

A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E A REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO – O DIREITO INTERTEMPORAL¹

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu no dia 17 de dezembro de 2014 excluir da condenação imposta a um ex-Deputado Federal Natan Donadon o valor mínimo da reparação fixado na sentença penal por conta dos danos causado pelo crime de peculato. Isso porque, ao condenar o ex-parlamentar na análise da Ação Penal 396, em outubro de 2010, pelos crimes de formação de quadrilha e peculato, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o réu teria que restituir aos cofres públicos do Estado de Rondônia pouco mais de R\$ 1,6 milhão. A decisão foi tomada no julgamento da Revisão Criminal nº. 5437, ajuizada na Corte pela defesa contra a condenação do parlamentar. O relator negou quase todos os pedidos da defesa, votando pelo provimento da revisão criminal somente em um único ponto: a fixação da reparação mínima devida pelo condenado. De acordo com o ministro, esse ponto da sentença estaria baseado no que prevê a Lei 11.719/2008, que alterou o artigo 387 do Código de Processo Penal (incluindo o inciso IV) para permitir ao juiz que profere a sentença condenatória penal a fixação da reparação mínima devida pelo sentenciado. Para Teori Zavascki, no caso concreto, a norma em questão é posterior aos fatos apurados e à própria deflagração da ação penal, e não poderia retroagir para atingir o réu. Ao concluir seu voto, o ministro entendeu que a reparação deve se dar pelas vias adequadas, em ação independente, como ocorria antes da edição da Lei 11.719/2008. Acompanharam o voto do relator, no sentido da procedência parcial, os ministros Luís Roberto Barroso (revisor), Rosa Weber, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, sendo que o ministro Marco Aurélio também dava provimento para afastar a competência do

¹ **Rômulo de Andrade Moreira** é Procurador de Justiça na Bahia e Coordenador do Centro de Especialização e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público da Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça, Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais e Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. Membro fundador do Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor das obras “Curso Temático de Direito Processual Penal” e “Comentários à Lei Maria da Penha” (este em coautoria com Issac Sabbá Guimarães), ambas publicadas pela Editora Juruá, 2010 (Curitiba); “A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares – Comentários à Lei nº. 12.403/11”, “Juizados Especiais Criminais”, “Comentários à Lei do Crime Organizado” e “Crítica à Teoria Geral do Processo”, todos estes publicados pela Editora LexMagister, Porto Alegre/RS, além de coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal”, publicado pela Editora JusPodivm, 2008. Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

STF para julgar a ação penal, por conta da renúncia do parlamentar antes do julgamento, em outubro de 2010. O ministro Roberto Barroso frisou em seu voto que, além da questão da não retroatividade da lei posterior, no caso concreto o condenado não teve direito ao contraditório com relação à fixação do quantum indenizatório. Os ministros Carmen Lúcia e os ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello votaram pela total improcedência da revisão criminal.

Corretíssima a decisão da Suprema Corte, como mostraremos a seguir.

No ano de 2008 foi promulgada e publicada a Lei nº. 11.719/2008, alterando o inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, determinando que o Juiz, na sentença condenatória, fixe valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Esta lei, que entrou em vigor no dia 24 de agosto de 2008², originou-se do Projeto de Lei nº. 4.207/01 e passou a estabelecer novas regras relativas à suspensão do processo, **emendatio libelli**, **mutatio libelli** e aos procedimentos.

O então Ministro da Justiça, Dr. José Carlos Dias, ao assumir o Ministério, editou o Aviso nº. 1.151/99, convidando o Instituto Brasileiro de Direito Processual a apresentar uma proposta de reforma do nosso Código de Processo Penal. Este mesmo Ministro, agora por via da Portaria nº. 61/00 constituiu uma Comissão para o trabalho de reforma, tendo como membros os juristas Ada Pellegrini Grinover (Presidente), Petrônio Calmon Filho (Secretário), Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti (que mais tarde saiu, sendo substituído por Rui Stoco), Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti.

