup>, “Se não houver formal pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa.”

No entanto, como a reforma foi justificada pela maior celeridade, eficiência e simplicidade no tratamento da vítima, que sofreu algum tipo de dano em decorrência da prática de infração penal, permitindo-lhe, assim, uma rápida (ainda que não integral) reparação patrimonial, outra polêmica exsurge da legitimidade para realizar o pedido.

Tratando-se de questão de direito patrimonial, teria o Ministério Público legitimidade para fazer pedido de indenização?

Há dificuldade de encontrar, na doutrina, quem debata tal questão, fazendo parecer que a legitimidade do *Parquet* é mero consectário da sua função institucional de promover a ação penal<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> CRFB/88, art. 60, § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:  
(...)

IV - os direitos e garantias individuais.

<sup>25</sup> NUCCI, op. cit., p. 691.

<sup>26</sup> Art. 129, CRFB/88. São funções institucionais do Ministério Público:  
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...].

É certo que, via de regra, a ação penal tem natureza pública, incumbindo ao Ministério Público a função de órgão acusador, atuando em prol da sociedade. Ao oferecer a denúncia, deve individualizar o acusado e tipificar a sua conduta, postulando sua condenação e a aplicação de uma sanção penal, previamente estabelecida em lei. Durante a marcha processual, diligencia de modo a comprovar a sua *opinio delicti*, a fim de comprovar a sua acusação, devendo sempre pautar-se – porque também é o fiscal da lei – pelas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Se entender estarem provados os indícios de autoria e a materialidade, o *Parquet* deve ratificar o pedido de condenação; do contrário, deverá requerer a absolvição do acusado.

A regra do inciso IV do art. 387, portanto, não se coaduna com a função constitucional do Ministério Público. Ao se entender pela necessidade de realização de pedido expresso na peça acusatória, aquela instituição estaria atuando em prol de interesses meramente privados (no caso, do ofendido ou mesmo de seus sucessores). E é evidente a incompatibilidade de sua atuação, nesses ditames, com a incumbência que lhe conferiu a Carta da República<sup>27</sup>: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Diz Câmara<sup>28</sup>: “Não me parece possível, em primeiro lugar, que ao Ministério Público, titular da ação penal, seja possível atribuir-se tal legitimidade, pois a mesma teria inegável natureza extraordinária, e dependeria, para existir, de expressa previsão legal, que não existe.” O eminente Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ainda vai além, observando que, sendo vedada a legitimidade do Ministério Público, seria necessário reconhecer a legitimidade da vítima (ou a de seus sucessores).

---

<sup>27</sup> Art. 127, *caput*, CRFB/88. 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 e individuais indisponíveis.

<sup>28</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal: reflexões sobre a Lei nº 11.719/2008*. Disponível em: <<http://luizeduardobarraailton.blogspot.com/2010/08/efeitos-civis-e-processuais-da-sentenca.html>>. Acesso em: 06 jul.2011.

Contudo, isso implicaria em reconhecer, conseqüentemente, a competência do juízo criminal para o processo de cunho cível, o que, segundo ele, viola o art. 125, § 1º da CRFB/88. Esclarece que a organização judiciária é matéria reservada à legislação estadual de iniciativa do Tribunal de Justiça, não podendo a lei federal dispor sobre isso, o que inquina de inconstitucionalidade formal o inciso IV do art. 387 do CPP.

Assim, analisando o art. 387, IV do CPP, conclui o mencionado autor<sup>29</sup>:

E se é inconstitucional tal norma, então é preciso concluir que nada mudou, e que se continua a adotar, no Brasil, o sistema da total separação entre o Juízo Penal e o Juízo Cível. Não quer isto dizer, evidentemente, que a sentença penal não possa produzir (como produz) efeitos civis. Não se admite, porém, ao menos diante do direito vigente, que o juiz penal, ao proferir a sentença condenatória, fixe qualquer valor a título de indenização, seja mínimo ou não. Em síntese: tudo como dantes no quartel de Abrantes.

Não obstante isso, o debate maior que se tem travado diz respeito à possibilidade ou não de o Ministério Público recorrer da parte civil (que fixou a indenização) da sentença penal condenatória.

Mendonça<sup>30</sup> afirma que o Ministério Público não tem legitimidade recursal nesse caso, ressalvando, apenas, duas hipóteses: quando há interesse público em razão da qualidade da parte (pois a vítima é o Poder Público) ou quando o *Parquet* ainda puder promover a ação civil *ex delicto*, na forma do art. 68 do CPP (pois o titular do direito à reparação do dano é pobre e não há, no local, atuação da Defensoria Pública).

