



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A fixação de valor mínimo indenizatório pelo juiz criminal:
a um passo da incongruência ou a caminho do contraditório?

Nicole Trindade Pimentel Simões Alcantara

Rio de Janeiro
2014

NICOLE TRINDADE PIMENTEL SIMÕES ALCANTARA

**A fixação de valor mínimo indenizatório pelo juiz criminal:
a um passo da incongruência ou a caminho do contraditório?**

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

Orientadores:

Prof. Artur Gomes

Prof. Guilherme Sandoval

Prof^a. Mônica Areal

Prof^a. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Prof. Rafael Iorio

A FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO INDENIZATÓRIO PELO JUIZ CRIMINAL: A UM PASSO DA INCONGRUÊNCIA OU A CAMINHO DO CONTRADITÓRIO?

Nicole Trindade Pimentel Simões Alcantara

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito
da Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Advogada.

Resumo: Diante do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, em que o juízo criminal deve, na feitura da sentença condenatória, fixar um valor mínimo indenizatório pelos prejuízos suportados pelo ofendido, muitas questões práticas foram levantadas pelos operadores do Direito. Divergências sobre a possibilidade de fixação *ex officio* pelo juiz, sobre a existência de casos de dispensa de aplicação desse dispositivo, além da forma como os Tribunais Superiores lidam com essas questões, serão os tópicos abordados pelo presente trabalho. Ainda, ponderar-se-á acerca dos princípios constitucionais processuais pertinentes, e o modo como são utilizados pelos magistrados criminais.

Palavras-chave: Fixação de valor mínimo indenizatório. Sentença penal condenatória. Princípio do contraditório e da ampla defesa. Princípio da correlação entre a acusação e sentença. Fixação *ex officio* ou mediante requerimento.

Sumário: Introdução. 1. Princípios da correlação entre a acusação e sentença, do contraditório e da ampla defesa e fixação *ex officio* ou mediante requerimento. 2. Possibilidade de dispensa de condenação ao *quantum* indenizatório, e suas divergências doutrinárias. 3. Critérios de aplicação do artigo 387, inciso IV, do CPP pelos Tribunais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática da fixação de valor mínimo indenizatório na sentença penal condenatória, vale dizer, um dos requisitos a serem observados pelo magistrado visando a reparação dos danos causados pela infração ao considerar os prejuízos sofridos pelo ofendido, na forma do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Com o advento da Lei n. 11.719/08, que inseriu no rol do artigo 387 do CPP, o inciso IV, vários aspectos controvertidos vieram a tona, principalmente no que se refere à definição sobre a possibilidade de sua aplicação *ex officio* pelo magistrado ou se somente mediante requerimento, além das dificuldades que giram em torno de realizar uma instrução probatória dentro de um processo criminal, para a apuração de prejuízos de cunho patrimonial, matéria eminentemente cível, e que poderia levar o magistrado a deixar de fixar esse *quantum indenizatório*.

Diante desse panorama, o trabalho terá três capítulos, e no primeiro deles será abordado se é indispensável que haja um pedido expresso na peça acusatória, e, em assim sendo, de quem seria essa incumbência, ou se o magistrado poderá fixar um valor mínimo indenizatório na sentença penal *ex officio*.

O segundo capítulo trará uma análise sobre a possibilidade de dispensa do magistrado em fixar o valor mínimo indenizatório, diante da complexidade que essa aferição pode representar em uma instrução criminal, ou se tal postura iria de encontro com os princípios da congruência e da legalidade.

No terceiro capítulo será feita uma pesquisa sobre a existência de um rol de critérios adequados à aplicação do artigo 387, inciso IV, do CPP adotados pelos Tribunais Superiores, e, em caso positivo, quais seriam eles.

Desse modo, procurar-se-á, por meio de uma metodologia do tipo bibliográfica, qualitativa, e parcialmente exploratória, trazer a tona as reais dificuldades enfrentadas pelos juízes criminais diante da necessidade de fixar de um valor mínimo indenizatório na sentença condenatória, e quais as posturas a serem adotadas na própria instrução do processo penal, na busca por uma real adequação deste ao sistema acusatório previsto na Constituição da República.

1. PRINCÍPIOS DA CORRELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E SENTENÇA, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Para abordar o tema sobre a possibilidade de aplicação do artigo 387, inciso IV, do CPP de ofício pelo magistrado ou mediante requerimento, é necessário, primeiramente, tecer alguns pontos sobre dois dos principais pilares do sistema acusatório, que devem nortear o magistrado na busca por uma prestação de tutela jurisdicional efetiva e condizente com o Estado Democrático de Direito: os princípios do contraditório e da ampla defesa, e o princípio da correlação entre a acusação e a sentença.

Com relação aos chamados princípios do contraditório e da ampla defesa, os mesmos estão previstos no texto constitucional de 1988, no seu artigo 5º, inciso LV, onde lê-se que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

De acordo com Aury Lopes Jr., o contraditório é imprescindível para a própria estrutura dialética do processo, fundado sobre “o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas, representadas pela acusação (expressão do interesse punitivo estatal) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar liberto de acusações infundadas e imune a arbitrariedades e desproporcionalidades na dosimetria da pena)”¹. Sob pena de violação da sua imparcialidade, o juiz deve assegurar o diálogo entre as partes do processo penal, acusação e defesa, de maneira a garantir que ambas possam igualmente se pronunciar com relação aos atos inerentes ao *iter* procedimental do processo penal.

Correto o processualista civil Leonardo Greco, que define o que é o contraditório na citação seguinte, que, embora longa, faz-se essencial para o presente estudo:

O contraditório é consequência do princípio político da participação democrática e pressupõe: a) audiência bilateral: adequada e tempestiva notificação do ajuizamento

¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*. Volume I. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.195.

da causa de todos os atos processuais através de comunicações preferencialmente reais, bem como ampla possibilidade de impugnar e contrariar os atos dos demais sujeitos, de modo que nenhuma questão seja decidida sem essa prévia audiência das partes; b) direitos de apresentação de alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material; c) congruidade dos prazos: os prazos para a prática dos atos processuais, apesar da brevidade, devem ser suficientes, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, para a prática de cada ato da parte com efetivo proveito para a sua defesa; d) contraditório eficaz é sempre prévio, anterior a qualquer decisão, devendo a sua postergação ser excepcional e fundamentada na convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou da postergação da decisão[...]”². (grifo nosso)

Nota-se que o contraditório está relacionado com o princípio do *audiatur et altera pars*, uma vez que “obriga a que a reconstrução da ‘pequena história do delito’ seja feita com base na versão da acusação (vítima), mas também com base no alegado pelo sujeito passivo”³. A bilateralidade da audiência é que concederá a informação (dada previamente à decisão) e possibilitará a reação à essa informação, num prazo razoável, tanto pelo sujeito ativo quanto pelo sujeito passivo na relação processual triangular, “com as partes em pé de igualdade e o juiz acima delas e absolutamente inerte, para preservar sua imparcialidade.”⁴, como pressupõe o sistema acusatório.

A correlação entre a acusação e a sentença, dispõe sobre a identidade entre o fato imputado e o fato constante dessa sentença, objetivando-se, com isso, a verificação da inalteração do objeto do processo. Via de regra, o objeto do processo não pode sofrer modificação. Para melhor compreender tais disposições, é preciso, primeiramente, pontuar alguns dos entendimentos sobre o que seria o objeto do processo.

²GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais Do Processo: O Processo Justo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

³ LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 195.

⁴ MALAN, Diogo Rudge. *A Sentença Incongruente No Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 82.

Compreende Aury Lopes Jr. que o objeto do processo penal é a pretensão acusatória, composta por elemento subjetivo, elemento objetivo e elemento de atividade (declaração petitoria)⁵. Tais elementos são descritos pelo autor da seguinte maneira:

Elemento subjetivo: se refere àqueles que figuram como titulares, ou seja, o pretendente (acusador) e aquele contra quem se pretende fazer valer essa pretensão (réu). No processo penal, o elemento subjetivo determinante é exclusivamente a pessoa do acusado, pois inaplicável a tríplice identidade da coisa julgada do processo civil.

Elemento objetivo: o elemento objetivo da pretensão no processo penal é o fato aparentemente punível, aquela conduta que reveste uma verossimilitude de tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Em suma, é o *fumus comissi delicti*. Esse caso penal funcionará como delimitador da imputação, *não como cimento em que se embasa, mas como muros que a delimitam*⁶. É, portanto, o *fato naturalístico juridicamente qualificado como delito*.⁷

Elemento de atividade (declaração petitoria): é o *ius ut procedatur*, ou seja, o exercício da pretensão acusatória através da ação processual penal, que é corporificada pela acusação (denúncia ou queixa). Empregamos o termo *ação* no sentido literal, de instrumento portador de uma manifestação de vontade, por meio do qual se narra um fato com aparência de delito e se solicita a atuação do órgão jurisdicional contra uma pessoa determinada. É a ação como *poder jurídico de acudir ante los órganos jurisdiccionales*.^{8,9}

Concorda com o autor supracitado, Gustavo Henrique Badaró, explicando que o objeto do processo é o objeto da imputação¹⁰.

Da mesma forma entende Diogo Rudge Malan quem, com clareza irretocável, explica que o marco inicial da relação de congruência entre acusação e sentença é o momento da formulação da imputação, sendo o seu marco final o “da entrega da prestação jurisdicional sobre o objeto processual”¹¹.

⁵LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal E Sua Conformidade Constitucional*. Volume II. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 374.

⁶GUASP, Jaime. *La Pretensión Procesal*. In *Estudios Juridicos*. Coord. Pedro Aragoneses Alonso. Madri, Civitas, 1996. *apud* LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 374.

⁷BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação Entre Acusação e Sentença*, p.88. *apud* LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 374.

⁸COUTER, Eduardo J. *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*, p.61. *apud* LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 375.

⁹LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 374 *et seq.* 375.

¹⁰BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação Entre Acusação e Sentença*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2009, p. 98.

¹¹MALAN, Diogo Rudge. *A Sentença Incongruente No Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.p.127 *et seq.* 128.

Já Pacelli de Oliveira entende que o objeto do processo penal é o pedido incluso na peça acusatória, pedido este que “seria sempre genérico, no sentido de com ele se viabilizar a correta aplicação da lei penal, independentemente da alegação do direito cabível trazida aos autos pelas partes”¹². Ressaltando que, no processo penal:

Cumpra ao autor delimitar unicamente a *causa petendi*, ou seja, o fato delituoso merecedor de reprimenda penal. O juízo de adequação típica, o enquadramento jurídico do fato, bem como a dosimetria da pena a ser aplicada, encontram-se, todos, na própria lei, cabendo ao juiz a tarefa de revelar seu conteúdo.¹³

A decodificação dessa complexa estrutura do objeto penal é essencial na compreensão da congruência entre a acusação e a sentença, porque facilita enxergar os limites do próprio sistema acusatório, bem como ajuda a notar o campo de incidência da coisa julgada e da litispendência¹⁴. Lembrando que a coisa julgada advém da sentença que transita em julgado, isto é, quando já não se pode impugná-la mediante recurso¹⁵, objetivando-se concretizar o direito constitucionalmente previsto (artigo 5º, inciso XXXVI, CRFB/88) de que um indivíduo não pode ser novamente processado pelo mesmo fato em outro processo. Sendo a litispendência, por seu turno, a combinação das mesmas partes, da mesma causa de pedir e do mesmo pedido, numa reprodução de uma ação anteriormente ajuizada.

Dessa forma, se existente a identidade entre o objeto do processo e o conteúdo da sentença, pode-se concluir que o juiz não deu provimento diverso daquilo que lhe foi pedido, e seguiu a regra geral da imutabilidade do objeto do processo penal, do contrário, estaria não só violando o princípio da correlação entre acusação e sentença, como também estaria proferindo sentença incongruente *citra petita* (quando deixa de se manifestar sobre parte do objeto processual) ou *ultra petita* (quando o magistrado amplia o objeto processual).

¹² PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p.610.

¹³ *Ibid.* p. 610 *et seq.* 611.

¹⁴ LOPES JR., Aury. *Direito...*, vol II. Op. cit. p. 375.

¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro: Exposição Sistemática do Procedimento*. 26 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 4.

Nesse mesmo sentido, Paulo Rangel afirma que:

É cediço por todos que o juiz julgará a lide nos limites entre as quais foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas as quais a lei exige iniciativa das partes, sendo-lhe vedado julgar *ultra, citra e extra petita*.

É a correlação que deve existir entre o que se pediu e o que foi concedido. Trata-se de uma garantia processual decorrente do princípio constitucional da ampla defesa visando impedir surpresas desagradáveis ao réu comprometendo sua dignidade enquanto pessoa humana¹⁶.

1.1 FIXAÇÃO DO VALOR MÍNIMO INDENIZATÓRIO. EX OFFICIO OU MEDIANTE REQUERIMENTO

Estabelecidos os conceitos dos princípios do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, CRFB/88) e da correlação entre a acusação e a sentença, impossível negar sua relevância quanto à questão da possibilidade de o magistrado fixar de ofício ou somente mediante requerimento, um valor mínimo indenizatório na sentença penal condenatória, tal qual preconiza o artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, conforme alteração implementada pela Lei n. 11.719/08, *verbis*:

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

(...)

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;¹⁷.

O estabelecimento de um *quantum* indenizatório na seara criminal não é novidade no ordenamento jurídico pátrio, na medida em que o Código Penal, em seu artigo 91, inciso I, prevê como efeito extrapenal genérico da condenação o dever do réu de indenizar o dano causado pelo crime, além de o artigo 63, do CPP, prever a legitimidade do ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros promoverem a execução, no juízo cível, desse valor mínimo a ser fixado na sentença penal transitada em julgado. Mas, para se poder falar em

¹⁶RANGEL, Paulo. *O Garantismo Penal e o Aditamento da Denúncia*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

¹⁷BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 24 fev. 2014.

eventual ajuizamento de uma ação civil *ex delicto*¹⁸, é preciso primeiro, que haja uma sentença penal condenatória transitada em julgado, que tenha fixado um valor mínimo a título de reparação pelos danos causados à vítima pela infração cometida pelo réu.

