

## **A REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELO DELITO (art. 387, IV do CPP) E OS COROLÁRIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO**

Prof. Pedro H. S. Pereira<sup>1</sup>

**RESUMO:** Dentre as modificações trazidas com a reforma feita no CPP através da Lei 11.719/08, está a inserção do inciso IV ao art. 387, que versa acerca da reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Acontece que tal modificação legislativa, conforme interpretação doutrinária e jurisprudencial, fere frontalmente os corolários da ampla defesa e contraditório, vez que p arbitramento de indenização pelo juiz na sentença, sem que tenha havido pedido anterior, não oportuniza à parte ré, a demonstração da procedência ou descabimento da reparação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contraditório. Ampla Defesa. Reparação de danos.

### **Introdução**

O Código de Processo Penal passou no ano de 2008, por várias reformas visando maior celeridade dos procedimentos, e adequação à jurisprudência e concepções vigentes na atualidade. A Lei 11.719, publicada em junho de 2008, foi parte nas várias alterações legislativas, trazendo relevantes avanços com fins de celeridade nos procedimentos, e garantia do devido processo legal e da ampla defesa.

Acontece que como muitas inovações, as perpetradas pela Lei 11.719 vêm gerando diversas polêmicas, dentre as quais a relacionada à ausência de oportunização do contraditório e da ampla defesa pelo julgador, na fixação de indenização para reparação dos danos causados.

No intuito de analisar a versada polêmica, o trabalho pretende passar brevemente por considerações acerca dos princípios da ampla defesa e do contraditório, adentrando na demonstração dos motivos que levam a crer pela impropriedade daquilo previsto na letra do art. 397, IV do CPP, e no posicionamento esposado pela jurisprudência dos Tribunais, acerca do tema.

### **Breves considerações sobre os princípios da ampla defesa e do contraditório**

Previstos no art. 5º LV da Carta Magna como direitos fundamentais, a ampla defesa e o contraditório regem a processualística penal, visando oportunizar às partes, todas as formas de

---

<sup>1</sup> Licenciado e Bacharel em Filosofia. Bacharel em Direito e advogado militante. Presidente da Comissão de Meio Ambiente da 37ª Subsecção da OAB/MG. Pós-graduado em Direito Público pela UGF e especializando em Educação Ambiental. Professor de Filosofia. Membro da Academia Sanjoanense de letras.

defesa e recursos possíveis para provarem a inocência em definitivo, vez que até trânsito em julgado da sentença, ela é apenas presumida (art. 5º LVII da CRFB).

A palavra contraditório, derivada do latim do *contradictoriu*, diz respeito ao direito de contradizer a algo, tentando demonstrar que não ocorreu da forma narrada. No direito, o termo mantém correlação com o significado oriundo do senso comum. Como lembra Aroldo Plínio Gonçalves, é:

[...] a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os 'interessados', ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor (1992, p. 120).

Mais especificamente do ramo penal, o contraditório serve para que a parte também tome ciência daquilo pelo que está sendo processado, e possa tomar as medidas processuais cabíveis, para demonstrar sua inocência. Versando acerca do contraditório, Julio Fabbrini Mirabete, lembra que:

Segundo ele, o acusado goza do direito de defesa sem restrições, num processo em que deve estar assegurada a igualdade das partes. [...] a garantia do contraditório abrange a instrução lato sensu, incluindo todas as atividades das partes que se destinam a preparar o espírito do juiz, na prova e fora da prova. Compreende, portanto, as alegações e os arrazoados das partes. Corolário do princípio da igualdade perante a lei, a isonomia processual obriga que a parte contrária seja também ouvida, em igualdade de condições, *audiatur et altera pars*. A ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los são os limites impostos pelo contraditório a fim de que se conceda às partes ocasião e possibilidade de intervirem no processo, apresentando provas, oferecendo alegações, recorrendo das decisões etc. Do princípio do contraditório decorre a igualdade processual, ou seja, a igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada, que se encontram num mesmo plano, e a liberdade processual, que consiste na faculdade que tem o acusado de nomear o advogado que bem entender, de apresentar as provas que lhe convenham etc. A lei processual regulamenta o princípio do contraditório em dispositivos pelos quais o acusado, ainda que ausente ou foragido, não pode ser julgado sem defensor; deve ser citado para o processo, notificado para os atos processuais e intimado das decisões; pode arrolar o mesmo número de testemunhas que o acusador etc. (2000, p. 43-44.)