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade progressiva do referido dispositivo legal<sup>31</sup>, de modo que naqueles estados da Federação onde exista atuação da Defensoria Pública – a quem a Constituição, nos art. 5º, LXXIV, e 134, incumbiu a promoção

---

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> MENDONÇA, op. cit., p. 238 e 239.

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 135.328. Relator: Min. Publicado no DJ de 1994. Isso significa que enquanto não houver a criação (por lei) e a organização (instalação e funcionamento) de Defensoria Pública em determinado estado federativo, subsistirá a legitimidade do Ministério Público para atuar, permanecendo ainda constitucional o art. 68.

da defesa dos necessitados – não poderá o Ministério Público usurpar tal função, sob pena de atuar em contrariedade à Lei Maior. Também nesse sentido, Delgado<sup>32</sup> conclui que:

[...] mesmo que a vítima seja particular e não seja pobre, se o juiz for omissivo em fixar o valor mínimo da indenização (cabem embargos de declaração), ou se foi fixada em valor irrisório, ao ponto de ser equiparável a sua não fixação, caso em que caberá apelação [...].

É possível depreender, da fala de alguns doutrinadores, o entendimento no sentido de ser o Ministério Público legitimado para recorrer da parte civil da sentença sempre, em razão de sua legitimidade constitucional para promover a ação penal pública e também de sua atuação obrigatória como fiscal da lei na ação penal privada.

Contudo, de forma coerente com o que se defende no presente estudo, se o Ministério Público não goza de legitimidade sequer para postular a indenização mínima na denúncia, também não tem legitimidade recursal em face de sentença que não tenha fixado qualquer valor indenizatório, ou que o tenha fixado de forma irrisória. Assim, conclui-se, categoricamente, mais uma vez: a nova regra é inconstitucional.

Nessa esteira, é pertinente a leitura que Barros<sup>33</sup> faz do art. 387, IV, do CPP: o Ministério Público apenas teria legitimidade recursal para arguir o desrespeito ao contraditório, à ampla defesa e ao princípio dispositivo, mas nunca para recorrer do valor fixado a título de indenização, em favor do ofendido.

Ultrapassadas, hipoteticamente, essas questões – mais uma vez – passa-se a analisar os parâmetros para determinação do *quantum* indenizatório. Com base em que o juiz determinará o valor mínimo devido para o ofendido? Até que ponto poderão as partes (acusação e defesa) produzir provas acerca de um dano, cuja natureza é patrimonial, dentro de um processo penal? A doutrina também diverge nesse aspecto.

---

<sup>32</sup> DELGADO, Yordan Moreira. *Aspectos controvertidos sobre o valor mínimo fixado na sentença penal*. Disponível em Conjur: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-04/aspectos-controvertidos-valor-minimo-fixado-sentenca-penal>>. Acesso em 16.mar.2010.

<sup>33</sup> BARROS, op. cit.

Para os doutrinadores que admitem a fixação de indenização *ex officio* pelo magistrado, estaria vedada qualquer dilação probatória complexa, cabendo à parte lesada ainda insatisfeita buscar a complementação da indenização no juízo cível. Há entendimento, também, no sentido da impossibilidade de dilação probatória complexa, a fim de não desvirtuar a natureza da ação penal e do seu procedimento, de modo que competiria ao magistrado remeter as partes à seara cível para que então produzissem todas as provas necessárias para comprovar (ou negar) a ocorrência do dano e/ou a sua extensão.

Supondo, então, que fosse possível a fixação de indenização mínima na sentença penal condenatória, o magistrado teria que adotar posturas diferenciadas, de acordo com a natureza das infrações *sub judice*.

Em relação aos crimes patrimoniais, o juiz apenas deveria quantificar o patrimônio lesado, fazendo cálculos simples e as pertinentes atualizações monetárias.

A solução já não poderia ser a mesma para outras espécies de bens jurídicos afetados, que têm caráter de extrapatrimonialidade, como, por exemplo, os crimes contra a pessoa e os crimes contra a liberdade sexual. Deles, decorrem danos morais, que atingem a personalidade do próprio indivíduo, não podendo, por essa razão, ser quantificados mediante simples cálculos aritméticos.

O problema é que o art. 387, IV do CPP não esclarece quanto à possibilidade de condenar o acusado por danos extrapatrimoniais, apenas determinando que o juiz fixe valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, levando em conta os prejuízos sofridos pelo ofendido.

A própria Constituição, todavia, prevê o direito de indenização para quem quer que venha a sofrer qualquer espécie de dano – material ou moral – no art. 5º, incisos V e X, que são cláusulas pétreas. Na mesma esteira, a legislação ordinária também é expressa nos art. 186

e 927 do Código Civil, quando dispõe que aquele que comete ato ilícito e causa dano a alguém fica obrigado a repará-lo.

