

INDENIZAÇÃO DOS DANOS ÀS VÍTIMAS NA SENTENÇA CRIMINAL: CONTROVÉRSIAS PROCEDIMENTAIS NA LEGISLAÇÃO VIGENTE E A ALTERAÇÃO PARA O SISTEMA DE ADESÃO CIVIL NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

INDEMNIFICATION OF DAMAGES TO VICTIMS IN CRIMINAL SENTENCE: PROCEDURAL CONTROVERSIES IN THE CURRENT LAW AND THE PERSPECTIVE OF CHANGE TO THE SYSTEM OF CIVIL ADHESION IN THE PROJECT OF THE NEW CODE OF CRIMINAL PROCEDURE

Rosane Ramos de Oliveira Michels¹

Especialista em Direito Penal e Política Criminal pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito penal; processo penal.

RESUMO: Este trabalho foi elaborado a partir da reforma parcial do Código de Processo Penal, mediante análise legal, doutrinária e jurisprudencial das controvérsias quanto ao dispositivo da reparação do dano, a ser imposto na sentença condenatória criminal. Baseado em pesquisa explicativa, o estudo adentra às formas de relacionamento entre a ação penal e a ação civil, passando, na sequência, à análise da nova perspectiva da indenização dos danos à vítima, em face da iminente reforma global do

Código de Processo Penal que adota o sistema da adesão civil. Por fim, pondera-se sobre os critérios para a quantificação do dano moral na esfera penal.

ABSTRACT: *This work was designed from the partial reform of the Code of Criminal Procedure, by legal, doctrine and jurisprudence analysis of the controversy over the device of the injury repair, imposed in the criminal conviction. Based on explanatory research, this study enters the forms of relationship between the criminal action and the civil action, passing, following, to the analysis of the new perspective of the indemnity of the injury to the victim, faced*

¹ Juíza de Direito em Porto Alegre/RS. E-mail: dra.rosane.michels@gmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/6312356542069512>>.

with imminent global reform of the Criminal Procedure Code which adopts the system of civil accession. Finally, is weighted the quantification of moral damages criteria in the criminal cases.

PALAVRAS-CHAVE: vítima; indenização dos danos; processo penal.

KEYWORDS: *victim; indemnification of injury; criminal procedure.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da reforma parcial do Código de Processo Penal; 2 Da reparação do dano no processo penal; 3 Da indenização dos danos à vítima no projeto do novo Código de Processo Penal; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The partial reform of the Code of Criminal Procedure; 2 The damage repair in the criminal procedure; 3 The damage indemnification to the victim in the project of the new Code of Criminal Procedure; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

A fixação de valor mínimo, a título de reparação do dano, na sentença condenatória criminal, introduzida no Código de Processo Penal, no art. 387, inciso IV, pela Lei nº 11.719/2008, tem merecido especial destaque interpretativo.

Questionamentos sobre os critérios a serem adotados na sua quantificação e sobre os danos a serem considerados envolvem a aplicabilidade da norma. Outras discussões concernentes à sua incidência ou não sobre os fatos anteriores à sua vigência e à delimitação da prova dos prejuízos no processo criminal também ocupam os doutrinadores. A própria constitucionalidade do dispositivo tem sido alvo de debate jurídico, posto que, em sendo efeito da condenação, grande parte dos operadores do Direito alega que não oportuniza ao réu o contraditório e a ampla defesa.

Com o advento da Lei nº 11.719/2008, também surgiu comentário sobre a alteração do então vigente sistema de separação entre responsabilidade civil e criminal, que teria passado a adotar o sistema da solidariedade, pelo qual, no âmbito do processo criminal, é possibilitado ao juiz, no momento da sentença, fixar um valor mínimo, de modo a reparar o dano sofrido pelo ofendido, ao mesmo tempo em que se mantém a possibilidade de a vítima ou os seus sucessores intentar ação civil de reparação de dano *ex delicto* a qualquer tempo, seja antes, durante ou depois de finda a ação penal.

Muitos outros problemas se apresentaram, a impedir a efetividade da norma processual penal, o que o projeto do novo Código de Processo Penal almeja solucionar, trazendo a lume a necessidade de a vítima ingressar no processo, como parte processual, e somente então, mediante requerimento desta, tornar possível a fixação do valor mínimo indenizatório pelo juiz.

Na análise dessa problemática, é preciso lançar um olhar sobre as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais mais recentes que abrangem a atuação do juiz criminal, incumbido da fixação do *quantum* reparatório, inclusive mediante a ponderação de aspectos inerentes à ordem civil, para a apuração e quantificação dos prejuízos.

Por outro lado, o projeto do novo Código de Processo Penal acena para uma perspectiva melhor adequada constitucionalmente que, em tese, poderá resolver as inúmeras questões detectadas pela doutrina e jurisprudência ao longo da vigência do dispositivo em comento.

O presente trabalho, após traçar um sucinto histórico sobre a evolução da relação entre as ações penais e civis no sistema jurídico brasileiro, abordará as implicações, no ordenamento jurídico processual penal, da norma que agregou ao dispositivo da sentença penal condenatória a fixação de valor mínimo, a título de reparação de dano, confrontando, ainda, o tratamento doutrinário e jurisprudencial que vem sendo dado à matéria.

Na sequência, adentrar-se-á nas alterações envolvendo a antecipação da reparação do dano *ex delicto*, projetadas para o novo Código de Processo Penal.

1 DA REFORMA PARCIAL DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

1.1 A TENDÊNCIA À APROXIMAÇÃO DOS INSTITUTOS DE PROCESSO PENAL E CIVIL

As ideias que originaram as alterações parciais da estrutura processual penal brasileira advêm do Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América e coincidiram com a reforma dos sistemas processuais de outros países, como do Chile, da Argentina, da Bolívia, do Paraguai, de Portugal e da Itália².

Em motivação às alterações, Ada Pellegrini, jurista que presidiu a Comissão da Reforma, explicita:

² GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do Código de Processo Penal brasileiro: pontos de contato com o direito estrangeiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 169, p. 95, mar. 2009.

É fato notório que o Código de Processo Penal brasileiro de 1941, embora já adotando o modelo acusatório, se encontrava totalmente superado pela realidade dos novos tempos, a exigir um estatuto que primasse pela eficiência, evitando formalismos e procrastinações inúteis, de modo a tornar o processo penal mais simples, célere, desburocratizado e aberto. Por outro lado, a Constituição de 1988 introduziu no sistema penal princípios e regras com as quais o Código processual de 1941 entrou em conflito, de modo que muitas de suas normas perderam eficácia em face da nova ordem jurídica ou devem ser interpretadas de modo diverso do tradicional, sob pena de não se coadunarem com a Constituição.³

A reforma parcial do Código de Processo Penal tratou da aproximação dos institutos do processo penal e civil, com fins de transparência, desburocratização e celeridade, que são corolários da estrutura acusatória, adotada pelo novo processo penal⁴.

Essa reformulação buscou a acentuação do modelo acusatório e a harmonia do sistema, culminando em significativas modificações no sistema jurídico brasileiro. Ademais, veio ao encontro do crescente interesse no estudo de novas alternativas que se destinam a dar maior agilidade à solução dos conflitos.

Diante disso, antes de adentrar à análise de algumas das implicações decorrentes da reforma parcial do Código de Processo Penal, faz-se necessária uma breve incursão na evolução da relação entre as ações penal e civil, que, por sua relevância histórica, representa importante auxílio ao entendimento do presente estudo.

1.2 A RELAÇÃO ENTRE AS AÇÕES PENAL E CIVIL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

As diferentes etapas da relação entre as ações penal e civil estão estritamente ligadas à evolução histórica da reparação do dano causado pelo crime, sob a

³ *Ibidem*, p. 94.

⁴ *Idem*, *ibidem*.

ótica da necessidade de manutenção ou não de determinados mecanismos e sistemas de proteção à vítima.

O desenvolvimento do tema reporta-nos a período antecedente à Constituição de 1988, estando circunscrito à questão de que um mesmo fato pode ensejar repercussões atinentes a diferentes áreas do Direito. Nessa linha, remete-nos, ainda, aos diferentes sistemas que alcançam as ações, penal e civil, cuja delimitação conceitual é igualmente importante estabelecer.

De modo geral, como explicita Araken de Assis, são concebidos quatro sistemas:

[...] o da *separação*, em que o provimento penal exercerá nenhuma ou limitadíssima influência na área civil; o da *confusão*, à semelhança do primitivo direito romano, quando ação única serve ao duplo objetivo de aplicar a pena e reparar o dano; o da *solidariedade*, em que, separadas as ações, obrigatoriamente se resolvem em conjunto e no mesmo processo; e, por fim, o da *livre escolha*, cujo traço específico consistirá na hipótese de cumulação facultativa, no processo penal, de ambas as ações.⁵

Outra a classificação nominada por Nucci acerca dos quatro sistemas:

Do ponto de vista da relação entre a ação penal e a ação civil decorrente do delito, são conhecidos os seguintes sistemas: a) união, caracterizado pela unidade de processo para a apuração do culpado e a indenização da vítima; b) separação absoluta ou independência total, em que não há relação entre as ações, salvo a possibilidade de utilização da prova de uma em outra; c) da independência ou separação relativa, em que a competência jurisdicional é diversa, mas o julgamento criminal vincula o civil em maior ou menor intensidade; d) da adesão, no qual, por razões de economia

⁵ ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*, p. 44. Apud MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008. p. 238.

processual, é outorgada competência ao juiz criminal para decidir sobre a indenização.⁶

Ao longo dos anos, os sistemas adotados permitiram diferentes formas de relacionamento entre as ações civil e penal, oportunizando julgamentos em conjunto ou separadamente, bem como lhes atribuindo conotação de obrigatoriedade ou facultatividade.

Remonta ao final do século XVIII, depois de desencadeada a Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 26 de agosto de 1789)⁷, que, inspirada pelo iluminismo, colocou acima do poder em qualquer esfera os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade humanas, consagrados por diversas Constituições.

