



LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE – UNI-RN
CURSO DE DIREITO

ANTÔNIO AUTO DAMAS FERREIRA

REPARAÇÃO DE DANOS NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA:
INEFETIVIDADE DA LEI 11.719/2008 QUANTO AO VALOR MÍNIMO
REPARATÓRIO

NATAL (RN)

2015

ANTÔNIO AUTO DAMAS FERREIRA

REPARAÇÃO DE DANOS NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA:
INEFETIVIDADE DA LEI 11.719/2008 QUANTO AO VALOR MÍNIMO
REPARATÓRIO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à coordenação do Curso de
Direito do Centro Universitário do Rio
Grande do Norte (UNI-RN) como requisito
parcial à obtenção do título de bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sandresson de
Menezes Lopes.

NATAL (RN)

2015

Catálogo na Publicação – Biblioteca do UNI-RN
Setor de Processos Técnicos

Ferreira, Antônio Auto Damas.

Reparação de danos na sentença penal condenatória: inefetividade da lei 11.719/2008 quanto ao valor mínimo reparatório / Antônio Auto Damas Ferreira. – Natal, 2015.
39 f.

Orientador: Prof. Dr. Sandresson de Menezes Lopes.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

1. Reparação de danos – Monografia. 2. Fixação de valor mínimo – Monografia. 3. Efetividade – Monografia. 4. Contraditório – Monografia. 5. Ampla defesa – Monografia. I. Lopes, Sandresson de Menezes. II. Título.

RN/UNI-RN/BC

CDU 343.1

ANTÔNIO AUTO DAMAS FERREIRA

**REPARAÇÃO DE DANOS NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA:
INEFETIVIDADE DA LEI 11.719/2008 QUANTO AO VALOR MÍNIMO
REPARATÓRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à coordenação do Curso de
Direito do Centro Universitário do Rio
Grande do Norte (UNI-RN) como requisito
parcial à obtenção do título de bacharel
em Direito.

Aprovado em ____ / ____ / ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Sandresson de Menezes Lopes
Orientador

Prof^a. Nelisse de Freitas Josino Vasconcelos

Prof. Luiz Eduardo Marinho

As maravilhas de Deus estão ao nosso
dispor por toda a vida, basta que
lutemos para conquistar o espaço que é
nosso no mundo. Obrigado a todos que
fizeram parte dessa minha longa e feliz
trajetória.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer primeiramente a Deus, por ter me possibilitado permanecer firme durante toda essa trajetória, na certeza de que esse caminho é que irá me levar à realização dos todos meus sonhos!

Aos meus pais Pedro e Josefá (In Memoriam), que são minha maior inspiração de vida.

A minha companheira Kátia Maranhão, que nos momentos mais difíceis e de sonos perdidos, foi fonte de inspiração e superação dos obstáculos advindos desta grande caminhada, aos meus filhos Ana Beatriz, Victor Hugo e Carlos Gabriel e enteados Alesy, João Victor e Pedro de Lucas, onde tento passar exemplo de luta, garra para que os mesmo se inspirem, aos meus irmãos: José de Arimateia (In Memoriam), Raimundo, Milton, Nazareno, Auto Antônio, Hélio, Olinda, Lucia, Maria José, Maria de Lourdes, Noélia Damas, aos meus sobrinhos e sobrinhas.

Agradeço aos ensinamentos de todos os professores, principalmente ao meu orientador, Sandresson Meneses, que é um exemplo de profissional, no qual quero me espelhar.

Dedico o meu TCC para todos aqueles que fizeram do meu sonho real, me proporcionando forças para que eu não desistisse de ir atrás do que eu buscava para minha vida. Muitos obstáculos foram impostos para mim durante esses últimos anos, mas graças a vocês eu não fraquejei. Obrigado por tudo família, professores, amigos e colegas.

RESUMO

Este trabalho aborda as alterações da reforma do Código de Processo Penal, trazidas pela Lei 11.719/2008, principalmente quanto à nova redação do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, e aos outros procedimentos processuais. Assim, analisaremos a efetividade dos princípios processuais constitucionais como, Ampla Defesa, Contraditório e Devido Processo Legal, na aplicação do artigo supracitado, mostrando as divergências e controvérsias existentes na doutrina e jurisprudência, tendo em vista os aspectos referentes à autonomia no âmbito cível e criminal, bem como à disponibilidade do direito ao ressarcimento dos danos. Esse breve estudo também abordará legitimidade do representante do Ministério Público para requerer a fixação do valor mínimo dos danos; e à possibilidade do magistrado fixar o valor de ofício, e a obrigatoriedade ou não de fixação do mínimo indenizatório quando não houver pedido na inicial, verificando as posições jurisprudenciais quanto ao quanto ao valor mínimo reparatório exigido no art. 387, IV, do CPP.

Palavras-chave: Reparação de danos. Fixação de valor mínimo. Efetividade. Contraditório. Ampla defesa.

LISTA DE ABREIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
Ac.	Acórdão
CC	Código Civil Brasileiro – Lei 10.406/2002
CF	Constituição Federal
Cód.	Código
CP	Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848/1940
CPC	Código de Processo Civil – Lei nº 5.869/1973
CPP	Código de Processo Penal – Lei nº 3.869/1941
DJU	Diário do Judiciário da União
Nº	Número
P.	Página
Parág.	Parágrafo
Por ex.	Por exemplo
Rel.	Relator
Resp.	Recurso Especial
Súm.	Súmula
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
T.	Turma
TJ	Tribunal de Justiça
TFR	Tribunal Federal de Recursos
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 AÇÃO CIVIL <i>EX DELICTO</i> E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 1.719/2008 ...	9
2.1 IMPORTÂNCIA E (IN)EFETIVIDADE DA FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO	11
2.2 CELERIDADE PROCESSUAL	13
3 (IN)EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCINAIS PROCESSUAIS FRENTE ÀS INOVAÇÕES DA LEI 11.719/2008.....	20
3.1 LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO	22
3.2 OBRIGATORIEDADE OU NÃO DA FIXAÇÃO DO MÍNIMO INDENIZATÓRIO ...	24
3.3 APLICAÇÃO <i>EX OFFICIO</i> DA REPARAÇÃO DE DANOS PELO MAGISTRADO E O PRINCÍPIO DA INÉRCIA.....	25
4 (IM)POSSIBILIDADE DA REPARAÇÃO DE <i>QUANTUM</i> INDENIZATÓRIO AOS DANOS MORAIS	30
4.1 (IM)POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE LUCROS CESSANTES.....	33
5 CONCLUSÃO	35
REFERÊNCIAS.....	37

1 INTRODUÇÃO

O advento da Lei 11.719/2008 teve como escopo primordial dar efetividade à reparação de danos causados ao ofendido, modificando o procedimento na ação civil *ex delicto*, isso decorre do fato no qual a vítima era deixada em segundo plano, enquanto a atenção do legislador estava voltada ao acusado.

Assim sendo, buscou o legislador inovar o procedimento reparatorio, fazendo com que a vítima fosse beneficiada com um tratamento mais célere e eficaz à ação indenizatória pelo dano a ela causado, inovando com o art. 387, inciso, IV, do Código de Processo Penal (CPP). Com isso, passou o magistrado a poder fixar a título indenizatório uma quantia mínima concernente aos danos suportados pela vítima.

Inicialmente, convém ressaltar, que o a reforma processual penal buscou melhorar a situação do ofendido não só quando a fixação do valor mínimo reparatorio, mas, também, quanto a outros institutos processuais que farão com que o objetivo da lei seja alcançado.

Em seguida, serão abordados os motivos de inserção da reparação de danos na esfera criminal, bem como as razões que mostram que tal medida não tem efetividade, tendo em vista que a celeridade poderá não ser alcançada já que a indenização refere-se à de valores mínimos. Com isso, trataremos de um dos principais objetivos da Lei 11.719/2008, no que consiste em dar celeridade à reparação de danos na sentença penal condenatória.

Dando seguimento ao estudo, discutiremos a efetividade dos princípios constitucionais processuais como Ampla Defesa, Contraditório, e Devido Processo Legal, na aplicação do art. 387, inciso IV, CPP, questionando, aqui, a legitimidade do representante do Ministério Público em requerer a indenização cível para o ofendido. Explanaremos aqui a impossibilidade da fixação de danos indenizatórios *ex officio*, tendo em vista que o Magistrado está limitado a conceder o que foi pleiteado pela acusação, bem como, a obrigatoriedade ou não da fixação do mínimo indenizatório quando não houver pedido na inicial expresso.

Por fim, será tratado que o art. 387, inciso IV, do CPP, deixa evidente a reparação de danos de cunho material, contudo, é omissa quanto aos delitos que deixam prejuízos morais, bem como quando o ofendido deixou de obter lucro em decorrência do crime sofrido, ou seja, os lucros cessantes, abordando em todos os aspectos os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema.

2 AÇÃO CIVIL *EX DELICTO* E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 11.719/2008

Conforme a legislação pátria, as fixações de quantum indenizatório pelos danos decorrentes de ilícitos penais a outrem terão como uma de suas consequências a responsabilização civil do autor do ilícito penal, instituindo, ainda, para este a obrigação de indenizar os prejuízos causados ao ofendido.

Sempre que o prejuízo existir em decorrência de um ilícito penal haverá uma ação correspondente visando à satisfação do dano e que é a *actio civilis ex delicto*. Conforme doutrina de Tourinho Filho (2010, p. 259) essa ação, “é aquela que se intenta visando à reparação ou satisfação do dano produzido pela infração”. A reforma no processo penal que alterou o art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal teve como escopo dirimir o longo caminho percorrido na fase de liquidação da sentença penal condenatória. Quanto à natureza da ação de reparação do dano advindo do ato ilícito, enfatiza o doutrinador Anastácio Tahim Júnior (2004, p. 29):

A seleção dos principais aspectos que, a um só tempo, caracterizam e apartam a ação civil *ex delicto* fundada no Código de Processo Penal brasileiro pode revelar que, a título de reparação de danos decorrentes de delito, veicula uma pretensão de natureza puramente individual, disponível e patrimonial, presente na base dos direitos subjetivos clássicos.

