

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A FIXAÇÃO DA REPARAÇÃO DO DANO
NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA¹**

Por unanimidade, os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram não fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pelas infrações cometidas pelos réus da Ação Penal (AP) 470. O relator, Ministro Joaquim Barbosa, lembrou que não houve pedido formal nesse sentido, tanto por parte das pessoas que sofreram o prejuízo quando por parte do Ministério Público, que só o fez em alegações finais. Ao votar pela não fixação desse valor, o presidente do STF e relator afirmou que o caso da AP 470 tem algumas singularidades. “*A extrema complexidade dos fatos e a intensa imbricação dos crimes tornam inviável a fixação de forma segura de um valor, ainda que mínimo, para reparação dos danos causados pelos delitos praticados por cada um dos réus*”, assinalou. Como exemplo, o Ministro lembrou que parte dos valores desviados pelos condenados no item III da denúncia (corrupção ativa e passiva e desvio de dinheiro) foram lavados pelos condenados no item IV. “*Os empréstimos simulados do item V foram uma das etapas da lavagem desse dinheiro, que por sua vez serviu tanto para alimentar a corrupção ativa e passiva do item VI quanto para a evasão de divisas do item VIII*”, afirmou. Em razão dessas peculiaridades, o relator disse que não via como identificar com precisão qual o montante devido por cada réu. “*Isso só seria possível por meio de uma ação civil, com dilação probatória específica para esclarecimento deste ponto*”. **Embora favorável ao entendimento de que a aplicação do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal não dependa de a denúncia trazer pedido expresso nesse sentido, o Ministro concluiu que, neste caso, “não há elementos seguros” para tal.** Fonte: STF (Grifo nosso).

Como se sabe a Lei nº. 11.719/2008 alterou alguns dispositivos do Código de Processo Penal relativos à suspensão do processo, **emendatio libelli, mutatio libelli** e aos procedimentos.

¹ **Rômulo de Andrade Moreira** é Procurador de Justiça na Bahia. Foi Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex-Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador-UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). É Coordenador do Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da UNIFACS. Pós-graduado, **lato sensu**, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador-UNIFACS (Curso coordenado pelo Professor J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim e ao Movimento Ministério Público Democrático. Integrante, por duas vezes consecutivas, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação da Universidade Federal da Bahia, do Curso JusPodivm, do Curso IELF, da Universidade Jorge Amado e da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Autor das obras “Direito Processual Penal”, “Comentários à Lei Maria da Penha” (em co-autoria) e “Juizados Especiais Criminais” – Editora JusPodivm, 2008, além de organizador e coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal”, Editora JusPodivm, 2008. Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados na Bahia e no Brasil.

A grande novidade trazida para nós foi a possibilidade de na própria sentença condenatória penal o juiz fixar “*valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido*” (art. 387, IV). Assim, além de aplicar a sanção penal, o Juiz criminal deverá também estabelecer a sanção civil correspondente ao dano causado pelo delito, algo semelhante ao que ocorre em alguns países, como no México onde, na lição de Bustamante, se “*establece que la reparación del daño forma parte integrante de la pena y que debe reclamarse de oficio por el órgano encargado de promover la acción (o sea, que es parte integrante de la acción penal), aun cuando no la demande el ofendido.*”²

Também “na Itália, a vítima pode ingressar no processo penal como parte privada, formando um litisconsórcio com o MP, com o fim de obter a reparação de dano. Em Portugal, o próprio MP pode requerer a reparação, nos autos do processo penal.”³. Conferir também, na Espanha, o art. 108 da Ley de Enjuiciamiento Criminal, **in verbis**: “*La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables.*”

Jorge de Figueiredo Dias afirma que “*a natureza da reparação arbitrada em processo penal não deverá suscitar – e não tem efectivamente suscitado – fundadas dúvidas: trata-se ali de uma verdadeira e própria indemnização de perdas e danos, com natureza exclusivamente civil.*”⁴

No mesmo sentido, admite-se no Direito Processual Penal Alemão o chamado processo de adesão, previsto no parágrafo 403 e seguintes do Código de Processo Penal Alemão. Aliás, comentando este dispositivo, Klaus Tiedmann afirma que este processo de adesão, “*em que se decide, dentro do procedimento penal, sobre direitos indenizatórios civis da vítima, não se insere no processo penal sem causar alguma perturbação.*”⁵

Disposição semelhante já tem em nosso ordenamento jurídico-penal, mais especificamente no art. 630 do atual Código de Processo Penal, quando se estabelece que na revisão criminal o “*Tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos*”, caso em que o acórdão constituir-se-á título judicial executório a ser liquidado na ação civil respectiva, para se definir o **quantum debeatur**. Na Lei nº. 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), o art. 20 já estabelece que a “*sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente.*”

² **Apud** Tourinho Filho, Processo Penal, Vol. II, São Paulo: Saraiva, 20ª. ed., 1998, p. 9.

³ Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, Lei dos Juizados Especiais Criminais, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 107 (em co-autoria com Geraldo Prado).

⁴ Direito Processual Penal, 1ª. ed., 1974, reimpressão pela Coimbra Editora, 2004, p. 543.

⁵ Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 147.

Trata-se, evidentemente, de um julgamento extra petita autorizado (e mesmo imposto) pela lei, pois a decisão refere-se a algo que não foi pedido pelo autor na peça vestibular. Não cremos ser necessário ao acusador requerer nada neste sentido ao Juiz (ele o fará de ofício). Os elementos da peça acusatória continuam a ser aqueles do art. 41 do Código de Processo Penal.

É possível que o responsável civil não seja o réu na ação penal (por exemplo, um homicídio culposo no trânsito, praticado pelo empregado de uma empresa); neste caso, entendemos que o civilmente responsável pela futura indenização deve ser chamado ao processo, preservando-se o contraditório. Na Espanha, o art. 652 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* estabelece que, além dos acusados, deverão ser comunicados acerca do processo as “*terceras personas civilmente responsables.*”

Aqui, observa-se, mais uma vez, após a edição da Lei nº. 9.099/95, a preocupação em se resguardar os interesses da vítima no processo penal. Nota-se, com Ada, Scarance, Luiz Flávio e Gomes Filho que esta lei insere-se “*no generoso e atualíssimo filão que advoga a revisão dos esquemas processuais de modo a dar resposta concreta à maior preocupação com o ofendido.*”⁶

García-Pablos, por exemplo, informa que “*o abandono da vítima do delito é um fato incontestável que se manifesta em todos os âmbitos (...). O Direito Penal contemporâneo – advertem diversos autores – acha-se unilateralmente voltado para a pessoa do infrator, relegando a vítima a uma posição marginal, ao âmbito da previsão social e do Direito Civil material e processual*”.⁷

A própria legislação processual penal relega a vítima a um plano desimportante, inclusive pela “*falta de mención de disposiciones expresas en los respectivos ordenamientos que provean medidas para salvaguardar aquellos valores ultrajados*”.⁸ Esta atenção com a vítima no processo penal é tema atual e tem sido motivo de inúmeros trabalhos doutrinários, como observou o jurista argentino Alberto Bovino: “*Después de varios siglos de exclusión y olvido, la víctima reaparece, en la actualidad, en el escenario de la justicia penal, como una preocupación central de la política criminal. Prueba de este interés resultan la gran variedad de trabajos publicados recientemente, tanto en Argentina como en el extranjero,*” (...) mesmo porque “*se señala que com frecuencia el interés real de la víctima no consiste en la imposición de una pena sino, en cambio, en ‘una reparación por las lesiones o los daños causados por el delito’*”⁹ Neste sentido, veja-se obra bastante elucidativa de Antonio Scarance Fernandes.¹⁰

⁶ Juizados Especiais Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª. ed., 2005, p. 110.

⁷ Antonio García-Pablos de Molina, *Criminologia*, São Paulo: RT, 1992, p. 42, tradução de Luiz Flávio Gomes

⁸ Juan H. Sproviero, *La víctima del delito y sus derechos*, Buenos Aires: Depalma, p. 24

⁹ Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº. 21, p. 422.

¹⁰ O Papel da Vítima no Processo Criminal, Malheiros Editores, 1995. Indicamos também o trabalho intitulado “El papel de la víctima en el proceso penal según el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación”, por Santiago Martínez (Fonte: www.eldial.com – 12/08/2005).

