

A Indenização Civil *ex Delicto* Prevista no Artigo 387, IV, do Código de Processo Penal e a Necessidade de Maior Preocupação com as Vítimas

Alexandre Rocha Almeida de Moraes*
Annunziata Alves Iulianello**

Sumário

1. Introdução. 2. A Vítima: de Protagonista à Figura Esquecida. 3. Vitimologia e a Nova Preocupação com as Vítimas de Crimes. 4. Vitimização Secundária e Processo Penal. 5. A Vítima e a Importância da Reparação do Dano. 6. O Artigo 387, Inciso IV, do Código de Processo Penal – Fixação de Valor Mínimo para Reparação do Dano por Ocasão da Prolação de Sentença Condenatória. 6.1. Fixação *ex Officio* pelo Juiz na Sentença. 6.2. Fixação de Valor Devido a Título de Danos Morais. 7. Conclusão. Referências.

Resumo

A vítima, ao longo da história, na ciência penal e processual penal, migrou do papel de protagonista para o de figura esquecida. Recentemente, porém, passou-se a ter novamente uma maior preocupação com as vítimas de crimes, havendo reformas legislativas na esfera processual penal de forma a possibilitar medidas mais efetivas que demonstrem uma maior preocupação com as vítimas. Neste cenário, a reparação de dano ganha substancial importância no movimento de política criminal orientado para as vítimas de crimes. A inserção do inciso IV ao artigo 387 do CPP representa inequivocamente a intenção de dar maior relevância aos interesses reparatórios das vítimas, sendo certo, porém, que, na prática, a aplicação de tal dispositivo tem encontrado algumas dificuldades, em especial no que diz respeito à possibilidade, ou não, de fixação do valor mínimo devido a título de indenização de ofício pelo juiz, bem como em se saber se tal valor poderia abarcar os danos morais. O escopo do presente artigo é justamente fazer uma breve análise desta mudança de posicionamento em relação à vítima, ou seja, de protagonista à figura esquecida, aferindo-se como a possibilidade de fixação de valor mínimo a título de indenização para a vítima, na sentença penal condenatória, é fruto de uma política criminal orientada para a valoração da vítima, com sucinta análise das principais controvérsias acerca da aplicação do citado dispositivo legal.

* Mestre e Doutor em Direito Penal pela PUC/SP. Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Coordenador dos cursos de pós-graduação da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (CEAF/ESMP).

** Especialista em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Mestranda em Direito Processual Penal pela PUC/SP. Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Palavras-chave: Vítima. Reparação do dano. Processo Penal. Vitimização secundária. Sentença penal condenatória. Artigo 387, inciso IV, do Código Penal.

1. Introdução

No período em que vigia a ideia de vingança privada, a vítima possuía um papel de protagonismo. Entretanto, a partir do momento em que o Estado trouxe para si o monopólio do chamado *jus puniendi*, a vítima, inegavelmente, passou a ter uma posição meramente periférica. Institucionalizou-se uma relação praticamente exclusiva e verticalizada entre Estado e delinquente.

Nesse cenário, perdeu importância a preocupação com a satisfação dos interesses das vítimas, especialmente no que tange às medidas de cunho reparatório.

Para esse Direito Penal, já de vingança pública, a vítima passou a ser tratada como um mero sujeito passivo ou objeto material do crime.

Já para o Processo Penal, a vítima passou a ser tomada, via de regra, como mera “informante”, com relevância tão somente para a reconstrução dos fatos submetidos à análise do julgador em sua persuasão racional.

Nesse sentido, aquilo que se convencionou denominar de processo penal clássico de inspiração iluminista somente assumiu uma vertente do garantismo: a acepção negativa e de proibição de excessos estatais, ou seja, nesse modelo processual, praticamente toda a atenção é dirigida apenas à tutela dos direitos e garantias fundamentais do acusado, não havendo, muitas vezes, sequer menção à necessidade de se resguardar os direitos da vítima.

Essa dialética de Estado opressor *versus* indivíduo oprimido, ainda que seja necessária no contexto de um Estado Democrático de Direito, não existe mais em sua forma pura e exclusiva.

O processo não é apenas um instrumento técnico, eis que reflete valores políticos e ideológicos de uma nação.

Espelha, em determinado momento histórico, as diretrizes básicas do sistema político do país, na eterna busca de equilíbrio na concretização de dois interesses fundamentais: o de assegurar ao Estado mecanismos para atuar o seu poder punitivo e o de garantir ao indivíduo instrumentos para defender os seus direitos e garantias fundamentais e para preservar a sua liberdade.¹

O novo processo de caráter constitucional que consagra, tal qual o fazia a Constituição Imperial de 1824, garantias processuais penais, nesse contexto

¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª edição. Editora Revista dos Tribunais. p. 21.

democrático, convive com outra faceta do garantismo, denominado de social ou positivo, apresentando um novo personagem que, legitimamente, interfere na relação Estado e delinquente: a sociedade.

Com efeito, a necessidade de tutela de novos bens que transcendem a individualidade (difusos e coletivos), apresentaram uma nova faceta de vítimas (agora difusas e que, por vezes, representam toda a sociedade) que, como tais, reivindicam um novo papel na dogmática penal e processual penal da pós-modernidade.

A Constituição cidadã tutelou novos sujeitos passivos e novos gestores da moral, demandando a criminalização de novos interesses – os bens difusos que não mais dizem respeito a vítimas específicas, mas a todos os indivíduos de modo geral. Aliás, a “individualidade de massas” representou o primeiro sinal característico da globalização e da sociedade “pós-moderna”, como se dá na tutela penal do meio ambiente.²

Além disso, a nova ordem constitucional é oriunda de um Estado de bem-estar social e, portanto, de uma sociedade de classes passivas (pensionistas, desempregados, destinatários de serviços públicos, consumidores etc.) que se convertem em sujeitos de direitos e que demandam do Poder Político a tutela dos seus novos interesses, até então, estranhos ao sistema jurídico-penal.³

Nesse sentido, ainda que essa transição esteja em gradual transformação, já é possível reconhecer uma nova preocupação com as vítimas do crime, especialmente na esfera processual penal, na medida em que as mais recentes alterações legislativas de cunho processual⁴ demonstram uma preocupação de se evitar a chamada vitimização secundária⁵.

É possível verificar a ideia de se pensar em um processo penal que tenha a missão não apenas de servir como um instrumento para o exercício do direito de punir do Estado e para a proteção dos direitos e garantias fundamentais do acusado, mas também preocupado em proteger e assegurar os direitos e garantias fundamentais das vítimas.

Esse novo modelo de processo penal, muito além de criar mecanismos como a “ação civil *ex delicto*”, a composição civil (art. 74 da Lei nº 9.099/95), a adoção de modalidade de pena restritiva de direitos (prestação pecuniária com fundamento no art. 43, I, CP), a possibilidade de interrogatório por videoconferência (art. 185, III, CPP) e a explícita preocupação com o ofendido (art. 201, CPP, com redação dada pela Lei nº 11.690/08 e Lei de Proteção de Vítimas e Testemunhas) evidenciam que o Direito Penal e o Direito Processual Penal tutelam a dignidade humana, também levando em conta o papel social da vítima.

² MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A Política Criminal pós-88: O Ministério Público e a Dualidade entre Garantismos Positivo e Negativo. In: *Ministério Público – Vinte e cinco anos do novo perfil constitucional*. Ed. Malheiros, 2013. Coordenação: SABELLA, Walter Paulo; POZZO, Antônio Araldo Ferraz Dal; BURLE FILHO, José Emmanuel p.750-779.

³ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. In: *Série as Ciências Criminais no Século XXI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. vol. 11. Tradução: ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira. p.41.

⁴ Como exemplo, mais recentemente, pode ser citada a Lei nº 13.431/17, que trata do sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência.

⁵ A vitimização secundária é aquela causada pelas instâncias formais de controle social.