Com a inesperada e lamentável saída do Ministro Dias, o novo titular da Pasta, Dr. José Gregori, pela Portaria nº. 371/00 confirmou a Comissão anteriormente formada. Ao final dos trabalhos, a Comissão de juristas entregou ao Ministério da Justiça, no dia 06 de dezembro de 2000, sete anteprojetos que, por sua vez, originaram os seguintes projetos de lei:

- 1º.) Projeto de lei nº. 4.209/01: investigação criminal;
- 2º.) Projeto de lei nº. 4.207/01: procedimentos;
- 3º.) Projeto de lei nº. 4.205/01: provas;
- 4º.) Projeto de lei nº. 4.204/01: interrogatório;
- 5º.) Projeto de lei nº. 4.208/01: medidas cautelares;

² A lei foi publicada no Diário Oficial da União do dia 23 de junho de 2008, entrando em vigor 60 dias depois de oficialmente publicada, na forma do art. 2º. da mesma lei. Segundo o art. 8º. da Lei Complementar nº. 95, “*A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula "entra em vigor na data de sua publicação" para as leis de pequena repercussão.*” Pelo seu § 1º. “*a contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral.*” (Grifo nosso).

6º.) Projeto de lei nº. 4.203/01: júri;

7º.) Projeto de lei nº. 4.206/01: recursos e ações de impugnação.

Dois destes projetos continuam em tramitação no Congresso Nacional; outros já foram sancionados, entre os quais os que tratavam dos procedimentos, provas, interrogatório, Júri, medidas cautelares e prisão.

Como se sabe, o nosso Código de Processo Penal é do ano de 1941 e ao longo desse período poucas alterações sofreu em que pese serem evidentes as mudanças sociais ocorridas no País e tendo em vista a nova ordem constitucional vigente.

O seu surgimento, em pleno Estado-Novo³, traduziu de certa forma a ideologia de então, mesmo porque *“las leyes son e deben ser la expresión más exacta de las necesidades actuales del pueblo, habida consideración del conjunto de las contingencias históricas, en medio de las cuales fueron promulgadas”* (grifo nosso).⁴

À época tínhamos em cada Estado da Federação um Código de Processo Penal, pois desde a Constituição Republicana a unidade do sistema processual penal brasileiro fora cindida, cabendo a cada Estado da Federação a competência para legislar sobre processo, civil e penal, além da sua organização judiciária.

Segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, *“a questão é tentar quase o impossível: compatibilizar a Constituição da República, que impõe um Sistema Acusatório, com o Direito Processual Penal brasileiro atual e sua maior referência legislativa, o CPP de 41, cópia malfeita do **Codice Rocco** de 30, da Itália, marcado pelo princípio inquisitivo nas duas fases da **persecutio criminis**, logo, um processo penal regido pelo Sistema Inquisitório. (...) Lá, como é do conhecimento geral, ninguém duvida que o advogado de Mussolini, Vincenzo Manzini, **camicia nera** desde sempre, foi quem escreveu o projeto do **Codice** com a cara do regime (...)”*⁵

Como notara o mestre Frederico Marques, *“o golpe dado na unidade processual não trouxe vantagem alguma para nossas instituições jurídicas; ao contrário, essa fragmentação contribuiu para que se estabelecesse acentuada diversidade de sistemas, o que, sem dúvida alguma, prejudicou a aplicação da lei penal.”*⁶

Até que em 03 de outubro de 1941 promulgou-se o Decreto-Lei nº. 3.689, que entraria em vigor a partir de 1º. de janeiro do ano seguinte; para resolver principalmente questões de natureza de direito intertemporal, promulgou-se, também, o Decreto-Lei nº. 3.931/41, a Lei de Introdução ao Código de Processo Penal.

Este Código, elaborado, portanto, sob a égide e *“os influxos autoritários do Estado Novo”*, decididamente não é, como já não era *“um estatuto moderno, à altura*

³ Período que abrange parte do governo de Getúlio Vargas (1937 – 1945) que encomendou ao jurista Francisco Campos uma nova Constituição, extra-parlamentar, revogando a então Constituição legitimamente outorgada ao País por uma Assembléia Nacional Constituinte (1934).

⁴ FIORE, Pascuale. *De la Irretroactividad e Interpretación de las Leyes*. Madri: Reus, 1927, p. 579 (tradução do italiano para o espanhol de Enrique Aguilera de Paz).

⁵ O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, nº. 175, jun. 2007, p. 11.