No Brasil, os princípios emanados dessa Declaração foram adotados em 1824 pela Constituição Imperial do Brasil⁸, na qual o art. 179, inciso XVIII, continha determinação para que fossem organizados um Código Civil e Criminal, fundados nas sólidas bases da justiça e equidade.

Assim estabelecia:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Reformas do processo penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 257.

⁷ Textos Básicos sobre Derechos Humanos. Madrid: Universidad Complutense, 1973. Traduzido do espanhol por Marcus Cláudio Acqua Viva. Apud FERREIRA FILHO, Manoel G. et al. *Liberdades públicas*. São Paulo: Saraiva, 1978. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2018.

⁸ BRASIL. (Constituição, 1824). Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 14 jun. 2018.

Por força dessa determinação legal, foi criado o Código Criminal do Império⁹, cuja vigência data do ano de 1830 e cuidou da reparação do dano ao ofendido nos arts. 21 e 22, ao estabelecer a necessidade da satisfação do dano causado pelo delito¹⁰, com a seguinte redação:

Art. 21. O delinquente satisfará o damno, que causar com o delicto.

Art. 22. A satisfação será sempre a mais completa, que fôr possível, sendo no caso de duvida a favor do offendido.

Para este fim, o mal que resultar á pessoa, e bens do offendido será avaliado em todas as suas partes e consequencias.

No art. 31, § 3º, dispunha, ainda, sobre a possibilidade de ingresso da ação civil antes da decisão penal, como medida de exceção, e, no art. 32, previa prisão com trabalho para o fim da satisfação do dano:

Art. 31. A satisfação não terá lugar antes da condemnação do delinquente por sentença em juizo criminal, passada em julgado. Exceptua-se:

1º O caso da ausencia do delinquente, em que poderá demandar e haver a satisfação por meio de acção civil;

2º O caso, em que o delinquente tiver fallecido depois da pronuncia, no qual poderá haver-se dos herdeiros a satisfação por meio de acção civil;

3º O caso, em que o offendido preferir a usar acção civil contra o delinquente (grifo nosso).

Art. 32. Em todo o caso, não tendo o delinquente meios para a satisfação, dentro em oito dias, que lhe serão assignados, será condemnado a prisão com trabalho pelo tempo necessario para ganhar a quantia da satisfação.

⁹ BRASIL. Código Criminal do Império do Brazil. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496203>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

¹⁰ SCARANCA FERNANDES, Antônio; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Estado na reparação do dano à vítima de crime. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 678, p. 8, abr. 1992.

Esta condenação, porém, ficará sem efeito, logo que o delinquente, ou alguém por elle, satisfizer ou prestar fiança idonea ao pagamento em tempo razoavel, ou o offendido se der por satisfeito.

Câmara, ao tratar da adoção inicial do sistema de adesão facultativa pelo Brasil, ao tempo do Código Criminal do Império de 1830, ressalva que havia casos em que a vítima poderia postular a reparação do dano no juízo cível¹¹.

Em momento subsequente, com a entrada em vigor do “Código do Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisoria ácerca da administração da Justiça Civil”, em 1932, passou-se ao sistema da adesão obrigatória, mediante a necessidade de fixação do valor da indenização na sentença criminal. Essa regra, todavia, vigorou somente até 1841, quando a Lei nº 261 implantou o sistema da separação, em razão do que, por força de seu art. 68, resultaram revogados o art. 31 do Código Criminal do Império do Brasil e o § 5º do art. 269¹² do Código de Processo Criminal de 1932.

Dizia o art. 68 da Lei nº 261, de 1841:

A indemnização em todos os casos será pedida por acção cível, ficando revogado o art. 31 do Código Criminal, e o § 5º do art. 269 do Código do Processo. Não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do facto, e sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime.¹³

No que tange a essa legislação, Scarance atenta para o fato de que “foi a Lei nº 261/1841 que estabeleceu o princípio da independência das ações civil e

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal. reflexões sobre a Lei nº 11.719/2008. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v. 10, n. 56, p. 72, jun./jul. 2009.

¹² “Art. 269. Achando-se a causa no estado de ser decidida por parecer aos Jurados, que nada mais resta a examinar o Juiz de Direito, resumindo com a maior clareza possível toda a materia da accusação, e da defesa, e as razões expendidas pró, e contra, proporá por escripto ao Conselho as questões seguintes: § 1º Se existe crime no facto, ou objecto da accusação? [...] § 5º Se ha lugar á indemnização?” (Código do Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisoria ácerca da administração da Justiça Civil (29 de novembro de 1832). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/104060/lei-32>>. Acesso em: 14 jun. 2018)

¹³ BRASIL. Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/104058/lei-261-41>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

criminal, além da influência da coisa julgada no processo criminal sobre a ação cível¹⁴.

Sobreveio que a reparação passou a ser buscada somente pela via da ação civil, perante o juízo cível, culminando no chamado sistema de separação relativa ou de interdependência¹⁵, pelo qual, embora em menor grau, a ação penal continuou vinculada à ação civil, sistema esse que vigorava até a atualidade.

A partir da Lei nº 11.719/2008, que acrescentou dispositivo ao Código de Processo Penal, remetendo para o momento da sentença criminal a apreciação da reparação dos danos decorrentes do delito e sua valoração mínima, surgiram discussões doutrinárias no sentido de que o sistema entre as ações teria sido novamente alterado, pondo de lado o sistema da separação relativa para adotar o sistema da adesão.

Nesse sentido, preconiza Alexandre Câmara:

Este novo regime não impede o ajuizamento de demanda civil de reparação de danos. Afinal, permanece em vigor o art. 64 do CPP [...] Disso se pode, então, extrair que o direito brasileiro teria passado, por força da Lei nº 11.719/2008 do regime da separação para o da adesão facultativa.¹⁶

Por sua explanação, poder-se-ia sustentar que, no Brasil, deu-se o retorno ao sistema vigente em 1830, estabelecido pelo Código Criminal do Império, que, posteriormente, deu lugar a outras formas de interferência na relação entre as ações civil e penal.

Diverge Távora, para quem “o que se percebe, nesse mister, é uma tentativa do sistema da confusão, onde a pretensão condenatória e indenizatória estariam veiculadas na mesma demanda”¹⁷.

Contrapondo-se a esse posicionamento, explica Andrey Borges que “não se pode falar que a atual sistemática tenha introduzido o sistema da confusão,

¹⁴ SCARANCA FERNANDES, Antônio; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Estado na reparação do dano à vítima de crime. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 678, p. 9, abr. 1992.

¹⁵ Ou, ainda, podendo ser denominado de sistema da separação mitigada entre as ações.

¹⁶ Câmara, 2009, p. 113.

¹⁷ TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de direito processual penal*. 3. ed. São Paulo: JusPodium, 2009. p. 182.

pois não há propriamente uma ação civil cumulada com uma ação penal no juízo criminal¹⁸.

Nesse particular, não há como desconsiderar que a mudança para outro sistema fere a Carta Maior, o que desautoriza o reconhecimento de alteração do sistema. Dessa maneira, o sistema vigente continua a ser o da separação relativa, ainda que se anuncie a iminente adoção da adesão civil no Brasil.

Forçoso concluir que, após terem sido adotados sequencialmente os sistemas da adesão facultativa, da adesão obrigatória e da separação relativa das ações, as leis brasileiras sobre a matéria, posteriores à Lei nº 261/1841, mantiveram o princípio da independência, consoante se extrai dos Códigos Processuais.

Não obstante, é possível projetar um avanço em direção ao processo de adesão, apesar de não reconhecido ainda pelo atual ordenamento. Evidência disso é a persistência na vinculação do juízo cível ao julgado criminal em determinadas questões. Ao que indica, ainda que não tenha se mostrado suficientemente clara e coerente no que tange à reparação mínima, a Lei nº 11.719/2008 veio anteceder forte tendência à aproximação das ações.

2 DA REPARAÇÃO DO DANO NO PROCESSO PENAL

2.1 O DISPOSITIVO VIGENTE E SUAS IMPLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO PROCESSUAL PENAL

Ao ser rompido o equilíbrio jurídico-econômico existente entre o agente e a vítima, em face do dano causado pelo ato ilícito, impõe-se restabelecer esse equilíbrio, recolocando o prejudicado no *statu quo ante*, consoante leciona Sérgio Cavallieri Filho¹⁹. Impera, pois, o princípio da reparação integral, qual seja, de repor à vítima tanto quanto possível a situação anterior à lesão, fixando uma indenização proporcional ao dano²⁰.

Durante algum tempo, o grande óbice aos avanços no trato da responsabilidade civil residia no próprio texto do Código Civil de 1916. O

¹⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008. p. 241.

¹⁹ CAVALLIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 29.

²⁰ Código Civil brasileiro: "Art. 927. Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo".

apego à sua literalidade dificultava a aceitação de indenizações não previstas expressamente. Isto porque, as hipóteses de indenização por ato ilícito, compreendidas no então vigente art. 1.060²¹, não abrangiam inúmeras situações capazes de gerar abalo no âmbito de interesse dos indivíduos, que o senso comum indicava devesse também ser reparado.

A redação do art. 403 do Código Civil de 2002, correspondente ao referido art. 1.060 do Código Civil de 1916, permanece praticamente a mesma. Todavia, o contexto atual mostra-se bem diverso, porquanto a nova ordem civil foi impulsionada por espírito mais liberal, capaz de se adaptar à evolução dos acontecimentos sociais que, em decorrência, outorgam ao juiz, definitivamente, o papel de partícipe da criação do Direito, no sentido de que lhe cabe preencher os conceitos legislativos abertos e conferir a eles o alcance reclamado por padrões atuais éticos e de justiça.

Essa técnica legislativa é admitida, no prefácio do Código Civil vigente, pelo eminente Professor Miguel Reale: “Daí a opção, muitas vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo conceitual, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais [...]”²².