O presente trabalho tem o escopo de, partindo da necessidade de uma maior preocupação com as vítimas do crime, fazer uma breve análise do disposto no inciso IV do artigo 387 do CPP, com redação conferida pela Lei nº 11.719/08, segundo o qual o magistrado “fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”. Será, portanto, feita uma análise especialmente das dificuldades práticas que a aplicação do citado dispositivo tem encontrado no dia a dia forense, especialmente no que tange à possibilidade de fixação de tal valor de ofício pelo magistrado e se tal valor abarcaria, ou não, os danos morais.

2. A Vítima: de Protagonista à Figura Esquecida

Nos primórdios da civilização, vigia a chamada vingança privada, modo primitivo de solução de controvérsia segundo o qual os particulares poderiam reagir contra o mal que lhes era causado, tratando-se de modo de solução de controvérsia pautado precipuamente na ideia de retributividade. Como inicialmente não era imposto qualquer limite, o exacerbado uso da violência e da força justificavam as retaliações, fazendo com que surgissem ciclos de violência, os quais poderiam, inclusive, comprometer a própria subsistência da sociedade.

Neste cenário, aos poucos, a própria sociedade percebeu a necessidade de imposição de limites, ainda que rudimentares, ao exercício da vingança privada, passando-se, assim, de um modelo de vingança ilimitada para um modelo de vingança limitada, pautada em critérios de proporcionalidade, ainda que de forma rudimentar.

Na chamada “idade de ouro da vítima”, prevalecia a justiça privada, tendo a vítima um grande poder de disposição no que tange à aplicação do castigo ao autor do fato, com ampla preocupação em se privilegiar a reparação dos danos. É importante mencionar, entretanto, que, segundo parcela da doutrina, embora a ideia de justiça privada, sob o ponto de vista histórico-sociológico, traga a noção de protagonismo da vítima, fato é que, sob o enfoque jurídico-penal, na realidade, a vítima possuía um papel secundário, na medida em que o grande objetivo dos mecanismos de justiça privada, mais do que conferir uma satisfação à vítima, era o de possibilitar a vida em comunidade, assegurando que houvesse “uma paz interna”, com predomínio de determinados grupos sociais.

Acerca de tal questão, oportuna a transcrição das lições de Guilherme Costa Câmara:

Necessário ponderar que, se uma moldura na qual as soluções privadas se apresentem de certo modo bem destacadas, de jeito a revelar um certo protagonismo da vítima (decorrente decerto da ainda frágil ou muitas vezes estrutura repressiva estatal) pode ser valorada como correta sob o prisma histórico-sociológico, no que respeita ao plano jurídico-penal (dogmático), às vítimas esteve quase sempre reservado um lugar secundário. Alguns autores

entendem que os mecanismos de compensação privada existentes em determinadas épocas, apenas aparentemente concediam às vítimas uma posição hegemônica, prestando-se, todavia, não a sua satisfação, destinados sim a fazer perdurar a manutenção da paz interna da comunidade, e, o que não se entremostra implausível, o predomínio de determinados grupos sociais.⁶

Até o período medieval, a vítima possuía papel de relevo na esfera penal. Entretanto, a partir do momento em que, de forma gradativa, o direito de punir vai se aglutinando nas mãos do monarca, a vítima vai passando a ter um papel cada vez mais periférico. De forma simbólica, a prática de crimes passa a ser vista como um atentado contra o soberano, razão pela qual a noção inicial de dano é substituída pela de infração. Em outras palavras, pode-se concluir que a substituição da vítima pelo Estado acaba sendo uma medida para se tutelar os interesses do próprio Estado.

O direito de punir era visto, portanto, como uma reafirmação do poder, o que servia como justificativa para que o corpo do acusado fosse usado como meio de prova e como forma de aplicação de castigo, sendo esta uma forma de se restaurar o poder soberano. Somente tempo depois, passaria a haver uma preocupação em se humanizar a justiça penal, sendo que, mesmo em tal contexto, a vítima continuou a ter um papel meramente secundário.

Deve-se registrar que essa grande resistência de se admitir um papel de maior relevo à vítima, especialmente no processo penal, está pautada principalmente no receio de se trazer novamente ao ordenamento jurídico resquícios da “vingança privada”. O grande problema é que o completo afastamento da vítima e a ausência de preocupação com ela na esfera processual penal inegavelmente acaba ensejando a ausência de uma real solução do conflito ou até mesmo acarretando a chamada dupla vitimização ou vitimização secundária.

Ademais, é preciso desde já refletir que a não coisificação da vítima obsta, até mesmo, a desumanização do delinquente, eis que, sob mediação do Estado, instrumentos como a composição civil têm, desde 1995, demonstrado que a vítima protagonista fica satisfeita com o acordo, não sente a impunidade e, de outro lado, dá azo a uma atuação estatal que não significa necessariamente a imposição de uma pena corporal ou até mesmo o estigma de uma sanção de natureza criminal.

O histórico afastamento da vítima do cenário processual penal deriva justamente da ideia de que a prática do crime é uma ofensa ao Estado, o qual exerce o seu direito de punir através do processo penal como regra a partir do exercício da ação penal pública incondicionada, cujo titular privativo é o Ministério Público, que age como substituto processual e com legitimação extraordinária muitas vezes.

⁶ CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Coimbra Ed., 2008, p. 31-32.

Justamente a noção de que a função primordial do Direito Penal seria a de proteger bens jurídicos sedimentou o afastamento da vítima do cenário processual penal, pois o conceito de “bem jurídico” passou a figurar como objeto de tutela da norma penal, substituindo a antiga noção de lesão a direito subjetivo.

Atualmente, porém, tem-se falado da necessidade de se redesenhar o modelo vigente, de forma a se tentar resgatar a importância do papel da vítima, havendo um equilíbrio entre os interesses gerais representados pelo Estado e pela vítima em concreto. Especificamente em relação ao processo penal, é importante pensar em mecanismos que demonstrem uma efetiva preocupação com a vítima do crime, conferindo a ela o tratamento adequado no bojo do processo, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, tentando-se também minimizar, da melhor forma possível, os danos por ela suportados.

3. Vitimologia e a Nova Preocupação com as Vítimas de Crimes

A partir do fim da Segunda Guerra Mundial, especialmente em razão da macrovitimização resultante do holocausto dos judeus, bem como em decorrência do aumento da criminalidade urbana, começou a haver uma nova preocupação com as vítimas, porém com um enfoque absolutamente distinto daquele que pautava a noção de vingança privada. É justamente neste cenário que surgem os primeiros estudos de vitimologia. No final da década de 1940, dois nomes são apontados como precursores da vitimologia: Von Hentig e Mendelson.

No Brasil, somente na década de 1970, com o trabalho de Edgar Moura Bittencourt, intitulado “Vítima”, é que teve início uma maior preocupação com os estudos de vitimologia, a qual ficou fortalecida com a criação da “Sociedade Brasileira de Vitimologia”, em 28 de julho de 1984, embora não se possa deixar de mencionar que a produção doutrinária acerca do tema ainda é bastante tímida no cenário brasileiro.

Embora haja divergências acerca do tema, a doutrina majoritária entende que a vitimologia teria por objeto o estudo das vítimas do crime, não abarcando assim todas as formas possíveis de vitimização social, embora a análise do fenômeno criminoso deva ser feita de forma interdisciplinar. Entende-se também que ela seria um ramo da criminologia, e não uma ciência autônoma, embora haja autores que defendam a autonomia da vitimologia enquanto ciência.

Como asseverado por Ana Sofia Schmidt de Oliveira:

A relação da vitimologia com a criminologia e com o direito penal só pode ser bem dimensionada com o método da interdisciplinariedade, abandonadas ideias de sujeição e hierarquia. Ainda na busca de uma concepção útil, o que se tem em vista é um enfoque vitimológico na criminologia e no direito penal. Esse enfoque é essencial para a compreensão adequada do fenômeno criminal em sua acepção ampla. Se não há crime sem vítima, é um

contrassenso tentar compreender o crime sem inserir a vítima na análise. Assim, abandonam-se as antigas categorias de “ciência principal” e “ciência auxiliar”, o que importa é recolher dos estudos vitimológicos elementos que conduzam a um aperfeiçoamento das ciências penais.⁷

Embora haja divergências, para a corrente doutrinária que apresenta preocupação com os direitos humanos das vítimas, o conceito de vítima é amplo, não estando adstrito apenas ao de titular do bem jurídico, abarcando também as vítimas diretas e as vítimas reflexas, ou seja, todas aquelas que são afetadas pela prática do crime, não se restringindo apenas ao sujeito passivo do crime⁸.