Dois juristas italianos, Michele Corraja e Danilo Riponti, também anotaram: *“Il recupero della dimensione umana della vittima, molto spesso reificata, vessata, dimenticata da giuristi e criminologi in quanto oscurata da quella così clamorosa ed eclatante del criminale, soddisfa l'intento di rendere giustizia a chi viene a trovarsi in una situazione umana tragica ed ingiusta, a chi ha subito e subisce e danni del crimine e l'indifferenza della società.”*¹¹

Agora, por força do novo dispositivo, acrescentou-se um parágrafo único ao art. 63, nos seguintes termos: *“Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.”*

A questão reside em saber se em relação aos autores de crimes praticados anteriormente à vigência do art. 387, IV pode o Juiz de Direito fixar o valor mínimo para a reparação dos danos.

Para que se manifeste um entendimento correto, urge que procuremos definir a natureza jurídica da norma ora revogada: seria ela de natureza puramente processual ou, tão-somente, penal; ou híbrida (penal e processual)? Admitindo-se a natureza puramente processual, obviamente não há falar-se em irretroatividade ou ultra-atividade; porém, se aceitarmos que são normas processuais penais materiais (ou híbridas), a ultra-atividade do artigo alterado e a irretroatividade da nova lei impõem-se, pois, indiscutivelmente, sendo disposição mais gravosa deve excepcionar o princípio da aplicação imediata da lei processual penal.

Pois bem.

A Constituição Federal estabelece no art. 5º., XLV que *“nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.”* Esta matéria também é tratada no art. 91 do Código Penal, nestes termos: *“São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.”* Outrossim, no Código Civil temos os seguintes dispositivos, todos igualmente pertinentes a esta questão: *“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e tutelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se*

¹¹ La Vittima nel Sistema Italiano della Giustizia Penale – Un Approccio Criminologico, Padova, 1990, p. 144.

albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.”

Ora, nada obstante o caráter eminentemente processual de um dispositivo legal que estabeleça o conteúdo de uma sentença condenatória, entendemos que o fato da lei também prescrever que dentre os requisitos integrantes da decisão está a questão da reparação do dano (que é indubitavelmente de Direito Material, como demonstrado acima com a transcrição do texto constitucional e do Código Civil), torna-o uma norma processual penal material.

É norma jurídica de Direito Processual, pois trata da decisão final a ser proferida em um processo, sem, no entanto, deixar de ser uma norma de Direito Material, visto que também trata de matéria atinente a Direito Civil e ao próprio Direito Constitucional. Nestas condições, ditas normas não são puramente processuais (ou formais, técnicas), mas processuais penais materiais.

O jurista lusitano e Professor da Faculdade de Direito do Porto, Taipa de Carvalho, após afirmar que *“está em crescendo uma corrente que acolhe uma criteriosa perspectiva material - que distingue, dentro do direito processual penal, as normas processuais penais materiais das normas processuais formais”*, adverte que dentro de uma visão de *“hermenêutica teleológico-material determine-se que à sucessão de leis processuais penais materiais sejam aplicados o princípio da irretroactividade da lei desfavorável e o da retroactividade da lei favorável.”*¹² Ele explica que tais normas de natureza mista (designação também usada por ele), *“embora processuais, são também plenamente materiais ou substantivas.”* Para ele, constituem exemplos de normas processuais penais materiais, dentre outras, as que estabelecem *“graus de recurso”*, sendo a lei aplicável aquela vigente *“no tempus delicti, isto é, no momento da prática da conduta, independentemente do momento em que o resultado se produza.”*¹³ (grifo nosso). Informa, ainda, que o alemão Klaus Tiedemann *“destaca a exigência metodológica e a importância prática da distinção das normas processuais em normas processuais meramente formais ou técnicas e normas processuais substancialmente materiais”*, o mesmo ocorrendo com o francês Georges Levasseur.¹⁴

Feitas tais considerações, lembra-se que *“la individualización de la ley penal más benigna deba hacerse en cada caso concreto*, tal como ensina Eugenio Raul Zaffaroni.¹⁵

A propósito, veja-se a lição de Carlos Maximiliano: *“Quanto aos institutos jurídicos de caráter misto, observam-se as regras atinentes ao critério indicado em espécie determinada. Sirva de exemplo a querela: direito de queixa é substantivo; processo da queixa é adjetivo; segundo uma e outra hipótese orienta-se a aplicação do Direito Intertemporal. O preceito sobre observância imediata refere-se a normas processuais no sentido próprio; não abrange casos de diplomas que, embora tenham feição formal, apresentam, entretanto, prevalentes os*

¹² *Sucessão de Leis Penais*. Coimbra: Coimbra, p. 219-220.