Nesse diapasão, abriu-se extraordinário campo para a consagração de tudo quanto já se vinha criando acerca da responsabilidade civil, em especial no que concerne às situações indenizáveis.

A orientação que presidia essa paulatina evolução no âmbito civil, qual seja, a de fazer valer o princípio da reparação integral, não foi excluída na seara penal. Contrariamente, é reforçada na parcial reforma processual penal.

Muito embora o inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal²³ atribua competência ao juiz criminal para a fixação de um valor indenizatório mínimo, pressupondo, portanto, não seja integral, restou ressalvado no mesmo diploma legal, expressamente no art. 63, atinente aos efeitos civis da sentença penal, a possibilidade de ser buscada a indenização integral no juízo cível.

²¹ Atual art. 403 do Código Civil de 2002.

²² Novo Código Civil brasileiro: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, Legislação Codificada e Extravagante. Prefácio de Miguel Reale. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 13.

²³ Código de Processo Penal: “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; (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008) [...]”.

O parágrafo único desse artigo, por sua vez, dispõe que, transitada em julgado a sentença penal condenatória, a execução pode ser efetuada pelo valor fixado pelo juiz, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido.

Trata-se de medida que objetiva a satisfação mais célere da vítima, ainda que parcialmente, sem a necessidade de se submeter a um demorado processo civil de liquidação da sentença penal ou a outro processo de conhecimento, também na esfera extrapenal.

O entendimento majoritário da doutrina, entretanto, refuta essa disposição legal, sob o argumento de que, se, por um lado, atende à expectativa de proteção da vítima, por outro, veio agravar a situação dos acusados, inclusive com desrespeito a garantias constitucionais, pondo em risco importantes conquistas do Estado Democrático de Direito.

2.2 CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS SOBRE A APLICAÇÃO DA NORMA

Respeitável parcela da doutrina posiciona-se contra o inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, aduzindo que afronta aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da congruência, ferindo, por consequência, o postulado do devido processo legal e o próprio sistema acusatório. Prelecionam os doutrinadores que, da maneira como foi agregada tal disposição à legislação processual penal, não há possibilidade de aplicação, pelo que deve ser reconhecida a sua inconstitucionalidade.

Contudo, entre os doutrinadores que sustentam a impossibilidade de adaptação da norma à ordem jurídica brasileira há quem afirme ser possível sua aceitação, caso haja a modificação de alguns pontos cruciais na matéria.

A esse respeito, Greco Filho adverte:

Grande número de infrações penais não tem ofendido ou prejudicado determinado; mesmo que exista, nos autos não se discute, em contraditório, o valor da reparação civil, não detendo o juiz elementos para fixá-la [...] É possível admitir que, mediante pedido expresso do ofendido que se habilite como assistente, o juiz, após contraditório em que o réu deve ter o devido

processo legal quanto à indenização, possa fixar uma indenização, mas que então não será a mínima, mas a definitiva, com força de coisa julgada.²⁴

Em consonância com a opinião anterior, Aranda Fuller sustenta que o princípio acusatório realmente exige o pedido da parte, apesar de esta não ser a única nem a mais grave violação ao princípio acusatório presente no Código de Processo Penal²⁵.

Alexandre Câmara, por sua vez, afirma que o primeiro problema a ser enfrentado deve ser o que tangencia o princípio da correlação, já que “toda violação desse princípio implica, na verdade, um desrespeito ao princípio do contraditório”²⁶.

Argúi, ainda, que a necessidade de respeito a esse princípio “nada mais é do que a imperiosa garantia que devem ter as partes de que poderão prever, com absoluta exatidão, todos os possíveis resultados do processo”²⁷.

Decorre disso a ofensa ao sistema acusatório e ao devido processo legal, já que uma das características fundamentais do sistema acusatório é a clara distinção entre as atividades de acusar e julgar, contra as quais, sustenta Câmara, a Lei nº 11.719/2008 se mostra contrária.

Isso ocorre porque, “ao permitir que o juiz fixe o valor mínimo da indenização sem que haja demanda com este objeto, a lei acaba por fazer com que as atividades de acusar e julgar incidam sobre a mesma pessoa”²⁸.

Segundo a concepção do autor, por haver determinação na lei para que o juiz fixe o valor mínimo, este terá de segui-la e, ao fazê-lo, sem que haja um pedido, estará acusando, deixando sua imparcialidade de lado e, ao final, julgando, quando proferir a sentença.

Dessa forma, não haveria distinção entre as atividades de acusar e de julgar, já que o Ministério Público sequer teria feito pedido nesse sentido, ou

²⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 318.

²⁵ ARANDA FULLER, Paulo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 64.

²⁶ Câmara, 2009, p. 73.

²⁷ Ibidem, p. 74.

²⁸ Ibidem, p. 79.

seja, buscando a reparação do ofendido, nem foi oportunizado ao acusado questioná-lo.

Há quem sustente, inclusive, que a motivação da inaplicabilidade da norma do art. 387, inciso IV, do CPP é a mesma da adesão civil no sistema jurídico brasileiro, visto que não poderiam adequar-se ao instituto processual atual.

Távora e Antonni também opuseram-se:

Não funcionaria como um efeito automático da sentença condenatória, que até então apenas tornava certa a obrigação de indenizar. O magistrado não pode julgar *extra petita*, de sorte que só estabelecerá o valor da indenização se tal requerimento lhe foi apresentado, em regra, com a apresentação da inicial acusatória.²⁹

Sob esse enfoque, salientam que não há a figura da *parte civil* no Brasil, “podendo a vítima ou seu representante legal figurar, no máximo, como assistente da acusação”³⁰. O que existe é o dever expresso de o juiz fixar a reparação mínima, ainda que posicionamentos doutrinários refutem tal disposição.

Há, todavia, diversos outros aspectos a serem questionados em face desse instituto, mesmo que se aceite a aplicação da norma, entre os quais buscarei pincelar aqueles de maior relevância para o presente estudo.

Nota-se que a regra tem o sentido de dar celeridade e fazer com que a vítima tenha a reparação com mais rapidez, ficando clara a ideia de que, “havendo dados nos autos da ação penal que permitam a fixação do valor mínimo do dano, assim se fará”³¹.

Por outro lado, à medida que o exame da questão cível traria prejuízo ao processo penal, por sua demora e complexidade, poderá o juiz deixar para julgar a matéria no âmbito civil; caso contrário, a regra perderá seu sentido³².

²⁹ Távora, 2009, p. 182-183.

³⁰ Nucci, 2008, p. 258.

³¹ Idem, *ibidem*.

³² Nucci entende pela impossibilidade da fixação mínima em casos onde houver concorrência de culpas, consentimento por parte da vítima, for controvertida a questão, ou, ainda, quando não houver prejuízo material ou dano que comporte uma reparação pecuniária derivada do delito, como, por exemplo, os crimes contra a fé pública (Idem).

Greco Filho elucida a temática, trazendo à baila o exemplo das infrações contra o sistema financeiro, “em que o número de vítimas é grande e em que as situações de dano são variadas, o que inviabiliza qualquer estimativa no âmbito do processo penal”³³.

Significa dizer, seguindo esse entendimento, que, nos casos em que o juiz decidir pela impossibilidade de fixação do valor mínimo, não o determinará, mediante expressa justificativa.

Outra questão a ser abordada é a recursal. Nesse ponto, cumpre estabelecer a ocorrência ou não de autonomia para conhecer a matéria cível no âmbito penal.

Em que pese a sentença seja a mesma, Mendonça entende pela possibilidade de afirmar-se que são autônomas. É de se notar que, em havendo recurso apenas da reparação, com vista ao cumprimento da pena imposta, “poderá o juiz expedir guia de execução definitiva, não necessitando aguardar o resultado final do recurso para tanto”³⁴.

Aranda Fuller, no reverso desse entendimento, sustenta a impossibilidade de haver recurso sobre a reparação mínima:

A lei deixa claro que o valor arbitrado é o mínimo, e persiste aberta a via cível para a busca de valor complementar, com produção exaustiva de prova. Não há interesse recursal na estreita e inadequada via processual penal para discutir valor de indenização, se resta aberta opção de ação própria.³⁵

Apesar da divergência, não há dúvida de que a reparação será devida somente quando já houver condenação transitada em julgado, ensejando a espera do julgamento do recurso pertinente ao mérito da imputação penal.

Nessa linha, cabe ressaltar aspecto que questiona a legitimidade do Ministério Público para recorrer em relação à reparação mínima, haja vista que este não pode se imiscuir em questões patrimoniais. Em se tratando de bem

³³ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 318.

³⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008. p. 243.

³⁵ Aranda Fuller, 2009, p. 64.

disponível, o *Parquet* não estaria autorizado a recorrer no interesse da parte civil, segundo Câmara³⁶.

Outro ponto que foi largamente discutido pela doutrina, quando da entrada em vigor da Lei nº 11.719/2008, vislumbrava a adoção da nova disposição no tempo, ou seja, a partir de que momento se aplicava a regra do art. 387, IV, do CPP.

Há quem entenda³⁷ que, por ser de natureza processual, cabe sua aplicação de maneira imediata, salvo para as sentenças anteriores.

É o que também se lê em Mendonça:

A disposição deve se aplicar imediatamente, ou seja, a todas as sentenças penais condenatórias que sejam proferidas após a entrada em vigor da lei. Não se trata de aspecto penal, razão pela qual a disposição – de natureza processual – deve-se aplicar imediatamente. Ressalvam-se, é claro, as sentenças já proferidas. Não se poderia, ademais, falar em direito adquirido do acusado em ter contra si proferida uma sentença penal condenatória ilíquida.³⁸

Na perspectiva de Demoro, essa medida, em boa hora incorporada ao processo penal comum, vem a ser uma cópia da multa reparatória instituída pelo Código de Trânsito brasileiro (Lei nº 9.503/1997) como penalidade (art. 297)³⁹.