Para Guilherme Costa Câmara, o conceito de vítima seria: Todo indivíduo atingido, direta ou reflexamente pela delinquência, na sua pessoa ou patrimônio, tendo suportado lesões físicas ou mentais, como consequência, inclusive, de ações ou omissões que violem seus direitos fundamentais.⁹

Antonio Scarance Fernandes, porém, para fins processuais penais, utiliza um conceito mais restritivo de vítima, afirmando que nem todo prejudicado pode ser considerado como vítima no sentido processual. Assim, afirma o citado autor que:

Será adotado o conceito mais restritivo, que melhor se ajusta aos estudos de processo penal e corresponde ao sistema adotado entre nós. Nem todo prejudicado será considerado vítima, mas somente o prejudicado que, ao mesmo tempo, é sujeito passivo da infração penal e tem direito à reparação do dano.¹⁰

Diante desta maior preocupação com a vítima de crimes, vários questionamentos são feitos nas esferas penal e processual penal, especialmente, como já dito, no que tange a uma maior preocupação com a necessidade de se analisar também se os anseios das vítimas estão sendo atendidos. É justamente neste contexto que ganha substancial relevo a reparação dos danos suportados pelas vítimas.

A princípio, a vítima não recebe nenhuma compensação pelas consequências suportadas em decorrência do cometimento da infração penal, sendo que, mesmo quando há o pagamento de multa, tal valor é revertido para o Estado. Raramente, uma vítima, mesmo com a superveniência de uma sentença penal condenatória, busca obter na esfera cível a reparação dos danos por ela suportados.

⁷ OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. Vitimologia e Mulher. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.); PASCHOAL, Janaína Conceição (Org.). *Mulher e direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.63.

⁸ O conceito de vítima trazido pelo Anexo da Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para Vítimas de Delitos e Abuso de Poder – Resolução 40/34 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 29 de novembro de 1985 ao trazer o conceito de vítima, abarca a vítima reflexa também. No mesmo sentido, o teor do artigo 245 da CRFB/88.

⁹ CÂMARA, Guilherme Costa. *Op. cit.*, p. 77.

¹⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 49.

A crítica que se faz, portanto, é que, ao se pensar no crime como uma ofensa à sociedade, o real ofendido, ou seja, a vítima em concreto acabou sendo deixada de lado e é justamente como uma forma de se tentar minimizar isso que a legislação penal e processual penal passou a trazer disposições que refletem esta maior preocupação com a efetiva reparação do dano.

4. Vitimização Secundária e Processo Penal

A doutrina estabelece uma diferenciação entre vitimização primária e secundária. A primária é acarretada pela prática do delito. Já a secundária é provocada pelas chamadas instâncias formais de controle social, o que significa dizer que ela ocorre no bojo do processo penal ou até mesmo durante a fase de investigação, ampliando os danos morais e sociais que as vítimas sofreram em razão da prática do crime.

Guilherme Costa Câmara menciona que, em determinados crimes, a vitimização secundária aparece de forma mais patente, como por exemplo, na hipótese de crimes contra a liberdade sexual, nos quais, via de regra, as vítimas não são devidamente acolhidas, sendo a investigação policial e o próprio processo penal bastante penoso para tais vítimas¹¹. Os crimes praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher também são um terreno bastante fértil para a vitimização secundária. É fato notório que tais vítimas muitas vezes não recebem tratamento adequado em quase todas as instâncias formais de controle social.

Como muito bem consignado por Ana Sofia Schimidt de Oliveira:

As instâncias formais de controle social (cuja atuação é voltada para o delinquente e para a investigação e não possuem, em regra, orientação vitimológica) podem agravar as consequências da vitimização primária de várias formas, que vão de um mero desinteresse a uma atuação, em si, vitimária. No primeiro caso, a vitimização secundária acontece porque os profissionais que aí atuam, muitas vezes, esquecem o sofrimento da vítima e não se importam com suas expectativas e necessidades. A vítima sente-se desrespeitada, frustrada, uma peça de uma engrenagem que não lhe diz respeito (...).

A vitimização secundária não se dá apenas nas esferas policiais. Chamada a depor em juízo, a vítima com frequência permanece à espera de audiência por longo tempo, não raramente dividindo com o vitimário o mesmo banco. A demora na finalização do processo, por outro lado, dificulta a superação, o esquecimento do fato. A vitimização secundária causa, em muitos casos, um sentimento de frustração, diante do labirinto judicial. Com razão, se diz que,

¹¹ CAMARA, Guilherme Costa. *Op. cit.*, p. 54.

infelizmente, a vítima do delito com frequência é convertida em vítima do sistema legal e que essa vitimização secundária é ainda mais preocupante do que a primária.¹²

É importante mencionar que a vitimização secundária contribui de maneira significativa para o aumento das denominadas “cifras ocultas”, na medida em que as vítimas, justamente em razão do descrédito nos meios formais de controle social, acabam optando por não levar a ocorrência do crime ao conhecimento da autoridade policial e, conseqüentemente, do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Pautado, portanto, na necessidade de se pensar em um modelo de justiça penal que também demonstre preocupação com as vítimas de crimes, ganha substancial importância o teor da Declaração dos Princípios Básicos da Justiça para as Vítimas de Delitos e Abuso de Poder, aprovada pela Assembleia Geral da ONU no ano de 1985. Além de diversas disposições acerca do tratamento que deve ser dispensado às vítimas no bojo do processo, tal Declaração também traz regramento acerca da necessidade de ressarcimento dos danos suportados pelas vítimas.

No mesmo sentido das novas cartas constitucionais dirigentes e democráticas que superaram a dialética exclusiva entre Estado e delinquente, novos tratados internacionais passaram a tratar dignidade humana também sob a perspectiva do ofendido, além de gerarem mandados de criminalização e exigência de tutela suficiente de bens difusos que atingem toda a sociedade.

5. A Vítima e a Importância da Reparação do Dano

Em uma política criminal preocupada com a vítima, ganha substancial importância a reparação do dano, uma vez que tal reparação, por vezes, é um dos principais interesses das vítimas. Além disso, a reparação do dano constitui também uma forma importante para fins de ressocialização do agente, pois, com a reparação, em tese, o autor do fato teria a consciência da necessidade de reparação em razão da violação do ordenamento jurídico, aceitando assim a validade do Direito Penal.

No caso de crimes de pequena e média gravidade, tem sido aceito que a reparação substitua eventual pena que deveria ser imposta ao agente. Entretanto, tal posicionamento não tem sido admitido em relação aos crimes de maior gravidade, uma vez que a reparação do dano, por si só, não teria o condão de restaurar a validade do ordenamento jurídico, violada pelo autor da infração penal em relação aos delitos sobre os quais recai um maior juízo de reprovação.

Novamente aqui, oportuna a transcrição das lições de Guilherme Costa Câmara:

¹² OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. *Op. cit.*, p. 72-73.

A política criminal contemporânea deve girar em torno das necessidades de segurança (da vítima virtual) e do problema da reparação (da vítima real). (...)

No conspecto de uma sociedade plural e democrática organizada em um Estado de Direito material e democrático, ganha especial relevo a teoria da prevenção geral positiva de integração (o efeito geral integrador consiste na pacificação social), que não se volta tão somente a fazer com que a norma exerça uma influência geral sobre as pessoas (os potenciais criminosos inclusive), mas também persegue um fim intermediário de reforço da confiança da população (vítima virtual) na validade da norma e no ordenamento jurídico-penal como um todo, e que não rejeita – como elemento essencial à restauração do tecido social – a introdução do componente reparatório.¹³

O artigo 245 da Constituição Federal de 1988 prevê que o Poder Público deverá dar assistência a herdeiros, dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, estabelecendo, assim, a responsabilidade do Estado pela reparação dos danos suportados pelas vítimas reflexas, norma, porém, de eficácia limitada, dependendo de regulamentação para que tenha aplicação prática. Encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1692/15, de autoria da deputada Mara Gabrilli, visando à regulamentação do referido dispositivo constitucional.