⁶ José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1998. v. I, p. 104.

das reais necessidades de nossa Justiça Criminal”, como dizia Frederico Marques. Segundo o mestre paulista, *“continuamos presos, na esfera do processo penal, aos arcaicos princípios procedimentalistas do sistema escrito (...) O resultado de trabalho legislativo tão defeituoso e arcaico está na crise tremenda por que atravessa hoje a Justiça Criminal, em todos os Estados Brasileiros. (...) A exemplo do que se fizera na Itália fascista, esqueceram os nossos legisladores do papel relevante das formas procedimentais no processo penal e, sob o pretexto de por cobro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades sob princípios não condizentes com as garantias necessárias ao acusado, além de o ter feito com um lamentável confucionismo e absoluta falta de técnica.”*⁷

Assim, se o velho Código de Processo Penal teve a vantagem de proporcionar a homogeneidade do processo penal brasileiro, trouxe consigo, até por questões históricas, o ranço de um regime totalitário e contaminado pelo fascismo, ao contrário do que escreveu na exposição de motivos o Dr. Francisco Campos, *in verbis*: *“Se ele (o Código) não transige com as sistemáticas restrições ao poder público, não o inspira, entretanto, o espírito de um incondicional autoritarismo do Estado ou de uma sistemática prevenção contra os direitos e garantias individuais.”*

É bem verdade que ao longo dos seus 60 anos de existência, algumas mudanças pontuais foram marcantes e alvissareiras como, por exemplo, o fim da prisão preventiva obrigatória com a edição das Leis de n.ºs. 5.349/67, 8.884/94, 6.416/77 e 5.349/67; a impossibilidade de julgamento do réu revel citado por edital que não constituiu advogado (Lei n.º. 9.271/96); a revogação do seu art. 35, segundo o qual a mulher casada não poderia exercer o direito de queixa sem o consentimento do marido, salvo quando estivesse separada dele ou quando a queixa contra ele se dirigisse (Lei n.º. 9.520/97); modificações no que concerne à prova pericial (Lei n.º. 8.862/94); a possibilidade de apelar sem a necessidade de recolhimento prévio à prisão (Lei n.º. 5.941/73); a revogação dos artigos atinentes ao recurso extraordinário (Lei n.º. 3.396/58), além das alterações acima referidas.

Por outro lado, leis extravagantes procuraram aperfeiçoar o nosso sistema processual penal, podendo citar as que instituíram os Juizados Especiais Criminais (Leis n.ºs. 9.099/95 e 10.259/01), e que constituem, indiscutivelmente, o maior avanço já produzido em nosso sistema jurídico processual, desde a edição do Código de 1941. Há, ainda, a que disciplinou a identificação criminal (Lei n.º. 12.037/09); a proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas (Lei n.º. 9.807/99); a que possibilitou a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais (Lei n.º. 9.800/99); a lei de interceptações telefônicas (Lei n.º. 9.296/96); a Lei n.º 8.038/90, que disciplina os procedimentos nos Tribunais, e tantas outras, algumas das quais, é bem verdade, de duvidosa constitucionalidade.

Pois bem. Este é o quadro atual. Além de algumas alterações pontuais, seja no próprio texto consolidado, seja por intermédio de leis esparsas, nada mais foi feito para modernizar o nosso diploma processual penal, mesmo após a nova ordem constitucional consagrada pela promulgação da Carta Política de 1988.

E, assim, o “atual” código continua com os vícios de 60 anos atrás, maculando em muitos dos seus dispositivos o sistema acusatório, não tutelando satisfatoriamente

⁷ José Frederico Marques, op. cit., p. 108.

direitos e garantias fundamentais do acusado, refêm de um excessivo formalismo (que chega a lembrar o velho procedimentalismo), assistemático e confuso em alguns dos seus títulos e capítulos, bastando citar a disciplina das nulidades.⁸