Para Sérgio Cavalieri Filho, entretanto, o legislador encontrou uma solução simplista para uma questão complexa. Em seu prefácio à obra do Desembargador Roberto de Abreu e Silva, argumenta:

O Direito é um sistema de princípios e normas harmonioso, razão pela qual não pode ser interpretado em tiras, como argutamente adverte o ministro Eros

³⁶ Nesse mesmo sentido, Alexandre Câmara afirma não parecer possível que o titular da ação penal tenha legitimidade para fazer o pedido relativo ao valor da indenização.

³⁷ Nucci sustenta essa posição (op. cit.).

³⁸ Mendonça, 2008, p. 245.

³⁹ HAMILTON, Sergio Demoro. Visão crítica das modificações na legislação processual penal brasileira: os procedimentos. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v. 5, n. 30, p. 89, jun./jul. 2009.

Grau, nem aplicado aos pedaços. O propósito de facilitar o acesso da vítima à reparação, sem a observância de princípios fundamentais, acabará por gerar inúmeros incidentes processuais, recursos aos Tribunais Superiores, arguições de nulidades que produzirão efeitos diametralmente opostos aos pretendidos pelo legislador.⁴⁰

Dessa lição exsurge a ideia até então desenvolvida de que, na interpretação e aplicação das normas, sobrepõe-se o respeito à Constituição e ao sistema acusatório. Logo, a permissão legal para que a reparação do dano seja apreciada na seara penal, requer a observância de princípios fundamentais, de modo que se possa chegar ao aprimoramento do sistema, na busca da maior eficácia jurídica.

A possibilidade de condenação *ex officio* oportunizou discussões sobre a ilegitimidade do dispositivo, por violação do sistema acusatório e do devido processo legal, bem como dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Segundo esse entendimento, a falta de pedido expresso da parte civil afronta o art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal⁴¹.

2.3 CONTROVÉRSIAS JURISPRUDENCIAIS

A par disso, em pesquisa de julgados de primeiro grau, constata-se a adoção da regra, *ab initio*, sem vislumbrar a inconstitucionalidade da lei.

Em contraposição aos posicionamentos doutrinários, a aplicação da regra por muitos magistrados deu lugar à crença elucidada pela comissão de juristas, constituída com a finalidade de realizar a reforma parcial, que levou à adoção desse novo dispositivo pelo ordenamento jurídico brasileiro.

⁴⁰ SILVA, Roberto de Abreu e. *Sentença condenatória criminal e a reparação de danos: a estratégia da atuação da vítima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. VIII.

⁴¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – 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;

[...]” (grifo nosso)

Essa crença resulta do fato de que “[...] estar-se-á dotando o processo penal de instrumentos eficazes e consentâneos com o ordenamento constitucional vigente”⁴², podendo a vítima ser desde logo satisfeita, embora parcialmente, sem necessidade de aguardar as delongas do processo civil de liquidação.

2.3.1 Decisões de 1º grau

Por conseguinte, logo após a entrada em vigor do dispositivo, ainda no ano de 2008, em processo por crime de lavagem de dinheiro e corrupção, o Juiz Federal Fausto de Sanctis, da 6ª Vara Criminal Federal de São Paulo, exarou sentença condenatória, amplamente divulgada em periódicos e nos sites jurídicos, na qual considerou para a fixação da reparação mínima o valor da propina oferecida a um delegado de polícia para excluir do caso um dos acusados e os danos morais sofridos, *in verbis*:

Tendo em vista o valor oferecido (US\$ 1.000.000.00) e os danos morais sofridos, mormente pela tese aventada de inverter a realidade fática e atribuir prática delitiva aos delegados da polícia federal, [...] na forma preconizada pela mais recente redação do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deve ser fixado em 6 (seis) vezes o valor ofertado (valor mínimo do dano causado levando em consideração o caso concreto, [...] 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.⁴³

Nessa sentença, oportuno ressaltar trecho em que o magistrado assevera ser a valoração mera questão técnica que se faz em face da prova:

⁴² BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal transformado em Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Exposição de Motivos. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

⁴³ SÃO PAULO. Justiça Federal, Sentença, Autos nº 2008.61.81.010136-1, Sexta Vara Criminal Federal, Juiz Federal Prolator Fausto Martin de Sanctis. São Paulo, 1º dez. 2008. p. 305-306. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/NUCS/decisooes/2008/2008-12-02-Satiagraha.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

Árdua é a tarefa de julgar. O juiz criminal jamais pode furtar-se da ampla análise probatória. O magistrado, segundo Nelson Hungria, “fetichista da jurisprudência, que não se doa, faz com que os fatos se meçam pela justiça, invertendo a máxima”. Despersonaliza-se. Mas qualquer juízo que se faça dos fatos, a partir desta decisão, deve considerar todos os termos desta e, mais que isso, a prova, toda ela, sobre a qual se alicerça a ação penal.

[...] Chegou-se a levar os fatos ao embate político-ideológico, desnecessário, por quanto aqui, na justiça criminal, a valoração faz-se apenas quanto a prova. Trata-se de questão obviamente técnica. Apenas isso [...].⁴⁴

Em outra sentença, da lavra do Juiz Federal Ali Mazloun, da 7ª Vara Criminal de São Paulo, quando da condenação do réu por sonegação de vultosa quantia que deveria ter sido arrecadada pela União, foi fixado, a título de reparação dos danos causados à coletividade, o valor mínimo de R\$ 3.780.000,00 (três milhões, setecentos e oitenta mil reais), a ser depositado em favor do Governo Federal para destinação exclusiva ao ensino fundamental. Na fixação do valor mínimo, o magistrado considerou que o montante sonegado pelo acusado poderia suprir o ensino de 4.200 crianças, à época, ao custo/aluno de R\$ 900,00, segundo dados do Ministério da Educação⁴⁵.

Mais recentemente, tem se verificado nas sentenças da Operação Lava-Jato – todas divulgadas pela mídia, de forma integral e ampla – a fixação de valor mínimo pelo Juiz Sérgio Fernando Moro, em favor do órgão governamental que suportou os prejuízos decorrentes dos atos de corrupção e desvios de dinheiro público, pelo que transcrevo, exemplificativamente, trecho da decisão prolatada nos autos da Ação Penal nº 5083376-05.2014.4.04.7000/PR:

606. Com base no art. 387, IV, do CPP, fixo em R\$ 29.223.961,00 o valor mínimo necessário para

⁴⁴ Idem, p. 302-303 da sentença.

⁴⁵ SÃO PAULO. Justiça Federal, Sentença Criminal, Autos nº 97.0105357-5, Sétima Vara Federal Criminal, Juiz Federal Prolator Ali Mazloun. São Paulo, 17 maio 2010. p. 15-16 da sentença. Disponível em: <<http://conjur.com.br/dl/decisao-mazloun-crime-sonegacao-.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

indenização dos danos decorrentes dos crimes, a serem pagos à Petrobras, o que corresponde ao montante pago em propina à Diretoria de Abastecimento e que, incluído como custo das obras no contrato, foi suportado pela Petrobrás. O valor deverá ser corrigido monetariamente até o pagamento.

[...]

608. Não vislumbro, porém, a título de indenização mínima, condições de fixar outro valor além das propinas direcionadas à Diretoria de Abastecimento, isso sem prejuízo de que a Petrobrás ou o MPF persiga indenização adicional na esfera cível.⁴⁶

Decisões dessa ordem têm servido de inspiração a outros magistrados, levando-os a projetar uma variedade de fatos e fundamentos em suas decisões condenatórias, não apenas tangenciando a reparação mínima diante do caso concreto, mas tornando o dispositivo aberto a um leque de possibilidades.

2.3.2 Decisões de 2º grau

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, diferentes posicionamentos foram adotados, desde o advento do art. 387, IV, do CPP, verificando-se decisões que concluíram pela necessidade da prova do prejuízo e de pedido expresso⁴⁷; pela ausência de obrigatoriedade da fixação da reparação mínima⁴⁸; pela denegação da reparação mínima à vítima, ante a ausência de contraditório e de pedido

⁴⁶ PARANÁ. Justiça Federal, Sentença Criminal, Autos nº 5083376-05.2014.4.04.7000, 13ª Vara Federal de Curitiba, Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, p. 135-136 da sentença. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/sentenca-5083376-05-2014-404.7000/view + nº processo](http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/sentenca-5083376-05-2014-404.7000/view+nº+processo)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Recurso-Crime nº 71002310910, Turma Recursal Criminal, Relª Laís Ethel Corrêa Pias, Julgado em: 19 out. 2009. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/+ nº processo](http://www.tjrs.jus.br/busca/+nº+processo)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

⁴⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Apelação-Crime nº 70032133852, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. José Antônio Hirt Preiss, Julgado em: 16 dez. 2009. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/+ nº processo](http://www.tjrs.jus.br/busca/+nº+processo)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

expresso⁴⁹; pela incompatibilidade entre a responsabilização penal e civil⁵⁰; e, inclusive, enquadrando tal disposição como de efeito extrapenal automático da sentença condenatória, que prescinde de explicitação ou motivação, não podendo sequer ser afastada sob a alegação de pobreza⁵¹.