Continuando o versado por Mirabete, Vicente Greco Filho lembra também da bilateralidade do processo, dizendo ainda acerca de alguns procedimentos exclusivos das partes, nos quais não cabe aplicação do contraditório:

Por sua vez, o contraditório é a técnica processual e procedimental que impõe a bilateralidade do processo. Todos os atos do processo devem ser realizados de modo que a parte contrária possa deles participar ou, pelo menos, possa impugná-los em contramanifestação. A Constituição não exige, nem jamais exigiu, que o contraditório fosse prévio ou concomitante ao ato. Há atos privativos de cada uma das partes, como há atos privativos do juiz, sem a participação das

partes. Todavia, o que assegura o contraditório é a oportunidade de a eles se contrapor por meio de manifestação contrária que tenha eficácia prática. (1997, p. 62.)

Importa destacar que a ampla defesa e o contraditório estão intrinsecamente ligados, pois como lembra Alexandre de Moraes em seu “Direito Constitucional”, um é a exteriorização do outro:

Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. (2003, p.124.)

Tecendo considerações sobre o assunto, Eugênio Pacelli ensina que o contraditório e a ampla defesa, apesar de conexos não são a mesma coisa, pois:

Embora ainda se encontrem defensores da idéia de que a ampla defesa vem a ser apenas o outro lado ou a outra medida do contraditório, é bem de ver que semelhante argumentação peca até mesmo pela base. É que, sob a perspectiva da teoria do processo, o contraditório não pode ir além da garantia de participação, isto é, a garantia de poder a defesa impugnar toda e qualquer alegação contrária a seu interesse, sem, todavia, maiores indagações acerca da concreta efetividade com que se exerce aludida impugnação. [...] Enquanto o contraditório exige a garantia de participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a realização efetiva desta participação, sob pena de nulidade, também quando prejudicial ao acusado. (2004, p.24.)

Falando sobre o tema, o professor Antônio Scarance, em seu “Processo Penal Constitucional”, lembra da importância da ampla defesa, anotando que é essencial para que o processo se desenvolva:

A ampla defesa deve ser o cerne ao redor do qual se desenvolve o processo penal. Compreende, em linhas gerais, o direito à defesa técnica durante todo o processo e também o direito ao exercício da autodefesa. A primeira apresenta-se como uma defesa necessária, indeclinável, que deve ser plenamente exercida visando à máxima efetividade possível. A segunda, por sua vez, é renunciável, exercida pelo próprio acusado a partir da atuação pessoal junto ao magistrado por meio do interrogatório ou pela presença física aos principais atos processuais (2005, p. 294.)

Os corolários mencionados são indispensáveis no decurso do processo penal, para que possa se completar alinhado a coerentes critérios de justiça. Contudo, nem sempre o art. 5º, LV da Constituição é seguido à risca, mesmo porque a perfeição das leis é algo inatingível. Os seres humanos são falhos, e erram até quando têm pretensão de acertar.

No caso do art. 387, IV do CPP com a nova redação dada pela Lei 11.719, o entendimento de doutrina e jurisprudência, conforme será demonstrado a seguir, leva a crer pela violação dos direitos de contraditório e de ampla defesa, pois sua prática não ocorre quando ao fim, sem oitiva das partes, o juiz diz sobre a reparação dos danos causados pelo delito.

### **Ampla defesa e contraditório diante da regra do art. 387, IV do CPP**

Em junho de 2008, a Lei 11.719 deu nova redação à letra do art. 387 do CPP, modificando o conteúdo dos incisos II a IV, e inserindo o parágrafo único. Nos incisos II e III, não houve qualquer modificação que mereça maiores menções, vez que apenas adequaram a letra do CPP às alterações ocorridas na legislação penal<sup>2</sup>.

