

A REPARAÇÃO DO DANO AO OFENDIDO NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Lauro Thaddeu Gomes

Advogado, Mestrando em Ciências Criminais (PUC/RS), especialista em Direito Penal e Processual Penal (Escola Superior do Ministério Público).

Resumo: O presente artigo trata, de maneira breve, da fixação da reparação do dano à vítima na sentença penal condenatória, bem como das consequências dessa inovação processual e os prejuízos que trará ao devido processo penal e as garantias constitucionais do acusado.

Palavras-chave: Vítima – processo penal – sentença penal – indenização

Resumen: Este artículo discute, brevemente, de la fijación de una indemnización por el daño a la víctima en la condena penal, y de las consecuencias de esta innovación procesal y los perjuicios que llevará al debido proceso penal y a las garantías constitucionales del reo.

Palabras-chave: víctima – proceso penal – sentencia penal (condena penal) – indemnización

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE AS MODIFICAÇÕES ACERCA DO PAPEL DA VÍTIMA NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL.

A vítima¹ no processo penal sempre foi alvo de muitos debates, na medida em que ocupava um papel secundário durante a tramitação do feito, suportava o prejuízo e o dano, possuía poucos direitos² e quase nenhuma atenção do Estado³. No entanto, tendências internacionais de proteção à vítima⁴, tratados internacionais de direitos humanos⁵, a

¹Apresenta-se, primeiramente, um conceito de vítima: “De esta declaración puede elaborarse un primer marco jurídico para la definición de la víctima entendiendo que en todo caso lo es aquel sujeto titular del bien jurídico lesionado como consecuencia del hecho ilícito cometido. Se trata, pues, de un requisito esencial para definir a las víctimas en el proceso penal y procurar en su caso, aunque con distinto significado y alcance en cada ordenamiento, la reparación del mismo”. (HERMIDA, Ágata M^a Sanz. *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2008, p. 22.). Nesse mesmo sentido, é a definição de vítima trazida no projeto de reforma do CPP (PL n^o 156): “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, patrimoniais ou quaisquer outras violações de seus direitos fundamentais.”

²“Todavia, chama a atenção, de forma negativa, o descaso que o sistema penal trata as vítimas, que se vêem abandonadas pela máquina estatal e mesmo pela sociedade civil.” (CALHAU, Lélío Braga. *Vítima e Direito Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 26.)

³“O descaso com a vítima, após ter sido atingida pela infração criminal, seu etiquetamento, a falta de apoio psicológico, as pressões a que se vê submetida, a necessidade de reviver o delito através do comparecimento em juízo, é uma realidade em nosso ordenamento jurídico. Isso se revela mais acentuado na violência doméstica e sexual, principalmente contra mulheres. Tradicionalmente, os sistemas jurídicos se preocupam com o destino dos acusados. As vítimas, como regra, ficam em um plano secundário, sem a proteção do aparato estatal, isto é, praticamente neutralizadas pelo sistema, tanto do ponto de vista do direito material quanto processual penal, tendo que recorrer a uma verdadeira *via crucis* dentro do processo penal.” GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 83.

⁴Um exemplo claro dessa tendência foi a Resolução A/RES/40/34, do ano de 1985, editada pela Assembleia Geral das Nações Unidas: “Declaração dos princípios fundamentais de justiça relativos às vítimas de criminalidade e às vítimas do abuso do poder”.

preocupação de conceder uma resposta judicial célere e efetiva à vítima, força publicitária, entre outros motivos, promoveram alterações significativas no papel do ofendido dentro do processo criminal brasileiro, a fim de valorizar a situação de fragilidade das vítimas de delitos.

No âmbito das referidas alterações, limitar-se-á o presente artigo na análise da reparação do dano (matéria de caráter cível) na sentença condenatória (art. 387, inc. IV, do CPP) e suas consequências dentro do processo criminal.