Tal obrigação de reparar os danos oriundos de crime tornou-se norma expressa pela Lei nº 11.719/08, que alterou a redação do inciso IV, do art. 387, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), dando ensejo, em sede doutrinária, ao surgimento de distintos questionamentos e debates, sobre os quais iremos tratar nos próximos tópicos.

O advento da Lei 11.719/08 trouxe mudanças significativas no texto do Código de Processo Penal, como inovações relativas à *emendatio libelli*, *mutatio libelli*, suspensão do processo e aos procedimentos relacionando com a ação civil *ex delicto*, contudo a principal será quanto à nova redação do art. 387, inciso IV, do mesmo dispositivo legal e a inserção do parágrafo único ao art. 63, que trata da fixação de um mínimo indenizatório na transação penal pelo juiz criminal. Assim sendo, o acusado poderá exercer o seu direito de defesa, podendo, ainda, discutir os valores dentro do processo criminal, caso ocorra sua condenação.

A *emendatio libelli*, prevista no art. 383 do Código de Processo Penal, versa sobre a correção da inicial com o escopo de adequar o fato narrado e efetivamente

comprovado, ao tipo penal previsto na legislação. Na legislação atual, após a reforma processual penal no ano de 2008, ao juiz é facultado atribuir definição jurídica diversa à dos autos, mesmo que esta seja mais grave. Porém, não pode haver alteração na descrição do fato, mas, se tal definição permitir a suspensão condicional do processo, deverá o juiz proceder de acordo com o disposto em lei, e aplicável ao caso. Assim leciona Guilherme Nucci:

[...] tal concepção - de que o acusado se defende apenas dos fatos imputados - não é de todo correta. Situações existem em que o erro da classificação do delito entranhado na denúncia ou queixa, pode provocar prejuízos à defesa e, conseqüentemente, a nulidade absoluta da sentença penal. A ampla defesa, para ser exercida em toda plenitude, implica permitir ao acusado a livre escolha do seu defensor, podendo eleger aquele que crê mais especializado na defesa técnica da infração, pelo qual é acusado, por exemplo. [...] Mais grave ainda ocorre, quando a acusação, para determinado tipo penal, possibilita meios defensivos não previstos para aquele considerado ao final da sentença (NUCCI, 2006, p. 126).

A *mutatio libelli*, incide quando no curso da instrução processual, aparecem novas provas que antes não existiam na denúncia. Assim, modifica-se simplesmente a própria atribuição do fato, não podendo, o juiz, condenar o indiciado pelos fatos apurados na instrução, pois tais fatos não constaram da acusação. “Enquanto na *emendatio* a definição jurídica refere-se unicamente à classificação dada ao fato, aqui, na *mutatio libelli*, a nova definição será do próprio fato. Não se altera simplesmente a capitulação feita na inicial, mas a própria imputação do fato” (OLIVEIRA< 2009, p. 479).

Com o advento da Lei nº 11.719/2008, o instituto da *mutatio libelli*, proporcionou uma faculdade ao juiz é em alterar a descrição do fato, de ofício, mesmo dando definição jurídica ao fato diversa da contida na denúncia ou queixa, devendo proceder ao disposto em lei no que tange a suspensão condicional do processo, verificando o caso concreto. Constatando que o juízo não for ou deixar de ser competente, este, deverá, também *ex officio*, encaminhar os autos para o juízo competente.

Em que pese as alterações acima citadas sejam de extrema importância, a principal modificação com a reforma processual penal sem dúvidas é a possibilidade de fixação de indenização mínima à vítima na sentença penal, que mesmo após quase 6 (seis) anos desde sua instituição continua sendo matéria de grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais, principalmente quanto ao objetivo de

simplificar e acelerar a reparação patrimonial, aproveitando-se a produção probatória do processo penal e a respectiva cognição judicial do crime, para implementar a satisfação patrimonial e a reprimenda penal, sem a necessidade da deflagração da ação indenizatória e/ou do processo de liquidação.

2.1 IMPORTÂNCIA E (IN)EFETIVIDADE DA FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO

O inciso IV, do art. 387 do CPP, *in 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” (BRASIL, 1941), determina que o juiz fixe uma quantia mínima reparatória aos danos sofridos pela vítima, independente de pedido na inicial ou de produção de provas, sendo, portanto, tal reparação patrimonial um requisito obrigatório. Assim sendo, o juiz deverá fixar valor indenizatório independente de pedido da acusação ou contraditório sobre a matéria, sendo a verba indenizatória um requisito obrigatório da sentença penal.

Corroborando com tal matéria ensina Eugênio Pacelli de Oliveira leciona que:

Ainda sem pedido ou participação da vítima no processo, o citado dispositivo legal (art. 91, I, do Código Penal) sempre autorizou a formação de título executivo no juízo cível, já afirmada a obrigação de indenização do dano pela prolação da sentença penal condenatória. No cível, portanto, restaria apenas a liquidação do valor devido. A nosso aviso, a nova legislação deve ser entendida nestes estritos termos, impedindo o alargamento da instrução criminal para a discussão acerca dos possíveis desdobramentos da responsabilidade civil. Não se há de pretender discutir, por exemplo, o dever de reparação do dano moral ou mesmo dos danos emergentes (aquilo que se deixou de ganhar em razão do crime). Não se trata de cumulação de instâncias (cível e penal), mas simplesmente de especificação de valor mínimo, devida e cabalmente demonstrado no desenvolvimento da ação penal, sobretudo quando resultante da própria imputação [...] Não se trata de cumulação de pedidos, um de natureza penal condenatória, e outro para fins indenizatórios ou de recomposição patrimonial. Se fosse o caso, não seria o Ministério Público parte legítima para a pretensão. Cuida-se, ao contrário, de ampliação da regra da obrigação de reparação do dano prevista no art. 91, I, do Código Penal (OLIVEIRA, 2008, p. 206).

Tal posicionamento também é reforçado pelo doutrinador de José Paulo de Baltazar Júnior (apud NUCCI, 2008), no qual dispõe que inexiste necessidade de requerimento por parte da vítima, e aduz, ainda, que a vítima não conhece o seu

direito à indenização ou, muitas vezes, teme exercê-lo. Afirma, inclusive, que o magistrado deve fixar o valor mínimo de ofício.

Ousa-se aqui discordar desse entendimento, pois a fixação *ex officio* da reparação dos danos na sentença penal condenatória afronta as garantias do contraditório e da ampla defesa, na mesma medida em que ocorrerá a aplicação de uma sanção pecuniária, de natureza cível, sem qualquer defesa sobre a matéria. Assim leciona Guilherme de Souza Nucci (2008):

Para o estabelecimento de um valor mínimo o juiz deverá proporcionar todos os meios de provas admissíveis, em benefício dos envolvidos, mormente do réu. Não pode este arcar com qualquer montante se não tiver tido a oportunidade de se defender, produzir prova e demonstrar o que, realmente, seria, em tese, devido... admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação), ou do Ministério Público.

Assim entende o Tribunal de Justiça de Pernambuco:

TJ-PE - Apelação: APL 25641720068170640 PE 0002564-17.2006.8.17.0640. PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. LATROCÍNIO. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DAS PROVAS PRODUZIDAS NA FASE INQUISITORIAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA PRÁTICA DE TORTURA CONTRA AS TESTEMUNHAS. MERA IRREGULARIDADE. NÃO ACOLHIMENTO. PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA DO SENTENCIADO PARA PRESÍDIO EM OUTRO ESTADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 65 E 86, DA LEP. NÃO CONHECIMENTO. MÉRITO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS DA CONCORRÊNCIA DO APELANTE PARA O CRIME. NÃO OCORRÊNCIA. MATERIALIDADE EVIDENCIADA. TESTEMUNHAS CONFIRMAM A AUTORIA DO ACUSADO. ÁLIBI NÃO COMPROVADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. FIXAÇÃO DO VALOR MÍNIMO DA INDENIZAÇÃO. **NÃO OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ALTERAÇÃO DO ART. 387, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PELA LEI 11.719/08. NORMA DE DIREITO MATERIAL. INAPLICABILIDADE AOS PROCESSOS EM ANDAMENTO. DESPROVIMENTO DO RECURSO. AFASTAMENTO, DE OFÍCIO, DO QUANTUM INDENIZATÓRIO DA SENTENÇA. DECISÃO UNÂNIME.**

Portanto, infere-se, com isso, que a criação da ação civil *ex delicto* não cumpre em sua totalidade o esperado pelo legislador, tendo em vista que a discussão na esfera cível ainda pode ser bastante complexa e morosa, tanto no que se refere ao *quantum debeatur*, em razão da fixação de “valor mínimo” previsto no parágrafo único do art. 63 do Código de Processo Penal, bem como na produção

de provas que liguem o acusado ao dano, nos casos permitidos pelo artigo 66, do mesmo dispositivo legal.

No entanto, não há que se negar que a alteração trazida pela Lei nº 11.719/2008, trouxe grandes benefícios à vítima, que pode pleitear de uma maneira mais efetiva o ressarcimento pelos prejuízos sofridos, diante da facilidade de se ter a sentença penal condenatória como título judicial líquido e certo, além da desnecessidade de discussão do mérito de autoria e materialidade novamente na esfera cível. Assim leciona Luis Flávio Gomes (2008, p. 315.):

A menção a um 'valor mínimo' e a possibilidade de buscar, no cível, a complementação, não significam dizer que o juiz deva arbitrar um valor meramente simbólico, como efeito da sentença condenatória que proferiu. Mais que isso, cumpre investigar o alcance do prejuízo, de cunho material, suportado pela vítima para, a partir daí, arbitrar um valor que mais se aproxime do devido, propiciando, assim, uma reparação que seja satisfatória e que desestimule a propositura da ação cível, com toda demora e dissabores que são conhecidos.