Há divergência quanto à possibilidade de fixação de ofício pelo magistrado desse *quantum* indenizatório, sendo que, aqueles que defendem essa possibilidade o fazem sob o argumento de que se trata de um novo efeito extrapenal secundário, imposto por lei. Nesse sentido, esclarece Sauvei Lai, que os defensores da fixação *ex officio* do mínimo indenizatório apontam que:

A cominação da verba indenizatória seria uma consequência natural e automática da própria sentença condenatória, como são as hipóteses do art. 92 do CP, bastando o Juiz fundamentá-la sem a necessidade de prévio requerimento. Aliado a isso, o verbo contido no art. 387, IV do CPP (“fixará”) seria de conteúdo mandamental e, por conseguinte, indicativo de um verdadeiro poder-dever do Juiz.¹⁹

Parcela da doutrina²⁰ e da jurisprudência carioca²¹ entende ser desnecessário, pois, o requerimento para que o magistrado fixe o valor mínimo da condenação, já que no artigo 387, inciso IV, do CPP o poder de fixar o valor mínimo decorre diretamente da lei, tendo em vista que o objetivo da reforma é tornar, ao menos parcialmente, o título executivo líquido. Além do fato de que a vítima não raramente desconhece o seu direito à indenização, ou teme fazê-lo por algum motivo extrajudicial.

Nesse ponto, entende Daniel Roberto Hertel que:

¹⁸ A reparação civil "*ex delicto*" permite que o dano ocasionado por um ilícito penal seja reparado não apenas no âmbito criminal, mas também no âmbito civil diretamente à vítima ou aos seus sucessores, eis que constitui título executivo judicial, conforme o artigo 475- N, inciso II do CPC.

¹⁹ LAI, Sauvei. *Anotações sobre o novo art. 387, IV, do CPP: o valor mínimo indenizatório na sentença penal condenatória*. Rio de Janeiro: Revista EMERJ, v. 14, n. 54, p. 261, abr.-jun. 2011.

²⁰ CABRAL, Antônio do Passo. "*O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP*". Rio de Janeiro: Revista EMERJ, v. 13, n. 49, p. 312. Oliveira, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 13. ed., p. 206.

²¹ BRASIL. TJ/RJ – Apelação n. 2009.050.03079 – Rel. Des. Siro Darlan de Oliveira – julg.11/08/2009; TJ/RJ – Apelação n. 2009.050.04847 – Des. Suely Lopes Magalhães – Julg. 19/08/2009.

De qualquer sorte, considerando-se a imperatividade do art. 387, inc. IV do CPP, ainda que o prejuízo não tenha sido narrado na denúncia, exurgindo nos autos a sua prova, deverá o quantum ser considerado quando da prolação da sentença penal condenatória. Tem-se, nesse caso, uma situação de aplicação do princípio da ultrapetição. Por outras palavras: ainda que não seja feito pedido de indenização cível na ação penal, surgindo nos autos prova do valor do prejuízo, deverá o magistrado considerá-lo na sentença. Essa interpretação coaduna-se com o espírito da reforma de otimização do processo judicial.²²

Ocorre que, conforme já exposto, o objeto do processo penal é a pretensão acusatória, e esta ou é levada a juízo pelo Ministério Público (nos crimes de ação penal pública, via denúncia), por requisição do Ministro da Justiça ou por representação feita pelo ofendido, conforme o artigo 129, inciso I, da Carta Maior e artigo 24, do CPP.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei²³;

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§ 1º No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. (Parágrafo único renumerado pela Lei nº 8.699, de 27.8.1993)

§ 2º Seja qual for o crime, quando praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado e Município, a ação penal será pública. (Incluído pela Lei nº 8.699, de 27.8.1993)²⁴

Ademais, pelo princípio da correlação entre acusação e a sentença, o magistrado identifica os limites do seu atuar, já que não pode julgar mais, menos ou de forma diversa do que foi pedido, no caso, na peça acusatória, sob pena de nulidade dessa sentença ante flagrante violação dialética processual.

²²HERTEL, Daniel Roberto. *Aspectos Processuais Cíveis Decorrentes da Possibilidade de Fixação de Indenização Civil na Sentença Penal Condenatória*. Rio de Janeiro: Revista EMERJ, v. 11, n. 44, p. 245, out.-dez. 2008.

²³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 fev. 2014.

²⁴Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 24 fev. 2014.

Diante desse quadro, não se vislumbra ser possível que o magistrado, sem que seja provocado por pedido expresso, estipule ele próprio o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, sem que essa conduta não configure uma inovação na peça acusatória, só que feita por alguém, cujo mister impõe uma atuação impessoal e imparcial, compatível com o sistema acusatório.

A incidência do princípio da inércia da jurisdição se encaixa perfeitamente como um argumento contrário à atuação de ofício pelo magistrado, principalmente na esfera criminal. Melhor resume a questão da inércia da jurisdição Badaró, ao afirmar que “Separadas as funções, cabe ao juiz, e somente ao juiz, apenas julgar.”²⁵ Ficando claro que deve o julgador permanecer inerte, a verdadeira figura do juiz natural (artigo 5º, inciso LIII, da CRFB/88), no sentido de que, deverá somente atuar quando provocado pelas partes integrantes da relação processual triangular, *actum trium personarum*, ou seja, mediante a atuação da acusação ou da defesa.

A aplicação do adágio jurídico *ne procedat iudex ex officio*²⁶ quer dizer que o juiz não deve proceder de ofício, e que deveria andar de mãos dadas ao brocardo *nemo iudex sine actore*, que significa que ninguém é juiz sem autor²⁷, em outras palavras, é essencial que o juiz seja provocado a se manifestar, não podendo ele iniciar o processo penal, muito menos sendo-lhe permitido o exercício de ação.

Elucida Sauvei Lai que:

Agir sem provocação do interessado é fazer pré-julgamento, causando “pré-juízo” a uma das partes. Por isso, conclui-se que a inércia forçada da jurisdição e a sua prestação, quando propriamente acionada, foram medidas criadas para, em última instância, preservar a imparcialidade do Julgador. Em outras palavras, caso o juiz aplicasse de ofício o art. 387, IV, do CPP, procederia a um julgamento *extra petita* (expressão emprestada do processo civil, na medida em que está se discutindo uma

²⁵BADARÓ, Op. cit. p. 36.

²⁶XAVIER, Ronaldo Caldeira. *Latim No Direito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 247.

²⁷Ibidem, p. 247.

questão civil), prática odiosa, que deve ser evitada a todo custo pelo Judiciário, sob pena de retroagirmos à idade média.²⁸

Nessa mesma esteira segue André Nicolitt:

A doutrina vem caminhando no sentido de que a fixação do valor mínimo independe de pedido expresso (...). Ousamos divergir, vez que à luz da Constituição o juiz deve ser imparcial, portanto, inerte, não sendo possível prestar jurisdição sem pedido. Quanto à legitimidade, esta será do assistente habilitado.²⁹

Em arremate, leciona Aury Lopes Jr. que, para que o magistrado possa fixar um valor mínimo para a reparação dos danos na sentença penal condenatória, é essencial que exista um pedido expresso na inicial acusatória de condenação do réu ao pagamento de um valor mínimo para reparação dos danos causados pelo réu, sob pena de flagrante violação do princípio da correlação entre acusação e sentença. Sendo taxativo, esse autor aponta que não poderá o magistrado, sob pena de nulidade por incongruência da sentença (eis que *extra petita*), fixar um valor indenizatório se não houver expresso pedido nesse tocante. É imprescindível que essa questão seja submetida ao contraditório e à ampla defesa do réu, bem com, por se tratar de lei penal mais gravosa, a condenação na forma do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, só pode ser aplicada em relação aos fatos ocorridos após a vigência da Lei n. 11.719/2008.³⁰

Idêntico é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, em uma demonstração de constante evolução da aplicação prática do processo penal em conformidade com o texto Constitucional:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. REPARAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA. ART. 387, IV, DO CPP. PEDIDO FORMAL E OPORTUNIDADE DE PRODUÇÃO DE CONTRAPROVA. AUSÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. RECURSO DESPROVIDO.