Atualmente tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei do Senado nº. 156/09, que pretende uma reforma total do Código de Processo Penal. A Comissão instituída para propor este novo Código de Processo Penal, presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Hamilton Carvalhido, teve como um dos principais objetivos dar maior celeridade à Justiça. Um das medidas seria o fim da participação dos juízes na tramitação do inquérito policial, o qual ficaria a cargo da autoridade policial e do Ministério Público. A diligência policial não exigiria mais autorização judicial, apenas do Ministério Público. O Ministro Carvalhido defendeu a criação da figura do juiz de garantia, a quem caberia exercer o controle sobre a legalidade da investigação, inclusive quanto à autorização para interceptações telefônicas, solicitadas pela autoridade policial. Tal juiz sairia da causa a partir do oferecimento da denúncia, dando lugar a outro magistrado, que teria maior independência para avaliar a validade das provas colhidas no inquérito. Um dos pontos do projeto, que deve despertar maior polêmica, é o fim da prisão especial para pessoas com diploma de nível superior, que ficaria restrita apenas a algumas autoridades. As prisões preventivas devem ter prazo máximo delimitado. *“É preciso continuar essa mudança de mentalidade de ver na [prisão] preventiva uma antecipação da sanção penal, embora não haja ainda julgamento definitivo, que possa criar a certeza da aplicação da pena”*, afirmou Carvalhido. O Ministro considera positiva a decisão do Supremo Tribunal Federal, que garante a liberdade do acusado até que não haja condenação em última instância, com sentença transitada em julgado. Tal entendimento, segundo ele, reforça o princípio de que a prisão cautelar é de natureza excepcional. *“É necessário que os direitos das pessoas sob investigação sejam respeitados, o que não significa dizer que não se pode prender cautelarmente”*, ressaltou Carvalhido. Além do Ministro Carvalhido, integram a comissão, o Juiz Federal Antônio Corrêa; o advogado e professor da Universidade de São Paulo (USP) Antônio Magalhães Gomes Filho; o Procurador Regional da República Eugenio Pacelli; o consultor legislativo do Senado Fabiano Augusto Martins Silveira; o advogado e ex-secretário de Justiça do estado do Amazonas Félix Valois Coelho Júnior; o advogado e professor da Universidade Federal do Paraná (UFPR) Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; o delegado federal e presidente da Associação Nacional dos Delegados da Polícia Federal Sandro Torres Avelar; e o Promotor de Justiça Tito de Souza Amaral (Fonte: Agência Brasil). O texto do relator, o Procurador da República Eugênio Pacelli de Oliveira, deve propor a extinção da prisão especial para pessoas com diploma de nível superior, a limitação do prazo máximo para as prisões preventivas, bem como as circunstâncias em que ela pode ser utilizada. Como um texto que visa substituir integralmente o atual CPP, o projeto também propõe a instituição do juiz de garantias, que participaria apenas da fase de investigação, não sendo responsável pela sentença. Segundo o consultor legislativo do Senado para as áreas de Direito e Processo Penal Fabiano Silveira, foram muitas as fontes consultadas, do Brasil e do exterior, até a

⁸ Comentando a respeito do Título que trata das nulidades no processo penal, Frederico Marques adverte que *“não primou pela clareza o legislador pátrio, ao disciplinar o problema das nulidades processuais penais, pois os respectivos artigos estão prenhes de incongruências, repetições e regras obscuras, que tornam difícil a sistematização coerente de tão importante instituto. (...) Ainda aqui, dá-nos mostra o CPP dos grandes defeitos de técnica e falta de sistematização que pululam em todos os seus diversos preceitos e normas, tornando bem patente a sua tremenda mediocridade como diploma legislativo”* (MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1998. v. II, p. 366-367).

comissão chegar a um anteprojeto final. Ele revelou que as recentes alterações no CPP, como as três leis sancionadas em 2008, foram preservadas naquilo que não se chocassem com a concepção de processo penal adotado pela comissão. Pela abordagem adotada, a comissão buscou delimitar o papel de cada uma das autoridades envolvidas no processo penal: o juiz, o representante do Ministério Público e o da polícia judiciária. - *Estivemos sempre muito atentos para esses papéis e sua preservação, sem interferências de parte a parte. Buscamos moderar o protagonismo judicial na fase de investigação e também na iniciativa probatória na fase processual. Com essa compreensão se encaixam as propostas desenvolvidas* - explicou Fabiano Silveira, adiantando ainda que o anteprojeto estimula uma aproximação entre a polícia e o Ministério Público, desburocratizando a fase do inquérito. Outra necessidade identificada pela comissão, afirma o consultor, é a de retirar resquícios autoritários do processo penal brasileiro, adequando-o ao caráter democrático e liberal da Constituição de 1988, ao mesmo tempo limitando o instituto da prisão provisória e ampliando o poder e as alternativas cautelares do magistrado. Para Fabiano Silveira, as medidas podem diminuir no país o número de prisões antes da sentença final, trazendo-o para "níveis mais aceitáveis" (Fonte: Agência Senado).

Destarte, podemos apontar como finalidades precípuas desta reforma a modernização do velho código e a sua adaptação ao sistema acusatório (objetivo, aliás, ainda não inteiramente alcançado), com os seus consectários lógicos, tais como a distinção nítida entre o julgador, o acusador e o acusado, a publicidade, a oralidade, a ampla defesa, o contraditório, etc.