Frise-se, ainda, que, um mesmo fato pode dar origem tanto a um dano de ordem patrimonial quanto extrapatrimonial, sendo pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido da possibilidade de fixação de indenização em relação a ambos<sup>34</sup>.

Considerando-se esse panorama constitucional, pergunta-se: como deveria proceder o magistrado nesses casos? A doutrina também diverge nesse aspecto.

Segundo Jansen<sup>35</sup>, não há qualquer empecilho para que o magistrado fixe indenização em razão dos danos morais, pois eles são espécie do gênero *danos*. De acordo com essa linha de raciocínio, o entendimento restritivo da norma retira dela a eficácia pretendida pelo legislador, não podendo a falta de costume na fixação desse tipo de indenização ser um obstáculo para o juiz criminal.

Assim, Mendonça<sup>36</sup> conclui:

O fato de o magistrado não estar acostumado a isso não pode ser fator para a restrição, até porque também inexistia a possibilidade de fixação de um dano quantificável e nem por isto se exclui a aplicação do dispositivo em análise. Ademais, excluir a fixação do dano moral é negar vigência ao dispositivo em análise a uma série de crimes que não trazem qualquer violação material, mas sim predominantemente moral, como nos casos dos crimes contra a honra.

O referido autor ainda vai além, asseverando que o juiz poderia fixar indenização se caracterizado dano moral difuso (exemplificando com os crimes ambientais, tutelados pela Lei n. 9.605/98), e sugerindo que o montante indenizatório fosse revertido para as entidades relacionadas ao bem jurídico afetado ou para o fundo previsto no art. 13 da Lei n. 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública).

Não se pode concordar, entretanto, com esse entendimento. Supondo que fosse possível a fixação de indenização, nos moldes do art. 387, IV do CPP, a imposição de valor mínimo decorrente dos danos morais implicaria em ampliar, demasiadamente, a dilação

---

<sup>34</sup> Súmula 37, STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”

<sup>35</sup> JANSEN, op. cit., p. 223.

<sup>36</sup> MENDONÇA, op. cit., p. 236.

probatória (de matéria cível, em sede de processo penal). Isso sem mencionar que não seria da alçada do juiz criminal quantificar essa espécie de dano, pois, evidentemente, extrapolaria, a sua esfera de competência.

Pior ainda é o panorama quando se trata de dano moral de natureza difusa, que atingiria sujeitos indeterminados, pela própria natureza do bem jurídico tutelado. Como bem informa Lopes Jr<sup>37</sup>:

[...] pode ocorrer que um delito não gere nenhum efeito na esfera cível, como sucede, por exemplo, nos crimes contra a paz pública, tráfico de substâncias entorpecentes etc. Nesses casos, a sentença penal condenatória não gera qualquer efeito cível, até porque não existe uma vítima determinada.

Além disso, o legislador referiu-se a *valor mínimo, reparação e prejuízos*, devendo o hermeneuta fazer uma interpretação restritiva de tais vocábulos, já que está em sede de processo penal. Segundo o magistrado fluminense Leonardo Grandmasson, a lei menciona os *prejuízos* sofridos pelo ofendido, o que denotaria a ideia de dano de ordem material (informação verbal)<sup>38</sup>. Na esteira dessa interpretação gramatical – necessária, por ora –, De Jesus<sup>39</sup> salienta que o dano moral apenas se *compensa*, isto é, quem sofre dano moral deve ser compensado, porque é impossível o retorno ao *status quo ante*, ao passo que a vítima de um dano patrimonial deve ser reparada (com a recomposição do patrimônio).

Portanto, debatendo acerca da fixação, pelo juiz criminal, de indenização pelos danos morais eventualmente sofridos pelo ofendido, na sentença penal condenatória, conclui Santos<sup>40</sup>:

A nós parece impossível esta situação, pois o que pretendeu o legislador foi facilitar a reparação da vítima quando o tamanho do prejuízo fosse evidente, como nos crimes de apropriação indébita ou furto, por exemplo. Porém, quantificar o tamanho da dor da vítima, para conseguir determinar o valor da indenização por dano moral, certamente extrapola a intenção legal. Para verificar a abrangência deste dano, não é o juiz penal a melhor pessoa, mas sim o juiz cível, mais familiarizado com essas questões.

<sup>37</sup> LOPES JR., op. cit., p. 404.

<sup>38</sup> Aula ministrada pelo professor na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – Emerj, em 6.mar.2010.