É nítida a preocupação do legislador com a vítima criminal, pois, em resumo, as alterações realizadas pelas Leis 11.690/08 e 11.719/08, buscam manter o ofendido informado sobre o andamento do processo criminal e conceder uma maior celeridade na reparação do dano oriundo do delito⁶, a qual foi incluída no inc. IV no art. 387 do CPP e determina: *fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelos ofendidos.*

No entanto, a intenção do legislador encontrará alguns obstáculos de natureza constitucional e processual penal para sua aplicação. Por esse motivo, mostra-se pertinente, então, o presente estudo, para analisar a validade, necessidade e efetividade da reparação do dano ao ofendido no âmbito processual penal.

2 A DESCARACTERIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL.

Inicialmente, deve-se considerar os inúmeros obstáculos que a vítima encontra para obter ressarcimento do dano sofrido pelo delito, com o que se deve apoiar qualquer iniciativa que visa diminuir esse lapso temporal. Contudo, tais medidas não podem afetar (nem prejudicar) o curso do processo criminal, o qual, como se sabe, apura a responsabilidade criminal sobre um fato tido como delituoso.

Dessa forma, o processo penal garante que o acusado possa, no curso da ação penal, exercer seu direito de defesa buscando sua absolvição ou minimização das sanções penais, por

⁵ É o caso da Lei Maria da Penha (violência doméstica), que surgiu a partir de uma condenação do Estado brasileiro na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, quando foi determinado que o Brasil definisse uma legislação adequada contra violações a Direitos Humanos consagrados na Convenção Americana, da qual o Brasil é signatário.

⁶ SANTOS, Leandro Galluzi dos. *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. Coordenação: Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 315. “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 condições de determinar esse valor se entre a data do fato e a 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.”

meio da produção de provas. Nessas condições, pode-se dizer que a discussão sobre valores de indenização dentro da instrução criminal, conforme determina o art. 387, inc. IV, do CCP, irá descaracterizar o verdadeiro objetivo do processo criminal, incluindo números e valores quando se está discutindo a liberdade do cidadão.

Essa transferência de questões cíveis para dentro do processo penal, a fim de conceder maior celeridade e atenção ao ofendido, não se trata de uma inovação, pois o legislador já se utilizou desse expediente como, por exemplo, na Lei Maria da Penha, ou nos delitos de competência do juizado especial criminal⁷, quando trouxe a chamada *justiça consensual*⁸.

Assim, considerando-se a validade da norma em comento (uma vez que as reparações dos danos estão sendo fixadas nas sentenças criminais), deve-se, então, introduzir uma instrução cível dentro da instrução criminal, a fim de que o acusado possa exercer seu direito de defesa e discutir os valores, no caso de sua condenação. Dessa forma, torna-se obrigatória a produção de provas acerca de valores dentro do processo criminal e, conseqüentemente, o acesso à ampla defesa e ao contraditório, até mesmo porque, na esfera cível, essa garantia é assegurada ao condenado.

A necessidade de instrução cível irá, obrigatoriamente, prolongar, ainda mais, a resposta jurídico-penal sobre o fato delituoso, desrespeitando a garantia constitucional do prazo razoável⁹ e determinará, em alguns casos, a implementação da prescrição penal.

⁷ De acordo com TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta. *Comentários às recentes reformas do Código de Processo Penal e legislação extravagante correlata*. São Paulo: Método, 2008, p. 147. “Já não é novidade a tomada de providências cíveis pelo juízo criminal, conferindo-se maior efetividade ao processo. Desde a edição da Lei ‘Maria da Penha’ (Lei 11.340/2006 – violência doméstica), diversas medidas protetivas à mulher podem ser deferidas pelo juízo criminal, tais como a separação de corpos, a fixação de alimentos, o distanciamento do agressor do lar conjugal etc. Igualmente, já se via um ingerência do direito civil no processo penal na tentativa de composição civil dos danos provocados pelo agente à vítima, em se tratando de infração penal de menor potencial ofensivo (art. 74 da Lei 9.099/1995), considerada instituto despenalizador se se tratar de crime de ação penal privada e pública condicionada à representação. Por fim, há muito existia a possibilidade de fixação de indenização no juízo criminal em sede de revisão criminal, desde que houvesse requerimento do pólo ativo da referida ação, a fim de reparar o erro judiciário perpetrado contra o condenado (art. 630 do CPP).”