O inciso IV, da antiga redação, era relacionado ao sistema chamado de duplo binário, em que além da pena, o réu podia receber concomitantemente medida de segurança. Ficou em desuso após a reforma penal de 1984, quando foi adotado o sistema vicariante, no qual não pode haver aplicação conjunta de pena e de medida de segurança.

Na nova redação dada, o inciso IV passou a tratar da fixação de valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Nessa inovação, sem correspondência precedente na legislação pátria, houve, conforme entendimento da comissão para criação da Lei, maior valorização da vítima. Nesse sentido explicitam Rieger & Camargo<sup>3</sup> que:

Esta alteração, sabe-se, foi trazida pelo anteprojeto da “Comissão Pelegrini” e está em plena conformidade com a tendência internacional de revalorização da vítima e com a já analisada preocupação do Legislador brasileiro com a reparação do dano. Isso porque torna mais célere, para o ofendido, a reparação dos prejuízos experimentados pelo ato ilícito, pois não mais haverá necessidade, estando o patamar mínimo do dano estabelecido, de processo civil de liquidação. Vale referir que o Anteprojeto do Código de Processo Penal também trata da questão. Prevê a possibilidade de o juiz arbitrar indenização pelo dano moral causado pela infração penal, sem prejuízo da ação civil contra o acusado e contra o eventual responsável civil pelos danos materiais existentes.

Decerto, a novidade vinda com o inciso IV do art. 387 é de grande valia, principalmente no que diz respeito à economia processual, e celeridade. Contudo, é importante elucidar que o ajuste

---

<sup>2</sup> O inciso II apenas inseriu no CPP os artigos do Código Penal que atualmente fazem menção à aplicação da pena. O inciso III, versava sobre a fixação das penas principais e duração das acessórias. As penas acessórias não mais existem, e em alguns casos, conforme lembra Guilherme de Souza Nucci (2006, p.681), foram transformadas em efeitos da condenação (art. 91 e 92 do CP).

<sup>3</sup> RIEGER, Renata Jardim da Cunha; CAMARAGO, Rodrigo Oliveira de. Breves considerações sobre a revalorização da vítima e a reparação do dano no Processo Penal brasileiro. Disponível em: <http://www.novacriminologia.com.br/artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=2613> Acesso em 08 de julho de 2010.

da indenização necessita passar pelo crivo da ampla defesa, sob pena de violação da Carta Magna e de toda sistemática processual existente.

O que está acontecendo em muitos processos criminais configura inegável afronta aos corolários da ampla defesa e do contraditório. Os julgadores, em respeito à letra do art. 387, IV, do CPP, estão arbitrando indenização no momento da sentença, sem, antes, oportunizarem à vítima a demonstração dos danos havidos, e ao acusado as razões para improcedência do pedido indenizatório.

Quanto a isso, a doutrina de Guilherme de Souza Nucci comenta que:

Admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. [...] A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustentá-los. A partir daí, deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver formal pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa. (2008. p. 691.)

É o que também preleciona Nestor Távora em seu “Curso de Direito Processual Penal”, ao versar que:

[...] não acreditamos que o magistrado possa reconhecer o pleito indenizatório sem que tenha havido requerimento neste sentido. Não funcionaria como um efeito automático da sentença condenatória, que até então apenas tornava certa a obrigação de indenizar. O magistrado não pode julgar extra petita, de sorte que só estabelecerá o valor da indenização se tal requerimento lhe foi apresentado, em regra, com a apresentação da inicial acusatória. (2009, p. 182-183).

No mesmo sentido, Rieger & Camargo<sup>4</sup> afirmam que:

Neste contexto, para que possa o juiz aplicar a norma prevista no art. 387, IV do CPP, deve haver a necessária correlação entre o pedido formulado na denúncia ou queixa e a decisão, sem prejuízo, ainda, de toda a formação da prova a ser feita na fase instrutória do processo penal. Em outras palavras, para que seja aplicada a reparação do dano tal qual estabelece o dispositivo processual, deve a peça inicial estabelecer, ainda que aproximadamente, o “quantum” indenizável a título de reparação de dano. Mais, no decorrer do processo, a parte interessada deve fazer a prova necessária e indispensável que venha a embasar sua pretensão e eventual condenação à reparação do dano.