<sup>39</sup> DE JESUS, Damásio. *Código de Processo Penal anotado*. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 333.

<sup>40</sup> SANTOS, op. cit., p. 301.

Assim, a reforma, nesse ponto, só pode ter tido o condão de determinar que o juiz criminal fixe indenização caso reste comprovada, para a vítima, a ocorrência de dano patrimonial e, ainda assim, apenas no que concerne aos danos emergentes, que podem ser comprovados mediante provas documentais e testemunhais. Como já afirmado, não é possível ampliar, no processo penal, o *thema probandum*, devendo o ofendido perquirir os lucros cessantes, eventualmente, na seara própria: o juízo cível.

Considerando-se ainda possível a fixação da indenização mínima, e restando configurado o concurso de agentes no crime objeto da ação penal, outra polêmica exsurge: qual critério deveria ser utilizado para estabelecer o *quantum* devido ao ofendido, por cada acusado?

Embora a doutrina, majoritariamente, passe ao largo desse debate, Delgado<sup>41</sup> utiliza a parte final do art. 942 do Código Civil<sup>42</sup> para fundamentar a tese de que os réus são responsáveis solidários pela reparação do dano a que deram causa. Segundo ele, é regra de direito a impossibilidade de presunção da solidariedade (que deve decorrer da lei ou da vontade das partes<sup>43</sup>). Logo, tratando-se de condenação de natureza cível (embora dentro do processo penal), o art. 942 da legislação civil imporia o dever de reparar em relação a todos os agentes, de modo que a vítima poderia executar todos os réus, ou apenas qualquer um deles, pelo montante indenizatório integral<sup>44</sup> (cabendo, nesse último caso, direito de regresso daquele que pagou em face dos demais réus<sup>45</sup>).

---

<sup>41</sup> DELGADO, op. cit.

<sup>42</sup> Art. 942, Código Civil. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

<sup>43</sup> Art. 265, Código Civil. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

<sup>44</sup> Art. 275, Código Civil. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

<sup>45</sup> Art. 283, Código Civil. O devedor que satisfizer a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos co-devedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores.

Todavia, a tese apresentada não pode ser aceita à luz da ordem constitucional vigente. Ao se admitir a possibilidade de fixação de indenização em sede de sentença penal condenatória, o juiz considera que uma mesma ação ou omissão configurou um ilícito de natureza penal e também civil. Havendo concurso de agentes, porém, é imperioso que o Ministério Público tenha individualizado a conduta de cada réu já na denúncia, demonstrando qual a participação de cada réu para a consecução da empreitada criminosa. Além de requisito essencial para o desenrolar do processo penal, isso também tem enorme influência para o julgador no momento da dosimetria da pena – que deverá ser determinada, para cada agente, à luz do princípio constitucional da individualização da pena, inserto no *caput* do art. 5º, XLVI da CRFB/88<sup>46</sup>.

Pela mesma razão, o juiz deverá fixar a indenização devida por cada réu, na medida em que teve maior ou menor importância para o evento danoso, colaborando mais ou menos para aquele resultado.

Logo, o fato de o Código Civil prever a responsabilidade solidária para a reparação do dano quando mais de um autor der causa a ele, não significa que o juiz não tenha que individualizar o *quantum* devido por cada um dos réus – o que não impediria, seguindo a sistemática da legislação civil, que o ofendido executasse apenas um deles por toda a dívida.

A matéria objeto do presente estudo fica ainda mais tormentosa ao se considerar a situação de insolvência do réu, condenado no processo penal às penas da infração criminal praticada, bem como ao pagamento de indenização para o ofendido, ainda que mínima.

Nesse caso, não se poderia fugir à regra da execução contra devedor insolvente: para que a vítima pudesse executar o condenado, teria que aguardar o ingresso de bens e/ou valores no seu patrimônio. Não lhe restaria outra alternativa, senão esta.

---

<sup>46</sup> Art. 5º, XLVI, CRFB/88 - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:[...].

E aqui não se pode deixar de fazer outra crítica à reforma. O estudo da gênese do Direito Penal demonstra que ele sempre foi feito para atingir as classes de menor *status*, de quem o Estado não cuida e para quem não “olha”. Dados estatísticos revelam que o sistema penitenciário brasileiro é composto, em sua grande maioria, por jovens, negros e pardos, de baixa renda, com pouca ou nenhuma escolaridade. São os excluídos do “sistema”, marginalizados na sociedade, ainda que nunca se tornem marginais.

Como pretender, assim, que uma pessoa sem qualquer posse, ou cujos ganhos sirvam apenas para a sua subsistência e de sua família, possa vir a reparar um dano, ainda que tenha sido totalmente responsável pela sua ocorrência?

Considerando-se que os magistrados criminais se valerão da norma em estudo, quando da prolação de suas sentenças penais condenatórias, percebe-se que o resultado prático da inovação legislativa deve ser muito pequeno (pífio, na verdade). Embora os anseios de voltar mais o olhar para a vítima da infração penal tenham justificado a reforma, revela-se esta inócua na medida em que não se observou quem eram os destinatários da norma.

Nesse aspecto, também se faz importante observar o princípio constitucional da intranscendência das penas, segundo o qual nenhuma sanção passará da pessoa do condenado, embora a obrigação de reparar possa se transmitir aos sucessores que, todavia, não poderão ser atingidos além dos limites do patrimônio transferido<sup>47</sup>. Desse modo, infere-se da redação do art. 387, IV do CPP que, em certos casos, a execução poderá recair sobre os sucessores do réu, mas sempre se limitando ao patrimônio que lhes for transferido pelo condenado (art. 1.792 e 1.997 do Código Civil).

Desse modo, em que pese o discurso legislativo no sentido de que a reforma se prestaria a imprimir maior celeridade para as vítimas de infrações delituosas, nota-se que, na realidade, faltou pragmatismo ao legislador. Em se tratando de processo penal, na maioria das

---

<sup>47</sup> Art. 5º, XLV, CRFB/88 - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

vezes, os indivíduos que chegam a ser processados, julgados e condenados são pessoas sem patrimônio, que não têm condições de ressarcir a vítima pelos danos que tenham lhe causado, eventualmente.

Finalmente, não se pode olvidar da matéria prescricional, a qual se passa a analisar.

Caso o magistrado criminal pudesse prolatar sentença condenatória, nela fixando indenização mínima, nada obstaría que essa pretensão do ofendido, de cunho patrimonial, viesse a ser atingida pela prescrição retroativa ou pela superveniente (ambas referem-se ao direito do Estado de punir aquele que delinqüiu). Isso porque a sentença pode não transitar em julgado, vindo a ser atingida a pretensão punitiva estatal pela prescrição.

Nesse caso, ainda que tivesse sido prolatada uma sentença em seu favor, em virtude da ausência de formação da coisa julgada, o ofendido não poderia se valer desse título para executar a indenização que deveria lhe ser paga pelo autor da infração penal.

Com a perda do *jus puniendi*, desaparecem do mundo jurídico quaisquer efeitos decorrentes da condenação (sejam principais ou secundários, como por exemplo, a aplicação da pena privativa de liberdade e a obrigação de reparar o dano decorrente da conduta criminosa, respectivamente). Restaria ao ofendido, nesse caso, perquirir sua indenização de forma integral na seara adequada (o juízo cível), comprovando o dano alegado através de cognição probatória exauriente.

Também seria possível ocorrer o trânsito em julgado da decisão penal condenatória, mas, ainda assim, encontrar-se o Estado impedido de aplicar a sanção penal ali imposta, por ter sido o referido título fulminado pela prescrição da pretensão executória. Nesse caso, porém, a consequência seria diversa, já que a perda do *jus executionis* não faz desaparecerem do mundo jurídico os efeitos decorrentes da sentença penal condenatória transitada em julgado. Assim, nada impediria que o ofendido se valesse desse título para executar a indenização ali fixada, em face do condenado.

Para evitar o problema decorrente da prescrição da pretensão punitiva, a doutrina aventa a possibilidade de o magistrado proferir a sentença penal condenatória, dispondo acerca da matéria penal e da matéria civil em capítulos separados. Desse modo, caso as partes (condenado ou ofendido) entendessem indevido o valor fixado, poderiam recorrer apenas do capítulo da sentença que dispusesse sobre a indenização, possibilitando a expedição de guia definitiva para a execução da pena, tão logo transitasse em julgado o capítulo versando sobre a matéria penal.

Essa solução, porém, deve ser repelida. Considerando-se – hipoteticamente – a higidez do art. 387, IV do CPP, a prolação da sentença penal condenatória em capítulos separados ofenderia flagrantemente a CRFB/88.

Não se pode admitir seja o título condenatório cindido, sob a alegação de assim se evitar a prescrição da pretensão punitiva, que impediria a aplicação da pena (privativa de liberdade ou restritiva de direitos) e seus consectários (no caso, o dever de indenizar). Nesse sentido, leciona Barros<sup>48</sup>: “Tal compreensão fere o princípio da presunção de inocência, pois a execução somente se inicia com o trânsito em julgado da sentença.”

Portanto, seria indispensável aguardar o trânsito em julgado de todo o título condenatório, para não violar o artigo 5º, inciso LVII, da Carta da República<sup>49</sup>.

### **3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TEMA**

O tema objeto do presente estudo ainda carece de tratamento adequado pelos Tribunais do país. É necessário que passem a analisar as sentenças penais condenatórias proferidas no país levando-se em consideração o comando legal contido no art. 387, IV do CPP, que deve passar pelo filtro da Constituição da República.

---

<sup>48</sup> BARROS, op. cit., p. 56.

<sup>49</sup> Art. 5º, LVII, CRFB/88 - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Em julgados recentes, dos anos de 2011 e 2010, as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro têm se manifestado sobre o tema, proferindo decisões de conteúdo diversificado.

São recorrentes os julgados que afastam a fixação de indenização determinada de ofício pelo magistrado, em 1º grau, pois, não havendo pedido durante a marcha processual, restariam violados os princípios da correlação, do *ne procedat iudex ex officio*, do contraditório, do devido processo legal, da ampla defesa e da *res inter alios iudicata, aliis nec nocet prodest* (1ª Câmara Criminal, apelação 0045493-46.2010.8.19.0001; 2ª Câmara Criminal, apelação 0041879-64.2009.8.19.0002; 3ª Câmara Criminal, apelação 0001080-63.2006.8.19.0008; 5ª Câmara Criminal, apelação 0060163-89.2010.8.19.0001; 7ª Câmara Criminal, apelação 0032800-61.2009.8.19.0002; 8ª Câmara Criminal, apelações 0007507-33.2007.8.19.0205, 0016625-94.2006.8.19.0002 e 0009345-35.2010.8.19.0066). Também se argumenta que isso implicaria um julgamento *extra petita*, surpreendendo o acusado na sentença, ao extrapolar os limites da acusação (3ª Câmara Criminal, apelação 0011503-82.2006.8.19.0008).

Em geral, os acórdãos direcionam-se no sentido de ser necessária a efetiva indicação dos prejuízos sofridos, que devem restar inequivocamente provados nos autos e expressamente declarados na sentença (2ª Câmara Criminal, apelação 0010387-22.2009.8.19.0045).

Entretanto, é praticamente unânime a impossibilidade de fixação, na sentença penal condenatória, de indenização pelos danos morais suportados pelo ofendido ou seus familiares, sendo indispensável o processo cognitivo na esfera cível (1ª Câmara Criminal, apelação 0043391-93.2007.8.19.0021; 2ª Câmara Criminal, apelação 0010387-22.2009.8.19.0045; 3ª Câmara Criminal, apelação 0123942-23.2007.8.19.0001; 5ª Câmara Criminal, apelação 0351684-05.2008.8.19.0001).

Especificamente em relação ao dano moral difuso, a mídia levou ao conhecimento de toda a sociedade a sentença condenatória proferida na ação penal 0010136-40.2008.4.03.6181, tramitada na 6ª Vara Criminal Federal de São Paulo em desfavor de três réus, dentro eles o banqueiro Daniel Dantas, onde o então juiz Fausto Martin de Sanctis (hoje, Desembargador do Tribunal Regional Federal da 3ª Região) condenou os réus ao pagamento de R\$14.094.000,00 (quatorze milhões e noventa e quatro mil reais), com base no inciso IV do art. 387 do CPP, a título de danos morais difusos.<sup>50</sup> Merece destaque o comando contido no dispositivo da referida sentença:

Tais valores deverão ser revertidos diretamente em contas bancárias de entidades beneficentes a serem, oportunamente, designadas pelo juízo de execução, como forma de dar à sociedade reparação do que lhe foi confiscado: a sua dignidade. Tal fixação não impede eventual ação indenizatória por parte das autoridades policiais envolvidas para reparação de dano moral às suas pessoas físicas.<sup>51</sup>

Embora não haja manifestação específica sobre esse aspecto no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a 6ª Câmara Criminal entendeu não ser possível a fixação de indenização quando se tratar de crime em que não exista vítima específica, imediata (no caso, a apelação 0018061-54.2007.8.19.0002 cuidava do crime de porte de arma de fogo).

A 4ª Câmara do Tribunal vem se posicionando, reiteradamente, no sentido de que o inciso IV do art. 387 do CPP não representa qualquer mácula à Constituição da República (apelações 0187480-41.2008.8.19.0001), sendo na realidade apenas um aprimoramento da sistemática anterior, que já previa no art. 94, I do CP, o dever de indenizar como efeito automático da sentença penal transitada em julgado (0002263-30.2010.8.19.0008). Logo, pode o magistrado fixar a indenização de ofício (2011.050.09778).

Percebe-se que o Tribunal de Justiça fluminense não está autorizando o uso indiscriminado do dispositivo legal objeto deste estudo, havendo inúmeras divergências –

---

<sup>50</sup> BRASIL. 6ª Vara Criminal da Justiça Federal de Primeiro Grau em São Paulo. Ação penal 0010136-40.2008.4.03.6181. Publicado no site da Justiça Federal de Primeiro Grau em São Paulo em 2.12.2008

<sup>51</sup> Atualmente, os autos encontram-se no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em virtude dos recursos de apelação interpostos, encontrando-se o processo sob sigilo.

muitas vezes dentro das próprias Câmaras Criminais – no sentido da possibilidade ou não da fixação de indenização mínima pelo magistrado criminal.

Embora o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ainda não tenha se manifestado sobre o art. 387, IV do CPP, sua jurisprudência já é unânime no que tange à impossibilidade de aplicar a nova regra para os *factos* ocorridos *antes* da sua entrada em vigor (2ª Câmara Criminal, apelação 0005798-06.2006.8.19.0008; 4ª Câmara Criminal, apelação 0187480-41.2008.8.19.0001; 6ª Câmara Criminal, apelação 0139546-87.2008.8.19.0001; 7ª Câmara Criminal, apelação 0028042-13.2007.8.19.0001; 8ª Câmara Criminal, apelação 0007507-33.2007.8.19.0205). A fundamentação é sempre a mesma: trata-se de norma híbrida, que traz conteúdo de direito processual e também material, de modo que não pode retroagir para prejudicar o réu, sob pena de violar o princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa<sup>52</sup>.

Seguindo, nesse ponto, a irreparável posição da jurisprudência fluminense, causa espécie a decisão<sup>53</sup> da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em que se afirmou que o art. 387, IV, do CPP é norma processual, devendo ser aplicada indistintamente, a partir de sua entrada em vigor. Ou seja, segundo o Tribunal Superior, tanto para fatos ocorridos depois da Lei n. 11.719 (publicada em 23 de junho de 2008, embora só tenha entrado em vigor sessenta dias depois), quanto para fatos ocorridos anteriormente – mas que ainda estejam sendo julgados, ou que venham a sê-lo – deve ser aplicada a nova regra.

À luz do que vem sendo defendido neste estudo, e, considerando-se o direito individual fundamental – que é cláusula pétrea, frise-se – contido no art. 5º, LX da CRFB/88, não se pode concordar com a retroatividade de uma *novatio legis in pejus*.

---

<sup>52</sup> Art. 5º, XL, CRFB/88 - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

<sup>53</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.208.510/RS. Relator: Min. Gilson Dipp. Publicado no DJ de 15.05.2011

Ainda que esteja ela contida no CPP, tendo sido a reforma produzida por uma lei que modificou, essencialmente, a sistemática do processo penal, resta evidente o cunho material contido no dispositivo. Não cabe aqui, portanto, a aplicação do critério do *tempus regit actum*.

Portanto, ultrapassadas, por hipótese, as diversas afrontas à Constituição já expostas e, considerando o magistrado a vigência do novel dispositivo, para que possa aplicá-lo, o mínimo que deverá fazer é verificar se o fato *sub judice* ocorreu antes ou após a vigência da Lei n. 11.719/2008. Espera-se, assim, venha a ser modificado o entendimento, ainda isolado no trato da matéria, por parte daquele que se intitula o Tribunal da Cidadania.

Ressalte-se que, até que o Supremo Tribunal Federal venha a se manifestar sobre o art. 387, IV do CPP, perdurará uma situação de insegurança jurídica: alguns magistrados aplicarão a lei como está posta (princípio da presunção de constitucionalidade das leis); outros, entendendo ser o dispositivo inconstitucional, deixarão de aplicá-lo, fazendo um controle de constitucionalidade no caso concreto; e, por fim, haverá quem aplique a nova regra com algumas limitações, tentando lhe conferir uma leitura constitucional. Como se vê, a possibilidade de soluções diferentes para casos análogos viola, flagrantemente, o princípio da isonomia.

## **CONCLUSÃO**

O presente estudo demonstrou, de forma pragmática, a necessidade do debate envolvendo a inovação do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, fruto da reforma da Lei n. 11.719/2008.

Não é novidade que o legislador brasileiro está habituado a atuar de modo a dar respostas para população, especialmente quando algum caso de grande comoção atinge toda a sociedade, indistintamente. Esse panorama vem sendo cada vez mais frequente no país,

especialmente no que tange à legislação penal e processual penal. Os crimes bárbaros cometidos, por exemplo, contra João Hélio e Isabela Nardoni, no Rio de Janeiro e em São Paulo, respectivamente, impulsionaram o legislador ordinário a aprovar o pacote de reformas pulverizadas da legislação processual penal.