⁸ Von Hirsch, Ashworth, Shearing entendem que o problema da justiça restaurativa é que ela costuma apagar os limites entre o dano (*harm*) e mal (*wrong*), principalmente por conferir posição de destaque à vítima e possibilitar que as partes negociem a resolução do conflito. O que passa a importar nesta justiça não é mais a comunicação de reprovação público ao delito e à conduta do autor (visto como alguém moralmente livre), mas sim que o autor expresse arrependimento pela ofensa cometida à vítima (através de sua participação no processo e da reparação do dano). Não importa tanto o grau de culpabilidade do autor no cometimento da ação delitiva, mas o quanto a vítima tenha sido ferida. Com este modelo, a justiça restaurativa tenderia a privatizar o tratamento do delito, aplicando formas de resolução de conflitos próprias do direito civil, e protagonizaria uma virada “de ‘veja o mal que você cometeu’ para ‘veja o quanto eu sofri’”. (PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo:IBCCRIM, 2009, p. 167-168.)

⁹ Conforme GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal. Considerações Críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 110. “Havendo danos indenizáveis, de qualquer natureza, na sentença penal condenatória, há necessidade de o magistrado fixar um valor mínimo a título de reparação dos danos causados pela infração criminal. Esta determinação (que fixará) haverá de ser feita sobre algum sustentáculo probatório carreado ao processo. Ocorre que a perspectiva probatória, desde a proposição de meios de prova até sua

Observa-se, também, que a aplicação dessa norma trará um desequilíbrio na relação processual (paridade de armas), na medida em que a defesa do acusado deverá se preocupar, também, com a fixação da reparação do dano ao ofendido, enquanto a Acusação Pública estará focada no deslinde criminal, e a vítima ou seu representante legal preocupados com números e valores de uma possível reparação.

Por fim, o inc. IV do art. 387 do CPP determina ao Magistrado a fixação de valores para a reparação dos danos ao ofendido, independente de pedido da acusação, o que se traduz em uma violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e da correlação entre acusação e a sentença, conforme se abordará mais adiante.

Por esses motivos, deve-se entender que não cabe ao direito processual penal fixar um valor mínimo de indenização ao ofendido, mas, sim, garantir um processo penal democrático dentro dos limites constitucionais, para que, depois da sentença condenatória, a esfera cível se encarregue de discutir valores.

3 DA VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E CORRELAÇÃO ENTRE DENÚNCIA E SENTENÇA; LEGITIMIDADE PARA REQUERER A INDENIZAÇÃO ANTECIPADA.

Ao falar da reparação do dano à vítima dentro do processo penal torna-se obrigatório tratar da violação do princípio da ampla defesa e do contraditório, bem como da violação ao princípio da correlação entre a denúncia e a sentença¹⁰, uma vez que o inc. IV do art. 387 do

avaliação, é diferenciada no âmbito criminal e reparatório. Na esfera criminal, o interesse da acusação é o de punir o acusado, condená-lo a uma sanção criminal e o da defesa é a manutenção do *status libertatis*, o retorno a este (casos de prisão cautelar) ou diminuir a potencialidade do *ius puniendi*. Cabe a acusação o encargo de quebrar a presunção de inocência do acusado e demonstrar o afastamento do mínimo censurável. O objeto da prova e a carga desta, na esfera civil têm outra dimensão e poderão desvirtuar as regras probatórias criminais, diante dos danos ao ofendido (condenar para propiciar a fixação de uma indenização). No momento em que o legislador determinou a estipulação de uma indenização dos danos de natureza civil no âmbito de um processo criminal, incrementou o pólo acusador e fragilizou, ainda mais, o pólo defensivo. Isso porque a acusação terá interesse em também levar ao processo criminal a prova destinada à fixação dessa indenização e a defesa, por outro lado, terá mais uma preocupação, além de criar a dúvida razoável no processo, tendente a sua absolvição, preocupar-se-á com a indenização. Ademais, do dever de indenizar, o qual flui naturalmente da condenação, há interesse em sua dimensão, mesmo que provisória. É mais um entrave à resposta da jurisdição criminal dentro do prazo razoável.” Nesse mesmo sentido, (LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 144) quando afirma: “Como veremos, quando a duração de um processo supera o limite da duração razoável, novamente o Estado se apossa ilegalmente do tempo do particular, de forma dolorosa e irreversível. E esse apossamento ilegal ocorre ainda que não exista uma prisão cautelar, pois o processo em si mesmo é uma pena”.