Em apertada síntese, o Projeto de Lei nº 1692/15 prevê a criação do chamado “auxílio-vítima” para os herdeiros ou dependentes carentes das vítimas de crimes dolosos contra a vida e demais crimes dolosos que produzam o resultado morte, consumados e tentados, bem como para as vítimas sobreviventes de tais delitos. O valor será equivalente a um salário mínimo e meio e, no que tange aos herdeiros e dependentes das vítimas, o prazo máximo será de 05 (cinco) anos de duração. Já para as vítimas sobreviventes, ele seria vitalício para quem sofrer sequelas que as incapacitem, de forma absoluta, para as atividades laborais ou de lazer, a contar da data de verificação da incapacidade. O custeio seria proveniente da transferência de recursos do Fundo Penitenciário Nacional.

Trata-se de uma forma inicial de se reconhecer a obrigação do Estado de reparar minimamente os danos suportados pelas vítimas de crimes, ainda que voltado mais para as vítimas reflexas de crimes graves. Quem defende a obrigação de o Estado assumir essa responsabilidade na hipótese em que o autor do fato não tenha condições efetivas de reparar o dano, fá-lo pautado na ideia de solidariedade social, com a distribuição dos riscos da insegurança e dos danos resultantes da violação das leis penais, tratando-se de uma modalidade de responsabilidade subsidiária do Estado¹⁴.

¹³ CAMARA, Guilherme Costa. *Op. cit.*, p. 218.

¹⁴ CAMARA, Guilherme Costa. *Op. cit.*, p. 208-210.

No Brasil, a sistemática da reparação do dano encontra previsão, de forma esparsa, no Código Civil, no Código Penal e no Código de Processo Penal, havendo uma independência entre a esfera cível e penal. Tal independência, porém, é relativa diante do fato de que há uma certa vinculação da esfera cível à penal em determinadas hipóteses previstas na legislação. Diante disso, pode-se afirmar que a reparação do dano, embora, via de regra, tenha natureza civil, em alguns casos, ela possui também um aspecto penal.

A título ilustrativo de disposições, versando sobre a reparação do dano na legislação penal e processual penal brasileiras, podem ser citados: 1) o artigo 16 do Código Penal, que traz a disposição do instituto do arrependimento posterior, no qual a reparação do dano funciona como causa de diminuição de pena se cumpridos os requisitos previstos no citado dispositivo; 2) o artigo 65, inciso III, do Código Penal, no qual a reparação do dano funciona como uma circunstância atenuante; 3) artigo 91, inciso I, do Código Penal, no qual a reparação do dano é prevista como um efeito da condenação; 4) artigo 94, inciso III, do Código Penal, o qual prevê a reparação do dano como condição para fins de reabilitação; 5) artigo 33, §4º, do Código Penal, no qual a reparação do dano é prevista como condição para progressão de regime na hipótese de crime praticado contra a administração pública¹⁵; 6) artigo 81, inciso II, do Código Penal, no qual a ausência de reparação do dano figura como causa obrigatória de revogação do *sursis*; 7) artigo 312, §3º, do Código Penal, funcionando como causa de extinção da punibilidade se a reparação for feita antes da sentença irrecorrível no caso de peculato culposo; 8) artigo 74 da Lei nº 9.099/95, no qual a composição civil enseja a declaração de extinção da punibilidade nos casos de crimes de menor potencial ofensivo nas hipótese de ação penal pública condicionada à representação ou ação penal privada; 9) artigo 89, inciso I, da Lei nº 9.099/95, de acordo com o qual a reparação do dano é condição para concessão do benefício da suspensão condicional do processo; 10) artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, no qual há a previsão de, por ocasião da prolação da sentença condenatória, fixação de valor mínimo a título de reparação dos danos causados à vítima.

6. O Artigo 387, Inciso IV, do Código de Processo Penal – Fixação de Valor Mínimo para Reparação do Dano por Ocasão da Prolação de Sentença Condenatória

Havendo a prática de um ilícito penal, surgirá, em regra, também um ilícito de natureza civil, uma vez que a prática do crime não representaria apenas a violação de bem ou interesse penalmente protegido, sendo bem provável que a prática do crime também figure como um ilícito civil, fazendo nascer, por conseguinte, a obrigação de reparar o dano, nos termos do artigo 186 do Código Civil.

Embora as esferas cível e penal sejam independentes, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema da independência mitigada. A parte interessada, ou seja, a vítima de um crime que tenha suportado dano, tem a possibilidade de promover

¹⁵ Em 2014, o plenário do STF entende que tal dispositivo é constitucional, reconhecendo, no bojo da fundamentação, a importância que a reparação do dano possui para fins de política criminal (Informativo nº 772 – EP 22 ProgReg-AgR, Relator Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DOU de 18.03.15).

ação na esfera cível, hipótese em que, havendo ação penal em curso, poderá o juiz sobrestá-la a fim de evitar a prolação de decisões conflitantes, de acordo com o artigo 64 do Código de Processo Penal.¹⁶

Poderá a vítima, ainda, esperar a prolação da sentença condenatória, a qual, após o trânsito em julgado, tornará certa a obrigação de indenizar, havendo necessidade de ser liquidada na esfera cível, oportunidade em que será discutido apenas o *quantum* devido. Logo, diante de tal cenário, falava-se em um sistema da independência mitigado porque as ações deveriam ser promovidas de forma separada, uma na esfera penal e a outra na esfera cível, porém com a peculiaridade de a sentença penal condenatória transitada em julgado conferir à vítima um título executivo judicial, embora ilíquido.¹⁷

Assim, a regra que predominava era de que a sentença penal condenatória era um título executivo judicial na esfera cível, mas um título ilíquido, não sendo possível, assim, o imediato ajuizamento da execução civil. Deveria o interessado, inicialmente, promover uma liquidação prévia a fim de se apurar o valor devido. Na redação do revogado Código de Processo Civil de 1973, sempre seria realizada a liquidação por artigos, consoante disposição contida no artigo 475-E do referido diploma legal, a qual foi substituída pela liquidação pelo procedimento comum, consoante o disposto no artigo 509, inciso II, do atual CPC.

Importante mencionar, todavia, que, entre as alterações empreendidas pela Lei nº 11.719 de 2008, estão as modificações promovidas no parágrafo único do artigo 63 e no artigo 387, IV, ambos do Código de Processo Penal, os quais passaram a ter a seguinte redação:

Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do *caput* do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

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;

¹⁶ Prevalece, na doutrina, que se trata de uma mera faculdade do juiz na esfera cível, embora haja quem defenda que se trate de um dever. Entendendo que se trata de uma faculdade, podem ser citados Gustavo Henrique Badaró (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.213) e GRECO FILHO. *Manual de Processo Penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.217. Já defendendo que é hipótese de suspensão obrigatória, tem-se o posicionamento de Guilherme Nucci (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.190).

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 212-213.

A partir da citada alteração legislativa, houve, portanto, a possibilidade de que, no bojo da sentença penal condenatória, já passasse a haver a fixação de um valor mínimo a título de reparação dos danos. Dessa forma, tornou-se possível que a vítima, com a sentença condenatória transitada em julgado em mãos, já ingresse com a execução de tal valor na esfera cível, sem que isso represente um impedimento para que haja a apuração do dano efetivamente sofrido em sede de liquidação, como expressamente ressaltado pelo parágrafo único do artigo 63 do Código de Processo Penal. Tal conclusão advém do fato de que o artigo 387, inciso IV, do CPP traz a previsão de fixação de um valor mínimo a título de reparação de dano.