¹³ Carvalho, Taipa de, op. cit., p. 220 e 240.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: Ediar, 1987. v I, p. 463- 464.

*caracteres do Direito Penal Substantivo; nesta hipótese, predominam os postulados do Direito Transitório Material.*¹⁶

Comentando a respeito das normas de caráter misto, assim já se pronunciou Rogério Lauria Tucci: *“Daí porque deverão ser aplicadas, a propósito, consoante várias vezes também frisamos, e em face da conotação prevalecente de direito penal material das respectivas normas, as disposições legais mais favoráveis ao réu, ressaltando-se sempre, como em todos os sucessos ventilados, a possibilidade de temperança pelas regras de direito transitório, - estas excepcionais por natureza.*”¹⁷

Outra não é a opinião de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho: *“Se a norma processual contém dispositivo que, de alguma forma, limita direitos fundamentais do cidadão, materialmente assegurados, já não se pode defini-la como norma puramente processual, mas como norma processual com conteúdo material ou norma mista. Sendo assim, a ela se aplica a regra de direito intertemporal penal e não processual.*”¹⁸

No sentido do texto, vejamos dois julgados do Tribunal Federal de Recursos da 1ª. Região:

“Em observância ao princípio da irretroatividade da lei penal mais severa (art. 5º, XL, da CF/88), inviável a incidência do regramento do art. 387, IV, do CPP (que possui nítido caráter material), ao caso concreto, pois que os fatos delitivos ocorreram no período compreendido entre julho/2004 à set/2004 e a Lei 11.719/2008, que deu nova redação ao mencionado artigo, conferindo a possibilidade de o julgador, na esfera criminal, fixar valor mínimo para reparação de danos, passou a vigorar no ano de 2008, de modo que dito preceito não pode alcançar os processos em andamento, como na hipótese. 6. Apelação parcialmente provida, apenas para reduzir a pena imposta à acusada e afastar a fixação do valor mínimo de indenização em favor do INSS.” (ACR 200638000115549, Juiz Tourinho Neto - 14/05/2010).

“Exclusão da condenação por reparação do dano, com base no art. 387, IV, do CPP, introduzido pela Lei 11.719, de 20/06/2008, eis que, na data do fato - 29/07/2008 - ainda não tinha eficácia a Lei 11.719, de 20/06/2008, publicada no DOU de 23/06/2008, que só entrou em vigor 60 dias após sua publicação, consoante o seu art. 2º, não podendo tal disposição retroagir, para prejudicar o réu-apelante.” (ACR 200841000075895, Juíza Federal Assusete Magalhães, 14/01/2011).

Assim, considerando *“que a natureza processual de uma lei não depende do corpo de disposições em que esteja inserida, mas sim de seu conteúdo próprio”*¹⁹, entendemos que o inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal terá incidência em relação àqueles agentes que praticaram a infração penal

¹⁶ *Direito Intertemporal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 314.

¹⁷ *Direito Intertemporal e a Nova Codificação Processual Penal*. São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 124.

¹⁸ *O Processo Penal em Face da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 137.

¹⁹ Eduardo J. Couture, *Interpretação das Leis Processuais*, Rio de Janeiro: Forense, 4ª, ed., 2001, p. 36 (tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano).

posteriormente à entrada em vigor da nova lei, atentando-se para o disposto nos arts. 2º. e 4º., ambos do Código Penal.²⁰ Não é apenas o fato de uma norma está contida em um Código de Processo Penal que a sua natureza será estritamente processual (e dever ser aplicada a regra do **tempus regit actum**). Como afirmava Vincenzo Manzini, “*estar uma norma compreendida en el Código de procedimiento penal o en el Código penal no basta para calificarla, respectivamente, como norma de derecho procesal o de derecho material.*”²¹

Enfrentando esta questão, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, tratando-se “*de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º. do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, as normas de direito penal (leia-se: material) que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição federal.*” (STF – ADI 1.719-9 – rel. Joaquim Barbosa – j. 18.06.2007 – DJU 28.08.2007, p. 01).

²⁰ “Art. 2º. - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”

“Art. 4º - Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.”

²¹ Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951, p. 108 (tradução do italiano para o espanhol de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín), com o perdão da citação de um fascista, um autêntico **camicia nera**, advogado de Benito Mussolini.