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 8ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 267. “O princípio da correlação entre acusação e sentença, também chamado da congruência da condenação com a imputação, ou, ainda, da correspondência entre o objeto da ação e o objeto da sentença, liga-se ao princípio da inércia da jurisdição e, no processo penal, constitui efetiva garantia do réu, dando-lhe certeza de que não poderá ser condenado sem que tenha tido oportunidade de se defender.”

CPP, determina a aplicação de uma reparação de danos ao ofendido, independente de pedido acusatório ou de produção de provas nesse sentido, ou seja, a reparação do dano é um requisito obrigatório¹¹ da sentença penal, assim como a motivação para a aplicação da pena (art. 387, inc. II, do CPP). A partir dessa leitura, o Magistrado deverá fixar a indenização independente de pedido da acusação ou contraditório sobre a matéria, o que viola os princípios da ampla defesa, contraditório e correlação entre a denúncia e a sentença.

A fixação *ex officio* da reparação dos danos na sentença penal condenatória afronta as garantias do contraditório¹² e da ampla defesa, na exata medida em que haverá a aplicação de uma sanção pecuniária (de natureza cível) sem qualquer defesa sobre a matéria.

Apesar de estar localizado no CPP, como um dos requisitos da sentença criminal, não há como negar o caráter de punição contido na norma, pois a sentença penal impõe (coerção estatal) mais uma forma de pena ao acusado, qual seja a de reparar o dano causado ao ofendido. Para além disso, a regra do inciso IV do artigo 387 do CPP guarda uma notável semelhança com a pena (restritiva de direitos) de prestação pecuniária¹³, a qual é destinada à vítima ou seus dependentes e deduzida do montante de uma eventual condenação em ação de reparação civil. A prestação pecuniária é definida como uma modalidade de pena restritiva de direitos, conforme o art. 32 do CP.

¹¹ Segundo BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. “A sentença penal de acordo com as Leis de Reforma”. In: NUCCI, Guilherme de Souza (org.). *Reforma do Processo Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 285, “O estabelecimento do valor mínimo da indenização depende de decisão judicial expressa, constituindo requisito da sentença, ao contrário do que se dava no regime anterior, com o efeito civil de tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (CP, art. 91, I), para o qual é irrelevante o fato de o juiz indicá-lo ou não na decisão. A omissão do valor mínimo da indenização não tornará a sentença nula, mas poderá ensejar embargos declaratórios para sanar a omissão, uma vez que se cuida de requisito da sentença, na nova disciplina, devendo o juiz fazer constar o valor mínimo da indenização ou o motivo pela qual deixa de fazê-lo como, por exemplo, a inexistência de dano patrimonial ou a falta de informações a respeito.”

¹² “O ato de ‘contradizer’ a versão afirmada na acusação (enquanto declaração petitória) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética. (...) O contraditório é uma nota característica do processo, uma exigência política, e mais do que isso, se confunde com a própria essência do processo. (...) Numa visão contemporânea, o contraditório engloba o direito das partes de debater frente ao juiz, mas não é suficiente que tenham a faculdade de ampla participação no processo; é necessário também que o juiz participe intensamente (não confundir com juiz-inquisidor ou com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz), respondendo adequadamente às petições e requerimentos das partes, fundamentando suas decisões (inclusive as interlocutórias), evitando atuações de ofício e as surpresas. Ao sentenciar, é crucial que observe a correlação acusação-defesa-sentença.” LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual...* p. 542.

¹³ Art. 45, §1º do CP. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos. O valor será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

A reparação do dano é uma imposição judicial determinada na sentença condenatória que será suportada pelo condenado, e, por esse motivo, deve ser considerada como uma forma de “pena”¹⁴.

A partir desse entendimento, torna-se obrigatório, durante a instrução processual, o acesso à ampla defesa e ao contraditório em relação à matéria cível. O processo penal deverá garantir ao acusado a possibilidade de exercer seu direito de defesa (resistência) também contra a pena de fixação da reparação do dano, pois a defesa também é garantida na esfera cível¹⁵.