Sobre o sistema acusatório, assim escreveu Vitu:

“Ce système procédural se retrouve à l’origine des diverses civilisations méditerranéennes et occidentales: en Grèce, à Rome vers la fin de la République, dans le droit germanique, à l’époque franque et dans la procédure féodale. “Ce système, qui ne distingue pas la procédure criminelle de la procédure, se caractérise par des traits qu’on retrouve dans les différents pays qui l’ont consacré. “Dans l’organisation de la justice, la procédure accusatoire suppose une complète égalité entre l’accusation et la défense.”⁹

Ademais, a reforma está mais ou menos consentânea com os princípios estabelecidos pelo Projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ibero América. Neste Código-Modelo há alguns princípios básicos, a saber:

1) *“O julgamento e decisão das causas penais será feito por juízes imparciais e independentes dos poderes do Estado, apenas sujeitos à lei.”* (art. 2º.).

2) *“O imputado ou acusado deve ser tratado como inocente durante o procedimento, até que uma sentença irrecorrível lhe imponha uma pena ou uma medida de segurança.”* (art. 3º.).

3) *“A dúvida favorece o imputado”.* (idem).

4) *“É inviolável a defesa no procedimento.”* (art. 5º.).

⁹ André Vitu, Procédure Pénale. Paris: Presses Universitaires de France, 1957, p. 13-14.

Tais idéias serviram também de base para outras reformas feitas (ou por serem realizadas) em outros países, como a Argentina, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Chile, Venezuela, Bolívia, Paraguai, Honduras, Equador, Itália e Portugal.¹⁰

Aliás, *“el Derecho procesal penal de los países latinoamericanos, observado como conjunto, ingresó, a partir de la década del’80, en un período de reformas totales, que, para el lector europeo, puede compararse con la transformación que sufrió el Derecho procesal penal de Europa continental durante el siglo XIX. No se trata, así, de modificaciones parciales a un sistema ya adquirido y vigente, sino, por lo contrario, de una modificación del sistema según otra concepción del proceso penal. Descrito sintéticamente, se puede decir que este proceso de reformas consiste en derogar los códigos antiguos, todavía tributarios de los últimos ejemplos de la Inquisición – recibida con la conquista y la colonización del continente –, para sancionar, en más o en menos, leyes procesales penales conformes al Estado de Derecho, con la aspiración de recibir en ellas la elaboración cumplida en la materia durante el siglo XX.”*¹¹

Pode-se, portanto, inferir que as reformas processuais penais já levadas a cabo em vários países da América Latina e por virem em tantos outros, são frutos, na verdade, de modificações no sistema político destes países que foram, paulatinamente, saindo de períodos autoritários para regimes democráticos. É como se a redemocratização impulsionasse o sistema processual do tipo inquisitivo para o sistema acusatório. Aliás, é inquestionável a estreita ligação entre o sistema processual penal de um país e o seu sistema político. Um país democrático¹² evidentemente deve possuir, até porque a sua Constituição assim o obriga, um Código de Processo Penal que adote o sistema acusatório, eminentemente garantidor. Ao contrário, em um sistema autoritário, o processo penal, a serviço do Poder, olvida os direitos e garantias individuais básicos, privilegiando o sistema inquisitivo, caracterizado, como genialmente escreveu Ferrajoli, por *“una confianza tendencialmente ilimitada en la bondad del poder y en su capacidad de alcanzar la verdad”*. O sistema inquisitivo, portanto, *“confía no sólo la verdad sino también la tutela del inocente a las presuntas virtudes del poder que juzga”*.¹³

Assim, a *“uniformidade legislativa latino-americana – na verdade compreendendo agora a comunidade cultural de fala luso-espanhola – apoiada em bases comuns e sem prejuízo das características próprias de cada região, é uma velha aspiração de muitos juristas do nosso continente. Além disso, ela foi o sonho de alguns grandes homens, fundadores de nossos países ou de nossas sociedades políticas. (...)”*

“Em nossos países, geralmente, a justiça penal tem funcionado como uma ‘caixa-preta’, afastada do controle popular e da transparência democrática. O apego aos rituais antigos; As fórmulas inquisitivas, que na cultura universal já constituem curiosidades históricas; a falta de respeito à dignidade humana; a delegação das

¹⁰ Ada Pallegri Grinover, *“A reforma do Processo Penal”*. Disponível em: www.direitocriminal.com.br. Acesso em: 15 jan. 2001.

¹¹ Julio B. J. Maier; Struensee, Eberhard. *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 17.

¹² Norberto Bobbio assinala, muito a propósito, que *“Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais”* (A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 1).