²⁸LAI, op. cit., p. 263.

²⁹NICOLITT, André Luiz. *Manual De Processo Penal*. 2 ed., atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.p.174.

³⁰LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 432.

I. O art. 387, IV, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, estabelece que o Juiz, ao proferir sentença condenatória fixará um valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

II. Hipótese em que o Tribunal *a quo* afastou a aplicação do valor mínimo para reparação dos danos causados à vítima porque a questão não foi debatida nos autos.

III. Se a questão não foi submetida ao contraditório, tendo sido questionada em embargos de declaração após a prolação da sentença condenatória, sem que tenha sido dada oportunidade ao réu de se defender ou produzir contraprova, há ofensa ao princípio da ampla defesa.

IV. Recurso desprovido.³¹

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 387, IV, DO CPP. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* MÍNIMO PARA REPARAÇÃO DE DANOS À VÍTIMA. NECESSIDADE DE PEDIDO FORMAL DO *PARQUET* OU DO OFENDIDO. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1 - Este Tribunal sufragou o entendimento de que deve haver pedido expresso e formal, feito pelo *parquet* ou pelo ofendido, para que seja fixado na sentença o valor mínimo de reparação dos danos causados à vítima, a fim de que seja oportunizado ao réu o contraditório e sob pena de violação ao princípio da ampla defesa.

2 - Agravo regimental a que se nega provimento.³²

Não sendo do juiz a legitimidade para pedir, muito menos para fixar de ofício um valor mínimo indenizatório na sentença penal condenatória, a quem cabe a legitimidade de postular tal pedido?

Conforme se depreende do último julgado acima, o Superior Tribunal de Justiça entende que a legitimidade para fazer esse pleito pode ser tanto do *parquet* quanto do ofendido. De qualquer forma, é importante constatar que há autores que, por entenderem ser desnecessário que haja pedido para a condenação em valor mínimo indenizatório, defendem que se fosse imprescindível o pedido, este caberia à vítima.

Nesse sentido, Antônio do Passo Cabral, para quem:

Se não é necessário requerimento, entendo que devam ser afastados todos os argumentos que apontam ofensa à correlação entre acusação e sentença ou ao sistema acusatório. (...) Sem embargo, se houvesse necessidade de requerimento, a

³¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.185.542/RS, julgado em 14/04/2011, DJe 16/05/2011. Relator: Ministro Gilson Dipp, 5ª Turma. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

³²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 389.234/DF, julgado em 08/10/2013, DJe 17/10/2013. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6º Turma. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

reparação deveria ser postulada pela vítima, como nos sistemas europeus de adesão, o que não é o caso brasileiro, antes ou depois da nova lei.³³

Já Sauveí Lai, entende que a legitimidade também não pode recair sobre o Ministério Público, por se tratar de matéria patrimonial, e, assim, direito disponível da vítima, pelo que, por força do artigo 127, da CRFB/88 não se amolda ao objeto de defesa do *Parquet*, que são os interesses sociais e individuais indisponíveis:

Penso que não caberia ao *Parquet* se manifestar sobre este assunto, pois, incontrovertidamente, cuida-se de matéria patrimonial, havendo proibição constitucional na atuação ministerial nos casos de interesses individuais disponíveis (art. 127 da CR). De mais a mais, a hipótese retratada se assemelharia muito com a do art. 68 do CPP (ação civil proposta pelo MP quando a vítima é pobre), que o STF declarou inconstitucional (art. 134 da CR). Resta tão somente a alternativa de se intimar a vítima, titular da pretensão indenizatória. Ora, então a presença dela se tornaria obrigatória para que o Juiz de ofício pudesse fixar o valor mínimo reparatório. Se o seu comparecimento na relação processual penal é compulsório, de modo a viabilizar o contraditório, seria mais aconselhável o Juiz intimar a vítima no início do processo penal (ou o MP requerer nesse sentido), para formular pedido expresso. Melhor do que fazer simples figuração. Aliás, intimada a vítima para formular o pedido, esta poderia simplesmente consignar a sua renúncia à pretensão civil, pois cuida-se de direito disponível.³⁴

2. A (IM)POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 387, INCISO IV, DO CPP PELO MAGISTRADO

Prevalece, atualmente, no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que é indispensável que a pretensão acusatória, seja ela veiculada por denúncia, seja por queixa crime, traga em seu bojo o pedido expresso e formal³⁵ para que seja fixado um valor mínimo indenizatório a título de reparação de danos causados à vítima pelo magistrado, quando da prolação de sentença penal condenatória.

Conforme exposto no capítulo anterior, a inexistência de pedido nesse sentido representa, para os Tribunais, a negativa ao pleno e devido processo legal, bem como ao

³³CABRAL, op. cit., p. 312-313.

³⁴LAI, op. cit., p. 262.

³⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 389.234/DF, julgado em 08/10/2013, DJe 17/10/2013. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 06 mar. 2014.

efetivo direito ao contraditório e à ampla defesa, em especial no tocante a não surpresa do acusado, que, ao tomar conhecimento de sua condenação penal, se depara também com um valor fixado pelo juiz, sem que ao menos pudesse contraditar tal valor ou mesmo os critérios para sua aferição. Não restaria nada a esse réu senão recorrer dessa sentença, sob o fundamento de sua flagrante nulidade, frente ao inegável prejuízo à defesa, à luz dos artigos 563 e 564, inciso IV, ambos do CPP:

Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

(...)

IV- por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.³⁶

Além da imprescindibilidade do pedido formal e expresso, o STJ já decidiu que o juiz somente poderá fixar este valor se existirem provas nos autos que demonstrem os prejuízos sofridos pela vítima em decorrência do crime. Dessa feita, é importante que o Ministério Público ou eventual assistente de acusação junte comprovantes dos danos causados pela infração para que o magistrado disponha de elementos para a fixação de que trata o artigo 387, inciso IV, do CPP. Vale ressaltar, ainda, que o réu tem direito de se manifestar sobre esses documentos juntados e contraditar o valor pleiteado como indenização. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. 1) ROUBO CIRCUNSTANCIADO. MOMENTO CONSUMATIVO. POSSE MANSA E PACÍFICA DA RES FURTIVA. DESNECESSIDADE. 2) REPARAÇÃO CIVIL MÍNIMA. ART. 387, IV, DO CPP. FIXAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PEDIDO DO OFENDIDO E OPORTUNIDADE DE DEFESA AO RÉU. PARCIAL PROVIMENTO.