Por outro lado, a aplicação *ex officio* da reparação dos danos não encontra validade constitucional, uma vez que, no processo penal, o Magistrado está limitado a julgar o que foi requerido pela acusação, ou seja, o pedido acusatório delimita o campo a ser trilhado pela sentença penal.

Nesse sentido, para além da necessidade da ampla defesa e do contraditório, só se pode admitir a fixação da indenização no âmbito da sentença criminal 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 (art. 129 da CF) não se encontra a satisfação de interesses econômicos à vítima de processo criminal, o que retira a legitimidade de requerer a reparação do dano, ressalvada a hipótese prevista no art. 68 do CPP.

Dessa forma, acredita-se que apenas a vítima ou seu representante legal, mediante pedido expresso e em tempo hábil (que possibilite a ampla defesa e o contraditório), poderá requerer a fixação da reparação do dano na sentença penal. Inclusive, a função do assistente à acusação pública é exatamente essa, buscar a condenação criminal do acusado, com vistas à futura indenização (reparação do dano).

4 AMPLITUDE DO INC. IV DO ART. 387 DO CPP; DANO MORAL, MATERIAL E LUCROS CESSANTES.

Considerando-se válida a fixação da indenização ao ofendido na sentença penal, deve-se estudar a amplitude dessa reparação, ou seja, se abarca danos morais, materiais e lucros

¹⁴ La consecuencia del delito es fundamentalmente la coerción penal, cuya manifestación hemos caracterizado como 'pena'." ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Parte general V. Buenos Aires: EDIAR, 1988, p. 11.

¹⁵ Contudo, não há qualquer norma que regulamente o contraditório cível e seus limites dentro do processo penal, e, qualquer analogia nesse sentido seria para prejudicar o acusado, o que é vedado em matéria penal. Por esse motivo, a aplicação da fixação da reparação do dano esbarra no princípio do contraditório e da ampla defesa.

cessantes. Essa dúvida surge a partir da obscuridade existente no inc. IV do art. 387 do CPP, pois refere, apenas, a fixação de um valor mínimo para a reparação do dano causado pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Antes que se possa buscar uma resposta para a questão, recorda-se do principal objetivo da implementação da reparação do dano na sentença criminal, qual seja, a busca pela celeridade e efetividade de ressarcir o ofendido do prejuízo decorrente do ilícito penal. Esse prejuízo deve ser considerado como todo o dano ou perda que, em decorrência direta com o delito, afetou o ofendido, sendo os delitos patrimoniais o melhor exemplo para a definição.

Assim, pode-se afirmar que o dano material está incluído, pois é fácil perceber e quantificar o valor do prejuízo suportado pela vítima. No entanto, a situação complica-se quando se tratar de delitos que não deixam um prejuízo material, mas, sim, moral, como é o caso da calúnia, ou quando a vítima, em face dos prejuízos decorrentes do delito, deixou de obter lucros (lucros cessantes).

A partir da ausência de ressalva quanto ao tipo de dano ou prejuízo que deve ser ressarcido à vítima na sentença penal, deve-se entender pela impossibilidade de se fixar dano moral na sentença penal condenatória, uma vez que se trata de valor que necessita de um grande aprofundamento das provas, e que poderia resultar em um alargamento, ainda maior, da instrução criminal. Além do mais, o objetivo de introduzir a fixação da reparação do dano na sentença criminal era a celeridade na resposta à vítima.

Também nesse sentido, a fixação de lucros cessantes não poderá ser aplicada no juízo criminal, na medida em que se trata de um valor além dos danos materiais, os quais devem ser fixados no mínimo. Assim, em face da expressão “valor mínimo” e, também, da necessidade de aprofundamento de provas, os lucros cessantes devem ser buscados apenas na esfera cível¹⁶.

Portanto, deve-se entender que o legislador optou em conceder apenas reparação mínima aos danos materiais, os quais, apesar de necessitarem de produção de prova perante a ampla defesa e o contraditório, possuem, em regra, fácil apuração, deixando para a esfera cível a verificação de danos morais e lucros cessantes decorrentes do delito, a fim de respeitar o prazo razoável do processo penal.