Ao discorrer sobre o tema, em acórdão de sua relatoria, reconheceu a Desembargadora Fabianne Breton Baisch do TJRS a possibilidade de aplicação imediata do dispositivo:

[...] Através do dispositivo, viabilizou-se que, já na esfera criminal, seja fixado montante mínimo à indenização dos danos eventualmente sofridos pela vítima do crime, permitindo a imediata execução, não se obstando, por outro lado, que o *quantum* total venha a ser ainda debatido no cível e eventualmente descontado, se for o caso, o valor já arbitrado. É o que deflui da conjugação com o art. 63, o qual dispõe que “*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*”, e, o parágrafo único, que “*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*”. De modo que a fixação do valor mínimo para a reparação dos danos, na sentença criminal, valerá, de pronto, como título executivo à parte ofendida [...].⁵²

⁴⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Apelação-Crime nº 70035047109, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em: 14 abr. 2010 Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/+nº processo](http://www.tjrs.jus.br/busca/+nº+processo)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

⁵⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Apelação-Crime nº 70034922641, 6ª Câmara Criminal, Rel. Des. Mario Rocha Lopes Filho, Julgado em: 8 abr. 2010. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/+nº processo](http://www.tjrs.jus.br/busca/+nº+processo)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

⁵¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Apelação-Crime nº 70030970164, 8ª Câmara Criminal, Relª Desª Fabianne Breton Baisch, Julgado em: 9 set. 2009. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/+nº processo](http://www.tjrs.jus.br/busca/+nº+processo)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

⁵² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Apelação-Crime nº 70030852826, 8ª Câmara Criminal. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/+nº processo](http://www.tjrs.jus.br/busca/+nº+processo)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

No Tribunal de Justiça do Acre, é entendimento pacífico que a fixação da reparação mínima exige pedido expresse na denúncia:

PENAL - PROCESSO PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO QUALIFICADO - EXCLUSÃO DO VALOR PELA REPARAÇÃO DOS DANOS - INADMISSIBILIDADE - PEDIDO EXPRESSO NA DENÚNCIA - DESPROVIMENTO - 1. Mantém-se o valor fixado a título de indenização prevista no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, quando existe pedido expresse na denúncia e arbitrado de acordo com as provas dos autos. 2. Apelo conhecido e desprovido.⁵³

O Tribunal de São Paulo afastou a fixação da reparação mínima, tendo em conta a ausência de dano patrimonial, consoante julgado de junho de 2018 da 8ª Câmara de Direito Criminal, que ratificou a sentença de 1º grau, segundo a qual “deixa-se de estabelecer valor mínimo para reparação civil, tendo em vista inexistir dano patrimonial causado pelo resultado do delito (art. 387, IV, do CPP)”⁵⁴.

O Tribunal do Paraná, por sua vez, em decisão igualmente recente (outubro de 2017), entendeu ser suficiente o pedido expresse do Ministério Público, deduzido nas alegações finais, para a fixação de valor mínimo à reparação dos danos sofridos pela vítima:

APELAÇÃO-CRIME - ROUBO - SENTENÇA CONDENATÓRIA - INSURGÊNCIA RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PLEITO DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE VALOR MÍNIMO PARA A INDENIZAÇÃO DO OFENDIDO - POSSIBILIDADE - RESULTADO DANOSO CAUSADO PELO ACUSADO - PREJUÍZO COMPROVADO - PEDIDO EXPRESSO DE INDENIZAÇÃO - OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS

⁵³ ACRE. Tribunal de Justiça, Acórdão nº 26.556, Apelação nº 0010123-60.2017.8.01.0001, Foro de Origem: Rio Branco, Câmara Criminal, Rel. Des. Elcio Mendes, Julgado em: 29.05.2018, Publicado em: 04.06.2018. Disponível em: <<http://esaj.tjac.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=6FF78510F184485E3D3C03F76C934C88.cjsg1+nº+recurso>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

⁵⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça, Voto nº 11.128, Apelação nº 0001204-20.2013.8.26.0424, 8ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Alcides Malossi Junior, Julgado em: 7 jun. 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11534703&cdForo=0>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO – 1. Para que seja fixado na sentença valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, com base no art. 387, IV, do CPP, basta o pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público e a concessão de oportunidade de exercício do contraditório pelo réu. 2. A fixação do valor mínimo a título de indenização é efeito automático da sentença condenatória. No caso dos autos, inexistente ofensa ao contraditório diante de pedido expresso do Ministério Público, em alegações finais, para a fixação de valor mínimo à reparação dos danos sofridos pela vítima.⁵⁵

No curso de uma década de vigência, persiste no 2º grau a prática de decisões que aplicam o art. 387, inciso IV, do CPP e, se inovações ocorrem, dizem apenas com a destinação do valor mínimo fixado na sentença condenatória.

2.3.3 Decisões das Cortes Superiores

As Cortes Superiores, por sua vez, têm se pronunciado sobre as principais controvérsias que alcançaram a Lei nº 11.719/2008, entendendo não apenas possível, mas recomendável, a fixação do montante indenizatório a título de dano moral e/ou material.

O Supremo Tribunal Federal, reunido em composição plena, em data de 17.12.2014, ao julgar a RvC 5437, da relatoria do Ministro Teori Zavascki, embora afastando a estipulação de valor mínimo, por ausente o contraditório, oportunizou amplo debate durante a votação que trouxe à baila o posicionamento de seus integrantes sobre o tema.

Vale transcrever excertos do voto do Ministro Barroso:

34. Com efeito, entendeu-se pela necessidade de que haja pedido formal para reparação mínima dos danos.

⁵⁵ PARANÁ. Tribunal de Justiça, Processo nº 1721262-5, Acórdão nº 43905, 4ª Câmara Criminal, Rel. Celso Jair Mainardi, Julgamento: 05.10.2017, Publicação: 18.10.2017, DJ 2133. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=pesquisar>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

Porém, há outros aspectos que devem ser enfrentados: (i) a possibilidade de retroatividade da Lei nº 11.719/2008; (ii) necessidade de que o pedido indique valores e provas suficientes a sustentá-los; e (iii) possibilidade de que o pedido seja veiculado a qualquer momento antes do término da instrução.

35. Quanto à aplicação intertemporal da norma penal em questão, dada a sua natureza material, a ingressar na esfera patrimonial do réu, deve-se entender que não possui efeitos retroativos, por ser maléfica. [...]

36. No aspecto referente ao princípio do contraditório, o *quantum* da indenização há de ser debatido e avaliado ao longo do processo e cabe ao juiz a sua fixação. Todavia, ao contrário do que se decidiu recentemente no Superior Tribunal de Justiça (REsp 1265707/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, Julgado em 27.05.2014, DJe 10.06.2014), para que a defesa possa se defender e produzir contraprovas e o juiz não vulnere o princípio acusatório, impende a indicação dos valores pela acusação com lastro nas provas constantes dos autos.

37. Por isso, respondendo à terceira indagação, o pedido de fixação de valor mínimo para a reparação dos danos, formulado pela acusação ou pelo ofendido, deve ser apresentado a qualquer momento no curso da instrução processual. Ou seja, o pedido não precisa ser veiculado na denúncia, visto que se permite a produção de contraprovas pelo réu ao longo da fase instrutória.⁵⁶

De igual forma, o Superior Tribunal de Justiça firmou seu posicionamento pela viabilidade de aplicação imediata da regra.

⁵⁶ BRASÍLIA. Supremo Tribunal de Justiça, RvC 5437, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, Julgado em: 17.12.2014, Acórdão Eletrônico DJe-052, Divulg. 17.03.2015, Publ. 18.03.2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8038964>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

No AgRg-REsp 2017/0101750-5/PR, da relatoria do eminente Ministro Felix Fischer, a 5ª Turma do STJ proclamou: “A regra estabelecida pelo art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, por ser de natureza processual, deve ter aplicação imediata, inclusive a processos em curso” (DJe de 21.05.2018)⁵⁷.

Todavia, em se considerando a regra atual, não há um critério padronizado, para arbitramento do valor mínimo reparatório, devendo ser valorado frente ao caso concreto, como se depreende do acórdão prolatado no REsp 1.585.684/DF, da relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL - PENAL E PROCESSO PENAL - REPARAÇÃO CIVIL DO DANO CAUSADO PELA INFRAÇÃO PENAL - ART. 387, IV, DO CPP - ABRANGÊNCIA - DANO MORAL - POSSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO - 1. Considerando que a norma não limitou e nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, não poderá ser impedido de fazê-lo. 2. Ao fixar o valor de indenização previsto no art. 387, IV, do CPP, o juiz deverá fundamentar minimamente a opção, indicando o *quantum* que refere-se ao dano moral. 3. Recurso especial improvido.⁵⁸

Ao se posicionar sobre o reconhecimento do dano moral, inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que deve se dar com base nas regras da experiência comum do juiz.

Nesse sentido, o voto da lavra do Ministro Sebastião Reis Júnior, proferido no REsp 1.651.518/MS, julgado pela 6ª Turma do STJ, que deliberou:

⁵⁷ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça, AgRg-REsp 2017/0101750-5/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, Julgamento: 15.05.2018, DJe 21.05.2018.

⁵⁸ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.585.684/DF, 6ª Turma, Relª Min. Maria Thereza de Assis Moura, Julgado em: 09.08.2016, DJe 24.08.2016.

A aferição do dano moral, em regra, não causará nenhum desvirtuamento ou retardamento da atividade instrutória a ser realizada na esfera criminal, a qual deverá recair, como ordinariamente ocorre, sobre o fato delituoso narrado na peça acusatória; desse fato ilícito – se comprovado – é que o juiz extrairá, com esteio nas regras da experiência comum, a existência do dano à esfera íntima do indivíduo.⁵⁹

Foi, entretanto, no julgamento do Recurso Especial nº 1.675.874/MS, submetido ao rito dos recursos repetitivos, que, em voto magistral da lavra do Relator, Ministro Rogerio Schietti Cruz, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou seu entendimento sobre a possibilidade do reconhecimento do dano moral *in re ipsa*, manifestando-se também pela exigibilidade de pedido na inicial acusatória:

RECURSO ESPECIAL - RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS (ART. 1.036 DO CPC, C/C O ART. 256, I, DO RISTJ) - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER - DANOS MORAIS - INDENIZAÇÃO MÍNIMA - ART. 397, IV, DO CPP - PEDIDO NECESSÁRIO - PRODUÇÃO DE PROVA ESPECÍFICA DISPENSÁVEL - DANO *IN RE IPSA* - FIXAÇÃO CONSOANTE PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUÍZO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO - 1. O Superior Tribunal de Justiça - sob a influência dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), e em razão da determinação de que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (art. 226, § 8º) - tem avançado na maximização dos princípios e das regras

⁵⁹ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.651.518/MS, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Julgado em: 01.06.2017, DJe 13.06.2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700217158&dt_publicacao=13/06/2017>.

do novo subsistema jurídico introduzido em nosso ordenamento com a Lei nº 11.340/2006, vencendo a timidez hermenêutica no reproche à violência doméstica e familiar contra a mulher, como deixam claro os Verbetes Sumulares nºs 542, 588, 589 e 600.