¹³ Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón*. 3. ed. Madrid: Trotta, 1998, p. 604.

funções judiciais; o segredo; a falta de imediação; enfim, um atraso político e cultural já insuportável, tornam imperioso começar um profundo movimento de reforma em todo o continente.”¹⁴

Este movimento reformista não se limita à América Latina. Na Europa também se encontram em franco desenvolvimento reformas no sistema processual penal. A título de exemplo, podemos referir a Alemanha, onde “*también el Derecho procesal penal há sido modificado en varias ocasiones entre 1997-2000*”¹⁵, a Itália¹⁶ e a Polônia, país que “*desde hace 12 años se realizan reformas en la legislación, relacionadas con el cambio de régimen político, económico y social, que tuvo lugar en 1989 y también con la necesidad de adaptar las soluciones jurídicas polacas a las soluciones aceptadas en la Unión Europea. (...) Las reformas de la legislación penal e procesal penal constituyen una parte esencial del ‘movimiento legislativo reformador’, segundo nos informa a Dr^a. Barbara Kunicka-Michalska, do Instituto de Ciências Jurídicas da Academia de Ciências da Polônia, em Varsóvia.*”¹⁷

Na reforma de 2008, uma das grandes novidades foi a possibilidade de na própria sentença condenatória penal o juiz fixar “*valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido*” (art. 387, IV). Assim, além de aplicar a sanção penal, o Juiz criminal deverá também estabelecer a sanção civil correspondente ao dano causado pelo delito, algo semelhante ao que ocorre em alguns países, como no México onde, na lição de Bustamante, se “*establece que la reparación del daño forma parte integrante de la pena y que debe reclamarse de oficio por el órgano encargado de promover la acción (o sea, que es parte integrante de la acción penal), aun cuando no la demande el ofendido.*”¹⁸

Também “*na Itália, a vítima pode ingressar no processo penal como parte privada, formando um litisconsórcio com o MP, com o fim de obter a reparação de dano. Em Portugal, o próprio MP pode requerer a reparação, nos autos do processo penal.*”¹⁹. Conferir também, na Espanha, o art. 108 da Ley de Enjuiciamiento Criminal, **in verbis**:

“La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables.”

¹⁴ Exposição de Motivos do Projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América, com a colaboração dos Professores Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo, n 61, 1991, p. 111.

¹⁵ Tonio Walter, Professor da Universidade de Friburgo. *Revista Penal* - “Sistemas Penales Comparados”, Salamanca, 1997, p. 133.

¹⁶ Segundo Daniele Negri, da Universidade de Ferrara, “*quizá nunca como en estos últimos cinco años había sufrido el procedimiento penal italiano transformaciones tan amplias, numerosas y frecuentes. (...) La finalidad de dotar de eficiencia a la Justicia se ha presentado como la auténtica meta de las innovaciones normativas que se han llevado a cabo en los últimos años (1997-2001).*” *Revista Penal* - “Sistemas Penales Comparados”, Salamanca, 1997, p. 157.

¹⁷ *Revista Penal* - “Sistemas Penales Comparados”, Salamanca, 1997, p. 164.

¹⁸ **Apud** Tourinho Filho, *Processo Penal*, Vol. II, São Paulo: Saraiva, 20^a. ed., 1998, p. 9.

¹⁹ Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, *Lei dos Juizados Especiais Criminais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 107 (em co-autoria com Geraldo Prado).

Jorge de Figueiredo Dias afirma que “*a natureza da reparação arbitrada em processo penal não deverá suscitar – e não tem efectivamente suscitado – fundadas dúvidas: trata-se ali de uma verdadeira e própria indemnização de perdas e danos, com natureza exclusivamente civil.*”²⁰

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

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

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

Aqui, observa-se, mais uma vez, após a edição da Lei nº. 9.099/95, a preocupação em se resguardar os interesses da vítima no processo penal. Nota-se, com Ada, Scarance, Luiz Flávio e Gomes Filho que esta lei insere-se “*no generoso e atualíssimo filão que advoga a revisão dos esquemas processuais de modo a dar resposta concreta à maior preocupação com o ofendido.*”²¹

García-Pablos, por exemplo, informa que “*o abandono da vítima do delito é um fato incontestável que se manifesta em todos os âmbitos (...). O Direito Penal contemporâneo – advertem diversos autores – acha-se unilateralmente voltado para a pessoa do infrator, relegando a vítima a uma posição marginal, ao âmbito da previsão social e do Direito Civil material e processual.*”²²

A própria legislação processual penal relega a vítima a um plano desimportante, inclusive pela “*falta de mención de disposiciones expresas en los respectivos ordenamientos que provean medidas para salvaguardar aquellos valores ultrajados.*”²³

²⁰ Direito Processual Penal, 1ª. ed., 1974, reimpressão pela Coimbra Editora, 2004, p. 543.