---

<sup>4</sup> RIEGER, Renata Jardim da Cunha; CAMARAGO, Rodrigo Oliveira de. Breves considerações sobre a revalorização da vítima e a reparação do dano no Processo Penal brasileiro. Disponível em: <http://www.novacriminologia.com.br/artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=2613>. Acesso em 08 de julho de 2010.

Decerto, é notoriamente ilegal a conduta de arbitramento de danos, sem que as partes tenham oportunidade para dizer sobre o *quantum* a ser estabelecido. Há violação dos direitos tanto da vítima quanto do acusado, pois da mesma forma que um tem o direito de combater o pleito indenizatório, o outro necessita ter oportunidade de demonstrar o quanto deve receber, e as proporções dos danos experimentados.

Ainda é possível, conforme lembra Nereu José Giacomolli (2008, p. 110-111), que a vítima sequer tenha interesse no recebimento de indenização, o que torna inviável a pretensão prevista no art. 387, IV, do CPP. De acordo com ele, a reparação está no âmbito de disponibilidade do interessado, logo, o juiz não pode fixar valor sem que a vítima tenha requerido.

A saída plausível é aquela que traz desde o início da persecução criminal, o debate acerca da reparação de danos causada pelo delito. Logo, na peça de denúncia o Promotor de Justiça, assim como o advogado na queixa-crime, deve trazer dentre os pedidos, aquele relacionado ao arbitramento de *quantum* indenizatório, estabelecendo, através das provas existentes, o valor que achar devido.

O momento propício para que o denunciado exerça o contraditório é o da defesa preliminar, na qual, nos conformes do art. 396 A, poderá alegar tudo que interessa a sua defesa, e apresentar documentos e provas.

Nos demais instantes da *persecutio criminis*, não há forma nem meios adequados para que a questão possa ser apresentada e discutida respeitando os corolários do art. 5º, LV da CRFB, a não ser que trate de novos documentos e provas, que se juntados, deverão dar direito de manifestação à parte contrária. O momento das alegações finais (art. 403), em que pode-se pensar possível o pedido, serve apenas para que as partes usem de tudo aquilo colhido no decorrer do processo, com escopo de motivar o convencimento do juiz. Incabível invocar algo que necessitaria ser previamente discutido.

Para que a modificação perpetrada com a Lei 11.719 estivesse em plena conformidade com a Carta de 1988, imprescindível que o legislador acrescesse ao art. 41 do CPP, a necessidade de que a denúncia, nos casos cabíveis, contenha pedido de reparação dos danos causados pelo delito, e o valor correspondente. Não há tal previsão para a exordial, cabendo ao bom senso do promotor ou do advogado da parte, a inclusão do pedido, tendo por base o disposto no art. 397, IV do CPP. Permitir que o julgador estabeleça o valor sem qualquer pedido, leva ao surgimento de decisão *extra petita*, pois decide para além daquilo requerido pelas partes no processo.

Seguindo para a compreensão havida nos Tribunais, percebe-se que há atualmente grande convergência nos pretórios dos Estados, que em sincronia com os princípios da ampla defesa e do

contraditório, têm entendido pela improcedência de indenização para reparação dos danos, sem que tenha sido oportunizado às partes, a devida manifestação em momento anterior. Nessa linha são os julgados do TJMG:

Apelação criminal. Lesão corporal de natureza grave. Art. 129, § 1º, inciso I, do CP. Dolo eventual. **Reparação dos danos causados pela infração. Art. 387, IV CPP. Necessidade de observância ao princípio da ampla defesa e do devido processo legal. [...] A fixação do valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração também deve observar os princípios do contraditório e ampla defesa, revelando-se imperiosa sua exclusão quando não foi oportunizado ao recorrente o direito de produzir eventuais provas que pudessem interferir na convicção do julgador no momento da fixação.** (TJMG – Ap. Crim. 1.0720.05.021238-3/001 Rel. Des. Renato Martins Jacob – Publicação em 03/08/2009) (grifou).