Em razão de tal alteração legislativa, parcela da doutrina passou a afirmar ter havido uma maior aproximação com o chamado sistema da solidariedade, segundo o qual há duas ações distintas, uma penal e outra civil, ambas exercidas no mesmo processo e perante o juiz criminal. Entretanto, não haveria uma cumulação obrigatória ou facultativa, pois a vítima que porventura desejar promover a ação de reparação de dano deverá ajuizá-la na esfera cível, não sendo possível deduzir tal pretensão na esfera penal.¹⁸

É inquestionável que a redação do artigo 387, inciso IV, do CPP inegavelmente representou uma tentativa de se conferir maior efetividade à reparação do dano causado pelo réu à vítima. Porém, a ausência de regulamentação legal mais minuciosa acerca do tema fez com que surgisse uma série de controvérsias acerca do tema na doutrina e na jurisprudência, sendo que duas questões que têm ganhado maior relevo dizem respeito à possibilidade, ou não, de o juiz fixar o valor de ofício e se este valor mínimo abarcaria, ou não, a indenização por danos morais.

6.1. Fixação *ex Officio* pelo Juiz na Sentença

O primeiro questionamento que surge acerca do tema gira em torno da possibilidade de o juiz fixar *ex officio* na sentença penal condenatória o valor mínimo a título de indenização.

Há uma primeira corrente que defende que, mesmo que não haja pedido expresso do querelante, do Ministério Público ou do assistente de acusação, como a redação do artigo 387, inciso IV, do CPP fala que o juiz “fixará”, poderia se entender que não seria uma mera faculdade, mas sim uma obrigação do magistrado, o que, conseqüentemente, possibilitaria concluir que não haveria necessidade de pedido expresso para que houvesse a fixação de tal montante na sentença¹⁹.

¹⁸ *Ibidem* p.213.

¹⁹ Neste sentido: “Penal. Crimes de estelionato, em continuidade delitiva. Condenação criminal imposta em primeira instância. Recurso da defesa em busca da redução das penas e apelo do Assistente da Acusação em busca da majoração da reprimenda e da fixação de valor mínimo para reparação dos danos” (CP, art. 387, IV). Recurso defensivo desprovido, porque as penas merecem, pelo contrário, majoração. A quantidade de crimes cometidos (mais de uma centena) justifica a incidência do aumento máximo previsto na lei (de 2/3) pela continuidade. Além disso, desde que minimamente comprovado o prejuízo suportado pela empresa-vítima, pode ser fixado o valor a que se refere o artigo 387(IV), do CPP. Recurso do Assistente da Acusação provido e recurso defensivo desprovido. Processo Penal. *Fixação, na sentença condenatória, de*

Porém, a corrente majoritária que tem se sedimentado na jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça²⁰ segue o posicionamento no sentido de que, em observância aos princípios da correlação, do contraditório e da ampla defesa, haveria necessidade da existência de pedido expresso pelo querelante, pelo Ministério Público ou pelo assistente de acusação²¹, sem o qual a fixação do valor mínimo a título de indenização não seria possível. Para quem adota este posicionamento, se o juiz fixar de ofício o valor devido a título de indenização, haveria nulidade parcial da sentença.

Com efeito, a questão que se coloca em um modelo de processo cada vez mais pautado pelo sistema acusatório e, pois, com um magistrado mais isento e meramente espectador, é a necessidade, ou não, de um pleito de caráter indenizatório decorrer, ou não, de um pedido expresso do órgão responsável pela acusação, sob pena de o julgamento configurar-se como *ultra* ou *extra petita*.

valor mínimo para a reparação dos danos causados pelo agente. CPP, art. 387(IV). Fixação de ofício pelo julgador. Possibilidade. (TJ/SP, Apelação Criminal nº 0013704-52.2008.8.26.0050, 9ª Câmara Criminal Extraordinária, Relator Desembargador Souza Ney, julgado em 17.02.17).

Em idêntico sentido: "Furto – Conjunto probatório desfavorável ao réu lastrado em declarações coerentes da vítima – Validade Nos crimes de furto as declarações prestadas coerentemente pelo ofendido acabam sendo cruciais à elucidação dos fatos, inclusive no que concerne à caracterização de eventuais qualificadoras, e devem ser consideradas como válidas até prova em contrário. Indenização civil – Fixação em sentença criminal de valor mínimo para reparação dos danos – *Desnecessidade de requerimento expresso ou de produção de prova sob crivo do contraditório* – Entendimento do art. 387, IV, do CPP. Ao proferir sentença criminal condenatória, o Magistrado deve, consoante prevê o art. 387, IV, do CPP, fixar um valor mínimo a ser pago pelo condenado à vítima, ou a seus familiares, a título de indenização, por danos que decorram do fato por ele cometido. Tratando-se de pedido implícito, que integra, por força de lei, o thema decidendum, não há que ser cogitada a necessidade de requerimento expresso nesse sentido por parte do titular da ação penal, ou pela vítima, quando não forem estes a mesma pessoa. Observe-se, ainda, que, na medida em que o legislador estabeleceu que o valor a ser fixado pelo Magistrado criminal corresponde a apenas um mínimo a ser indenizado à vítima, aludida reparação deverá ser efetuada sempre por equidade, uma vez referir-se a danos de natureza evidente, cuja existência e extensão, dada a circunstância de serem decorrência natural do fato criminoso, independem da produção da produção de provas sob o crivo do contraditório pelo interessado. Caberá, todavia, sua eventual complementação em ação própria a ser proposta na esfera civil, com direito à ampla defesa por parte do demandado, na qual será discutido não mais o *an debeat*, mas tão somente o *quantum debeat*, como decorrência dos efeitos civis da sentença penal condenatória (...). (TJ/SP, Apelação Criminal nº 0000249-56.2008.8.26.0523. 8ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Min. Grassi Neto, julgado em 08.06.17).

²⁰ Ilustrando tal posicionamento, o presente julgado: "PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REPARAÇÃO DE NATUREZA CIVIL. ART. 387, IV, DO CPP. DENÚNCIA. PEDIDO EXPRESSO. NECESSIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A aplicação do instituto disposto no art. 387, inciso IV, do CPP, referente à reparação de natureza civil, quando da prolação da sentença condenatória, requer a dedução de um pedido expresso do querelante ou do Ministério Público, em respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa. 2. Ao determinar a indenização de ofício, o Juízo de primeiro grau decidiu fora dos pedidos deduzidos pelo *Parquet* na peça acusatória, o que configura violação do princípio da correlação entre o pedido e a sentença, a justificar o afastamento da indenização. 3. Agravo regimental não provido." (STJ, AgRg no REsp nº 1622852/MT, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 14/03/2017.)

²¹ Na doutrina, tal posicionamento é defendido por Aury Lopes Junior, o qual, após tecer severas críticas ao inciso IV do artigo 387 do CPP, afirmando que ele representaria uma "deformação do processo penal, que passa a ser também um instrumento de tutela de interesses privados", entende ser fundamental para que o juiz penal possa fixar o valor mínimo a título de reparação de danos na sentença que: 1) exista um pedido expresso na inicial acusatória, sob pena de violação do princípio da correlação. Caso contrário, se o juiz fixar sem pedido haveria nulidade da sentença neste ponto; 2) a questão da reparação dos danos seja submetida ao contraditório e assegurada a ampla defesa do réu (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 234-235).

Ainda que o modelo puramente acusatório de processo penal seja pautado por uma concepção de processo dispositivo (função jurisdicional espectadora), inércia da jurisdição e mais tipicidade das formas, Eugênio Pacelli²² adota posição intermediária, pois, para ele, o citado dispositivo legal não teria o objetivo de fixar o valor total da recomposição patrimonial, tendo o escopo apenas de estabelecer um valor mínimo que seja suficiente para recompor eventual prejuízo que já tenha sido evidenciado no bojo da ação penal. Logo, sustenta o referido doutrinador que a fixação, por exemplo, de valor atinente a lucros cessantes ou danos morais não poderia ser fixada pelo juiz criminal, sendo matéria adstrita à esfera cível, em processo próprio, no qual houvesse a possibilidade de contraditório e de dilação probatória quanto a tais valores.