Pode-se dizer, portanto, que a ação civil *ex delicto* viabilizou o acesso à justiça, pois proporciona às vítimas a certeza de segurança jurídica trazida pelo Estado, encorajando-a a representar criminalmente contra quem lhe causou dano e de continuar pleiteando jurisdicionalmente pelo que lhe é devido, mesmo sem ter condições financeiras para tal.

Assim sendo, a tão almejada economia processual seria alcançada, reduzindo-se também a quantidade de processos. Em vez de multiplicar a quantidade de ações judiciais, o que forçaria o Judiciário a analisar o mesmo fato gerador várias vezes.

2.2 CELERIDADE PROCESSUAL

Atualmente, no Brasil, os legisladores estão buscando, cada vez mais, minimizar os prejuízos causados às vítimas de ações criminosas, por meio de uma resposta jurisdicional célere e eficaz às mesmas, porém, na prática, tal celeridade não ocorre, e ainda viola princípios constitucionais, como o contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

A doutrina acolheu positivamente tal alteração, conforme entendimento Leandro Galluzzi dos Santos (2008, p. 315):

O inc. IV passa a trazer uma possibilidade inovadora, qual seja a de o juiz penal determinar, na própria sentença condenatória, o valor mínimo dos danos acusados pela infração penal. Vislumbrou o legislador a possibilidade de tornar mais efetiva e menos burocrática a reparação do ofendido quando ajuizasse a ação civil ex delicto (art. 63). As discussões no Parlamento pautaram-se na possibilidade ou na obrigatoriedade de o juiz assim proceder, pois alguns entendiam que o juiz penal não teria condição de determinar esse valor se entre a data do fato e da sentença houvesse transcorrido um considerável prazo. Na época dos trabalhos parlamentares, prevaleceu o posicionamento de que o juiz penal teria completa condição de avaliar este valor mínimo, pois, por exemplo, uma ofensa patrimonial, ainda que decorra grande espaço de tempo entre o fato e a sentença, sempre poderá ser recomposta, bastando que se faça a atualização dos valores por meio de cálculo simples, que não requererá do magistrado conhecimento matemático avançado. Ademais, o inciso é expresso em afirmar que este valor é mínimo, o que quer dizer que, não concordando com o valor atribuído, o ofendido poderá buscar a complementação, inclusive com o possível dano moral incluso.

E o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nesse sentido já decidiu:

Apelação. Crime contra o patrimônio. Roubo duplamente majorado. Emprego de arma e concurso de agentes. Manutenção do decreto condenatório. Prova suficiente. Dosimetria da pena. 1. Manutenção do decreto condenatório. As provas existentes no caderno processual relativas à autoria são suficientes para o julgamento de procedência do pedido condenatório deduzido na denúncia. Reconhecimento pessoal pela vítima na fase inquisitorial e judicial. Relatos de ambas as vítimas firmes e seguros quanto à autoria do crime na pessoa do réu apelante, que praticou a subtração do veículo juntamente com o comparsa armado (codenunciado), não infirmados pelas declarações prestadas pelas testemunhas arroladas pela defesa, contraditórias entre si e dissonantes da versão apresentada pelo réu na fase policial. 2. Palavra da vítima. Valor probante. Conforme tranquilo entendimento jurisprudencial, a prova testemunhal consistente na palavra da vítima tem suficiente valor probante para o amparo de um decreto condenatório, especialmente quando se trata de delito praticado sem testemunhas presenciais. Os relatos das vítimas, ao se mostrarem seguros e coerentes, merecem ser considerados elementos de convicção de alta importância. 3. Dosimetria da pena. Pena-base. Afastamento de 06 meses justificável pela valoração negativa de dois vetores do artigo 59 do CP. Maus antecedentes. A existência de condenação sem trânsito em julgado relativa a fato anterior ao crime em exame configura maus antecedentes, permitindo a exasperação da pena-base, sem que haja ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência. Além disso, o fato de ter o agente praticado o delito em questão quando já estava sendo processado criminalmente é circunstância negativa, que deve ser considerada pelo julgador no exame do vetor personalidade, por evidenciar tendência à prática delitiva. Necessidade de maior reprovação do agente (maior reprovabilidade), o que traz como natural consequência o aumento da pena-base. Pena Provisória. Mantida em 04 anos e 06 meses, por ausentes agravantes ou atenuantes a operar. Pena definitiva. Redução. Majoração de 2/5 reduzida para 3/8 pela incidência de duas causas de aumento do art. 157, § 2º, do CP, em conformidade com o critério adotado por esta Câmara - proposto pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima quando do julgamento do Habeas Corpus n.º 42459/SP. Regime semi-aberto. Pena de multa fixada em 20 dias-multa, no valor unitário mínimo. 4. Valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração. Considerando que o fato delituoso objeto desta ação penal ocorreu em data da posterior à entrada

em vigor da Lei n.º 11.719/08, a fixação de valor mínimo de indenização à lesada, prevista no art. 387, inc. IV, do CPP, é medida imperativa. Isso porque, sobrevindo prejuízo decorrente da infração à vítima e estando este evidenciado nos autos, a aplicação do aludido preceito legal é cogente, não sendo possível o seu afastamento, sob pena de violação do Princípio da Legalidade. E, em se tratando de parte integrante do decreto condenatório, é dever do juiz, ao proferir a sentença, incluir o arbitramento de montante mínimo a título de reparação, sendo despiciendo pedido da acusação. Apelo defensivo parcialmente provido. (Apelação Crime nº 70033033358, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, j. em 30.06.2010).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu que, “por ser norma cogente, não cabe ao juiz deixar de examinar a aplicação da reparação de danos a título de danos materiais, por meio das provas produzidas nos autos” (Apelação Criminal nº 1.0324.09.075785-1/001, Comarca de Itajubá, Rel. Des. Doorgal Andrada, j. de 08.09.2010).

Ousamos discordar desse entendimento, tendo em vista que não nos parece oportuno que a efetividade e desburocratização dos procedimentos para reparação de danos ao ofendido possam ser recepcionados pelo operador de modo simples, sem passar a nova regra pelos filtros de constitucionalidade existentes. A efetividade do processo e sua racionalidade não podem ter como preço a mitigação de direitos fundamentais do réu, sob pena de mitigação do processo como instrumento de afirmação de garantias.

O Supremo Tribunal Federal posicionou-se sobre o tema no seu Informativo 772, noticiando o julgado no qual essa reparação mínima do dano depende de prévio contraditório e só é cabível para os fatos posteriores ao advento da Lei 11.719/2008, já que a norma seria mista (material e processual).

O Plenário, por maioria, julgou parcialmente procedente pedido formulado em revisão criminal para afastar da condenação imposta ao requerente a fixação do valor mínimo de reparação dos danos, nos termos do art. 387, IV, do CPP (“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”), sem prejuízo da persecução correspondente em procedimento autônomo, mantidas íntegras as demais cominações condenatórias. No caso, ele fora condenado à pena de 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 66 dias-multa, pela prática de formação de quadrilha e peculato. Além disso, o valor da reparação do dano fora fixado em R\$ 1.647.500,00, a ser atualizado na fase de execução pelos índices de correção monetária. O Colegiado, de início, frisou que a revisão criminal seria excepcional, presente ilegalidade ou contrariedade à evidência dos autos, de modo que não se admitiria mera reiteração de teses já vencidas pelo acórdão revisando, seja quanto a matéria de direito, seja quanto a matéria de fato. Quanto à suposta nulidade decorrente do oferecimento de denúncia

alicerçada em elementos informativos obtidos em investigação de caráter eminentemente civil, o conhecimento do pedido não encontraria amparo. Essa arguição estaria rechaçada nos fundamentos da decisão condenatória. Portanto, nesse ponto, a condenação deveria ser mantida, pois não contrariaria texto expresso de lei ou a evidência dos autos. Além disso, a questão de incompetência do STF para julgar congressista que renuncia ao mandato antes da sessão de julgamento teria sido exaustivamente debatida anteriormente. Tampouco essa pretensão mereceria acolhimento, diante da evidente intenção do requerente de conferir outra solução à questão discutida pela Corte não só no julgamento objeto da revisão, mas em outros casos, o que não teria espaço nessa via processual. No que se refere à alegação de insuficiência probatória para o decreto condenatório, o Tribunal afirmou que o acórdão pautara-se em abundante acervo produzido sob o crivo do contraditório, de maneira a não existirem motivos para desqualificá-lo como apto à condenação. A respeito da dosimetria da pena, ela teria sido devidamente individualizada, sem afrontar o princípio da isonomia, porquanto decorreria de análise concreta das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Relativamente à continuidade delitiva, o Colegiado afastou a tese defensiva. A respeito, seria necessário para a caracterização do instituto: a) a pluralidade de condutas; b) a pluralidade de crimes da mesma espécie; c) a prática dos crimes nas mesmas condições de tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes; e d) o fato de os crimes subsequentes serem continuação do primeiro. No tocante à tese ligada ao crime de quadrilha, tendo em conta suposta configuração de peculato continuado em concurso de agentes, a decisão revisanda também enfrentara o tema e demonstrara o caráter de durabilidade e permanência da associação, elementos indispensáveis à caracterização do delito. O requerimento, nesse ponto, não mereceria conhecimento, ainda que sustentado por alegação de mudança de entendimento jurisprudencial. Todavia, no que diz respeito à fixação do valor mínimo destinado à reparação de danos, nos termos do art. 387, IV, do CPP, o Colegiado lembrou que essa previsão normativa fora inserida pela Lei 11.719/2008, que não somente seria posterior aos fatos, ocorridos entre 1995 e 1998, como também ao oferecimento da denúncia, em 1999. Assim, sobretudo porque não ocorrido o contraditório a respeito, incidiria reserva intransponível à incidência da norma, do ponto de vista material e processual (RvC 5437/RO, rel. Min. Teori Zavascki, 17.12.2014. (RvC-5437).