1. A jurisprudência pacífica desta Corte Superior é de que o crime de roubo se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da coisa subtraída, mediante violência ou grave ameaça, ainda que haja imediata perseguição e prisão. É prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima.

2. A permissão legal de cumulação de pretensão acusatória com a de natureza indenizatória não dispensa a existência de expresso pedido formulado pelo ofendido, dada sua natureza privada e exclusiva da vítima.

³⁶Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 06 mar. 2014.

A fixação da reparação civil mínima também não dispensa a participação do réu, sob pena de frontal violação ao seu direito de contraditório e ampla defesa, na medida em que o autor da infração faz jus à manifestação sobre a pretensão indenizatória, que, se procedente, pesará em seu desfavor.

4. Recurso especial parcialmente provido para retirar da reprimenda a causa de diminuição de pena referente à tentativa.³⁷

Nunca é demais lembrar que o devido processo legal, assim como o seu corolário do direito à ampla defesa e ao contraditório, somente serão totalmente cumpridos caso observada a vedação constitucional a utilização de qualquer prova ilícitamente obtida. Ademais, é certo que a prova ilícita, além de imprestável para fins da formação do livre convencimento motivado do juiz, também deverá ser conspurcada dos autos, juntamente com as suas “maças envenenadas”³⁸. Essa interpretação é literal, conforme se depreende dos artigos 5º, inciso LVI, da CRFB/88 e artigos 155, *caput*, e 157, do CPP:

Art. 5º. (...)

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;³⁹

Art. 155 O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

(...)

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§1º. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas de uma fonte independente das primeiras.

§2º. Considera-se fonte independente aquela que, por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§3º. Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

³⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.236.070/RS, julgado em 27/03/2012, DJe 11/05/2012. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellize, 5ª Turma. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 06 mar. 2014.

³⁸Referência à chamada Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada ou *Fruit of the Poisonous Tree*, adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, quando da reforma do CPP pela Lei n. 11.690/2008. Sobre o tema: LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 591-607.

³⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 mar. 2014.

§4º. (Vetado.)⁴⁰

Questiona-se, assim, sobre a possibilidade de o magistrado ser dispensado da aplicação do artigo 387, inciso IV, do CPP, ou se essa dispensa implicaria violação aos princípios da correlação entre acusação e sentença e da legalidade. Diante da inarredável necessidade de pedido expresso para que o magistrado fixe o *quantum* mínimo indenizatório, toda a instrução criminal pode demonstrar que essa tarefa, muitas vezes difícil, pode se tornar impossível, notadamente quando são muitas as diligências à serem feitas, sejam elas para esclarecer as alegações previstas na peça de acusação, sejam para clarear os contornos das alegações defensivas.

Retomando a questão das provas na seara criminal, a pretensão acusatória deverá demonstrar que houve o efetivo prejuízo à vítima, para que se encontre embasado o seu pedido de aplicação do artigo 387, inciso IV, do CPP, porque, do contrário, estará carente de uma das condições previstas no próprio dispositivo legal, que requer que o magistrado considere [...] “os prejuízos sofridos pelo ofendido”. Não havendo prova do prejuízo, não haverá o que o magistrado considerar, assim, estará desincumbido de fixar valor para indenização.

Além da ausência de provas do prejuízo, pode-se apontar que a dispensa de aplicação do artigo 387, inciso IV, do CPP, dar-se-ia quando os fatos fossem complexos demais e a apuração da indenização demandasse dilação probatória, de modo que o juízo criminal poderia deixar de fixar o valor mínimo, devendo este ser apurado em ação civil.

Nesse sentido, bem esclarece Antonio Cabral que, por força do fenômeno da incidência múltipla, é possível [...] “que um mesmo fato jurídico repercuta e tenha

⁴⁰Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 06 mar. 2014.

consequências jurídicas em diversas esferas: penal, civil, administrativa.”⁴¹ Assim, caso na esfera criminal as provas do prejuízo patrimonial demandassem dilação probatória, incompatíveis mesmo como o princípio constitucional da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, CRFB/88), o ofendido poderia buscar a reparação pretendida perante o juízo cível.

Somente é cabível essa faculdade ao ofendido porque no ordenamento jurídico pátrio vigora o modelo de separação mitigada de instâncias, como se depreende do artigo 935, do CCB, pelo qual “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.⁴²

Dessa forma, diferentemente do que se poderia pensar, a previsão do artigo 387, inciso IV, do CPP não fez com que o Brasil passasse a adotar a chamada “cumulação de instâncias” em matéria de indenização pela prática de crimes. A cumulação de instâncias em matéria de indenização pela prática de crimes ocorre quando um mesmo juízo julga o crime e também já decide, de forma exauriente, a indenização devida à vítima do delito.

Desse modo, mesmo que o juízo criminal fixe o valor indenizatório na sentença condenatória, esse valor é um valor mínimo, isto é, pode, caso assim pretenda o ofendido, ser objeto de pedido de majoração na esfera cível. Caso o valor fixado em juízo criminal seja satisfatório aos olhos do ofendido, para este não será necessário que proceda à liquidação, bastando que execute este valor caso não seja pago voluntariamente pelo condenado. Nesse sentido, o artigo 63, parágrafo único, do CPP:

⁴¹CABRAL, op. cit., p. 302.

⁴²BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2014.

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 nº 11.719, de 2008).⁴³

Recente e relevante caso de dispensa de fixação do mínimo indenizatório por causa da complexidade dos fatos e da necessidade de dilação probatória ocorreu no julgamento da Ação Penal n. 470, também conhecida como o caso do “Mensalão”, ação penal de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Conforme noticiado em seu informativo jurisprudencial n. 693, o Plenário do STF⁴⁴ rejeitou o pedido formulado pelo Ministério Público Federal, em sede de alegações finais, no sentido de que fosse fixado valor mínimo para reparação dos danos causados pelas infrações penais, sob o argumento de que a complexidade dos fatos e a imbricação de condutas tornaria inviável assentar o montante mínimo. Assim, não haveria como identificar com precisão qual a quantia devida por cada réu, o que só seria possível por meio de ação civil, com dilação probatória para esclarecimento desse ponto. O Revisor ponderou que incumbiria ao *parquet*, além de requerer a fixação de valor mínimo, indicá-lo e apresentar provas, para que fosse estabelecido contraditório. Salientou ser defeso ao magistrado determinar a quantia sem conferir às partes a oportunidade de se manifestar.

Na lição de Antonio do Passo Cabral, mesmo que se tome como um poder-dever a aplicação do artigo 387, inciso IV, do CPP, na sentença, [...] “não significa dizer que sempre haverá fixação da indenização ou tampouco que qualquer omissão em mencionar na decisão o *quantum* permita impugná-la”.⁴⁵ Segue o autor, elucidando que:

⁴³Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2014.

⁴⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470/MG, julgado em 17/12/2012, DJe 22/04/2013. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Plenário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

⁴⁵CABRAL, op. cit., p. 309.

A quantificação do valor mínimo indenizatório depende da existência de provas nos autos que permitam ao juiz aferir a extensão do dano ou ao menos ter algum parâmetro para tanto. E não poderá o juízo criminal ampliar demais a atividade probatória a respeito do dano civil para não causar desvios procedimentais ou subverter a correta condução do processo para a solução da pretensão punitiva. Em muitos casos, a avaliação não trará grandes dificuldades para o juízo, e tampouco introduzirá largos incidentes probatórios. Os exemplos são muitos, tanto na esfera federal como estadual. Pensemos em casos de roubos e furtos, onde o inventário de bens subtraídos, com avaliação indireta, ou um ofício do órgão público lesado, serviriam como balizamento razoável para o mínimo indenizatório; ou ainda um simples ofício do INSS quantificando o valor atualizado do benefício fraudado. Outras vezes, porém, será difícil fixar qualquer valor, mesmo mínimo, pela complexidade dos delitos envolvidos. De fato, pode ocorrer que não haja elementos suficientes para fixar qualquer valor, inclusive mínimo, nas causas referentes a delitos muito sofisticados e a condutas que lesem uma grande quantidade de indivíduos. Exemplos são alguns crimes financeiros, fraudes societárias, formação de cartel, *insider trading*, etc., que podem gerar prejuízos variados a investidores, agentes econômicos, acionistas minoritários, muitos dos quais são ainda desconhecidos e outros que podem nem mesmo ter ciência da fraude ou do processo criminal. Nestes casos, os parâmetros para aquilatar o “mínimo” podem não ser trazidos aos autos sem sacrifício do bom andamento processual.⁴⁶

Assim, em prol não somente do bom e almejado razoável andamento do processo criminal, há previsão de dispensa de fixação do mínimo indenizatório não só embasada pela doutrina como também posta em prática pela mais alta Corte do país. Não raro o magistrado, mesmo diante de norma expressa determinando que se tome devido caminho, precisa encontrar outro, também legalmente fundamentado, para melhor servir àqueles que buscam uma prestação jurisdicional de boa qualidade.

Ressalta-se, quanto a esse aspecto, a imperiosa necessidade de o magistrado fundamentar porque deixou de aplicar o previsto no artigo 387, inciso IV, CPP, não só por se tratar de mandamento constitucionalmente previsto (artigo 93, IX, CRFB/88), mas também para não incorrer em ofensa ao princípio da correlação entre a acusação e a sentença. Partindo-se da prevalência da necessidade de pedido exposto na peça acusatória acerca do valor mínimo indenizatório, não pode o magistrado se olvidar de enfrentar tal pleito.

Em termos de total adstrição do magistrado àquilo que lhe foi postulado, a peça acusatória serve como verdadeira bússola orientadora, é dizer, não pode o magistrado se calar

⁴⁶Ibidem, p. 309- 310.

diante de um pedido expresso de qualquer das partes, não que deva obedecer ao que foi pedido e na forma como foi pedido, e sim se debruçar sobre todos os pedidos feitos, seja para concedê-los, seja para negá-los. Este, portanto, o limite tênue entre imparcialidade e parcialidade, o que se liga, inexoravelmente, com o dever de observância ao princípio da inércia da jurisdição.

Sobre a inquestionável relevância da atenção ao princípio da imparcialidade, verdadeiro pilar de sustentação do modelo acusatório, leciona Gustavo Badaró que:

A imparcialidade do julgador é elemento integrante do devido processo legal. Não é devido, justo ou equo, um processo que se desenvolva perante um julgador parcial. Bastaria isso para que se afirmasse que a Constituição tutela o direito de ser julgado por um juiz imparcial. Aliás, a imparcialidade é *conditio sine qua non* de qualquer juiz. Juiz parcial é uma contradição em termos⁴⁷.

O magistrado não pode se vincular ora aos sedutores argumentos da acusação ora os da defesa, sob pena de tornar-se verdadeira marionete nas mãos do ventríloquo mais habilidoso. Deve o magistrado ater-se aos pedidos e as provas que os lastreiam, sob o crivo do contraditório. Nesse tocante, também explicita Antonio do Passo Cabral que:

Por conseguinte, sendo ou não possível a quantificação, a ausência de manifestação do magistrado na sentença é atacável por meio dos embargos de declaração. Quando for possível quantificar, o vício será a violação do dever legal de fixar o valor mínimo; e quando não for possível, o vício será a ausência de justificação desta impossibilidade.⁴⁸

Também pode o magistrado estar dispensado de fixar o valor mínimo indenizatório, quando, por exemplo, a vítima já tiver sido indenizada no juízo cível, de modo que perderia até mesmo o sentido em se postular ou mesmo condenar o réu ao pagamento de um valor dito mínimo, que já foi devidamente fixado pelo juízo cível, diante do claro viés patrimonial do

⁴⁷BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito a um julgamento por juiz imparcial*: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. Disponível em: <<http://www.badaroadogados.com.br/?p=331>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

⁴⁸CABRAL, op. cit., p. 311.

artigo 387, inciso IV, CPP. Não foi por capricho que o legislador usou o vocábulo “mínimo” para nortear qual o valor a ser fixado pelo juízo criminal. Logo, adiantando-se ao juízo criminal na fixação do valor devido pelo dano patrimonial infringido a vítima, de toda razão que prevalece o valor estabelecido pelo juízo cível. Nessa mesma esteira, elucida Antonio do Passo Cabral que:

Ao juiz cabe fixar o valor *mínimo*, deixando a definição do valor integral do dano sofrido para um procedimento mais alongado, sem restrições de prova e onde todas as garantias fundamentais processuais serão amplamente observadas. Assim, se os argumentos e a prova a serem levados ao processo penal para a definição do prejuízo não podem ser sempre muito aprofundados, a fórmula que a legislação encontrou para, ao mesmo tempo, facilitar a indenização ao lesado e proteger os direitos do réu ao devido processo legal, foi limitar a indenização, na sentença condenatória penal, apenas ao valor mínimo do dano, que deverá ser descontado na esfera cível.⁴⁹

Nota-se que em poucas hipóteses poderá o magistrado não aplicar o artigo 387, inciso IV, CPP, quais sejam, quando não houver prova do prejuízo, caso os fatos forem complexos e a apuração da indenização demandar dilação probatória, ou quando a vítima já tiver sido indenizada no juízo cível. De toda sorte, em qualquer uma dessas situações, não violará o princípio da incongruência o magistrado que fundamentar os motivos da dispensa.

3. (IN)EXISTÊNCIA DE UM ROL DE CRITÉRIOS ADEQUADOS À APLICAÇÃO DO ARTIGO 387, INCISO IV, DO CPP

Passados os pontos nevrálgicos no tocante ao artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, necessário se faz questionar sobre a existência ou não de um rol de critérios adequados, ou ao menos, mais adequados possíveis, de aplicação desse dispositivo legal. Fica evidente que, sendo a pretensão acusatória objeto do processo penal, prevalece o entendimento de que nela deve constar o pedido expresso e formal para a fixação do *quantum* mínimo a título de reparação pelos danos materiais causados à vítima.

⁴⁹Ibidem, p. 313.