2. Refutar, com veemência, a violência contra as mulheres implica defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar), criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que de algum modo compensem ou atenuem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher.

3. A evolução legislativa ocorrida na última década em nosso sistema jurídico evidencia uma tendência, também verificada em âmbito internacional, a uma maior valorização e legitimação da vítima, particularmente a mulher, no processo penal.

4. Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a Lei nº 11.719/2008, destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior, contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano – o material e o moral –, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa.

5. Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos morais experimentados pela mulher vítima de violência doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o *quantum* ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio.

6. No âmbito da reparação dos danos morais – visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói

ocorrer em ações de similar natureza –, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único – o criminal – possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada. 7. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa. 8. Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos. 9. O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa – sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o *onus probandi* é integralmente do órgão de acusação –, porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados. 10. Recurso especial provido para restabelecer a indenização mínima fixada em favor pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica. Tese: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da

parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.⁶⁰

Em seu voto, o Ministro Rogerio Schietti Cruz admite serem passíveis de reconhecimento tanto o dano moral quanto o dano material na fixação do valor mínimo indenizatório, na sentença criminal, consoante segue:

Ainda que uma ou outra voz doutrinária considere de melhor amplitude tal previsão normativa, que alcançaria apenas os danos materiais (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 822; POLLASTRI LIMA, Marcellus. *Curso de processo penal*. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1182), melhor compreensão, a meu aviso, teve a doutrina liderada, *inter alia*, por autores como Gustavo Badaró (*Processo penal*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 538) e Paulo Rangel (*Direito processual penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 601) até porque se alinha à já pacífica jurisprudência desta Corte Superior, de que a indenização da qual trata o citado dispositivo legal contempla as duas espécies de danos: o material e o moral.⁶¹

A par dos precedentes apontados, a fixação do valor mínimo indenizatório, para alguns estudiosos, continua esbarrando na lacuna legal que deixou de prever as espécies de danos e os critérios a serem observados pelo juiz criminal, a quem o legislador atribuiu a aplicação da norma, no âmbito da sentença criminal condenatória.

Não obstante, a partir da análise evolutiva das decisões que abarcam a matéria, verifica-se um salto qualitativo em relação à efetividade das garantias constitucionais, que nos remete aos ensinamentos de Luigi Ferrajoli, o qual propõe, do ponto de vista metodológico, unir a técnica jurídica com a ética dos

⁶⁰ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.675.874/MS, 3ª Seção, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Julgado em: 28.02.2018, DJe 08.03.2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1669780&num_registro=201701403043&data=20180308&formato=pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

⁶¹ Vide nota anterior.

direitos humanos. Para o jusfilósofo, “*la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional, cambian la relación entre el juez y la ley y assignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano*”⁶².

3 DA INDENIZAÇÃO DOS DANOS À VÍTIMA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

3.1 A RESPONSABILIDADE ANTE AS DIFERENÇAS

A ideia moderna de Estado entende a sociedade como sendo constituída de indivíduos, baseando-se na valorização do ser humano e prezando por uma ética da alteridade.

Conforme Dumont, desde quando o indivíduo passou a ser um indivíduo-no-mundo⁶³, entendido como o indivíduo que representa uma amostra individual da espécie e com um valor, que lhe permite ser moral, independente, autônomo e essencialmente não social⁶⁴, é que ele passou a ser mais compreendido e respeitado.

Mas foi Levinas⁶⁵ que sugeriu uma ética voltada para o respeito ao outro, trazendo como ponto de partida a alteridade, conceito este bem explicado por Timm quando refere:

O sentido propriamente dito de alteridade – vem do *outro* – o além do ser e de suas determinações, e, ao chegar a mim, pelo fato de chegar a mim, fala uma língua própria, uma linguagem cuja chave compreensiva não se encontra no universo da minha imanência intelectual ou dos invariáveis e dos absolutos, mas no processo de seu dizer, ou seja, no processamento da relação.⁶⁶

⁶² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Madrid: Editorial Trotta, p. 26.

⁶³ DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da sociedade moderna*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985. p. 37.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 63.

⁶⁵ A obra de Levinas elucida o que se poderia compreender como uma razão ética, abordando a racionalidade enquanto determinação específica do agir humano (SOUZA, Ricardo Timm. *Razões plurais: itinerários da racionalidade ética no século XX*, Adorno, Bérngson, Derrida, Levinas e Rosenzweig. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 167).

⁶⁶ Souza, 2004, p. 172.

Sob essa ótica, apenas dentro da capacidade que o *mesmo* tem de aprender sobre o *outro* é que vai poder aprender sobre ele, sendo isso muito pouco, de acordo com o pensamento levinasiano. Notadamente, “quando levamos realmente a sério o fato de que o Outro – o humano propriamente dito – não é senão a multiplicidade, [...] que eu não posso sintetizar de forma alguma em uma unidade sob o risco de violentar o essencial do ser humano: sua humanidade”⁶⁷.

Alude Timm que “o pensamento ocidental desdobra-se fundamentalmente como uma obsessiva redução da multiplicidade à unidade”⁶⁸. A propósito, discorre:

O sujeito moderno falhou com suas promessas, não foi capaz de sustentar a responsabilidade pelo que não é ele, criado e educado que foi para sustentar-se apenas a si mesmo na solidão de uma razão onipotente e omnideterminante, e cujo mero exercício da liberdade determinava já toda a justificação que esse exercício demandava. Porém, agora, após as grandes crises do século XX, a minha ideia de subjetividade não é mais suficiente para a sustentação de minha subjetividade real – eis uma das mais dolorosas descobertas da consciência contemporânea⁶⁹ – a qual se sustentará, agora, na efetividade dos atos que assumem sentido enquanto suporte da alteridade.⁷⁰

A crise de fundamentos e seus efeitos, sentidos hoje, herdamos de nossa tradição, cujos padrões são insuficientes para a compreensão de nosso momento histórico e para a captação das motivações civilizatórias⁷¹.

Por isso, é a responsabilidade ante as diferenças que se deve analisar quando da aplicação do Direito, visto que “as condições possíveis de uma

⁶⁷ SOUZA, Ricardo Timm. *Entorno à diferença: aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 27.

⁶⁸ Souza, 2008, p. 26.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 28.

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ *Ibidem*, p. 123.

condição de ser humano, que faça justiça ao essencial do humano concreto, não se baseia em cartas de boas intenções, mas em ações éticas”⁷².

Para Timm, a razão tem que ser replanejada, novamente arquitetada, sendo necessário “mergulhar nas exigências do mundo e dali extrair condições para um redimensionamento radical, para o estatuto de legitimação da racionalidade, uma racionalidade que se anuncia ousadamente, plural”⁷³. Isto porque as pessoas são plurais.

Diante disso, partindo-se de uma ética da alteridade, é dizer, do respeito ao outro e às diferenças, deve o processo penal e as suas particularidades se desenvolver.

Portanto, ante essa pluralidade, a reparação do dano na sentença criminal há que ser vislumbrada não apenas pela perspectiva da vítima, mas em face também da observância às garantias constitucionais do acusado, possibilitando-lhe a ampla defesa e o devido processo legal.

Notadamente, o tema não é de simples compreensão ou aplicação; a toda evidência, exsurge ancorado em bases bem mais profundas que as ora apresentadas.

3.2 A ALTERAÇÃO PARA O SISTEMA DE ADESÃO CIVIL NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Objetivando, pois, a reforma global do Código de Processo Penal, encontra-se em tramitação o projeto do novo Código de Processo Penal, elaborado por uma comissão de juristas, coordenada pelo Ministro Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça.

O projeto do novo Código de Processo Penal⁷⁴, que inova radicalmente em alguns pontos e apresenta-se conservador em outros, conforme reconhecido pela própria Comissão, foi votado e aprovado pelo Senado Federal, seguindo para análise e votação na Câmara dos Deputados.

⁷² *Ibidem*, p. 29.

⁷³ *Ibidem*, p 89-90.

⁷⁴ PL 8.045/2010, originário do PLS 156/2009.

Consoante salientado, na exposição de motivos do anteprojeto⁷⁵, subscrita pelo Ministro Hamilton Carvalhido, Coordenador da Comissão, e, pelo Relator-Geral, Eugênio Pacelli de Oliveira, “do ponto de vista instrumental, o anteprojeto acolhe os méritos de recentes reformas da legislação processual penal”⁷⁶, que alteraram os procedimentos em processo penal.

Segundo esclarecem no mesmo texto, “a experiência judiciária cuidou de demonstrar algumas dificuldades imediatas na aplicação de determinadas normas, fruto das particularidades concretas de situações específicas, a recomendar um novo acomodamento legislativo”. Essas dificuldades foram constatadas quando do exame das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.

Além disso, resta bem claro na justificação que a ação penal e a eventual necessidade de aplicação de sanção penal “somente se legitimam no interesse público, não se encontrando à disposição dos interesses e motivações do particular, ainda que seja a vítima”⁷⁷. Tal posicionamento coaduna-se com o entendimento de Timm, de modo a não permitir que haja a redução da multiplicidade à unidade.

Na nova lei, destaca-se importante alteração da posição da vítima no contexto processual penal, segundo exposição dos legisladores:

Convergem para ela inúmeras atenções, não só no plano de uma simbologia necessária à criação e ao fomento de uma cultura de respeito à sua contingente condição pelos órgãos públicos, mas no interior do próprio processo, admitindo-se agora, e à maneira que já ocorre em muitos países europeus, a adesão civil da vítima ao objeto da ação penal.⁷⁸

⁷⁵ BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal transformado em Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

⁷⁶ Lei nº 11.689, Lei nº 11.690 e Lei nº 11.719, todas do ano de 2008, além da Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009.

⁷⁷ Ainda na Exposição de Motivos.