Corroborando com o entendimento que a aplicação de ofício do disposto no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, viola os direitos de contraditório e de ampla defesa (art. 5º, LV, da CR), principalmente quando, ao final, sem ouvir as partes, o juiz fixa o valor da reparação dos danos causados pelo delito, Guilherme de Souza Nucci comenta que:

Admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação), ou do Ministério Público. A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustentá-los. A partir daí, deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver formal pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é

defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa (NUCCI, 2009, p. 701).

Os Tribunais, pelos julgados mais recentes, adotam o entendimento de que o juiz não pode, de ofício, fixar o valor mínimo da indenização, como o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Apelação criminal. Lesão corporal de natureza grave. Irresignação ministerial. Decote da atenuante da confissão espontânea. Inviabilidade. Afastamento da substituição da pena corporal por sanções alternativas. Necessidade. Crime cometido com violência contra a pessoa. Condenação em verba indenizatória. Impossibilidade. Ofensa aos preceitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Recurso provido em parte. Voto vencido parcialmente. Não obstante tenha o réu alegado que agiu em legítima defesa, mister reconhecer que suas declarações a respeito da ocorrência de uma briga que ocasionou o episódio das facadas serviram para formar a convicção do magistrado quanto à comprovação da autoria e procedência da condenação. Assim, a atenuante da confissão espontânea não pode ser abatida. Se o crime é cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, desfavoráveis ainda as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, mister o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos operada pela instância primeva. Inadmissível aplicar, na hipótese em comento, a disposição contida no art. 387, IV, do CPP, quando não há, nos autos, qualquer pedido formal de reparação dos danos, pois a condenação direta, nessas situações, subtraindo um debate da matéria ao longo da instrução criminal, enseja violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Verifica-se que o réu é primário e teve sua pena fixada abaixo de 04 anos de reclusão, podendo, dessa forma, cumpri-la em regime aberto, em razão da inteligência do art. 33, § 2º, c, do CP. V.v.p. Fixa-se o valor mínimo de um salário mínimo, como indenização por danos morais, podendo a vítima recorrer à esfera cível para discutir tal valor (Des. Doorgal Andrada) (Apelação Criminal nº 1.0028.03.004946-5/001(1), Rel. Des. Júlio César Guttierrez, j. em 25.08.2010, publ. em 15.09.2010).

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não discrepa de tal entendimento:

Apelação. Furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e concurso de agentes. Recurso defensivo visando o afastamento da qualificadora do concurso de pessoas, a incidência da atenuante da confissão espontânea, o arrefecimento do regime prisional imposto e a exclusão da condenação do valor indenizatório. - A qualificadora do concurso de agentes ficou demonstrada pelo registro das imagens do furto em questão, onde aparece o apelante e uma mulher não identificada se aproximando do veículo e, enquanto ele subtrai os bens, ela permanece do lado de fora dando cobertura à ação criminosa. Em seguida, depois de concluída a subtração, ambos se retiram do local. Está plenamente caracterizada a qualificadora do concurso de agentes, visto que provado o liame subjetivo entre o apelante e a mulher que aparece nas imagens, que, em comunhão de ações e desígnios, praticaram o fato e deixaram o local juntos. No plano da dosimetria a sentença merece reparo. O magistrado afirmou ser caso de fixação das reprimendas no mínimo legal, mas acabou fixando-as, injustificadamente, em patamar mais elevado, ou seja, três anos de reclusão e 50 dias-multa. Apelante considerado portador de maus antecedentes de forma indevida, visto que a anotação condenatória existente nos autos não

possui informação acerca do seu trânsito em julgado, em desrespeito ao comando da Súmula 444, do STJ. Atenuante da confissão espontânea que deve ser reconhecida. Em juízo, o apelante admitiu ter cometido o crime de furto, e a sentença utilizou a confissão como fundamento para a condenação. O fato de o apelante ter negado a participação de terceira pessoa na ação criminosa não afasta a aplicação da atenuante genérica prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal. A pena privativa de liberdade foi substituída por sanções restritiva de direitos da mesma espécie (duas penas de prestação de serviços à comunidade). Impossibilidade. Substituição por sanções restritivas de direitos que devem ser de espécies diferentes dentre aquelas previstas no art. 43 do Código Penal. A fixação de valor indenizatório também deve ser excluída. Em primeiro lugar, há que se considerar a sentença como incongruente, pois o juiz criminal não pode fixar valor indenizatório sem que haja um pedido. Em segundo lugar, a sentença está produzindo efeitos em relação a terceiro que não integrou a relação processual, não exerceu o direito à jurisdição, não realizando qualquer pedido, e ainda sendo beneficiário de indenização em razão de dano patrimonial sofrido, em verdadeiro afronta ao princípio *res inter alios iudicata, aliis nec nocet prodest*. Recurso conhecido e parcialmente provido na forma do voto do Relator (Apelação nº 0189386- 32.2009.8.19.0001, Relator Desembargador Gilmar Augusto Teixeira, j. em 28.07.2010).

A fixação indenizatória na sentença penal condenatória não exclui o direito da vítima pleitear o valor que a satisfaça na esfera cível, e isso deve-se ao fato de que a quantia que trata o art. 387, inciso IV, do CPP, ser mínima, com isso infere-se que a pessoa lesada pode não se contentar com o fixado no processo penal, tendo, portanto, que pleitear a quantia satisfatória na esfera cível. Assim leciona Fernando Capez quanto à sentença penal condenatória transitada em julgado:

Ao ofendido obter a reparação do prejuízo sem a necessidade de propor ação civil de conhecimento. Se for proposta a ação de conhecimento, no lugar da execução, o juiz deverá julgar o feito extinto sem julgamento do mérito, diante da falta de interesse de agir, pois, se já existe título executivo, não há nenhuma necessidade de rediscutir o mérito (CAPEZ, 2008, p. 167).

A nova redação do art. 387, IV do CPP teve o escopo de dar celeridade ao processo de indenização, sem que o lesado tivesse que ajuizar uma ação autônoma ou aguardar o processo de liquidação de sentença, tendo, portanto, somente que executar o valor indicado na decisão da sentença penal. No entanto, o artigo supracitado possibilita que o juiz fixe um valor indenizatório, mesmo que não haja pedido expresso da vítima lesada e nem debates entre às partes frente ao magistrado.

Conceder uma reposta ao ofendido de modo mais rápido foi um dos motivos da reforma, o que não foi alcançado, pois a regra do art. 387, inc. IV, do CPP,

concede apenas o “mínimo” de reparação de danos, para a vítima conseguir o valor que deseja, deverá buscar o restante da indenização no âmbito cível com a mesma demora que existia anteriormente a essa lei. Esse é o caso em que o legislador tentou resolver o problema da demora em indenizar a vítima pelo caminho mais rápido, qual seja eliminando algumas garantias do acusado no processo penal e afrontando a própria CF. Contudo, a demora em indenizar a vítima é um problema estrutural do nosso Poder Judiciário, pois as varas criminais e cíveis estão abarrotadas de processos e não possuem estrutura para enfrentá-los no prazo razoável.

O processo penal, em face da referida lei, foi completamente desvirtuado, pois, de acordo com o entendimento exposto nesse artigo, deverá exigir, para a fixação de uma indenização no momento da sentença condenatória, uma instrução cível acerca dos danos sofridos pelo ofendido, ou seja, o âmbito processual penal se tornará um palco para se discutir valores, junto com a liberdade do cidadão.

Contudo, o maior prejudicado nessa alteração legislativa é, sem dúvida, o acusado, na medida em que a fixação da reparação do dano como está posta no CPP retira algumas de suas garantias, como, por exemplo, o contraditório, a ampla defesa e a garantia de ser julgado de acordo com a acusação (correlação entre acusação e sentença). Por outro lado, admitindo-se a possibilidade de discussão de valores com âmbito penal (o que demandará um alargamento do prazo normal), o acusado terá seu direito a ter um processo penal dentro do prazo razoável violado.

Com isso, pode-se perceber que o intuito do legislador em dar celeridade ao processo pode não obter o êxito pretendido, tendo em vista que o valor fixado não será satisfatório e por isso a vítima buscará um valor satisfatório na esfera cível. E, por fim, essa busca pela satisfação da vítima, de modo célere, acaba suprimindo algumas garantias do acusado no processo penal e ofendendo a própria Constituição Federal.

3 (IN) EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS FRENTE ÀS INOVAÇÕES DA LEI 11.719/2008

Com as alterações recentes na legislação penal, percebe-se a preocupação dos legisladores em dar uma resposta célere ao ofendido quanto aos prejuízos sofridos, por ele suportados, e tal preocupação deve-se ao fato de que a vítima sempre era deixada em segundo plano, pois a preocupação principal era em qual seria o destino dado aos acusados.

O direito ao contraditório, previsto no art. 5º, LV, da CF, conjuntamente com o direito à ampla defesa constituem a mais óbvia condição do processo justo e é inseparável de qualquer ideia de administração de Justiça (SARLET; 2013). No que tange ao direito da ampla defesa, a Constituição Federal de 1988 inovou estendendo-a a todo e qualquer processo. Assim sendo, o legislador buscou positivar os princípios constitucionais processuais e a doutrina assim dispõe.

Tanto a ampla defesa como o contraditório deve estar presente em qualquer forma de acusação, mesmo que esta não seja formal, ou seja, quando ainda não houver inquérito instaurado, o acusado possui o direito de se defender ou de ser defendido pelos meios legais, vale observar que se este não possuir advogado, o Estado deverá nomear defensor público para que não se configure violação dos direitos subjetivos daquele a quem se imputa a autoria do crime (ANDRARE, 2009).

Eugênio Pacelli Oliveira (2008, p.28) assim leciona acerca do tema:

O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal.

Os objetivos da Lei 11.719/08 foi agilizar a reparação do dano causado ao ofendido de modo mais célere, mesmo que seja parcialmente. Contudo, deve-se ressaltar, que no Brasil é adotado o sistema da separação de instâncias, do modo relativo, tendo em vista que há várias influências no juízo civil, nos termos do art. 935 do Código Civil, *in verbis*: “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” (BRASIL,

2002).

Desse modo, há a possibilidade da propositura de uma ação civil pela vítima, paralelamente à ação penal proposta, em regra, pelo Ministério Público.

As alterações com a reforma processual penal ocorrida no ano de 2008, além de não atingir o seu escopo em dar celeridade ao processo indenizatório ao ofendido, a princípio, não encontra validade, também, frente à Constituição Federal, tendo em vista que o juiz está limitado a julgar o que foi pleiteado pela parte autora, caso contrário seria um julgamento *extra petita*, de acordo com o Princípio do Juiz Natural, e Princípio da Correlação entre a demanda e a sentença, e fere, ainda, os Princípios do Contraditório, Ampla Defesa e Devido Processo Legal.

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal noticiou em seu Informativo 772, que essa reparação mínima do dano depende de prévio contraditório, sendo cabível para os fatos posteriores ao advento da Lei 11.719/2008, já que a norma seria mista, ou seja, material e processual, no qual irá retroagir se for para beneficiar. Assim está a notícia do informativo citado:

O Plenário, por maioria, **julgou parcialmente procedente pedido formulado em revisão criminal para afastar da condenação imposta ao requerente a fixação do valor mínimo de reparação dos danos, nos termos do art. 387, IV, do CPP** ("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"), sem prejuízo da persecução correspondente em procedimento autônomo, mantidas íntegras as demais cominações condenatórias. No caso, ele fora condenado à pena de 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 66 dias-multa, pela prática de formação de quadrilha e peculato. Além disso, o valor da reparação do dano fora fixado em R\$ 1.647.500,00, a ser atualizado na fase de execução pelos índices de correção monetária. O Colegiado, de início, frisou que a revisão criminal seria excepcional, presente ilegalidade ou contrariedade à evidência dos autos, de modo que não se admitiria mera reiteração de teses já vencidas pelo acórdão revisando, seja quanto a matéria de direito, seja quanto a matéria de fato. Quanto à suposta nulidade decorrente do oferecimento de denúncia alicerçada em elementos informativos obtidos em investigação de caráter eminentemente civil, o conhecimento do pedido não encontraria amparo. Essa arguição estaria rechaçada nos fundamentos da decisão condenatória. Portanto, nesse ponto, a condenação deveria ser mantida, pois não contrariaria texto expresso de lei ou a evidência dos autos. Além disso, a questão de incompetência do STF para julgar congressista que renuncia ao mandato antes da sessão de julgamento teria sido exaustivamente debatida anteriormente. Tampouco essa pretensão mereceria acolhimento, diante da evidente intenção do requerente de conferir outra solução à questão discutida pela Corte não só no julgamento objeto da revisão, mas em outros casos, o que não teria espaço nessa via processual. No que se refere à alegação de insuficiência probatória para o decreto condenatório, o Tribunal afirmou que o acórdão pautara-se em abundante acervo produzido sob o crivo do contraditório, de maneira a não existirem motivos para desqualificá-lo como apto à condenação. A respeito

da dosimetria da pena, ela teria sido devidamente individualizada, sem afrontar o princípio da isonomia, porquanto decorreria de análise concreta das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Relativamente à continuidade delitiva, o Colegiado afastou a tese defensiva. A respeito, seria necessário para a caracterização do instituto: a) a pluralidade de condutas; b) a pluralidade de crimes da mesma espécie; c) a prática dos crimes nas mesmas condições de tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes; e d) o fato de os crimes subsequentes serem continuação do primeiro. No tocante à tese ligada ao crime de quadrilha, tendo em conta suposta configuração de peculato continuado em concurso de agentes, a decisão revisanda também enfrentara o tema e demonstrara o caráter de durabilidade e permanência da associação, elementos indispensáveis à caracterização do delito. O requerimento, nesse ponto, não mereceria conhecimento, ainda que sustentado por alegação de mudança de entendimento jurisprudencial. Todavia, no que diz respeito à fixação do valor mínimo destinado à reparação de danos, nos termos do art. 387, IV, do CPP, o Colegiado lembrou que essa previsão normativa fora inserida pela Lei 11.719/2008, que não somente seria posterior aos fatos, ocorridos entre 1995 e 1998, como também ao oferecimento da denúncia, em 1999. Assim, sobretudo porque não **ocorrido o contraditório a respeito**, incidiria reserva intransponível à incidência da norma, do ponto de vista material e processual. (RvC 5437/RO, rel. Min. Teori Zavascki, 17.12.2014).

Infere-se, com isso, que para além da necessidade da ampla defesa e do contraditório, somente pode-se admitir a fixação reparatória, no âmbito da sentença penal condenatória, se houver pedido expresso da acusação, sendo questionável a legitimidade do Ministério Público em requerer a indenização cível para o ofendido, pois nas funções institucionais do Ministério Público previstas constitucionalmente não se encontra a satisfação de interesses econômicos à vítima de processo criminal, o que retira a legitimidade de requerer a reparação do dano, ressalvados os casos previstos em lei.

3.1 LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Outra grande celeuma existente no âmbito doutrinário é quanto à legitimidade do Ministério Público para interpor recurso contra a sentença de reparação dos danos, seja para aumentar o valor ou, no caso de omissão da sentença, de fixação, isto porque, não é de interesse do *Parquet* satisfazer os interesses econômicos da vítima, mas, sim, defender o bem jurídico lesado, com a exceção trazida pelo art. 68 do Código de Processo Penal.

Mirabete (2008, p. 2008) ensina em sua doutrina que: “não obstante parte, o Ministério Público deve conduzir-se com imparcialidade, pois deve defender os interesses da sociedade e fiscalizar a aplicação e a execução das leis”, sendo assim

ao *Parquet* cabe a função de fiscal da lei que lhe permite recorrer em favor do réu. Assim também leciona Rieger e Camargo (2009, p. 40-41):

No que concerne ao Ministério Público, é necessário reconhecer que não possui, em regra, interesse recursal sobre a questão: apenas ao ofendido e ao acusado incumbem decidir sobre quantum” da reparação. Isso porque se trata de um bem disponível e cabe apenas às partes decidir acerca da disposição, ou não, desse direito a cerca da busca dos meios de tutela que lhe são assegurados. Ademais, no processo penal, a função do Ministério Público encontra-se estreitamente ligada à tutela do bem jurídico protegido pela conduta tipificada, e não aos eventuais interesses econômicos da vítima em ser indenizada. No entanto, em uma situação, parece que o ‘Parquet’ tem interesse recursal: quando o Órgão tem legitimidade para intentar a ação civil “ex delicto”, nos termos do art. 68 do Código de Processo Penal. E, ressalta-se, esta atribuição só existe em Estados que ainda não organizaram a Defensoria Pública, constitucionalmente incumbida da orientação e defesa dos necessitados, na forma dos art. 5º, LXXIV, e 134.”

A quem entenda que é cabível, também, recorrer da parte civil da sentença condenatória, se houver violação ao comando legal do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal.

Sabemos que, é cabível ao ofendido ou seus representantes legais, bem como seus sucessores, o ajuizamento da ação civil *ex delicto* nas ações penais privadas. Contudo, no que tange à ação penal pública, a vítima ou legitimados poderão ingressar com a ação *ex delicto* de modo autônomo, suportando os incumbências da ação. Entretanto, a discussão está quando tratar-se de titular hipossuficiente.

Conforme dispõe o art. 68, do CPP, exige-se apenas os dois primeiros requisitos para que o Ministério público possa ter legitimidade para a ação civil *ex delicto* (vítima pobre e requerimento do ofendido). Contudo, a defesa dos menos favorecidos passou a ser de responsabilidade da Defensoria Pública nos termos do art.134, da CRFB/88. Ressalta-se que nas localidades em que não existirem Defensoria instituída, é possível ao *Parquet* propor ação civil *ex delicto*. Assim foi noticiado no Informativo 219 do STF:

O Ministério Público continua parte legítima para promover, em juízo, a reparação do dano de que trata o art. 68 do CPP [“Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.”], até que se viabilize, em cada Estado, a implementação da Defensoria Pública, nos termos do art. 134, parágrafo único, da CF. Com esse entendimento, a Turma negou provimento a agravo regimental interposto pelo Estado de São Paulo, no qual se pretendia o reconhecimento da competência da Procuradoria de

Assistência Judiciária da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo para prestar os serviços da Defensoria Pública do mencionado Estado. Precedentes citados: REED 147.776-SP (DJU de 28.5.99) e RE 135.328-SP (julgado em 26.9.94, acórdão pendente de publicação). (RE AgRg 196.857-SP, rel. Ministra Ellen Gracie, 6.3.2001).

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro assim julgou sobre o tema:

0407162-95.2008.8.19.0001 (2009.050.06210) – APELACAO DES. RICARDO BUSTAMANTE - Julgamento: 07/07/2010 - PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL - FURTO. AUTORIA. PROVA. EXCLUSÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO DO DANO MATERIAL FIXADO NA SENTENÇA ANTE A AUSÊNCIA DE PEDIDO NA INICIAL E, PORTANTO, DE CONTRADITÓRIO. Se a vítima relata com segurança que foi abordada por três pessoas, uma das quais subtraiu o seu aparelho de telefonia celular de suas mãos, sendo que outros passantes assistiram à cena e garantiram que foi o acusado quem pegou esse aparelho, sendo que todos fugiram e foram perseguidos, mas só ele foi detido, e não se recuperou o bem subtraído, resta indubitosa a prova da autoria e consumado o furto. Todavia, mostra-se incabível a condenação pecuniária a título de indenização estabelecida em favor da vítima fixada na sentença por força do artigo 387, inciso IV do CPP com a redação que lhe deu a Lei 11.719/2008, pois, além de duvidosa a legitimidade do Ministério Público postular em seu nome direito alheio, certo é que sequer há pedido de indenização na inicial.

Certo é que o ofendido é parte legítima para recorrer, tendo em vista que se trata diretamente de algo de seu interesse, assim como, também, seu representante legal e o assistente da acusação possuem legitimidade, pois também são interessados no valor indenizatório decorrente da infração penal praticada. No entanto, faz-se mister destacar que a legitimidade do Ministério Público é duvidosa, seja para recorrer em busca de uma majoração do valor indenizatório, seja para fixar quando se tratar de uma sentença omissa, pois o *Parquet* tem como missão defender o bem jurídico tutelado, e não satisfazer os interesses do ofendido.

3.2 OBRIGATORIEDADE OU NÃO DA FIXAÇÃO DO MÍNIMO INDENIZATÓRIO

O texto escrito no art. 387, inciso VII, do Código de Processo Penal, é interpretado como uma imposição, na qual o juiz tem o dever de fixar o valor mínimo a título indenizatório. Entretanto, há casos em que o magistrado ficará impossibilitado de fixar o *quantum* devido, tendo em vista que não há elementos probantes suficientes para que seja determinado qualquer valor, até mesmo o mínimo. Exemplo disso é nos casos de crimes “tradicionais”, bem como em crimes financeiros (TJ-AL, 2012) que atingem um grande número de pessoas.

Ementa: PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. **ESTELIONATO**. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS DA EXISTÊNCIA DO DOLO. **IMPOSSIBILIDADE**. PROVAS DOCUMENTAIS, INTERROGATÓRIO DO RÉU E DECLARAÇÕES DA VÍTIMA. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. CONDENAÇÃO MANTIDA. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA APLICADA. PROCEDÊNCIA. EXCLUSÃO DA INDENIZAÇÃO PREVISTA NO **ART. 387, INCISO IV** DO CPP. **FIXAÇÃO** DE OFÍCIO. DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA. I – Restou sobejamente provado que o réu ludibriou a vítima e dela subtraiu o **valor** do depósito de entrada da compra de veículo, fazendo-a crer que o **valor** acrescido às prestações decorria de erro da **financeira**. Juízo condenatório respaldado pelos elementos de prova devidamente apontados na sentença vergastada, inclusive confissão dos fatos pelo acusado, devendo ser mantida a condenação, sendo inviável o acolhimento do pleito absolutório sob o argumento de ausência de dolo. II – No capítulo referente à dosimetria da pena, devem ser mantidas como desfavoráveis ao apelante as circunstâncias e consequências do **crime**, uma vez que os fundamentos lançados na sentença ultrapassam os previstos no tipo penal. Por outro lado, incorreta a valoração negativa atribuída aos maus antecedentes, uma vez que a decisão que suspende o processo nos termos do artigo 89 da Lei 9.099/1995, tem natureza interlocutória, não gerando, pois, efeito penal secundário. Nesse sentido, a Súmula 444 do STJ. III – Faz-se necessário o afastamento da condenação de reparação civil prevista na sentença, em razão de tal pleito não ter sido formulado pela vítima e nem pelo Ministério Público, bem como em decorrência da ausência de contraditório especificamente quanto a esse capítulo, requisitos exigidos pela jurisprudência do STJ para o seu acolhimento. **IV** – Recurso conhecido e parcialmente provido.”

Assim, entende-se que a obrigatoriedade do magistrado de fixar valor mínimo para reparação dos danos sofridos pelo ofendido, nos termos do artigo 387, IV, do CPP, está condicionada à existência, nos autos, de elementos que comprovem o *quantum*, devendo ser respeitados os princípios do contraditório e ampla defesa na fixação (TJ-MG, 2001).

3.3 APLICAÇÃO *EX OFFICIO* DA REPARAÇÃO DE DANOS PELO MAGISTRADO E O PRINCÍPIO DA INÉRCIA

A doutrina atual diverge quanto a tal tema, principalmente quanto à necessidade de haver ou não pedido expresso pela parte autora, para que com isso o juiz possa fixar o valor mínimo indenizatório. Os ilustres doutrinadores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar posicionam-se positivamente quanto à necessidade de requerimento pelo ofendido:

[...] não acreditamos que o magistrado possa reconhecer o pleito indenizatório sem que tenha havido requerimento neste sentido. 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 for apresentado, em regra, com a apresentação da inicial acusatória (TAVORA; ALENCAR, 2009).

Os autores citados acima defendem, ainda, que a falta de pedido por parte do ofendido inviabiliza a ampla defesa, isso porque tal fato impede o acusado de contraditar e produzir provas em face da pretensão e dos parâmetros a serem utilizados para sua fixação, estabelecendo um desrespeito ao contraditório.

De igual forma ensina Alexandre de Freitas Câmara, que a fixação do valor indenizatório mínimo pelo juízo penal, quando desacompanhado de pedido expresso do legitimado, implica em transgressão ao princípio da correlação entre a demanda e a sentença, ensejando também, por consectário lógico, um desrespeito ao princípio constitucional do contraditório. Segundo o autor, “para que se admita que o juiz penal, na sentença, fixe o valor da indenização, é absolutamente essencial que isso tenha sido pedido, sob pena de se ter uma sentença incongruente” (CÂMARA, 2009, p. 71-81).

Sobre os princípios do contraditório e ampla defesa explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Exige: 1- notificação dos atos processuais à parte interessada; 2- possibilidade de exame das provas constantes do processo; 3- direito de assistir à inquirição de testemunhas; 4- direito de apresentar defesa escrita (DI PIETRO, 2007, p. 367).

Sabemos que, é conferida ao magistrado a fixação de ofício, por força de lei, sobre o reconhecimento de questões referentes ao valor pago a título indenizatório. Contudo, segundo leciona o ilustre doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet, atualmente, o princípio do contraditório exige que haja debate entre as partes, para uma das partes ter o direito de conhecer as alegações feitas no processo, e a outra parte tem o direito de, querendo, contrariá-las. (SARLET; 2013)

Neste sentido a jurisprudência julgou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *in verbis*:

CAMARA CRIMINAL - APELAÇÃO. Roubo qualificado. Pedido de absolvição por ausência de provas. Impossibilidade. Conjunto probatório categórico em comprovar a autoria e materialidade do crime. Vítimas que reconhecem o apelante, preso em flagrante com o produto do roubo, tendo ele confessado parcialmente o crime. Conjunto probatório firme e suficiente para a manutenção da censura penal estampada na sentença. Revisão da dosimetria para reduzir a pena base aplicada na sentença. Fixação de indenização à vítima pelo dano material sofrido. **Ausência de pedido do beneficiário e de prova que autorize a fixação do quantum indenizatório. Princípio da correlação. Violação ao direito de defesa. Recurso a que se dá parcial provimento.**"

Entretanto, há quem entenda pela aplicação da reparação indenizatória, sem necessidade de pedido expresso da vítima para aplicação da parcela mínima indenizatória. Para estes, a fixação do valor mínimo seria mais um efeito específico da sentença condenatória e, portanto, uma consequência lógica do julgamento procedente da ação penal, principalmente diante da eficácia executiva da sentença transitada em julgado (OLIVEIRA, 2012, p. 770).

Corroborando com tal doutrina, Andrey Borges de Mendonça (2009) ensina que a possibilidade da fixação do valor mínimo indenizatório independe de pedido explícito, sem que ocorra a violação ao princípio da inércia, tendo em vista que a consequência de toda e qualquer sentença penal condenatória transitada em julgado impõe ao réu o dever de indenizar o dano causado.

Contudo, de forma contrária, noticiou o STF no seu Informativo 772, no qual essa reparação mínima do dano depende de prévio contraditório, sendo cabível para os fatos posteriores ao advento da Lei 11.719/2008, já que a norma seria mista, ou seja, material e processual, no qual irá retroagir se for para beneficiar. Assim está a notícia do informativo citado:

O Plenário, por maioria, **julgou parcialmente procedente pedido formulado em revisão criminal para afastar da condenação imposta ao requerente a fixação do valor mínimo de reparação dos danos, nos termos do art. 387, IV, do CPP** ("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"), sem prejuízo da persecução correspondente em procedimento autônomo, mantidas íntegras as demais cominações condenatórias. No caso, ele fora condenado à pena de 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 66 dias-multa, pela prática de formação de quadrilha e peculato. Além disso, o valor da a reparação do dano fora fixado em R\$ 1.647.500,00, a ser atualizado na fase de execução pelos índices de correção monetária. O Colegiado, de início, frisou que a revisão criminal seria excepcional, presente ilegalidade ou contrariedade à evidência dos autos, de modo que não se admitiria mera reiteração de teses já vencidas pelo acórdão revisando, seja quanto a matéria de direito, seja quanto a matéria de fato. Quanto à suposta nulidade decorrente do oferecimento de

denúncia alicerçada em elementos informativos obtidos em investigação de caráter eminentemente civil, o conhecimento do pedido não encontraria amparo. Essa arguição estaria rechaçada nos fundamentos da decisão condenatória. Portanto, nesse ponto, a condenação deveria ser mantida, pois não contrariaria texto expresso de lei ou a evidência dos autos. Além disso, a questão de incompetência do STF para julgar congressista que renuncia ao mandato antes da sessão de julgamento teria sido exaustivamente debatida anteriormente. Tampouco essa pretensão mereceria acolhimento, diante da evidente intenção do requerente de conferir outra solução à questão discutida pela Corte não só no julgamento objeto da revisão, mas em outros casos, o que não teria espaço nessa via processual. No que se refere à alegação de insuficiência probatória para o decreto condenatório, o Tribunal afirmou que o acórdão pautara-se em abundante acervo produzido sob o crivo do contraditório, de maneira a não existirem motivos para desqualificá-lo como apto à condenação. A respeito da dosimetria da pena, ela teria sido devidamente individualizada, sem afrontar o princípio da isonomia, porquanto decorreria de análise concreta das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Relativamente à continuidade delitiva, o Colegiado afastou a tese defensiva. A respeito, seria necessário para a caracterização do instituto: a) a pluralidade de condutas; b) a pluralidade de crimes da mesma espécie; c) a prática dos crimes nas mesmas condições de tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes; e d) o fato de os crimes subsequentes serem continuação do primeiro. No tocante à tese ligada ao crime de quadrilha, tendo em conta suposta configuração de peculato continuado em concurso de agentes, a decisão revisanda também enfrentara o tema e demonstrara o caráter de durabilidade e permanência da associação, elementos indispensáveis à caracterização do delito. O requerimento, nesse ponto, não mereceria conhecimento, ainda que sustentado por alegação de mudança de entendimento jurisprudencial. Todavia, no que diz respeito à fixação do valor mínimo destinado à reparação de danos, nos termos do art. 387, IV, do CPP, o Colegiado lembrou que essa previsão normativa fora inserida pela Lei 11.719/2008, que não somente seria posterior aos fatos, ocorridos entre 1995 e 1998, como também ao oferecimento da denúncia, em 1999. Assim, sobretudo porque não **ocorrido o contraditório a respeito**, incidiria reserva intransponível à incidência da norma, do ponto de vista material e processual. (RvC 5437/RO, rel. Min. Teori Zavascki, 17.12.2014).

Nesse mesmo contexto o Superior Tribunal de Justiça já consolidou sua jurisprudência no que tange a fixação mínima, no qual depende de pedido expresso do Ministério Público, devendo ocorrer até instrução, e o juiz somente deveria aplicar se o dispositivo tiver elementos mínimos para tanto.

RECURSO ESPECIAL. ROUBO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. JULGADO PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. PARADIGMA. IMPOSSIBILIDADE. MAJORANTE EMPREGO DE ARMA. ART. 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. PARADIGMA EM HABEAS CORPUS. VEDAÇÃO. APREENSÃO E PERÍCIA. POTENCIAL LESIVO. CONSTATAÇÃO. DESNECESSIDADE. REPARAÇÃO DE DANOS À VÍTIMA. ART. 387, INCISO IV, CPP. PEDIDO EXPRESSO. NECESSIDADE. QUANTUM LÍQUIDO E CERTO. NÃO EXIGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. (AgRg EREsp 998.249/RS. Rel. Ministro

SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 3S, DJe 21.9.2012).

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. REPARAÇÃO CIVIL MÍNIMA. ART. 387, IV, DO CPP. IRRETROATIVIDADE. NORMA DE DIREITO MATERIAL. FIXAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PEDIDO DO OFENDIDO E OPORTUNIDADE DE DEFESA AO RÉU.

1. A inovação legislativa introduzida pela Lei nº 11.719/2008, que alterou a redação do inciso IV, do art. 387 do Código de Processo Penal, possibilitando que na sentença seja fixado valor mínimo para a reparação dos prejuízos sofridos pelo ofendido em razão da infração, ao contemplar norma de direito material mais rigorosa ao réu, não pode ser aplicada a fatos praticados antes de sua vigência, como no caso dos autos, em que a conduta delituosa ocorreu em 15/5/2003.

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

3. A fixação da reparação civil mínima também não dispensa a participação do réu, sob pena de frontal violação ao seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

4. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1206635/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 09/10/2012)”

O renomado doutrinador Guilherme de Souza Nucci, corroborando com o acima disposto, leciona que:

Admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. [...] A parte que o fizer precisa indicar os valores e provas suficientes para a sustentá-los. A partir daí, deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver formal pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida a infringência ao princípio da ampla defesa (NUCCI, 2013, p. 753).

Diante do exposto, infere-se que ao juiz não é cabível fixar verba indenizatória sem prévio contraditório e ampla defesa, o que o faz necessário solicitar novas diligências para que tal fixação seja satisfatória, através de novas provas, que sirvam de parâmetro para o magistrado definir um valor justo à vítima. Tais diligências necessárias que irão ajudar o juiz na fixação do *quantum debeatur* (quantia devida) farão com que o processo se torne mais moroso, e a pretensão da vítima não é alcançada.

4 (IM)POSSIBILIDADE DA REPARAÇÃO DE *QUANTUM* INDENIZATÓRIO AOS DANOS MORAIS

A Constituição Federal de 1988 garantiu expressamente o direito à indenização por dano moral. No entanto a reparação indenizatória que se refere o art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deve alcançar apenas os danos materiais referentes à lesão, ficando os danos morais para serem pleiteados no âmbito cível. Assim instrui a ilustre doutrina:

Deve-se interpretar o dispositivo de sorte a que este se compatibilize com a nova rotina dos procedimentos, que passaram a ser mais escorregiosos e concentrados, em busca de uma pretensa celeridade e também com a própria Constituição Federal, que assegura a razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII). 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 questão indenizatória (TÁVORA; ALENCAR, 2009, 176).

De igual modo leciona Eugênio Pacelli de Oliveira (2008):

A nosso aviso, a nova legislação deve ser entendida nestes estritos termos, impedindo o alargamento da instrução criminal para a discussão acerca dos possíveis desdobramentos da responsabilidade civil. Não se há de pretender discutir, por exemplo, o dever de reparação do dano moral [...].

O Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul e da Bahia decidiram em conformidade com o posicionamento doutrinário acima transcrito:

Ementa: PENAL. PROCESSUAL CRIMINAL. APELAÇÃO. APELANTE JULGADO PELO SODALÍCIO POPULAR E CONDENADO A 19 (DEZENOVE) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E AO PAGAMENTO DE R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS) A TÍTULO DE **INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS** E MATERIAIS, NOS TERMOS DO **ART. 387, INCISO IV DO CPP**, PELA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO **ART. 121, § 2º, INCISOS I E IV DO CP** - HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO POR MOTIVO TORPE E RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA **VÍTIMA**. DEFESA REQUER A ANULAÇÃO DO JULGAMENTO DO APELANTE, COM FULCRO NA CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE. Descabe ao Tribunal de 2ª instância reformar, a seu talante, o veredicto proferido pelo Sodalício Popular, sob o elástico argumento de que a referida decisão se encontra manifestamente contrária à prova dos autos. Isto somente poderia ocorrer em situações excepcionálíssimas, ou seja, quando a decisão dos jurados estiver em total dissonância do contexto probatório carreado aos autos. Precedente jurisprudencial. No caso em tela, porém, nem de longe tal situação se

vislumbra, pois o farto conteúdo probatório carreado aos autos indica que o feito em discussão trata de um crime de mando, em que o apelante foi o executor direto da **vítima**, mediante pagamento da quantia de R\$ 1000,00 (mil reais), oferecidos pela própria genitora da **vítima**, movida por sentimento de vingança após a mesma ter sido por esse agredida dias antes. De outra banda, a desclassificação pleiteada para homicídio simples revela-se descabida, tendo-se em vista que restou provado – e confessado – a prática do crime do homicídio duplamente qualificado pelo acusado mediante promessa de recompensa (motivo torpe) e recurso que impossibilitou a **vítima**, então embriagada, de se defender. Assim, a reforma da presente decisão do Júri, em qualquer aspecto, e ainda sob o pálio da manifesta contrariedade à prova dos autos, significa atentar contra o sagrado princípio constitucional da soberania de seus veredictos. Precedente jurisprudencial. Julgamento e condenação mantidos. PARECER DA DOUTA PROCURADORIA PELO IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, NA ESTEIRA DO PARECER DA DOUTA PROCURADORIA DE JUSTIÇA. (TJ-BA, 2011).

Ementa: APELAÇÃO CRIME. EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES. ART. 345 DO CP. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. FIXAÇÃO DE **INDENIZAÇÃO** POR DANOS MORAIS À **VÍTIMA** - **ART 387 , IV , DO CPP** - IMPOSSIBILIDADE. 1- Preliminares de extinção da punibilidade afastadas porque ausente qualquer irregularidade na queixa-crime ou na procuração, de molde a autorizar o reconhecimento da decadência, tampouco caracterizada a prescrição, na espécie. 2- Querelado que, após realizar frete em favor do querelante, irressigna-se com a forma de pagamento oferecida, acelerando, inopinadamente seu caminhão, conduzindo o querelante e parte da carga por vários quilômetros, comete o crime de exercício arbitrário das próprias razões, merecendo a reprimenda penal. 3- Inviável a imposição de **indenização** a título de danos morais em favor do querelante, nos termos do **art. 387 , IV , do CPP** , haja vista que tal reparação somente compreende o dano patrimonial. Ademais, não houve pedido expresso do querelante na inicial ou contraditório do querelado ou ainda instrução específica para apurar o valor mínimo do dano, implicando o referido arbitramento de **indenização** em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Recurso Crime Nº 71004503231, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 07/10/2013) (TJ-RS, 2013).

O Superior Tribunal de Justiça corrobora com esse posicionamento:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ART. 387, IV, DO CPP. FURTO QUALIFICADO. REPARAÇÃO DE DANO MORAL. PEDIDO EXPRESSO DO QUANTUM DA ACUSAÇÃO NA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. DEFESA TÉCNICA IMPOSSIBILITADA DE EXERCER AMPLA DEFESA. PRECEDENTE DESTES SUPERIOR TRIBUNAL. REFORMA PARCIAL DO ACÓRDÃO A QUO. Recurso especial provido.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por Luís Fernando Oliveira da Silva com fundamento no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de origem que fixou o valor de R\$ 278,00 (duzentos e setenta e oito reais) a título de reparação de danos morais, consoante o art. 387, IV, do Código de Processo Penal (fls. 119/136 e 155/164).

Esta, a ementa do acórdão a quo (fl. 159 – grifo nosso):

EMBARGOS INFRINGENTES. FURTO QUALIFICADO. DIVERGÊNCIA QUANTO À INDENIZAÇÃO À VÍTIMA. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO

RECORRIDO. **A condenação à indenização à vítima é de ordem imperativa, como previsto no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, e sua fixação não ofende os princípios do contraditório ou ampla defesa**. Embargos infringentes desacolhidos. Por maioria.

O recurso especial merece ser conhecido, pois preenchidos os seus pressupostos de admissibilidade.

A mais significativa inovação legislativa introduzida pela Lei n. 11.719/2008, que alterou a redação do inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, possibilitou que na sentença fosse fixado valor mínimo para a reparação dos prejuízos sofridos pelo ofendido em razão da infração, a contemplar, portanto, norma de direito material mais rigorosa ao réu.

Para que seja fixado na sentença o início da reparação civil, com base no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, deve haver pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público e ser possibilitado o contraditório ao réu, sob pena de violação do princípio da ampla defesa.

Nesse contexto, este Superior Tribunal, em relação à fixação de valor mínimo de indenização a título de danos morais, nos termos do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, entende que se faz indispensável o **pedido expresso** do ofendido ou do Ministério Público, este firmado ainda na denúncia, *sob pena de violação ao princípio da ampla defesa* (REsp 1.193.083/RS, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 27/8/2013).

Da atenta leitura dos autos, repita-se, não há falar em fixação de valor mínimo de indenização à vítima se o Ministério Público não requereu a fixação desse *quantum* no momento do oferecimento da denúncia, sob pena de *violação dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal* (AgRg no AREsp 352.104/RJ, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 6/12/2013 – grifo nosso). No mesmo sentido: REsp n. 1.206.635/RS, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 9/10/2012. (STJ, 2015).

Infere-se, assim, que os Tribunais estão consolidando o posicionamento de que a fixação de indenização título de dano moral é cabível ao âmbito civil, e não na seara penal.

Contudo, há uma parte da doutrina que interpreta de maneira diversa, como Daniel Roberto Hertel (2015), Yordan Moreira Delgado e Werton Magalhães Costa (2009), que afirmam que o art. 387, inciso IV, não trata somente sobre a reparação de danos no âmbito material, sendo, portanto, “reparação de danos” um termo genérico. Isto posto, levando em consideração que o delito cometido pode acarretar um dano moral e/ou material, é plenamente possível que o juiz fixe um *quantum* indenizatório tanto pelo dano material, quanto pelo dano moral.

Assim também ensina Antonio do Passo Cabral (2010, p. 325): “Embora na maioria dos casos o dano moral necessite de prova alongada para sua aferição, se a prova estiver nos autos ou puder ser facilmente obtida, pensamos ser possível a fixação”.

4.1 (IM)POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE LUCROS CESSANTES

Como forma de buscar uma indenização reparatória ao ofendido na sentença criminal, de maneira célere e eficaz, devendo ser levado em consideração como todo o dano ou perda que afetou o ofendido, em decorrência direta com o crime praticado.

Sabemos que os lucros cessantes são aqueles valores que a pessoa, seja ela física ou jurídica, deixou de receber em razão de algum ato cometido por outrem, em circunstância alheia à sua vontade. Tais valores devem representar não apenas o ganho que a vítima deixou de ter, mas, na verdade, a perda da chance de lucrar.

O nobre doutrinador Silvio Neves Baptista (2003, p. 87) ensina que:

Ora, se o lucro cessante é o dano potencial, *ad futurum*, isto é, aquele que a vítima deixará de receber em virtude do dano positivo ou emergente, o verbo não deveria figurar no tempo pretérito: não é o que o ofendido deixou de lucrar, mas o que deixará de perceber pelo evento danoso.

Relevantes inovações foram realizadas com a Lei 11.719/2008, importantes alterações no processo penal, entre elas, nos arts. 63 e 387, com a possibilidade de o juiz fixar na sentença penal condenatória um valor mínimo, líquido e exigível, a título de indenização pelos prejuízos sofridos pela vítima. Com isso, pode o réu condenado, apelar exclusivamente em relação ao valor fixado na sentença, com uma fundamentação exclusivamente 'civilista', buscando sua redução, ou ainda, noutro extremo, abre-se a possibilidade de o assistente da acusação (habilitado ou não), recorrer de uma sentença condenatória (com mais razão se absolutória), pretendendo, exclusivamente, a satisfação de seu interesse patrimonial. Apenas para que fique claro, mesmo que a matéria do recurso gire em torno, exclusivamente, da pretensão indenizatória e/ou sua resistência (pelo réu), será um recurso penal, que deverá seguir as regras do processo penal e ser julgado por uma câmara ou turma criminal. Isso gera uma situação esdrúxula, fruto da infeliz mistura de interesses: um julgamento penal onde se discuta, exclusivamente, (ou não), um interesse cível, de cunho indenizatório (LOPES JUNIOR, 2010).

Nesse sentido, Arthur da Motta Trigueiros Neto comenta que os danos materiais, na modalidade lucros cessantes, deverão ser discutidos em prévia liquidação à propositura da ação civil *ex delicto*. Entendemos ser isso o que se extrai

do novo inciso IV do art. 387, na medida em que o juiz fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Quando a lei determina ao magistrado fixar valor para a reparação dos danos, está tratando especificamente dos danos emergentes (espécie de danos materiais), exatamente por determinar a sua fixação correspondente aos prejuízos suportados pela vítima (TRIGUEIROS NETO, 2008).

Assim sendo, deve o magistrado ter elementos suficientes que comprovem a necessidade da indenização para reparação dos danos, sendo tais danos dificilmente corroborados. Contudo, se no processo existir provas documentais ou outras quaisquer que forem obtidas com facilidade, entendemos que seja possível a fixação.

5 CONCLUSÃO

A inovação trazida com a reforma penal de 2008 faz-nos perceber que o legislador buscou melhorar a situação do ofendido quanto ao prejuízo por ele suportado. Contudo, esse tratamento à vítima não deve interferir no processo criminal suportado pelo acusado do cometimento da infração penal, de modo que seja retirado deste último as garantias processuais, como contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Com isso, demonstra-se que o legislador poderá não obter a tal celeridade almejada com a alteração do art. 387, inciso IV do CPP, com o advento da Lei 11.719/2008, pois se constata um prejuízo para o indiciado e uma inevitável insatisfação do ofendido em receber um valor mínimo de verna indenizatória pelos danos sofridos. A busca por um processo célere e eficaz, além de suprimir as garantias do acusado, faz com que o processo possa se tornar mais moroso, tendo em vista que o valor fixado a título de dano reparatório não será satisfatório, tendo que, assim, a vítima buscar um valor satisfatório no âmbito cível.

Além da necessidade da efetividade das garantias processuais penais, deve-se constar que a fixação reparatória somente será admitida se houver pedido expresso da acusação, no âmbito da sentença penal condenatória, conforme doutrina dominante, sendo, ainda, duvidosa a legitimidade do representante Ministério Público em requerer a indenização cível para o ofendido.

Em consonância com o que foi demonstrada com análises doutrinárias e jurisprudenciais, a lei 11.719/08 fez com que a discussão sobre a fixação de uma indenização na sentença pena condenatória e a liberdade do acusado fossem tratados no mesmo âmbito, qual seja o criminal, o que é rechaçado pela doutrina, tendo em vista que a fixação do *quantum* mínimo indenizatório dependerá de uma instrução cível que comprove dos danos sofridos pelo ofendido, sendo necessário solicitar novas diligências para que a indenização pelos danos sofridos pelo ofendido seja satisfatória, por meio de novas provas, que ajudem o magistrado a fixar um valor justo à vítima.

No que tange ao tipo de reparação aos danos sofridos pelo ofendido, a doutrina entende que a reparação indenizatória que se refere o art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, atinge somente danos materiais decorrentes da lesão, ficando, com isso, os danos morais a serem pleiteados no âmbito cível.

Em que pese à intenção do legislador em dar um melhor tratamento ao ofendido, entende-se que a reparação do dano ao ofendido na sentença penal condenatória não encontra respaldo constitucional, tendo em vista que a reparação indenizatória ocorra sem direito à ampla defesa e ao contraditório, permitindo que uma pena seja imposta ao acusado sem pedido da parte lesada ou seus representantes legais, sendo, portanto, incabível ao juiz criminal fixar indenização de ofício, pois viola o princípio da inércia, bem como do princípio da correlação entre o pedido e a sentença. Assim sendo, infere-se que o objetivo da referida lei não foi alcançado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Karine Araújo. A inconstitucionalidade do interrogatório por videoconferência à luz do princípio da ampla defesa e do contraditório. **Juspodivm**, Salvador. 2009. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/A_INC_VIDEOCONFERENCIA.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2015.

BAPTISTA, Silvio Neves. **Teoria Geral do Dano**. São Paulo: Atlas, 2003.

BRASIL. Código Civil. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 4 nov. 2015.

BRASIL. Código de Processo de Penal. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**: Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 4 nov. 2015.

BRASIL. **Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008**: altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 29 maio 2015.

CABRAL, Antônio do Passo. O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV, do CPP. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 49, p. 325, 2010.

CAMARA, Alexandre Freitas. Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal: reflexões sobre a lei n. 11.719/08. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, n. 56, jun./jul., p. 71-81, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DELGADO, Yordan Moreira; COSTA, Werton Magalhães. **Comentários à reforma do Código de Processo Penal e Lei de Trânsito**. Salvador: JusPodivm, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GOMES, Luis Flávio. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HERTEL, Daniel Roberto. **Aspectos processuais civis decorrentes da possibilidade de fixação de indenização civil na sentença penal condenatória**. Disponível em: <http://www.iejusa.org.br/cienciasjuridicas/possibilidade_indenizacaoocivil_sentencapenalcondenatoria.php>. Acesso em: 29 maio 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.421.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RIEGER, Renata Jardim da Cunha; CAMARGO, Rodrigo de Oliveira. Breves Considerações sobre a Revalorização da Vítima e a Reparação do Dano no Processo Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, n. 34, p. 40-41, 2009.

SANTOS, Leandro Galluzzi dos. **As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA. **STJ Recurso Especial n. 1.513.096** – RS (20150031248-Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional** (co-autoria com Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero), ed. Revista dos Tribunais, 2 ed., 2013.

TAHIM JÚNIOR, Anastácio Nóbrega. Ação Civil Pública *ex delicto*. **Revista de Processo**, ano 29, n. 115, maio/jun. 2004.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 13. ed. São Paulo, 2010.

TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta. Comentários às recentes reformas do código de processo penal e legislação extravagante correlata. São Paulo: Método, 2008.