²¹ Juizados Especiais Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª. ed., 2005, p. 110.

²² Antonio García-Pablos de Molina, Criminologia, São Paulo: RT, 1992, p. 42, tradução de Luiz Flávio Gomes

²³ Juan H. Sproviero, La víctima del delito y sus derechos, Buenos Aires: Depalma, p. 24

Esta atenção com a vítima no processo penal é tema atual e tem sido motivo de inúmeros trabalhos doutrinários, como observou o jurista argentino Alberto Bovino:

“Después de varios siglos de exclusión y olvido, la víctima reaparece, en la actualidad, en el escenario de la justicia penal, como una preocupación central de la política criminal. Prueba de este interés resultan la gran variedad de trabajos publicados recientemente, tanto en Argentina como en el extranjero;” (...) mesmo porque *“se señala que com frecuencia el interés real de la víctima no consiste en la imposición de una pena sino, en cambio, en ‘una reparación por las lesiones o los daños causados por el delito’”*²⁴ Neste sentido, veja-se obra bastante elucidativa de Antonio Scarance Fernandes.²⁵

Dois juristas italianos, Michele Corra e Danilo Riponti, também anotaram: *“Il recupero della dimensione umana della vittima, molto spesso reificata, vessata, dimenticata da giuristi e criminologi in quanto oscurata da quella così clamorosa ed eclatante del criminale, soddisfa l'intento di rendere giustizia a chi viene a trovarsi in una situazione umana tragica ed ingiusta, a chi ha subito e subisce e danni del crimine e l'indifferenza della società.”*²⁶

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

Na verdade, é fato inconteste que a vítima não ocupa na ciência criminal um papel de relevo, ao contrário do que ocorreu no início da civilização quando *“teve relevante papel na punição dos autores de crimes”*.²⁷ O que ocorre é que a “lide penal”²⁸ se consubstancia, basicamente, no conflito entre a pretensão punitiva do Estado e a pretensão à liberdade do acusado (**status libertatis**). Neste contexto, a vítima não é considerada como um sujeito de direitos, mas *como mero objeto ou pretexto da investigação*.²⁹

É bem verdade que entre nós, com o surgimento da Lei nº. 9.099/95 privilegiou-se o sujeito passivo do crime, dando-se extrema importância à reparação civil dos danos (arts. 72 e 89, § 1º., I), chegando a se eleger como um dos objetivos da lei *a reparação dos danos sofridos pela vítima* (art. 62, **in fine**).

²⁴ Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº. 21, p. 422.

²⁵ O Papel da Vítima no Processo Criminal, Malheiros Editores, 1995. Indicamos também o trabalho intitulado “El papel de la víctima en el proceso penal según el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación”, por Santiago Martínez (Fonte: www.eldial.com – 12/08/2005).

²⁶ La Vittima nel Sistema Italiano della Giustizia Penale – Un Approccio Criminologico, Padova, 1990, p. 144.

²⁷ Antonio Scarance Fernandes, O papel da vítima no processo criminal, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 11

²⁸ Advirta-se que a expressão “lide” penal é combatida por setores da doutrina, preferindo alguns autores, como nós, falar em *controvérsia penal, causa penal* ou *caso penal* (a respeito conferir Jacinto Miranda Coutinho, A Lide e o Conteúdo do Processo Penal, Curitiba: Juruá, 1998 e Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, Teoria Geral do Processo, 15ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 132

²⁹ García-Pablos, ob. cit., p. 70

De toda forma, ainda há um grande caminho a percorrer quando se trata de se estabelecer exatamente o papel da vítima no processo penal. Como dizem os italianos Michele Corra e Danilo Riponti, “*la storia della giustizia penale quasi coincide con il progressivo declino dell’influenza della vittima sulla reazione sociale allá criminalità*”.³⁰

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

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

Pois bem.