⁷⁸ Projeto de Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A6B96F2875978675FFBBC12EDC4D06A9.proposicoesWeb1?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 20 jun. 2018.

O Projeto de Lei⁷⁹, em seu art. 90, traz a conceituação da figura da vítima no processo penal:

Art. 90. Considera-se “vítima” a pessoa que suporta os efeitos da ação criminosa, consumada ou tentada, dolosa ou culposa, vindo a sofrer, conforme a natureza e as circunstâncias do crime, ameaças ou danos físicos, psicológicos, morais ou patrimoniais, ou quaisquer outras violações de seus direitos fundamentais.

Em vista disso, a vítima poderá ingressar nos autos, não só como assistente da acusação, mas também como *parte civil*, ou em ambas as posições, o que, processualmente, lhe possibilita ser contemplada na sentença penal condenatória.

A parte civil deverá estar representada judicialmente por seu advogado, e, caso não disponha de condições para custear um, ser-lhe-á nomeado defensor público, ainda que somente para fins do ato de adesão civil à ação penal.

Quanto à matéria, cumpre registrar que a possibilidade de ingresso no processo como parte civil estende-se aos familiares próximos e ao representante legal:

Art. 92. Os direitos previstos neste Capítulo estendem-se, no que couber, aos familiares próximos e ao representante legal, quando a vítima não puder exercê-los diretamente, respeitadas, quanto à capacidade processual e legitimação ativa, as regras atinentes à assistência e à parte civil.

Na mesma senda, visando não deixar dúvidas sobre os direitos inerentes à pessoa da vítima no processo penal, mas deixando claro não pretender esgotá-los, dispõe o art. 91 do Projeto:

Art. 91. São direitos assegurados à vítima, entre outros:

I - ser tratada com dignidade e respeito condizentes com a sua situação;

⁷⁹ Idem.

II - receber imediato atendimento médico e atenção psicossocial;

III - ser encaminhada para exame de corpo de delito quando tiver sofrido lesões corporais;

IV - reaver, no caso de crimes contra o patrimônio, os objetos e pertences pessoais que lhe forem subtraídos, ressalvados os casos em que a restituição não possa ser efetuada imediatamente em razão da necessidade de exame pericial;

V - ser comunicada:

a) da prisão ou soltura do suposto autor do crime;

b) da conclusão do inquérito policial e do oferecimento da denúncia;

c) do eventual arquivamento da investigação, nos termos do art. 39;

d) da condenação ou absolvição do acusado;

VI - obter cópias de peças do inquérito policial e do processo penal, salvo quando, justificadamente, devam permanecer em estrito sigilo;

VII - ser orientada quanto ao exercício oportuno do direito de representação, de ação penal subsidiária da pública, de ação civil por danos materiais e morais, da *adesão civil à ação penal* e da composição dos danos civis para efeito de extinção da punibilidade, nos casos previstos em lei;

VIII - prestar declarações em dia diverso do estipulado para a oitiva do suposto autor do crime ou aguardar em local separado até que o procedimento se inicie;

IX - ser ouvida antes de outras testemunhas, respeitada a ordem prevista no *caput* do art. 276;

X – peticionar às autoridades públicas para se manifestar a respeito do andamento e deslinde da investigação ou do processo, bem como manifestar as suas opiniões;

XI – obter do autor do crime a reparação dos danos causados, assegura a assistência de defensor público para essa finalidade;

XII – intervir no processo como assistente do Ministério Público ou como parte civil para o pleito indenizatório;

XIII – receber especial proteção do Estado quando, em razão de sua colaboração com a investigação ou processo penal, sofrer coação ou ameaça à sua integridade física, psicológica ou patrimonial, estendendo-se as medidas de proteção ao cônjuge ou companheiro, filhos, familiares e afins, se necessário for;

XIV – receber assistência financeira do Poder Público, nas hipóteses e condições específicas fixadas em lei;

XV – ser encaminhada a casas de abrigo ou programas ou programas de proteção da mulher em situação de violência doméstica e familiar, quando for o caso;

XVI – obter, por meio de procedimentos simplificados, o valor do prêmio do seguro obrigatório por danos pessoais causados por veículos automotores. (grifo nosso)

Assim, após reconhecer na exposição de motivos ter buscado uma fórmula menos ambiciosa que a utilizada em outros países, tal como Portugal e Espanha, porém mais ágil e eficiente que estas, o projeto do novo Código de Processo Penal traz expresso em seu texto a adoção pelo sistema de *adesão facultativa*:

Adesão civil facultativa

Art. 272. Com ou sem adesão civil, o juiz mandará citar o acusado para oferecer resposta escrita no prazo de 10 (dez) dias.

Alguns doutrinadores já vinham defendendo a ideia de que, para a conformidade constitucional e consequente viabilidade de acesso à reparação

de danos civis pela vítima, no âmbito criminal, há necessidade de introduzir no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de adesão civil.

Roberto de Abreu é um dos defensores dessa ideia:

[...] deve inserir-se o processo de adesão da parte civil no processo penal – *de lege ferenda* – no sistema jurídico brasileiro, por opção da vítima, sem prejudicar sua preferência para a utilização da ação civil separada da ação penal [...] O pedido de adesão da vítima à ação penal constitui instrumento de prevenção de incidentes processuais e de legitimação da ação civil no processo penal brasileiro objetivando o acesso à vítima à reparação de danos civis causados pelo ilícito criminal.⁸⁰

Comparativamente à aplicação da reparação, prevista na Lei nº 11.719/2008, o tratamento dado aos dispositivos que alteram o Código de Processo Penal, em trâmite no Congresso, apresenta-se completamente diverso.

Uma diferença nuclear se perfaz no momento da ampliação do objeto do processo penal, eis que, no diploma legal de 2008, existe a possibilidade de o réu ser surpreendido com o alargamento referente à indenização na fase decisória, enquanto que, no projeto de lei de 2009, isso não ocorre. O objetivo deste é que a vítima promova a adesão civil à imputação penal antes do recebimento da denúncia e da resposta do acusado, ou seja, no início do procedimento, de modo a introduzir na ordem jurídica brasileira a parte civil e permitir o contraditório⁸¹.

3.3 O DANO MORAL COMO OBJETO DA INDENIZAÇÃO

No intuito de pôr fim à discussão sobre quais danos poderiam ser considerados para efeito de fixação da indenização no âmbito da sentença

⁸⁰ SILVA, Roberto de Abreu e. *Sentença condenatória criminal e a reparação de danos: a estratégia da atuação da vítima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 56-57.

⁸¹ No Direito espanhol: “Com arreglo al art. 108 L.E. Cr., el Ministerio Fiscal ha de entablar la acción civil juntamente con la acusación, haya o no en el proceso acusador particular, a no ser que el ofendido hubiere renunciado expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización [...] pero ejercitada solo la acusación, se entenderá utilizada también la acción civil, a no ser que el perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal [...]” (GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires, 1935. p. 185).

criminal, optaram os legisladores pelos danos morais, justificando ter se mostrado “o mais adequado, para o fim de se preservar a celeridade da instrução criminal, impedindo o emperramento do processo, inevitável a partir de possíveis demandas probatórias de natureza civil”⁸².

Atentos, ainda, às dificuldades empíricas advindas em face das alterações introduzidas pela Lei nº 11.719/2008, “que permitiu a condenação do réu ao pagamento apenas de parcela mínima dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos efetivamente comprovados”⁸³, ressaltam os legisladores que “a sentença penal condenatória poderá arbitrar indenização pelo dano moral causado pela infração penal, sem prejuízo da ação civil, contra o acusado e o eventual responsável civil, pelos danos materiais existentes”⁸⁴.

Assim, consta do projeto de lei:

Art. 423. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

[...]

IV - arbitrar o valor da condenação civil pelo dano moral, se for o caso;

V - declarará os efeitos da condenação, na forma dos arts. 91 e 92 do Código Penal;

[...].

Por esse dispositivo é que se insere a figura da reparação do dano no processo penal, permitindo o ressarcimento do dano moral, ocasionado pelo crime, que poderá ser executado tanto no juízo cível quanto no criminal.

A diferença mais relevante do projeto decorre justamente da delimitação dos danos passíveis de reparação, à medida que o objeto da indenização abrange tão somente os danos morais derivados diretamente do fato delituoso descrito na imputação.

Exsurge, entretanto, que a indenização civil no processo penal, assim como na sistemática vigente, resultará circunscrita à condenação. A par de o projeto estabelecer apenas a possibilidade de fixação de valor para compensar

⁸² Exposição de Motivos da PLS 156/2009.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ *Idem*.

os danos morais, ao ser instaurado um processo cível para tal fim, abrir-se-á um vasto rol de possibilidades.

Apenas para exemplificar, a Súmula nº 387⁸⁵ do Superior Tribunal de Justiça prevê a possibilidade de cumulação entre dano estético e moral. Este, na esfera penal, deve ser entendido como o dano violador da personalidade, ou seja, da própria dignidade da pessoa humana: o dano moral *in re ipsa*.

Todavia, até mesmo esse instrumento não está distante de qualquer crítica. Em contraposição à ideia de adesão civil, argumenta-se pela inconstitucionalidade do instituto, na medida em que haveria, em especial, desproteção do acusado e impossibilidade de produção de provas pela natureza distinta do objeto dos processos.

Nessa direção, acena Greco Filho:

Essa prática será terrivelmente danosa e perturbadora para o processo penal, porque a discussão derivar-se-á para a indenização civil, desviando o curso e objeto do processo [...] que será fatalmente perturbado, devendo, então, remeter as partes para o juízo cível competente.⁸⁶

Em sentido contrário, Figueiredo Dias sustenta:

A indiscutível ajuda que o processo de adesão presta ao fim retributivo e preventivo da pena [...] incentivando inclusivamente (o que é cada vez mais importante) a colaboração dos particulares na luta contra a criminalidade; e, não por último, o fato de lhe poderem estar ligadas certas vantagens processuais, como a exclusão de julgamentos contraditórios e a indiscutível economia processual que comporta.