¹⁶ Nesse sentido, transcreve-se o comentário de TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta. *Comentários às recentes reformas do Código de Processo Penal e legislação extravagante correlata*. São Paulo: Método, 2008, p. 146-147. “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 dispositivo legal acima referido, 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.”

5 NECESSIDADE E EFETIVIDADE DA FIXAÇÃO DO “VALOR MÍNIMO”.

Um dos motivos para inserir a reparação do dano ao ofendido já na sentença criminal foi, como já se afirmou, a preocupação com a figura da vítima e sua dificuldade de obter o ressarcimento do dano sofrido. Anteriormente, a sentença criminal transitada em julgado era apenas um título executivo para o âmbito cível, o que determinava muito tempo de espera por parte do ofendido em receber sua indenização.

Nessa trilha, o legislador buscou o caminho mais fácil para resolver o problema da vítima no processo penal, eliminando algumas garantias dos acusados, como o direito ao contraditório e à ampla defesa e a necessidade de correlação entre a acusação e a sentença. O motivo da demora nas respostas judiciais reside na ausência de estrutura e material humano para o número de processos em tramitação, e não em face do rito processual. Mesmo assim, optou-se por reduzir garantias dos acusados, misturando o processo civil com o processo penal, ao invés de contratar mais funcionários para a administração da Justiça.

No entanto, o legislador não conseguiu atingir seus objetivos, na medida em que, da forma como está exposta a regra da reparação do dano no CPP, verifica-se um prejuízo para o acusado e uma inevitável insatisfação da vítima em receber um valor mínimo de reparação de danos apenas. Assim, nesse ponto, pode-se afirmar a desnecessidade e a falta de efetividade da fixação da indenização mínima na sentença condenatória criminal (art. 387, inc. IV, do CPP).

Introduziu-se uma norma puramente civilista dentro do processo penal, concedendo uma indenização mínima ao ofendido no momento da sentença penal, o que poderia (deveria) desestimular a vítima em propor ação cível¹⁷, desafogando essa esfera e antecipando a reparação do dano. No entanto, a expressão “indenização mínima” para a vítima, salvo melhor juízo, não soa bem, pois dá um sentido de que a justiça está concedendo um mínimo simbólico, quando, na verdade, depois da condenação transitada em julgado, reconhece-se o direito à vítima buscar todos os valores decorrentes do dano causado pelo delito.

Por outro lado, se a intenção do legislador era desafogar a esfera cível também não obteve sucesso, uma vez que, os ofendidos não ficarão satisfeitos com um valor mínimo de

¹⁷ GOMES, Luis Flávio. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 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 desestimele a propositura da ação cível, com toda demora e dissabores que são conhecidos.”

reparação dos danos, o que a levará a procurar o âmbito cível (e iniciar um processo de conhecimento) para conseguir o valor de indenização que entende justo. Dessa forma, a ideia de desestimular a ação cível *ex delicto* ficará, na maioria dos casos, prejudicada, pois a vítima terá que se socorrer de um processo cível para obter o resto da reparação. Ou seja, a transferência de parte da discussão sobre a reparação do dano para o âmbito penal não irá solucionar o problema da demora para a vítima receber sua justa indenização. Observe-se o que diz Aury Lopes Júnior: “O mais peculiar é que essa reparação feita na esfera penal não impede que a vítima busque, na esfera cível, um montante maior, posto que o fixado na sentença penal é considerado o ‘valor mínimo’ da indenização”¹⁸.

Para além disso, não há falar em execução provisória da reparação do dano, uma vez que, pelo princípio da presunção de inocência, o acusado só será considerado culpado quando transitar em julgado a condenação criminal. Somente depois do encerramento do processo criminal, o ofendido terá direito de executar a sua indenização.

Dessa forma, a incumbência de fixar um valor mínimo para a reparação do dano na sentença penal condenatória não irá resolver as angústias da vítima, bem como causará inúmeros prejuízos à defesa do acusado, conforme já se afirmou.