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE TRÂNSITO - HOMICÍDIO CULPOSO - CULPA CARACTERIZADA - CONDENAÇÃO MANTIDA - **FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO PARA REPARAÇÃO DE DANOS - AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO - IMPOSSIBILIDADE [...]** A fixação de valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração somente pode ser imposta mediante requerimento ministerial, do ofendido ou de seus sucessores, devendo o magistrado considerar os danos emergentes apurados conforme os princípios do contraditório e da ampla defesa. [...] (TJMG- Apelação Criminal 1.0042.06.015624-9/001(1). Relator Des. Fortuna Grion. Publicado em 04 de setembro de 2009.) (grifou).

**[...] A existência de pedido formulado pela parte ofendida é pressuposto para a fixação de indenização a título de reparação de danos (art. 387, IV, do CPP), sendo defeso ao juízo arbitrá-la de ofício, o que ofende aos princípios do contraditório e da ampla defesa.** [...] (TJMG- Apelação Criminal 1.0720.06.027188-2/001(1). Relator Des. Júlio Cezar Guttierrez. Publicado em 16 de junho de 2010.) (grifou).

**[...] OBRIGAÇÃO DE REPARAR DANOS - EXCLUSÃO - ISENÇÃO CUSTAS - PREJUDICADO [...]** 4. **Muito embora com a nova redação do art. 387, IV, CPP, dada pela Lei 11.719/2008, o juiz, ao proferir sentença, "fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido", à luz dos princípios da ampla defesa e do contraditório, é indispensável que haja pedido formal neste sentido, oportunizando às partes o direito de produzir eventuais provas que possam interferir na convicção do julgador no momento da fixação.** [...] (TJMG- Apelação Criminal 1.0699.08.089264-8/001(1). Relator Des. Eduardo Machado. Publicado em 17 de maio de 2010.) (grifou).

No TJAC, também vem predominando em vários casos a concepção ora demonstrada:

**[...] PENAL E PROCESSUAL PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO - TRIBUNAL DO JÚRI - CONDENAÇÃO - FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO**

MÍNIMO LEGAL - INADMISSIBILIDADE - **INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS À FAMÍLIA DA VÍTIMA - AFASTAMENTO - POSSIBILIDADE.** 1- Inexiste exacerbação da pena se o juízo a quo maneja adequadamente o sistema trifásico sopesando as circunstâncias judiciais, atento às diretrizes do art. 59, do Código Penal. 2- **O Juiz criminal, para aplicar a regra do inciso IV do art. 387., do Código de Processo Penal, precisa fazer valer as garantias primordiais elencadas na Carta Magna, respeitando o devido processo legal, bem como os direitos fundamentais da pessoa humana.** 3- Apelo provido parcialmente. (TJAC- Apelação Criminal 1707 AC 2009.001707-1. Relator Des. Feliciano Vasconcelos. Julgamento: 28/01/2010.) (grifou).

No TJRN, igual compreensão é seguida nos julgados Criminais:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS QUANTUM SATIS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO INCLUSIVE QUANTO À PENA DE SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR. PEDIDO DE ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE DO RÉU QUE DEVE SER FEITA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. PRECEDENTES. **EXCLUSÃO DA INDENIZAÇÃO PARA REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA ANTERIORIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1º DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.** (TJRN- Apelação Criminal: 81605 RN 2009.008160-5. Relatora Des. Judite Nunes. Julgamento: 16/03/2010). (grifou).

O TJDF vai além dos julgados apresentados. Entende ainda que a indenização não pode ser cobrada em casos relativos a crimes ocorridos antes da vigência da Lei 11.719, pois o dispositivo inserto no art. 487, IV, tem caráter penal, e não pode retroagir para prejudicar o acusado. Nessa sina são os arestos em destaque:

**APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO. DELITO PRATICADO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 11.719, DE 20 DE JUNHO DE 2008. EXCLUSÃO.** RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. NA ESPÉCIE, A DOUTA MAGISTRADA ENTENDEU POR CONDENAR O RÉU A PAGAR À VÍTIMA O VALOR DE R\$ 16.225,00 (DEZESSEIS MIL, DUZENTOS E VINTE E CINCO REAIS), CORRIGIDO MONETARIAMENTE, COMO VALOR MÍNIMO PARA A REPARAÇÃO DO PREJUÍZO 2. **CONSIDERANDO QUE O CRIME EM COMENTO FOI PRATICADO NA DATA DE 22 DE AGOSTO DE 2006, ANTES, PORTANTO, DA EDIÇÃO DA LEI Nº 11.719, DE 20/06/2008, QUE INTRODUZIU NO ARTIGO 387 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL O INCISO IV, NÃO PODERIA TER A NOBRE JULGADORA SE UTILIZADO DE LEI MAIS GRAVOSA PARA ALCANÇAR FATO PRETÉRITO, POIS, EMBORA A ALUDIDA LEI SEJA DE DIREITO PROCESSUAL, TAMBÉM TEM CONTEÚDO DE DIREITO MATERIAL.** 3. **A SENTENÇA DEVE SER REFORMADA NESTA P ARTE, A FIM DE AFASTAR A CONDENAÇÃO EM DANOS MATERIAIS, PORQUANTO LEI MAIS GRAVOSA NÃO PODE RETROAGIR.** [...] (TJDF – Apelação Criminal 98465020068070005 DF 0009846-50.2006.807.0005. Relator Des. Roberval Cassemiro Bellinati. 2ª Câmara Criminal. Publicação: 26/05/2010, DJ-e Pág. 194.) (grifou.)

[...] 6. **Inviável a condenação do apelante ao pagamento de danos materiais sofridos pela vítima, uma vez que, em se tratando de fato anterior à lei que alterou o artigo 387 do Código de Processo Penal, e, cuidando-se de lei nova**

**mais gravosa, não poderá ela retroagir [...].**(APR 20071010000187, Acórdão n. 412993, Relator SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, julgado em 18/03/2010, DJ 14/04/2010, p. 161) (grifou.)

**[...] Inviável a condenação em danos morais e materiais sofridos pela vítima. Nova lei mais gravosa não pode retroagir. O fato é anterior à nova lei. [...]** (APR 20080310159209, Acórdão nº 348976, Relator MARIO MACHADO, 1ª Turma Criminal, julgado em 12/03/2009, DJ 12/05/2009, p. 192) (grifou.)

Na defesa da mesma tese, há ainda julgado do TJRN, no qual também sustenta a impossibilidade de aplicação da regra da reparação dos danos, a casos anteriores à inovação legal:

EMENTA : PROCESSO PENAL E PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. (ART. 157, § 2º, INCISOS I E II DO CÓDIGO PENAL). CONCURSO FORMAL. DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO DA REPRIMENDA. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA REFERENTE AO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. INVIABILIDADE. DEMONSTRAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. EXCLUSÃO DA REPARAÇÃO DOS DANOS. **ALTERAÇÃO DO ART. 387, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PELA LEI 11.719/08. NORMA DE DIREITO MATERIAL. INAPLICABILIDADE AOS PROCESSOS EM ANDAMENTO. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO . [...]** 3. Incabível a fixação de valor mínimo para a reparação dos danos à vítima prevista na nova redação do art. 387, IV, do Código de Processo Penal dada pela Lei 11.719/08, pois se trata de norma direito penal, inaplicável aos crimes perpetrados antes de sua vigência cujo processo esteja em andamento. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJRN, Apelação Criminal nº Apelação Criminal: ACR 96321 RN 2009.009632-1, Relator: Desembargador Armando da Costa Ferreira, Câmara Criminal, Julgado em 26/02/2010 e publicado no DJ de 03/03/2010). (grifou).

A tese acatada pelo TJDF e TJRN embasa-se na letra do art. 1º do Código Penal e art. 5º, XL da Carta Magna. O Código Penal explicita a impossibilidade de que leis de cunho penal retroajam para prejudicar o agente. De acordo com Celso Delmanto: “Sendo as leis editadas para o futuro, as normas incriminadoras não podem ter efeito para o passado, a menos que seja para favorecer o agente.” (2002, p. 04.)