Quanto a nós, porém, a sua maior vantagem, que o torna um instrumento indispensável em qualquer Estado-de-direito social dos nossos dias, reside em permitir uma realização mais rápida, mais barata e mais eficaz do direito do lesado à indenização.⁸⁷

⁸⁵ Súmula nº 387 do STJ: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

⁸⁶ Greco Filho, 2009, p. 318-319.

⁸⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, v. 1, 1974. p. 562.

Sobre o tema, Alexandre Câmara aduz ser “absolutamente essencial que isso tenha sido pedido, sob pena de se ter uma sentença incongruente”⁸⁸. Adverte, porém, que representaria o reconhecimento da competência do juízo criminal para o processo civil que tivesse por objeto a reparação do dano advinda de um delito⁸⁹.

Há, todavia, quem entenda que as desvantagens trazidas pelo instituto serão maiores que as vantagens de sua aplicação, pelo fato de que o processo penal pressupõe paridade entre o órgão de acusação e de defesa, circunstância que seria afetada pela adesão civil à imputação penal. A adesão civil poderá induzir a um desequilíbrio nessa relação pelo manifesto reforço na acusação.

Nessa abordagem, Goldschmidt chama a atenção, para a combinação de elementos processuais civis e penais. Refere que:

*El proceso acusatorio ha configurado el proceso penal según el modelo del proceso civil como un “actus trium personarum”. [...] Pero por eso no hay que construir el proceso acusatorio mecánicamente según el proceso civil. La situación jurídica del querellante es completamente otra que la del actor.*⁹⁰

Certo é, porém, que o novo Código de Processo Penal outorgará ao juiz criminal competência para fixar indenização, na sentença condenatória criminal, tomando por base tão somente os danos morais sofridos pelo ofendido.

Cabe, pois, assentar o conceito atribuído a dano moral, trazendo para tanto a descrição dada por Núñez:

Daño moral es el agravio moral que el delito ha hecho sufrir la persona, molestándola en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas (art. 1.078). Es lo que la doctrina alemana, con una expresión gráfica, llama el precio de las lágrimas, esto es, el precio de los sufrimientos causados por el delito al afectar la seguridad o el sentimiento de seguridad personal del damnificado (mediante el daño de su cuerpo o de su salud, o mediante la privación de su

⁸⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal: reflexões sobre a Lei nº 11.179/2008. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v. 10, n. 56, p. 74, jun./jul. 2009.

⁸⁹ Idem, *ibidem*.

⁹⁰ Goldschmidt, 1935, p. 49.

libertad personal, o atemorizándolo de alguna manera etc.), o perturbando el tranquilo goce de sus bienes (mediante el uso violento de su inmueble, o la sustracción de su cosa, o la ofensa de su honor, o la violación de su secreto, etc., etc.), o, en fin, hiriendo sus afectos legítimos (mediante el homicidio del pariente, o la lesión de este etc.).⁹¹

Como critério para sua quantificação, é cabível agregar à valoração do prejuízo moral o conteúdo da norma do art. 994 do Código Civil brasileiro, a fim de também considerar “a gravidade da falta jurídica cometida: intencional (dolo direto ou indireto), não intencional (negligência, imprudência ou imperícia) ou se responde objetivamente independente de culpa”⁹². Diz a norma:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Estabelecidas, pois, as questões de maior relevância acerca do assunto, importa sinalar que o processo da adesão civil, em sendo aplicado de acordo com os princípios fundamentais, em conformidade com o sistema acusatório e respeitando o devido processo legal, poderá constituir-se em importante instrumento dentro do processo penal, por sua função preventiva e repressiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No dizer de Pontes de Miranda,

o homem que causa damno a outrem, não prejudica sómente a este, mas á ordem social; a reparação para o offendido não adapta o culpado á vida social, nem lhe corrige o defeito de adaptação. O que faz é consolar o prejudicado, com a prestação do equivalente ou, o que

⁹¹ NÚÑEZ, Ricardo C. *La accion civil para la reparacion de los perjuicios en el proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1948. p. 56.

⁹² SILVA, Roberto de Abreu e. *Sentença condenatória criminal e a reparação de danos: a estratégia da atuação da vítima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 17-18.

é mais preciso e exacto, com a expectativa jurídica da reparação.⁹³

Em seu magistério, o renomado jurista traduziu o que penso mais se aproxime do espírito que moveu o legislador a introduzir a reparação civil no âmbito penal.

O prejuízo alcança toda a sociedade, não apenas à vítima, restando a esta a expectativa da indenização, que, por sua vez, deve ser atendida de imediato, uma vez reconhecida a culpa do acusado, mediante a prolação da sentença condenatória.

É forçoso concluir, pelo que se extrai dos Códigos Processuais, que, após terem sido adotados sequencialmente os sistemas da adesão facultativa, da adesão obrigatória e da separação relativa das ações, as leis brasileiras sobre a matéria – posteriores à Lei nº 261/1841 – mantiveram o princípio da independência. Por outro lado, a legislação avança para a adoção do sistema da adesão facultativa e, nessa perspectiva, a tendência é uma crescente linearidade nos textos doutrinários sobre a matéria.

A toda evidência, a necessidade de uma adequação constitucional e sistemática do instituto mostra-se quase unânime, objetivo que se pode alcançar a partir da inserção da *parte civil* no ordenamento jurídico-processual brasileiro, como já ocorre em diversos outros países.

Os problemas vislumbrados pela doutrina e pela jurisprudência, consoante destacado no estudo, são de ordem procedimental e, ao que parece, sofrerão alteração adequada na reforma global do Código de Processo Penal que se anuncia, o que ensejará um estudo aprofundado acerca da atuação da parte civil, do Ministério Público e do magistrado, frente à adoção do sistema da adesão civil.

Muito embora a Lei nº 11.719/2008 não tenha se mostrado suficientemente clara e coerente no que tange à reparação mínima, ao anteceder forte tendência à aproximação das ações, tornou possível projetar um grande progresso em prol da vítima, oportunizando que a reforma global do Código de Processo Penal incorporasse o sistema da adesão civil facultativa.

⁹³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Manual do Código Civil brasileiro*. Direito das obrigações. Das obrigações por actos ilícitos. Artigos 1.518 a 1.526. Rio de Janeiro: Jacintho, v. 16, parte 3, t. 1, 1927. p. 3.

De qualquer forma, em sendo adotada no Código Processual Penal brasileiro a adesão civil, esse sistema não poderá afastar-se da obrigatoriedade de observar os princípios constitucionais, e, em última via, o sistema acusatório.

Por outro lado, entendo que trará maior harmonia procedimental ao ordenamento, porque tem a finalidade de tratar da fixação da reparação do dano na esfera penal, utilizando-se do mesmo procedimento para definir a imputação penal e assegurar a composição civil dos danos, sem que haja violação ao contraditório, à ampla defesa e ao princípio da correlação.

O tema constitui uma das principais alterações no procedimento processual penal, a despeito de se ter destacado como uma questão polêmica prevista no rito atual, pois a abertura para a discussão sobre indenização civil não deixa de representar um acréscimo no objeto do processo penal. Ademais, ao limitar a reparação na sentença condenatória criminal aos danos morais, presta-se também a elucidar a controvérsia sobre a viabilidade ou não de fixação do dano moral no âmbito criminal.

Por oportuno, nunca é demais reiterar a importância do uso constitucionalmente adequado dos novos dispositivos que estão por vir, a fim de não se cair na inefetividade processual, o que vem ocorrendo frente à reforma parcial em matéria de reparação do dano.

Consequência disso - espera-se - será a diminuição das controvérsias jurisdicionais, o aumento da celeridade processual, bem como a diminuição dos recursos aos tribunais, evitando também a inefetividade da lei.

REFERÊNCIAS

ACRE. Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://esaj.tjac.jus.br>>.

ARANDA FULLER, Paulo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. (Constituição, 1824). Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>.

_____. Código Criminal do Império do Brasil. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/104060/lei-32>>.

_____. Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/104058/lei-261-41>>.

_____. Projeto de Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/>>.

_____. Senado Federal. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/>>.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/>>.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal: reflexões sobre a Lei nº 11.179/2008. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v. 10, n. 56, jun./jul. 2009.

CAVALLIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, v. 1, 1974.

DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da sociedade moderna*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Madrid: Editorial Trotta.

GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires, 1935.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do Código de Processo Penal brasileiro: pontos de contato com o direito estrangeiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 169, mar. 2009.

HAMILTON, Sergio Demoro. Visão crítica das modificações na legislação processual penal brasileira: os procedimentos. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v. 5, n. 30, jun./jul. 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Manual do Código Civil brasileiro*. Direito das obrigações. Das obrigações por actos ilícitos. Artigos 1.518 a 1.526. Rio de Janeiro: Jacintho, v. 16, parte 3, t. 1, 1927.

NOVO Código Civil brasileiro: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, Legislação Codificada e Extravagante. Prefácio Miguel Reale. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Reformas do processo penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

NÚÑEZ, Ricardo C. *La accion civil para la reparacion de los perjuicios en el proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1948.

PARANÁ. Justiça Federal. Disponível em: <<https://www.jfpr.jus.br/>>.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>.

SÃO PAULO. Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/>>.

SCARANCE FERNANDES, Antônio; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Estado na reparação do dano à vítima de crime. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 678, abr. 1992.

SILVA, Roberto de Abreu e. *Sentença condenatória criminal e a reparação de danos: a estratégia da atuação da vítima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOUZA, Ricardo Timm. *Entorno à diferença: aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Razões plurais: itinerários da racionalidade ética no século XX*, Adorno, Bérgson, Derrida, Levinas e Rosenzweig. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de direito processual penal*. 3. ed. São Paulo: JusPodium, 2009.

Submissão em: 26.07.2015

Avaliado em: 15.05.2017 (Avaliador C)

Avaliado em: 25.05.2017 (Avaliador D)

Aceito em: 26.06.2018