6 OS PROBLEMAS DA FASE RECURSAL. LEGITIMIDADE E COMPETÊNCIA.

Merece destaque, tamanho é o desvirtuamento do processo penal por parte da norma prevista no art. 387, inc. IV, do CPP, a questão da legitimidade e competência recursal da sanção de reparação de danos na sentença criminal.

Por certo, o acusado é parte legítima para recorrer, pois se trata de uma sanção que atinge diretamente seus interesses. O assistente da acusação e o querelante também possuem legitimidade, pois buscam, em última análise, o ressarcimento do dano causado pelo delito. Contudo, é questionável a legitimidade do Ministério Público para recorrer da sanção de reparação dos danos (para aumentar o valor ou, no caso de omissão da sentença, de fixação), pois, como já foi afirmado, não interessa ao *Parquet* satisfazer os interesses econômicos da vítima, mas, sim, defender o bem jurídico lesado (com a exceção trazida pelo art. 68 do CPP).¹⁹

¹⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 97.

¹⁹ 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”. In: *Revista de Estudos Criminais*, n. 34, 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

Assim, caso o acusado ou a vítima (por seu representante legal ou o MP conforme mencionado acima) não concordarem com o valor da indenização fixada pelo juízo de primeiro grau, deve ser interposto o recurso de apelação, conforme ao art. 593, inc. I, do CPP. Ficará a cargo das Câmaras e Turmas criminais o julgamento dessa matéria, inclusive nos casos em que a apelação estiver fundada apenas na irrisignação do valor fixado, o que demonstra claramente o desvirtuamento do processo penal²⁰.

7 DA NATUREZA JURÍDICA DA FIXAÇÃO DA REPARAÇÃO DOS DANOS NA SENTENÇA CRIMINAL E SUA APLICAÇÃO NO TEMPO.

Por fim, deve-se analisar a natureza e a aplicação no tempo da regra que determina a reparação dos danos na sentença penal condenatória, ou seja, se possui um caráter penal, misto ou processual, e, a partir disso, se é possível fixar uma indenização ao ofendido nos fatos cometidos antes da publicação da referida Lei.

Em relação à aplicação do art. 387, inc. IV, do CPP, deve-se fazer duas observações: (i) qual a natureza dessa norma: penal, mista ou processual; e (ii) se essa regra poderia ser aplicada nos casos que já estavam tramitando quando de sua publicação.

Como já se afirmou, a reparação do dano à vítima, conforme se encontra no CPP, seria um requisito da sentença criminal condenatória, uma vez que, independente de requerimento das partes, deverá o Magistrado fixar uma indenização à vítima (não se concorda com esse entendimento em face das violações constitucionais que decorrem dessa possibilidade).

“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.”

²⁰ Conforme, LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual... Vol II*, p. 421. “Com o advento da Lei 11.719/2008, foram realizadas 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.”

Contudo, conforme já se tratou, o inc. IV do art. 387 do CPP impõe mais uma pena ao acusado, qual seja a fixação da reparação mínima do dano causado ao ofendido. O valor do dano a ser reparado é uma imposição judicial a qual o condenado deverá suportar, em decorrência do delito por ele praticado. Por esse motivo, entendendo-se como regra de natureza penal, sua aplicação deverá ocorrer apenas nos delitos cometidos após sua publicação, pois, do contrário, estar-se-ia retroagindo lei penal prejudicial ao acusado.

Por outro lado, entendendo-se tratar de norma puramente processual, sua aplicação também estaria restringida aos fatos cometidos posteriormente à publicação da Lei nº 11.719/08, a partir da seguinte linha de raciocínio.

O art. 2º do CPP determina que *a lei processual penal aplicar-se-á desde logo* (princípio da imediatidade), o que indica uma aplicação imediata para todos os casos, inclusive aqueles que estão em andamento, seja a nova regra processual benéfica ou prejudicial ao acusado. Contudo, o princípio da imediatidade no processo penal deve ser reavaliado de acordo com a CF, a fim de que o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa se aplique, também, ao processo penal, impedindo, então, que as regras do “jogo” sejam alteradas durante a “partida” e prejudique o acusado²¹. Ou seja, quando o inciso XL do art. 5º da CF refere “lei penal”, deve-se interpretar como o sistema penal (lei penal e processual penal).