Em síntese, para o citado doutrinador, “não se trata de cumulação de instâncias (cível e penal), mas simplesmente da especificação do valor mínimo, devido e cabalmente demonstrado no desenvolvimento da ação penal, sobretudo, quando resultante da própria imputação”. Assim, citando como exemplo a prática de crime contra o patrimônio, mais especificamente uma denúncia que versasse sobre a prática do crime de dano, ele afirma que “o mérito da questão penal já permitiria a mais ampla defesa sobre a coisa danificada, incluindo o seu valor”. Logo, conclui que, nestes casos, “não se poderia alegar violação ao contraditório a fixação do valor mínimo acaso reconhecido e provado”.²³

Concluindo seu raciocínio, Eugênio Pacelli afirma que:

Por isso, o valor que entendemos possível à sua fixação desde logo na sentença penal condenatória será: (a) aquele que tiver sido objeto de discussão ao longo do processo, prescindindo, porém, de pedido expresso na inicial; (b) aquele relativo aos prejuízos materiais efetivamente comprovados, ou seja, em que haja certeza e liquidez quanto à sua natureza.²⁴

Com a devida vênia aos posicionamentos em sentido contrário, é possível concluir que se afigura bastante razoável a ponderação feita por Eugênio Pacelli. De fato, em grande parte das ações penais versando especialmente sobre crimes contra o patrimônio, na própria denúncia, muitas vezes, já há menção ao valor do prejuízo patrimonial suportado pela vítima, até mesmo em razão da existência de auto de avaliação acostado aos autos. Nesses casos, mesmo que não haja pedido expresso por ocasião do oferecimento da denúncia ou queixa de fixação de valor mínimo a título de reparação, fato é que, no curso da instrução penal, o valor do prejuízo patrimonial suportado pela vítima acabaria sendo inerente ao mérito da questão penal.

²² PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 665.

²³ *Ibidem* p.665-666.

²⁴ *Ibidem* p.665-666.

Em um processo de furto, por exemplo, muitas vezes o valor da *res* subtraída – e, conseqüentemente, o prejuízo patrimonial suportado pela vítima – assume relevante importância, sendo amplamente debatida até mesmo como tese defensiva para aplicação de eventual princípio da insignificância ou até mesmo para o reconhecimento da modalidade privilegiada do delito. Em tais hipóteses, de fato, parece acertado o posicionamento de que seria possível que o magistrado fixasse o valor mínimo de indenização ainda que não houvesse pedido expresso no processo. Deve-se mencionar, ademais, que alguns julgados, nos quais têm sido reconhecida a possibilidade de aplicação do inciso IV do artigo 387 do CPP pelo magistrado, mesmo sem pedido expresso na inicial acusatória, versam justamente sobre crimes patrimoniais, nos quais ficou claro que o valor do prejuízo suportado pela vítima em virtude da infração penal foi analisado no curso do processo.²⁵

Tal conclusão tem como fundamento o fato de que, pela redação do artigo 91, inciso I do Código Penal, é efeito automático da condenação a obrigação, entre outras, de indenizar o dano.

A sentença penal condenatória funciona como sentença meramente declaratória no tocante à indenização civil, pois nela não há mandamento expresso de o réu reparar o dano resultante do crime; a lei, porém, concede-lhe natureza de título executivo (CPP, arts. 63 e 387, IV), pois seu conteúdo declaratório é completado pela norma que torna certa a obrigação de reparação do dano (CP, art. 91, I).

É certo, porém, que tal raciocínio não estaria adstrito apenas aos crimes patrimoniais, abarcando também todos os casos em que eventual prejuízo suportado pela vítima fosse, de alguma forma, discutido no bojo do processo penal. Entretanto, por cautela, a fim de evitar eventual alegação de nulidade, é prudente que o membro do Ministério Público ou o querelante – nos casos de ação penal privada – deduzam na inicial acusatória pedido expresso acerca da fixação de valor mínimo a título de reparação na sentença.

Caso não haja pedido expresso na denúncia ou queixa, pelo menos por ocasião das alegações finais, seria prudente consignar o pleito de condenação a título de reparação dos danos, fazendo alusão a eventual valor que já conste no processo, possibilitando, assim, manifestação também da defesa quanto a este ponto.

²⁵ Como exemplo, pode ser citado: “APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO (ART. 155, §4º, IV, C.C. O ART. 14, II AMBOS DO CÓDIGO PENAL). ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS – INVIABILIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS CONFIRMADAS. AFASTAMENTO DO CONCURSO DE AGENTES – IMPOSSIBILIDADE – COMPROVADA A ATUAÇÃO CONJUNTA DOS RECORRENTES, COM UNIDADE DE PROPÓSITO, PARA PRÁTICA DO DELITO. IMPOSIÇÃO DE PERCENTUAL MÁXIMO NO TOCANTE À TENTATIVA – INVIABILIDADE – CONDUTA DOS APELANTES QUE MUITO SE APROXIMOU DA CONSUMAÇÃO. ISENÇÃO DA INDENIZAÇÃO – INADMISSIBILIDADE – O ART. 387, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PERMITE AO JUIZ A FIXAÇÃO, ATÉ DE OFÍCIO, DE VALOR INDENIZATÓRIO MÍNIMO PARA REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO CONSIDERANDO OS PREJUÍZOS SOFRIDOS PELO OFENDIDO. APLICAÇÃO DE MULTA PARA O ANTIGO PATRONO POR ABANDONO DE CAUSA – INOCORRÊNCIA – NÃO CARACTERIZADO EFETIVO ABANDONO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO” (TJ/SP, Apelação Criminal nº 0009038-76.2012.8.26.0564, 4ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Ivana David, julgado em 27.06.17).

De igual sorte, incumbe ao Ministério Público brasileiro desenvolver uma política minimamente uniforme de modo a investigar danos materiais e morais, criando uma cultura de precedentes vinculantes, inclusive no que diz respeito ao dano moral difuso, ou seja, na hipótese de condenação por crimes que violam bens transindividuais. Tal assertiva, ademais, tem ainda mais razão de ser diante da política de não persecução penal que vem sendo capitaneada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (Resoluções nºs 181/17 e 183/17) e que exige, como condição obrigatória, a reparação do dano.²⁶

Ignorar tais assertivas implicaria tornar letra morta o efeito automático previsto no art. 91 do Código Penal, assim como os mencionados dispositivos processuais penais, implicando, ademais, um fomento à cultura de judicialização desnecessária e ineficiente de outras demandas.

6.2. Fixação de Valor Devido a Título de Danos Morais

Questão tormentosa ainda acerca da aplicação do inciso IV do artigo 387 do CPP diz respeito à possibilidade, ou não, de fixação de verba indenizatória devida a título de danos morais com base no citado dispositivo.

Para uma primeira corrente doutrinária, o referido dispositivo somente admitiria a fixação de reparação devida a título de dano patrimonial, não abarcando os danos morais, pois o legislador teria utilizado a expressão “prejuízo”, a qual, ainda que de forma indireta, estaria fazendo alusão ao dano material, uma vez que a noção de dano moral não está ligada à noção de prejuízo, mas sim de dor, sofrimento, abalo psíquico etc. Além disso, o processo penal não admitiria a abertura de instrução probatória no tocante a tal questão, sob pena de atrasar sobremaneira o término da instrução processual, o que acarretaria inúmeros prejuízos, especialmente levando-se em consideração que são processos que atingem, via de regra, o direito de liberdade dos réus.²⁷

Na jurisprudência, é possível encontrar uma série de julgados seguindo o posicionamento supracitado, sendo o entendimento que tem sido adotado majoritariamente pelos tribunais do país. O argumento principal para o reconhecimento da impossibilidade de fixação de indenização a título de danos morais na sentença penal condenatória é basicamente a dificuldade de se estabelecer o contraditório e a ampla defesa quanto a tal verba indenizatória no bojo de uma ação penal sem que isso represente um prejuízo à celeridade do processo criminal. Se o objetivo do legislador foi conferir uma maior celeridade para que a vítima tivesse uma resposta mais efetiva, reconhecer a possibilidade de fixação de dano moral produziria um efeito justamente inverso, na medida em que ensejaria um maior alargamento da instrução criminal, retardando a produção de efeitos em termos práticos.²⁸

²⁶ Acerca da reparação do dano e audiência de custódia, *vide* IULIANELLO, Annunziata Alves; AGUIRRE, Rodrigo Tellini de Camargo. *Justiça Restaurativa e Audiência de Custódia: a retomada do protagonismo da vítima na solução do conflito penal. In: PEREIRA, Cláudio José Langroiva (Coord.). Segurança Pública: a crise do sistema penitenciário e outras mazelas.* São Paulo: Quartier Latin, 2018.

²⁷ PACELLI, Eugênio. *Op.cit.*, p. 663-664.

²⁸ Como exemplo, o seguinte julgado: “Apelação criminal – Roubo bimajorado pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo – Recurso defensivo – Reconhecimento da confissão espontânea – Pleito

Porém, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido ser possível a fixação de indenização a título de danos morais com base no artigo 387, IV, do CPP. Como o legislador não estabeleceu qualquer tipo de restrição, caberia ao intérprete aferir o que estará abarcado pela expressão “prejuízo”, devendo ser entendido que ele abarcaria todo tipo de dano, incluindo, portanto, o dano moral. Não caberia ao intérprete fazer qualquer limitação onde o legislador não fez. Assim, para a referida Corte Superior, desde que houvesse pedido expresso nos autos, a fixação de danos morais não representaria qualquer ofensa ao contraditório e à ampla defesa. Como exemplo:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL CAUSADO POR INFRAÇÃO PENAL. VIAS DE FATO E AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ART. 387, INCISO IV, DO CPP. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. O Juiz, com fundamento no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, pode estabelecer a reparação por danos morais, quando entender haver elementos suficientes para o seu arbitramento.

2. Considerando que a norma não limitou e nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, não poderá ser impedido de fazê-lo (REsp nº 1585684/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016).

3. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp nº 1663470/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 15/05/2017)

Não haveria necessidade de uma ampla dilação probatória para fixar o *quantum* devido a título de indenização, pois o julgador – nos mesmos moldes do que ocorre na esfera cível – iria quantificar o dano a partir da aplicação de critérios de razoabilidade, de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Em boa parte dos casos, o dano

contraproducente, uma vez que referida atenuante foi admitida pelo Juízo *a quo*, produzindo o efeito de redução das reprimendas – Emprego de arma de fogo e concurso de agentes que restaram sobejamente comprovados – Reparação dos danos – Possibilidade de fixação de valor mínimo dos danos materiais e morais sofridos pelas vítimas – Danos morais decorrentes de possíveis consequências psicológicas para as vítimas, que demandam apuração complexa – Recurso defensivo conhecido e parcialmente provido para afastar a reparação mínima a título de danos morais, mantida a reparação relativa aos danos materiais”. (TJ/SP, Apelação Criminal nº 0000028-59.2015.8.26.0028, 7ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Otavio Rocha, julgado em 21.06.17). Em idêntico sentido: 1) TJ/RS, Recurso Crime nº 71004503231, Turma Recursal Criminal, Rel. Cristina Pereira Gonzales, julgado em 07.10.13; 2) TJ/RJ, Processo nº 0027534-02.2014.8.19.0202, Rel. Des. Adriana Lopes Coutinho, julgado em 13.04.16).

moral seria *in re ipsa*, ou seja, inerente ao reconhecimento da prática da infração penal, não dependendo, por conseguinte, de dilação probatória para ser fixado.

Nos casos de crimes praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, como lesão corporal, por exemplo, tem-se entendido que tal conduta, por si só, ensejaria uma dor, constrangimento e humilhação na vítima, aptos a ensejar a configuração de dano moral.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CPP. ART. 147 DO CP. AMEAÇA NO ÂMBITO DOMÉSTICO. ART. 387, IV, DO CPP. REPARAÇÃO DE DANO SOFRIDO PELA VÍTIMA. NATUREZA JURÍDICA. INCIDÊNCIA MÚLTIPLA. CABIMENTO PARA DANOS MORAIS E MATERIAIS. PEDIDO EXPRESSO DO *QUANTUM* NA DENÚNCIA.

OCORRÊNCIA. RESTABELECIMENTO DO VALOR FIXADO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA.

1. O cerne da controvérsia revela-se pela determinação da natureza jurídica do *quantum* referente à reparação dos danos sofridos pela vítima em decorrência de infração criminal (art. 387, IV, do CPP).

2. Um mesmo fato da vida que contrarie, simultaneamente, regras jurídicas de Direito Penal e de Direito Civil, dando ensejo, de igual maneira, ao fenômeno da múltipla incidência, com a emanção das consequências jurídicas impostas por cada ramo do direito para sancionar a ilicitude perpetrada.

3. O preceito normativo esculpido no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, não estabelece nenhuma restrição quanto à natureza dos danos suscetíveis de reparação mediante o valor indenizatório mínimo. Isso não impede, obviamente, que se imponha uma restrição ao âmbito de incidência normativa pela via hermenêutica, desde que existam razões plausíveis para tanto.

4. *A aferição do dano moral, na maior parte das situações, não ensejará nenhum alargamento da instrução criminal, porquanto tal modalidade de dano, de modo geral, dispensa a produção de prova específica acerca da sua existência, encontrando-se in re ipsa. Isto é, não há necessidade de produção de prova específica para apuração do grau de sofrimento, de dor e de constrangimento suportados pelo ofendido; o que se deve provar é uma situação de fato de que seja possível extrair, a partir de um juízo baseado na experiência comum, a ofensa à esfera anímica do indivíduo.*

5. Embora o arbitramento do valor devido a título de compensação dos danos morais não seja tarefa fácil, é importante registrar que o juízo penal deve apenas arbitrar um valor mínimo, o que pode ser feito, com certa segurança, mediante a prudente ponderação das

circunstâncias do caso concreto – gravidade do ilícito, intensidade do sofrimento, condição socioeconômica do ofendido e do ofensor, grau de culpa etc. – e a utilização dos parâmetros monetários estabelecidos pela jurisprudência para casos similares. Sendo insuficiente o valor arbitrado, poderá o ofendido, de qualquer modo, propor liquidação perante o juízo cível para a apuração do dano efetivo (art. 63, parágrafo único, do CPP).

6. 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.

7. Adequada a fixação de valor mínimo de indenização à vítima, porque o Ministério Público requereu a fixação desse *quantum* no momento do oferecimento da denúncia.

8. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

9. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp nº 1626962/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016)

Logo, o reconhecimento da possibilidade de fixação da indenização a título de danos morais representa um avanço e uma maior preocupação com a vítima. É evidente que, quando o magistrado se deparar com um caso em que o dano moral é *in re ipsa*, ou seja, inerente à prática da infração penal, poderá, sim, fixar indenização a título de dano moral.

Tal reconhecimento não representará maior necessidade de dilação probatória e postergação do processo penal, uma vez que, como já afirmado, quando se trata de dano *in re ipsa*, a dilação probatória girará em torno do fato em si, o que já ocorrerá de qualquer forma na esfera penal. A fixação do montante devido sempre estará – não é diferente no cível – adstrita a critérios de razoabilidade.

Também é prudente que, a fim de evitar eventual alegação de cerceamento de defesa que, por ocasião da apresentação das alegações finais, o Ministério Público, querelante ou ofendido, mencione expressamente o pedido de condenação ao pagamento de indenização a título de danos morais, possibilitando, assim, que a defesa também se manifeste acerca de tal ponto, não obstante carecer o Ministério Público brasileiro de uma política minimamente uniforme nesse sentido e de se tratar de efeito automático da condenação previsto no art. 91, inciso I do Código Penal.

7. Conclusão

É possível concluir que, na esfera processual penal, deve haver, sim, uma maior preocupação de se buscarem mecanismos para assegurar, da melhor forma possível, os interesses das vítimas. Já não é mais admissível considerar que, no processo penal, a vítima seria um mero informante, tendo o escopo apenas e tão somente de servir como uma forma de se tentar reproduzir os fatos em juízo, substituindo-se a noção de vingança privada pela de vingança pública. Não se pode mais pensar no processo penal como uma relação exclusivamente verticalizada entre Estado e delinquente.

O processo penal clássico, pautado apenas no garantismo de acepção negativa e de proibição de excessos estatais, preocupado apenas com a garantia de direitos fundamentais do acusado, esquecendo-se por completo de que a vítima também é um sujeito de direitos e que tais direitos também precisam ser resguardados, não atende mais aos objetivos de um Estado Democrático de Direito e precisa, necessariamente, conviver com uma concepção integral de garantismo que inclua a vertente positiva ou social.

É importante que cada vez mais se tenha em mente que o processo penal também deve se preocupar em atender aos anseios sociais, buscando um equilíbrio entre o garantismo de acepção negativa – preocupado com a garantia dos direitos fundamentais do acusado –, e o garantismo social ou positivo, o qual não ignora a sociedade, personagem que inegavelmente interfere na relação entre o delinquente e o Estado, preocupando-se, conseqüentemente, com as vítimas.

Também não se podem ignorar os novos bens transindividuais, os quais demandam uma atuação diferenciada, diante da existência da chamada vitimização difusa, característica da sociedade pós-moderna, de grandes riscos globais, inerentes ao desenvolvimento humano. A dogmática penal e processual penal obviamente não podem se manter alheias a essas novas formas de risco, os quais inegavelmente possibilitam que qualquer pessoa possa figurar como vítima, sendo necessário se pensar em mecanismos de prevenção, bem como de resposta estatal efetiva, na medida em que, embora não seja o único, a tutela penal ainda é importante meio de pacificação social.

A necessidade de se repensar o modelo predominantemente adotado na esfera processual penal – repita-se, focado quase que exclusivamente na tutela dos direitos e garantias do acusado – é inegavelmente uma maneira de se tentar evitar a chamada vitimização secundária, impedindo assim que aquele que já sofreu os danos em razão da prática da infração penal seja novamente vitimizado ao buscar as instâncias formais de controle social.

A preocupação com a vítima é fundamental para que se tenha uma política criminal mais efetiva, que consiga produzir resultados práticos positivos, obedecendo aos mandados das novas cartas constitucionais dirigentes e dos tratados internacionais, os quais analisam a dignidade humana também em relação ao ofendido, mitigando a noção clássica de que o processo penal é uma relação dialética firmada exclusivamente entre Estado e autor do delito.

É justamente neste cenário que a reparação do dano ganha substancial importância e, inegavelmente, o artigo 387, IV, do Código de Processo Penal representou um passo importante neste sentido. Entretanto, a ausência de regulamentação mais minuciosa do citado dispositivo tem feito com que dificuldades práticas acabem impedindo a sua aplicação de forma mais eficaz.

Em que pese à existência de divergências acerca do tema, levando-se em consideração especialmente o que estabelece o artigo 91, inciso I, do Código Penal, é possível concluir ser perfeitamente possível que o magistrado, ao prolatar sentença condenatória, fixe, *ex officio*, o valor mínimo a título de reparação do dano devido à vítima. Ao assim proceder, o magistrado não estará violando o sistema acusatório, pois, mesmo sem pedido expresso das partes, a obrigação de reparar o dano é efeito automático da condenação, de forma que a sentença, neste ponto, terá natureza meramente declaratória, sendo complementada pela disposição contida no referido artigo 91, inciso I, do Código Penal, tendo a lei lhe conferido a natureza de título executivo (artigos 63 e 387, inciso IV, do Código de Processo Penal).

Por cautela, a fim de se evitar eventual alegação de nulidade futura, é prudente que os membros do Ministério Público ou querelante, pelo menos por ocasião das alegações finais, façam menção ao pedido de fixação de valor mínimo a título de reparação do dano, viabilizando, dessa forma, que a defesa também se manifeste acerca de tal ponto. A fim de tornar mais efetiva a reparação do dano, caberia ao Ministério Público brasileiro desenvolver uma política institucional uniforme no que tange à reparação dos danos, até mesmo em relação aos danos difusos, adotando uma cultura de precedentes vinculantes – seguindo, por exemplo, o modelo já adotado pelo STJ em relação aos danos morais na esfera cível – de forma a viabilizar que, em toda sentença condenatória, houvesse a fixação de valor mínimo a título de reparação dos danos.

Embora também seja matéria controvertida, entende-se que a disposição legal contida no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal também abarcaria a indenização por danos morais, na medida em que, na maior parte dos casos, o dano moral é *in re ipsa*, ou seja, inerente à prática da infração penal, não dependendo, portanto, de dilação probatória para a sua comprovação, cabendo ao julgador, tal como procede na esfera cível, fixar o *quantum* devido com base em critérios de razoabilidade. A reparação do dano moral causado pela prática do crime também é um efeito automático da condenação, consoante disposição contida no já mencionado artigo 91, inciso I, do Código Penal. Aqui, também é prudente que, para se evitar nulidade, a parte autora faça menção, no curso do processo penal, à fixação de danos morais, possibilitando, assim, que a defesa se manifeste acerca do tema.

A fixação de valor mínimo a título de reparação de danos – materiais, morais – de natureza individual ou difusa, nas sentenças penais condenatórias certamente representa um grande avanço para a concretização de um processo penal que esteja preocupado em resguardar os direitos das vítimas. Possibilita, por via transversa, uma maior pacificação social, atendendo também aos anseios das vítimas em concreto e evitando a judicialização desnecessária de outras demandas. Embora o artigo 387,

inciso IV, do Código de Processo Penal não esteja sendo muito aplicado na prática, fato é que a sua aplicação mais efetiva demanda uma mudança de mentalidade dos operadores do Direito, cabendo ao Ministério Público, como titular da ação penal pública e como *custos legis* na ação penal privada, a missão de desenvolver uma política institucional de atuação de forma a tornar concreta e efetiva a letra da lei.

Referências

- AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais / Coimbra Ed., 2008.
- CORREIA, Cristiano. *Vítimas Esquecidas: a ineficácia dos instrumentos de reparação*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *O Estado na reparação do dano à vítima de crime*. São Paulo: Justitia, 1991. vol. 53. nº 156. p. 25-34. Out./dez.
- _____. *O papel da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- GRECO FILHO, *Manual de Processo Penal*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- IULIANELLO, Annunziata Alves; AGUIRRE, Rodrigo Tellini de Camargo. Justiça Restaurativa e Audiência de Custódia: a retomada do protagonismo da vítima na solução do conflito penal. In: PEREIRA, Cláudio José Langroiva (Coord.). *Segurança Pública: a crise do sistema penitenciário e outras mazelas*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2017.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A Política Criminal pós-88: O Ministério Público e a Dualidade entre Garantismos Positivo e Negativo. In: *Ministério Público – Vinte e cinco anos do novo perfil constitucional*. Ed. Malheiros, 2013. Coordenação: SABELLA, Walter Paulo; POZZO, Antônio Araldo Ferraz Dal; BURLE FILHO, José Emmanuel. p.750-779.
- MOREIRA FILHO, Guaracy. *Vitimologia: o papel da vítima na gênese do delito*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. Vitimologia e Mulher. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.); PASCHOAL, Janaína Conceição (Org.). *Mulher e direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 63.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2014.

PAIVA, Wallton Souza. *Vitimização, Processo e Reparação: reflexões sobre a participação da vítima na prevenção de delitos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

SANI, Ana Isabel (Coord). *Temas de vitimologia: realidades emergentes na vitimação e respostas sociais*. Coimbra: Editora Almedina, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, *in: Série as Ciências Criminais no Século XXI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. vol. 11.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 17ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2017.