Assim sendo, é seguro dizer que um primeiro critério a ser adotado pelo juízo criminal é o de aplicar o inciso IV do artigo 387, do CPP se, e somente se, for provocado para tanto. Nesse sentido, em prol do efetivo exercício do direito ao contraditório e da ampla defesa, firme na observância do princípio da inércia jurisdicional, segue o ementário de recente decisão do Tribunal de Justiça carioca:

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. CRIME PATRIMONIAL. REPARAÇÃO DANO À VÍTIMA. VOTO VENCIDO QUE RECONHECEU DE OFÍCIO A IMPOSSIBILIDADE DE MANTER A CONDENAÇÃO INDENIZATÓRIA. O Juízo *a quo* julgou procedente, em parte, a pretensão punitiva estatal e condenou o réu Valdinei de oliveira Santana nas penas do artigo 155, § 4º, IV do Código Penal, absolvendo-o da imputação dos artigos 14 e 15 da lei 10.826/03, com base no artigo 386, V do CPP. Condenação também do réu Jonathan da Silva nas sanções do artigo 155, § 4º, IV do Código Penal e do artigo 15 da Lei 10.826/03. Nos termos do inciso IV do artigo 387 do Código de Processo Penal (alterado pela Lei nº 11.719/08); e com respaldo na quantia subtraída (R\$ 120,00) e parcialmente recuperada (R\$ 29,00), foi fixado em R\$ 90,00 (noventa reais) o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração. O desate da divergência restringe-se, à condenação por reparação dos danos sofridos pela vítima. Por maioria, a 6ª Câmara Criminal (fls. 333/335), manteve a sentença monocrática que condenou os embargantes, nos termos do artigo 387, IV do CPP, ao ressarcimento dos danos causados à vítima. O autor do voto vencido (fls. 337/338) entendeu por reconhecer, de ofício, que dita condenação configura afronta aos princípios da correlação, do contraditório e da amplitude ao exercício do direito de defesa, na medida em que a denúncia nada menciona quanto a isto, sendo, ao final, o réu surpreendido com a imposição do pagamento de um valor a título de indenização, para o qual, em momento algum lhe foi oportunizada a intervenção para discutir o respectivo montante ou os critérios utilizados para tanto. Procedência. Cumpre observar que a denúncia não veiculou pedido de condenação ao pagamento da reparação de danos civis e a matéria não foi discutida na relação processual, o que configura violação ao devido processo legal, em razão de não ter sido dada oportunidade para o exercício do contraditório e da ampla defesa. Assim, se tal questão, de caráter patrimonial, não foi alvo de pedido e de discussão no curso da ação penal, não houve contraditório a esse respeito e a ampla defesa não pôde ser exercida. A fixação de valor mínimo da reparação de danos sem essas garantias constitucionais ofende direito fundamental, questão de ordem pública que fica pronunciada para assegurar a supremacia da constituição. Desta forma, há que prevalecer o voto vencido, devendo a indenização ser excluída do acórdão, sem prejuízo de ser buscada no juízo cível, obviamente. (precedentes) Ademais, cabe registrar o Enunciado n. 08 do Aviso TJ nº 50/2011: é incabível a fixação de valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, nos termos do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, por violação ao contraditório, nos casos em que não haja pedido desta natureza formulado pela vítima. Caracterizada a violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Procedência dos embargos. Prevalência do voto vencido. Embargos conhecidos e providos.⁵⁰

⁵⁰BRASIL. TJ/RJ – Apelação n. 0001021-50.2008.8.19.0026, julgado em: 18/09/2013. DJe 23/09/2013. Relator Des. Ronaldo Assed Machado, 8ª Câmara Criminal. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040BAE81987FCF4D2531B87A845901A3A9C50241630F26>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

Da ementa acima é salutar a menção ao Enunciado n. 08 do Aviso n. 50/2011 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pelo qual se determinou que:

É incabível a fixação de valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, nos termos do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, por violação ao contraditório, nos casos em que não haja pedido desta natureza formulado pela vítima.

Desse modo, em consonância com o Superior Tribunal de Justiça⁵¹, o Tribunal de Justiça do Rio indica um precioso norte a ser seguido pelo magistrado, qual seja, o de não fixar *ex officio* o valor mínimo indenizatório de que trata o artigo 387, IV, do CPP.

Outro critério que pode ser apontado é aquele no qual, mesmo existente o pedido de fixação do valor mínimo indenizatório pelo juízo criminal, não há provas do prejuízo, o que normalmente ocorre quando, a exemplo dos crimes patrimoniais, a *res furtiva*, é devolvida, sem avarias, à vítima. Ademais, como já ressaltado, as meras alegações, caso não encontrem guarida nas provas existentes nos autos, não podem servir como motivação para o magistrado.

Nesse sentido:

APELAÇÃO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO DE CABOS TELEFÔNICOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO, VISANDO OBTER A FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO PARA REPARAÇÃO DO DANO. Recurso defensivo que objetiva o reconhecimento da forma tentada do delito. A hipótese é de furto consumado. Os indivíduos cortaram os fios e os acondicionaram no próprio local para posterior transporte. Posse e inequívoca disponibilidade dos sujeitos sobre a *res*. Para fixação de indenização no Juízo criminal, faz-se necessária a formulação expressa do pedido na denúncia (princípio da congruência), com a indicação do valor. Pleito que deve ser devidamente instruído com provas suficientes para sustentá-lo, viabilizando-se o efetivo exercício do contraditório e de forma que não haja risco de ser fixado valor superior ao que seria obtido no Juízo cível. Desprovimento aos recursos.⁵²

⁵¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 389.234/DF, julgado em 08/10/2013, DJe 17/10/2013. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

⁵²BRASIL. TJ/RJ – Apelação n. 0381031-83.2008.8.19.0001, julgado em: 11/02/2014. DJe 14/02/2014. Relator Des. Antônio Jayme Boente, 1ª Câmara Criminal. Disponível em:< <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FCC126DF104AC4E05B30D921E0C72F0EC5025F1C241A>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

Não menos importante é o critério afeto à razoável duração do processo, na forma do artigo 5º, LXXVIII, CRFB/88, tendo em vista que a necessidade de dilação probatória para fixar o *quantum* indenizatório na esfera criminal pode representar uma afronta a esse princípio constitucional. Sua observância é de grande relevo no âmbito do processo penal, ainda mais quando se tratar de réu preso, e que assim permaneça durante toda a instrução probatória, incerto de sua condenação, ou mesmo se o regime prisional a ser cumprido irá se coadunar com o cárcere no qual foi colocado. Assim, deparando-se o magistrado com tamanha complexidade, apta a agravar ainda mais o tempo de espera por uma sentença criminal, tão somente por necessidade de aprofundar-se na produção de provas sobre o valor do prejuízo, cabível a dispensa, por completo e fundamentada, da aplicação do artigo 387, inciso IV, CPP.