A partir dessa leitura, a fixação da indenização ao ofendido na sentença penal condenatória não poderá ser aplicada aos fatos que ocorreram antes de sua publicação²². Por esse motivo, mesmo considerando-se norma processual penal, sua aplicabilidade encontra-se restrita aos fatos ocorrido após sua publicação, pois há uma barreira intransponível no princípio da irretroatividade da lei penal (e processual penal) mais gravosa.

²¹ Pensamos que o Princípio da Imediatidade contido no art. 2º do CPP, assim aplicado, não resistiria a uma filtragem constitucional. “A questão foi muito bem tratada por PAULO QUIROZ e ANTONIO VIEIRA, que lecionam que a irretroatividade da ‘lei penal’ deve também compreender, pelas mesmas razões, a lei processual penal, a despeito do que dispõe o art. 2º do Código de Processo Penal, que determina, como regra geral, a aplicação imediata, uma vez que deve ser (re)interpretado à luz da Constituição Federal. Isso porque não há como pensar o Direito Penal completamente desvinculado do processo e vice-versa. Recordando o princípio da necessidade, não poderá haver punição sem lei anterior que preveja o fato punível e o processo que o apure. Tampouco pode haver um processo penal senão para apurar a prática de um fato aparentemente delituoso e aplicar a pena correspondente. Assim, essa íntima relação e interação dão o caráter de coesão do ‘sistema penal’, não permitindo que se pense o Direito Penal e o processo penal como compartimentos estanques. Logo, as regras da retroatividade da lei penal mais benéfica devem ser compreendidas dentro da lógica sistêmica, ou seja, retroatividade da lei penal ou processual penal mais benéfica e vedação de efeitos retroativos da lei (penal ou processual penal) mais gravosa ao réu.” (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual...* p. 217.)

²² Assim, **por exemplo**, a indenização a ser fixada na sentença (art. 387) – inovação introduzida pela reforma de 2008 – somente pode ser aplicada pelo juiz em relação aos fatos ocorridos após 23/08/2008. Trata-se de lei processual penal mais gravosa e não pode retroagir. (LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual...* p. 220.)

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Conforme já se afirmou, a vítima no processo penal, realmente, merece uma atenção do legislador, pois, em face da ausência do Estado (na grande maioria dos casos) foi prejudicada por um fato delituoso. No entanto, a concessão de direitos aos ofendidos não deve prejudicar o curso da ação criminal, a qual é destinada à figura do acusado. Dessa forma, pode-se dizer que não está se negando a tutela da vítima, mas, sim, que essa tutela (reparação dos danos) seja discutida no âmbito apropriado.

Além do mais, a técnica legislativa empregada na norma analisada neste artigo, não conseguiu satisfazer os interesses da vítima, bem como determinou inúmeros problemas processuais, que, a partir de sua publicação, nos defrontamos.

Um dos motivos da reforma, conforme se salientou, foi de conceder uma reposta (indenização) mais rápida ao ofendido, 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.

Dessa forma, apurou-se que a reparação do dano ao ofendido na sentença penal condenatória não é válida constitucionalmente, pois permite que uma pena (reparação do dano) seja imposta ao acusado sem pedido das partes e sem direito à ampla defesa e ao contraditório; era desnecessária, pois a demora na reparação do dano à vítima é um problema estrutural do Poder Judiciário; e, por fim, não é efetiva, pois os objetivos da lei, nem de perto, foram alcançados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. “A sentença penal de acordo com as Leis de Reforma”. In: NUCCI, Guilherme de Souza (org.). *Reforma do Processo Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

CALHAU, Lélío Braga. *Vítima e Direito Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal. Considerações Críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 8ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

HERMIDA, Ágata Mª Sanz. *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2008.

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

_____. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

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”. In: *Revista de Estudos Criminais*, n. 34, 2009, p. 40-41.

SANTOS, Leandro Galluzi dos. *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. Coordenação: Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta. *Comentários às recentes reformas do Código de Processo Penal e legislação extravagante correlata*. São Paulo: Método, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Parte general V. Buenos Aires: EDIAR, 1988.