O problema é que essa “legislação de pânico”, no intuito de combater a criminalidade no país, concentrando esforços na doutrina da vitimologia, não pode menosprezar a ordem constitucional que impera no Estado Democrático de Direito brasileiro, com suas inafastáveis garantias fundamentais, que têm o condão de limitar a atuação do Poder Público em prol dos cidadãos.

As leis e atos normativos devem ser interpretados com o filtro da Constituição – e não o contrário. Assim, constatado no ordenamento qualquer dispositivo que não esteja em consonância com a Carta da República, ainda que não tenha sido expressamente revogado ou declarado inconstitucional, deverá ter sua aplicação afastada pelo operador do Direito, que realizará, assim, o controle de constitucionalidade adequado, com base na supremacia da Lei Maior sobre toda a legislação existente no país.

Não pode ser outra, portanto, a leitura do inciso IV, do art. 387 do CPP, que passou a prever a fixação, pelo magistrado criminal, de valor mínimo, a fim de reparar os danos causados ao ofendido pela infração penal.

Assim, em que pese a Reforma, aparentemente, tenha trazido alguns aspectos positivos – como a valorização do papel da vítima no processo penal, sendo mais célere a indenização cabível em virtude do dano causado pela prática do delito, além da economia processual –, chega-se à inafastável conclusão de que a inovação promovida é materialmente inconstitucional.

Com a tese aqui sustentada não se pretende negar a possibilidade de indenizar aquele que foi vítima de uma infração, pelos danos que veio a suportar. Não se pretende menosprezar

aquele que sofreu um dano – seja de que ordem for – em virtude da prática de um ilícito penal. Apenas se pretende que a fixação dessa indenização, ainda que em montante mínimo, se dê de acordo com os preceitos insculpidos na Constituição.

Não se olvide que o réu do processo penal, embora acusado da prática de um delito, é também um indivíduo, a quem não podem ser negados os direitos e garantias fundamentais duramente conquistados e postos na Carta Política do Estado para salvaguardá-lo. Não podem, portanto, ser afastados sob qualquer pretexto, pois fazem parte do núcleo duro da Constituição. São cláusulas pétreas.

Por essa razão, espera-se que a jurisprudência dos Tribunais do país, especialmente a dos Tribunais Superiores, venha a reconhecer o erro do legislador ordinário com a inovação trazida para a sistemática processual penal, que não deverá, portanto, subsistir no ordenamento.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRASIL. Código Civil. *Código Civil e Constituição Federal*. Obra col. 62. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil e Constituição Federal*. Obra col. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Código de Processo Penal. *Código de Processo Penal e Constituição Federal*. Obra col. 51. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Código Penal. *Código Penal e Constituição Federal*. Obra col. 49. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm)>. Acesso em: 12 jul.2011

BRASIL. Projeto de Lei do Senado n° 156, de 22 de abril de 2009. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2011.

BRASIL. Justiça Federal de Primeiro Grau em São Paulo. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br>>. Acesso em: 12 jul. 2011.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://stj.jus.br>>. Acesso em: 12 jul. 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 jul. 2011.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 12 jul. 2011.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 12 jul. 2011.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal: reflexões sobre a Lei nº 11.719/2008*. Disponível em: <<http://luizeduardobarraailton.blogspot.com/2010/08/efeitos-civis-e-processuais-da-sentenca.html>> Acesso em: 06 jul.2011.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DE JESUS, Damásio. *Código de Processo Penal anotado*. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_, Damásio. *Prescrição Penal*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DELGADO, Yordan Moreira. *Aspectos controvertidos sobre o valor mínimo fixado na sentença penal*. Disponível em Conjur: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-04/aspectos-controvertidos-valor-minimo-fixado-sentenca-penal>>. Acesso em 16.mar.2010, às 16:17.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- JANSEN, Euler. *Manual de sentença criminal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- LOPES JR.,Aury. *Direito Processual Penal: e sua Conformidade Constitucional*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. 2.ed. São Paulo: Método, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SANTOS, Leandro Galluzi dos. Procedimentos da Lei 11.719, de 20.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória: aspectos práticos e teóricos à elaboração*. Salvador: Juspodivm, 2009.
- SILVA, Roberto de Abreu e. *Sentença Condenatória Criminal e a Reparação de Danos: A Estratégia de Atuação da Vítima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta; MONTEIRO, Marcelo Valdir. *Comentários às recentes reformas do Código de Processo Penal: e legislação extravagante correlata*. 2.ed. São Paulo: Método, 2009.