A Constituição Federal estabelece no art. 5º., XLV que “*nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.*”

Esta matéria também é tratada no art. 91 do Código Penal, nestes termos: “*São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.*” Outrossim, no Código Civil temos os seguintes dispositivos, todos igualmente pertinentes a esta questão:

“*Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*”

“*Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*”

“*Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.*”

³⁰ La Vittima nel Sistema Italiano della Giustizia Penale, Padova: CEDAM, 1990, p. 18

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

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

O jurista lusitano e Professor da Faculdade de Direito do Porto, Taipa de Carvalho, após afirmar que *“está em crescendo uma corrente que acolhe uma criteriosa perspectiva material - que distingue, dentro do direito processual penal, as normas processuais penais materiais das normas processuais formais”*, adverte que dentro de uma visão de *“hermenêutica teleológico-material determine-se que à sucessão de leis processuais penais materiais sejam aplicados o princípio da irretroactividade da lei desfavorável e o da retroactividade da lei favorável.”*³¹

Taipa de Carvalho explica que tais normas de natureza mista (designação também usada por ele), *“embora processuais, são também plenamente materiais ou substantivas.”* Para ele, constituem exemplos de normas processuais penais materiais, dentre outras, as que estabelecem *“graus de recurso”*, sendo a lei aplicável aquela vigente *“no **tempus delicti**, isto é, no momento da prática da conduta, independentemente do momento em que o resultado se produza.”*³² (grifo nosso).

Informa, ainda, o mestre português que o alemão Klaus Tiedemann *“destaca a exigência metodológica e a importância prática da distinção das normas processuais em normas processuais meramente formais ou técnicas e normas processuais substancialmente materiais”*, o mesmo ocorrendo com o francês Georges Levasseur.³³

Feitas tais considerações, lembra-se que *“la individualización de la ley penal más benigna deba hacerse en cada caso concreto*, tal como ensina Eugenio Raul Zaffaroni.³⁴

A propósito, veja-se a lição de Carlos Maximiliano:

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

³¹ *Sucessão de Leis Penais*. Coimbra: Coimbra, p. 219-220.

³² CARVALHO, Taipa de, op. cit., p. 220 e 240.

³³ *Idem*.

³⁴ *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: Ediar, 1987. v I, p. 463- 464.

caracteres do Direito Penal Substantivo; nesta hipótese, predominam os postulados do Direito Transitório Material.”³⁵

Comentando a respeito das normas de caráter misto, assim já se pronunciou Rogério Lauria Tucci:

“Daí porque deverão ser aplicadas, a propósito, consoante várias vezes também frisamos, e em face da conotação prevalecente de direito penal material das respectivas normas, as disposições legais mais favoráveis ao réu, ressalvando-se sempre, como em todos os sucessos ventilados, a possibilidade de temperança pelas regras de direito transitório, - estas excepcionais por natureza.”³⁶

Outra não é a opinião de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

“Se a norma processual contém dispositivo que, de alguma forma, limita direitos fundamentais do cidadão, materialmente assegurados, já não se pode defini-la como norma puramente processual, mas como norma processual com conteúdo material ou norma mista. Sendo assim, a ela se aplica a regra de direito intertemporal penal e não processual.”³⁷

No sentido do texto, vejamos dois julgados do Tribunal Federal de Recursos da 1ª. Região³⁸:

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

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

Assim, considerando *“que a natureza processual de uma lei não depende do corpo de disposições em que esteja inserida, mas sim de seu conteúdo próprio”*³⁹,

³⁵ *Direito Intertemporal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 314.

³⁶ *Direito Intertemporal e a Nova Codificação Processual Penal*. São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 124.

³⁷ *O Processo Penal em Face da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 137.

³⁸ Este artigo foi escrito graças a Vitor Soliano, meu ex-aluno, que me enviou, via-e-mail, as duas decisões do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região, a partir das quais passei a refletir sobre o assunto. A ele, o meu sincero agradecimento e a minha admiração.

entendemos que o inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal terá incidência apenas em relação àqueles agentes que praticaram a infração penal posteriormente à entrada em vigor da nova lei, atentando-se para o disposto nos arts. 2º. e 4º., ambos do Código Penal.⁴⁰

Não é apenas o fato de uma norma está contida em um Código de Processo Penal que a sua natureza será estritamente processual (e dever ser aplicada a regra do **tempus regit actum**). Como afirmava Vincenzo Manzini, “*estar uma norma compreendida en el Código de procedimiento penal o en el Código penal no basta para calificarla, respectivamente, como norma de derecho procesal o de derecho material.*”⁴¹

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

³⁹ Eduardo J. Couture, *Interpretação das Leis Processuais*, Rio de Janeiro: Forense, 4ª, ed., 2001, p. 36 (tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano).

⁴⁰ “Art. 2º. - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”

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

⁴¹ Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951, p. 108 (tradução do italiano para o espanhol de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín).