

## A REPARAÇÃO DO DANO (MORAL) COMO CONDIÇÃO PARA A CONCESSÃO DO *SURSIS* PROCESSUAL

Luciano Heisler Tassinari(\*)

Dentre as inovações trazidas pela Lei nº 9.099/95, a suspensão condicional do processo, mais precisamente nas hipóteses de *“crimes de ação penal pública incondicionada e condicionada à representação do ofendido, visto que condicionada ao oferecimento da denúncia”*<sup>1</sup>, foi a de maior repercussão prática, elucidando o verdadeiro espírito do legislador no intuito de reduzir o movimento forense, bem como instalar uma *“maior rapidez na resposta estatal”* e, ainda, *“será possível que a reparação da vítima aconteça imediatamente”*<sup>2</sup>.

Temos, pois, que o cabimento do *sursis* processual – pelo próprio texto legal – ocorrerá somente nas hipóteses da prática de crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não pela Lei criadora dos Juizados Especiais, e o *Ministério Público*, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo.

Em sendo assim, somente o órgão ministerial terá a legitimidade para propor a suspensão do processo mediante o cumprimento de condições que entender *pertinentes à espécie*. Essa intenção legal fica ainda mais evidente no § 2º, do art. 89, da Lei examinanda, quando o legislador transfere ao Juiz *tão-só* a possibilidade de estabelecer *outras condições*, não contempladas nos incisos do referido artigo, mas *desde que adequadas ao fato e à situação do acusado*.

Ora, se o próprio texto legal autoriza especificar-se outras condições, com mais razão ainda, numa interpretação *in mellius* ao acusado,

(\*) Advogado e aluno da FESMPRGS.

- (1) Joel Dias Figueira Júnior e Maurício Antonio Ribeiro Lopes, *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 379.
- (2) Luiz Flávio Gomes, *Suspensão Condicional do Processo*, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 133.

fixa-se a possibilidade da proposição do **sursis** processual sem a necessidade de se impor todas as condições previstas na lei, até pelo singelo aspecto de que algumas, em razão da natureza do delito, são completamente impertinentes e não atingem a finalidade última desta lei que é uma resposta estatal rápida aos casos de menor repercussão social (sem olvidar de que também colima, principalmente, a composição entre as partes), tendo como consectário a imposição de condições ao acusado que, embora não tenham a natureza jurídica da pena propriamente dita, não se dessem totalmente do caráter impositivo de uma sanção.

Feitas essas considerações preliminares, adentrar-se-á no exame das condições a serem impostas como exigência necessária para a concessão do sobrestamento processual, mais precisamente na reparação do dano, *salvo impossibilidade de fazê-lo*.

A Carta Magna introduziu em nosso Direito positivo a possibilidade de reparação do dano moral, findando com a discussão de sua existência ou não – exilando, definitivamente, as teses, *v.g.*, de que estaria implícito na regra do art. 159 do Código Civil, bem assim a sua reparabilidade somente em determinados casos.

De outro lado, pela sua própria natureza, não basta que o ofendido apenas alegue ter sofrido um dano moral. Faz-se mister a probação de sua existência, pois, ao revés, dar-se-ia margem para a ocorrência de enriquecimento ilícito por parte de inescrupulosos. E pior: com o aval do Poder Judiciário. Como leciona Christino Almeida do Valle, *“não se pode negar, por outro lado, que há pessoas que podem fingir sofrimento até o derramamento de lágrimas copiosas, como as atrizes e atores, como há pessoas que jamais choram, e, no entanto, padecem de grande sofrimento, físico ou moral”*<sup>3</sup>.

Depreende-se, pois, desse ensinamento, a necessidade de uma ação cognitiva para a verificação da efetiva existência do dano moral e, na eventualidade de seu reconhecimento, ainda aferir a sua extensão e o seu **quantum**.

**Mutatis mutandis** esse raciocínio para a esfera penal, analisam-se três aspectos dessa condição de reparação do dano como suporte para a concessão do **sursis** processual. O primeiro diz com a existência do dano, propriamente dito. Como já se referiu, o dano moral é subjetivo. Não basta a mera alegação do sedizente ofendido para que a obrigatoriedade da indenização exista. Dessarte, nas hipóteses, *v. g.*, de crimes contra a honra, cujo édito condenatório criminal traveste-se de título executivo judicial no cível (necessitando apenas a sua singela liquidação), constituirá um consangramento ilegal negar-se ao acusado a suspensão condicional do seu

(3) Christino Almeida do Valle, *Dano Moral*. Ed. Aide, 1994, p. 60.

processo, senão pela reparação de um suposto dano moral, cujo mérito nem foi apreciado na sede criminal em face do próprio **sursis**.

Aqui se faz um parêntese para se examinar os crimes contra a honra dependentes de representação, requisição, ou cuja ação seja pública incondicionada, nas hipóteses no art. 145 e seu parágrafo único: a Lei nº 9.099/95, no seu art. 88, refere apenas os crimes de ação penal pública incondicionada ou condicionada à representação. Em se tratando de crime de ação penal privada iniciada através de queixa, tendo-se uma visão formalista, parece que essa nova legislação não findará por atingi-los, tanto em relação à calúnia – onde caberia a suspensão condicional do processo –, como para a difamação e a injúria, onde o Ministério Público não poderá propor a transação do art. 76 da mencionada lei, haja vista que o **Parquet** atuará como **custos legis** e não como parte. Do contrário, havendo composição entre as partes, automaticamente o querelante renunciará ao seu **jus persecuendi**, acarretando na extinção da punibilidade. É o que a lei expressamente prevê.

O segundo, seria o aspecto de ser o dano previsto na lei como condição de suspensão do processo, à toda evidência, o material, e só reparável se também for devidamente comprovado. Ou seja: *quando for possível*, desde já, apurar a sua existência e o seu **quantum**, senão recairá na já referida impossibilidade de reparação, em face da discussão extensa que demandaria essa probação – discussão que a Lei nº 9.099/95 exatamente buscou abreviar...

E mais: mesmo com a concessão do benefício, não se fecharão as portas do Judiciário para a vítima, eis que poderá discutir, na esfera civil, a existência, extensão e o **quantum** do dano moral que afirma ter sofrido.

A suspensão do processo é uma benesse da lei ao acusado, e não pode ser interpretado em seu prejuízo, dando margens a entendimentos duvidosos. E felizes foram os festejados Joel Dias Figueira Júnior e Maurício Antonio Ribeiro Lopes quando afirmaram que “*uma vez preenchidos os requisitos legais exigidos... surge um direito subjetivo do argüido ao benefício legal*”<sup>4</sup>. Portanto, é mais do que lógica a impossibilidade de reparar o dano moral, ao menos em sede criminal, pois não se tem prova sequer da sua existência, quiçá da sua extensão e de seu **quantum**. E que fique claro: os *requisitos legais* em nada se confundem com as *condições* a serem impostas.

Os requisitos podem ser divididos em objetivos e subjetivos, pela própria análise do texto legal. Os primeiros são: o crime praticado pelo acusado deve possuir a pena mínima cominada igual ou inferior a um ano; a necessidade de oferecimento de denúncia. Como subjetivos, tem-se os

(4) Ob. cit., p. 390.

seguintes: o acusado não poderá ter sido condenado irrecorrivelmente condenado pela prática de outro crime; os antecedentes, a culpabilidade, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime demonstrarem um juízo de reprovabilidade não acentuado; e, por último, não seja indicada ou cabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, caso em que se dará preferência à aplicação de pena restritiva de direitos, através de uma antecipação do juízo de culpabilidade final instrumentalizada por intermédio da transação, ao invés de se suspender o processo.

O terceiro aspecto diz com a possibilidade do acusado em reparar o dano. A interpretação da segunda parte do inc. I, do § 1º, do art. 89, da Lei nº 9.099/95, induz à seguinte conclusão: a impossibilidade de reparação pode ser referente à própria condição financeira do acusado. Ou seja, estar o denunciado diante de um dano material que lhe é impossível de satisfazer, haja vista que a remuneração de sua atividade profissional fica muito aquém do valor que se está a exigir. Mesmo assim, não obsta a que o acusado faça jus ao direito de ver o seu processo suspenso desde então.

Da mesma forma deve-se agir quando se tratar de dano moral. À toda evidência, inexistente a possibilidade de o reparar: a uma, porque não se tem uma decisão judicial reconhecendo a sua existência; e a duas, pelo singelo aspecto de que, pelo direito do réu à suspensão do processo – desde que preenchidos os requisitos legais –, sequer se examinará a existência ou não do crime e, via de conseqüência, se a vítima foi, efetivamente, atingida em sua honra.

Mister referir-se que, dos duzentos e trinta e nove crimes previstos no Código Penal, cento e oitenta e um preenchem o requisito de possuírem pena mínima igual ou inferior a um ano. Muitos desses crimes sequer abrem a possibilidade de indenização de qualquer dano, muito menos o moral. Mas nos crimes contra a honra, onde apenas a calúnia se inclui (já que a difamação – salvo se não sofrer a causa especial de aumento da pena do art. 141 do CP – e a injúria recaem na possibilidade da transação prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95), a reparação do dano moral fica mais evidente, pela própria natureza do bem ofendido.

Nesse casos, como o da calúnia, muito embora o espírito conciliador de que a Lei dos Juizados Especiais buscou imbuir o ordenamento jurídico e os relacionamentos interpessoais, não há que se condicionar a suspensão do processo à reparação de um suposto dano moral, pois, como ficaria a hipótese de o indivíduo acusado da prática do crime de calúnia não aceitar a suspensão do processo e provar, através de exceção da verdade julgada procedente, a prática do crime pela sedizente vítima? Se do contrário, indenizasse a sedizente vítima, para esquivar-se de responder a um processo crime, seria enriquecê-la ilicitamente e, como já se referiu, enriquecimento avalizado pelo próprio Poder Judiciário.

Assim é que, se na primeira audiência não houver conciliação espontânea entre vítima e acusado tangente à reparação do suposto dano moral, não poderá o Ministério Público, desde que preenchidos os requisitos legais, deixar de propor a suspensão do processo. Será caso de flagrante desrespeito a um direito subjetivo do réu e, via de consequência, medida inconstitucional.

Feita a proposta pelo **Parquet**, ao acusado é dado o direito de aceitar ou não a suspensão do seu processo. E o Ministério Público, uma vez satisfeitos os requisitos legais, deverá propor a suspensão, mesmo sem reparar o dano, inclusive nas ações penais condicionadas à representação, pois, nessas situações, o **jus persequendi** é afeto ao órgão ministerial, e não à vítima. E nesse diapasão, os juristas JOEL JÚNIOR e MAURÍCIO LOPES professam:

“(…) Oferecida a denúncia pelo Ministério Público não há mais que se falar em renúncia do direito de representação ou da retratação da vítima proponente. Em segundo lugar, diante da impossibilidade de se fazer a reparação do dano e, desde que tenha havido representação da vítima, o Promotor de Justiça, mesmo nos casos de ação penal pública condicionada à representação, poderá propor a suspensão do processo, *mas sem o cumprimento dessa condição.*” (grifou-se).<sup>5</sup>

Por decorrência da lógica, torna-se impossível auferir a extensão do dano moral no âmbito célere e compacto do Juizado Especial. E deixar de suspender o feito é, sem dúvida, negar ao acusado um direito subjetivo que lhe é assegurado por lei.

A prevalecer entendimento contrário, é negar-se os *incisos XXXV, LIV, LV e LVII*, do art. 5º, da Constituição Federal que, em síntese e adequando-os à matéria em debate, asseguram ao acusado: a) a apreciação do Judiciário da ameaça do seu direito de ver, desde logo, suspenso o seu processo; b) não ser privado de seus bens sem o devido processo cível legal, no escopo de se verificar, indubitavelmente, a ocorrência do suposto dano moral; c) exercer o contraditório e a ampla defesa relativamente a esse suposto e mencionado dano; d) e, o mais grave, não ser considerado culpado criminalmente sem o trânsito em julgado de sentença condenatória, pois só então nasceria o direito da vítima em liquidar o seu suposto dano de natureza íntima.

Em resenha, negar ao acusado a suspensão do seu processo pela ausência de reparação de eventual dano moral é negar-se-lhe um direito fundamental, assegurado pela Carta Maior, cujos princípios foram espelhados pela Lei nº 9.099/95. Será, em outras palavras, um retrocesso. Dará

(5) Ob. cit., p. 380.

margem a casuísmos, tão execráveis na sociedade hodierna em que vivemos, onde a seriedade e a responsabilidade devem prevalecer sobre interesses mesquinhos e individuais, principalmente pela natural influência de algumas “vítimas” que, pela sua qualidade funcional ou pela influência social que exerçam, venha a impedir a correta aplicação desta nova lei, posto que, embora não seja a ideal, ao menos acelerou a prestação jurisdicional, tão truncada (e tudo isso sem lhe contestar o mérito, alvo que é de intensas críticas por parte da sociedade...).