Em reforço ao exposto, o juiz João Paulo Bernstein expõe que:

O termo valor mínimo não pode ser entendido como uma simples tarifação quantitativa ou uma limitação à competência do juízo criminal, mas sim como uma limitação probatória que impõe a sumariedade da prova, exigindo que esta esteja preconcebida antes da denúncia ou queixa. Essa é a interpretação possível de ser extraída da norma, a partir dos fins e do próprio procedimento do processo penal. (...) Embora a preocupação com a vítima do crime, notadamente com a minimalização dos prejuízos sofridos pela mesma com o fato, a finalidade precípua do processo penal não pode ser desvirtuada, sob pena de resultar em prejuízo ao alcance dos seus fins, pela introdução de outros elementos que exijam maior dilação probatória e acarrete demasiada demora na conclusão do processo. Esse é o primeiro fundamento que fez com que a reforma viesse a prever que o juízo criminal fixará tão-somente um valor mínimo para a reparação dos danos, para não desviar o processo penal da sua efetiva e primordial finalidade, inclusive para não prejudicar o princípio da celeridade, informador da reforma.⁵³

Concorda-se, com os apontamentos de Nestor Távora e Rosmar Alencar, quando afirmam que:

Se a questão cível for tão ou mais complexa que a criminal, de sorte a tumultuar a evolução do procedimento, deve o magistrado criminal remeter as partes à esfera cível, para que lá, em condições propícias, possam debater de forma exauriente a

⁵³BERNSTEIN, João Paulo. *A exigência de sumariedade documental ou pericial da prova no processo penal para a demonstração dos danos sofridos pelo ofendido*. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doutrina/>. Acesso em: 02 abr. 2014.

questão indenizatória. (...) Restaria, portanto, a discussão do quanto indenizatório na esfera penal naquelas situações de evidente aferição, quando a complexidade é mínima ou inexistente [...]. Desta forma, admite-se até mesmo a produção probatória para demonstrar o quantitativo do prejuízo, desde que, insisto, não venha a afetar o procedimento de forma desarrazoada.⁵⁴

Em arremate, e em conformidade com o entendimento adotado pelo STF na Ação Penal n. 470⁵⁵, trecho do voto de lavra do Ministro Sebastião Reis Júnior da 6ª Turma do STJ, no qual fica claro como a complexidade das provas a serem produzidas a fim de se determinar o *quantum* indenizatório na esfera penal, não só em crimes contra o patrimônio, como também em crimes contra a dignidade sexual, pode fazer com que o magistrado deixe de aplicar o artigo 387, IV, do CPP:

Sorte melhor encontra a alegação de violação do princípio da ampla defesa, porque não teria sido dado ao réu a possibilidade de defender-se contra tal pretensão. Como bem salientado na sentença ratificada pelo acórdão recorrido, inexistem nos autos elementos suficientes para que o juiz do feito venha a fixar um valor, mesmo que mínimo, para reparar os danos causados pela infração, considerando-se os prejuízos sofridos pelo ofendido (ou seus sucessores). Não estamos diante de um delito cujo prejuízo material seja de fácil apuração e cujo valor devido seja obtido por meio de uma simples atualização monetária. No caso concreto, o delito é de homicídio e eventuais danos não são de simples fixação, até porque, provavelmente, são de natureza material e moral.⁵⁶

Percebe-se, assim, que a complexidade das provas a produzir além da necessidade de efetivação do comando constitucional de um processo cuja duração seja razoável, traduzem outro critério adequado, no caso, para que o juízo criminal não fixe o valor mínimo indenizatório de que trata o artigo 387, inciso IV, do CPP.

Essa dispensa se coaduna, em última análise, com a postura equidistante que o magistrado deve tomar frente às partes, ou seja, deve sopesar, mediante o cotejo probatório

⁵⁴TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 183.

⁵⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470/MG, julgado em 17/12/2012, DJe 22/04/2013. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Plenário. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

⁵⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.176.708 / RS, julgado em 12/06/2012, DJe 20/06/2012. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

existente nos autos, e nos limites daquilo que lhe foi postulado, ser ou não possível quantificar um valor, mesmo que mínimo, a título de reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos comprovadamente sofridos pelo ofendido.

CONCLUSÃO

Foi possível alcançar algumas conclusões a respeito do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, conclusões essas que não possuem contornos de imutabilidade, eis que as relações humanas são dinâmicas e geram forte impacto nas necessidades legislativas, e, via de consequência, fazem com que os estudiosos e os operadores do Direito revejam suas interpretações incessantemente, no intuito de melhor compreender e atender aos anseios sociais.

De toda sorte, mediante a pesquisa feita na doutrina e na jurisprudência sobre o tema, é seguro dizer que o ordenamento jurídico continua a encarar a responsabilização civil no processo penal com os olhos da separação mitigada de instâncias, isto é, o juiz criminal tão somente fixará um valor mínimo de indenização, que poderá servir de título executivo judicial para o ofendido (artigo 475-N, II, CPC e artigo 63, CPP), o que não obsta que o ofendido busque a indenização perante o juízo cível (artigo 64, CPP).

Prevalece na jurisprudência do STJ e do TJERJ, que é imprescindível que a peça acusatória traga pedido expresso e formal para que seja fixado o mínimo indenizatório pelo juiz criminal. Essa interpretação decorre da necessidade de observância dos princípios da inércia da jurisdição, da correlação entre a acusação e a sentença, e, principalmente, dos princípios do devido processo legal (artigo 5º, LIV, CRFB/88), e do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, CRFB/88).

Nesse tocante, não deve o magistrado agir a não ser mediante provocação das partes, sob o risco de romper a tênue linha que separa a imparcialidade da parcialidade. Esta última é

característica tão somente da acusação e da defesa, sendo que a primeira é mister do juiz, que deve permanecer equidistante frente as partes em litígio. Esse é o desenho proposto pelo modelo acusatório, e que foi adotado pela Carta Magna. Vedada estaria, assim, a fixação *ex officio* pelo juiz criminal do *quantum* mínimo indenizatório do artigo 387, IV, CPP.

É factível que, caso não haja pedido, caso haja pedido, porém, não comprovado o prejuízo, o magistrado estará dispensado de aplicar o comando do artigo 387, IV, CPP. Assim também quando a comprovação do prejuízo demandar extensa dilação probatória, de modo a prejudicar a almejada duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII, CRFB/88), despicienda será a observância ao artigo 387, IV, CPP. A mesma dispensa se aplica quando a vítima já tiver sido indenizada no juízo cível.

Esses apontamentos foram construídos pela doutrina e pela jurisprudência, e, é seguro afirmar, servem como ponteiros numa bússola a nortear o juiz criminal na difícil tarefa de prover justiça de qualidade, é dizer, sem que perca de vista a finalidade do processo, que é dirimir conflitos, e não sobrepor a forma ao conteúdo.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre Acusação e Sentença*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

BERNSTEIN, João Paulo. *A exigência de sumariiedade documental ou pericial da prova no processo penal para a demonstração dos danos sofridos pelo ofendido*. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doutrina/>.

CABRAL, Antônio do Passo. *O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP*. Rio de Janeiro: Revista EMERJ, v. 13, n. 49, p. 302-328, jan.-mar. 2010.

GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais Do Processo: O Processo Justo*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429>. Acesso em: 13 set. 2013.

LAI, Sauvei. *Anotações sobre o novo art. 387, IV, do CPP: o valor mínimo indenizatório na sentença penal condenatória*. Rio de Janeiro: Revista EMERJ, v. 14, n. 54, p. 259-270, abr.-jun. 2011.

- LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Volume I. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Volume II. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MALAN, Diogo Rudge. *A Sentença Incongruente No Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- NICOLLIT, André Luiz. *Manual De Processo Penal*. 2. ed., atual. Rio de Janeiro: Eselvier, 2010.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. Tradução Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.
- XAVIER, Ronaldo Caldeira. *Latim No Direito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.