Na Constituição, o art. 5º, XL, é claro ao dizer que a lei penal apenas retroagirá para beneficiar o réu. O dispositivo, como bem lembra Alexandre de Moraes (2004, p. 315-316), possui dupla aplicabilidade, pois por um lado permite que a lei benéfica ao acusado retroaja para lhe favorecer (*novatio legis in melius*), e impede que a desfavorável (*novatio legis in pejus*) seja aplicada aos casos anteriores à vigência.

Parece bem arrazoada a compreensão emanada das Cortes citadas acima. De fato, pela leitura do art. 387, IV, do CP, depreende-se que tem nítido caráter penal, pois visa reparação de danos causados, trazendo novo encargo ao réu. Tal dispositivo integra a sentença, e faz parte da pena imprimida ao suposto delinqüente.

É preciso destacar que tomando por base o posicionamento mais recente dos Tribunais Superiores, que têm cada vez mais primado pela interpretação de toda legislação infraconstitucional em conformidade com a Constituição, é certo que STF e STJ formarão jurisprudência pacificada, esposando entendimento de que apenas quando respeitada a letra do art. 5º LV, da CRFB, é possível que o julgador defina indenização para reparação de danos causados pelo delito.

Segue tal compreensão o histórico de julgados anteriores nos quais analisando a violação aos corolários da ampla defesa e do contraditório, STF e STJ entenderam imprescindível que se dê direito à parte contrária de manifestar sobre as situações provas surgidas durante o processo, sob pena de nulidade:

O PRINCIPIO DO CONTRADITORIO, COM ASSENTO CONSTITUCIONAL, VINCULA-SE DIRETAMENTE AO PRINCIPIO MAIOR DA IGUALDADE SUBSTANCIAL SENDO CERTO QUE ESSA IGUALDADE, TÃO ESSENCIAL AO PROCESSO DIALETICO, NÃO OCORRE QUANDO UMA DAS PARTES SE VE CERCEADA EM SEU DIREITO DE PRODUZIR PROVA OU DEBATER A QUE SE PRODUZIU. (STJ- Resp. 998/PA. Relator Min. Salvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 23 de outubro de 1989.)

No STF, o teor da súmula 523, retrata expressamente a tendência que deverá seguir, em caso de futura análise da controvérsia. A súmula versa claramente que “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta [...]”. Portanto, se não foi oportunizado ao réu o direito de refutar aquilo pedido em indenização, esta não pode ser estipulada pelo juiz, por ser constituída claramente sem oportunidade das prerrogativas legais, relacionadas ao direito de defesa.

#### **Considerações finais:**

A modificação trazida ao CPP com a regra do art. 387, IV, demonstra-se como importante para que celeridade e economia processual caminhem juntas. Contudo, é imprescindível a devida cautela na aplicação do novo dispositivo legal.

Para que não haja afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório, é preciso entender que o juiz apenas poderá arbitrar indenização para reparação dos danos causados pelo delito, se no decurso do processo, tais danos forem efetivamente provados. Daí a compreensão de que o momento para que o pedido seja feito, é na exordial, salvo em caso de novos documentos e gastos.

Nos processos que são anteriores à lei em vigência, é de se considerar que realmente o novo dispositivo não pode retroagir para que aplique sanção mais gravosa ao denunciado. Portanto, em crimes cometidos antes de junho de 2008, o entendimento deve ser de que é

vedado ao juiz estipular qualquer espécie de quantum indenizatório, sob pena de violação do art. 5º, XL da CRFB, quando diz que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. O benefício concedido pelo art. 387, IV, do CPP, é nitidamente voltado à vítima.

#### **Referências bibliográficas:**

- DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- FERNANDES, Antônio Sacarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 2005.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: ALtlas, 2003.
- MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2004.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Também usada a versão de 2008 atualizada com as reformas do CPP.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- RIEGER, Renata Jardim da Cunha; CAMARAGO, Rodrigo Oliveira de. Breves considerações sobre a revalorização da vítima e a reparação do dano no Processo Penal brasileiro. Disponível em: <http://www.novacriminologia.com.br/artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=2613>. Acesso em 08 de julho de 2010.
- TÁVORA, Nestor & ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Podium, 2009.