

A INDETERMINAÇÃO NA FIXAÇÃO DE DANOS MORAIS COLETIVOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE INDETERMINATION ON THE DECISIONS TAKEN BY THE FEDERAL SUPREME COURT ABOUT PAYMENTS FOR COLLECTIVE MORAL DAMAGES

Alice Marie Freire Gaudiot

Pós-graduada em Direito Penal Econômico pelo IBCCRIM. Graduada em Direito pela UFPE. Advogada criminal.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8800081796885710>
ORCID: 0000-0002-1266-1207
alicefgaudiot@gmail.com

Gustavo Neves Forte

Mestre em Direito Processual Penal pela PUCSP. Graduado pela PUCSP. Coordenador da Pós-Graduação em Direito Penal Econômico e Corporativa pela Escola de Direito do Brasil. Advogado criminal.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6102050843754478>
ORCID: 0000-0001-5671-4975
gustavo@cbadvogados.com.br

Resumo: No julgamento das Ações Penais 996/DF e 1.030/DF, ambos referentes ao crime de lavagem de capitais, pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, discutiu-se a possibilidade de fixar danos morais coletivos no processo penal. Apesar de a composição da Turma ser quase a mesma, e os votos terem se repetido, a mudança de um dos ministros levou à absolvição dos réus no primeiro processo, mas à condenação no segundo. Há que ser avaliado, portanto, qual a sede apropriada para a fixação de danos morais coletivos, e se sua aplicação no âmbito criminal não se trata de uma construção jurisprudencial em desfavor do réu.

Palavras-chave: Danos Morais Coletivos - Processo Penal - Direitos Difusos - Segurança Jurídica - Princípio da Reserva Legal.

Abstract: During the judgement of Criminal Cases n. 996/DF and 1030/DF, both referring to money laundering crimes, the Second Panel of the Federal Supreme Court discussed the possibility of condemning the defendant to pay for collective moral damages caused in criminal matters. Although the composition of the Panel was almost the same and the Justices repeated their votes, the change of one of the Justices led to the acquittal of the defendants in the first case, but to their condemnation in the second. It is therefore necessary to evaluate the appropriate venue to condemn a defendant to pay collective moral damages, and if its application in the criminal field is not a jurisprudential construction that harms the defendant.

Keywords: Collective Moral Damages - Criminal Procedure - Diffuse Rights - Legal Safety - Principle of Legal Reserve.

A condenação ao pagamento de danos morais coletivos é uma possibilidade prevista na Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85)¹ graças às introduções realizadas pelo Código de Defesa do Consumidor, o qual passou a tratar “a coletividade” como um novo sujeito de direitos.² Tais danos se verificariam quando são violados os valores de uma coletividade.³ Visto isso, o Supremo Tribunal Federal vem discutindo a seguinte questão: se uma conduta que afronta a coletividade – em regra passível de reparação por meio de ação civil pública – também é considerada criminosa pelo Código Penal, poderia a ação penal ser a sede adequada para a fixação dos danos morais coletivos?

Para melhor entender os argumentos a favor e contra, além de suas implicações, aqui serão analisadas as decisões tomadas na Ação Penal 996/DF,⁴ em 29/05/18, e na Ação Penal 1.030/DF,⁵ em 23/10/19, em razão da similitude das situações, mas discrepância nos resultados. Ambos os julgamentos, que contam com um intervalo de apenas um ano e meio entre si, trataram do crime de lavagem de dinheiro e foram realizados pela 2ª Turma. Em 2018, participaram os Ministros **Edson Fachin** (relator), **Celso de Mello** (revisor), **Ricardo Lewandowski**, **Gilmar Mendes** e **Dias Toffoli**, e entendeu-se não ser cabível a fixação de danos morais coletivos em sede penal. Em 2019, o Ministro **Dias Toffoli** foi substituído pela Ministra **Cármen Lúcia** e a decisão foi tomada em sentido contrário.

A mudança não se justifica por eventuais diferenças fáticas entre os casos: os quatro ministros que participaram de ambos os julgamentos reproduziram, em 2019, seus votos de 2018 – os Ministros **Edson Fachin** e **Celso de Mello** entenderam ser cabível a indenização, e os Ministros **Ricardo Lewandowski** e **Gilmar Mendes** se posicionaram contrariamente. O acórdão de 2019 somente teve resultado diverso por conta da alteração da composição da Turma, com a saída do Ministro Dias Toffoli – que também possui posição contrária à possibilidade da fixação de danos morais coletivos – e o ingresso

da Ministra **Cármen Lúcia**, que justificou seu entendimento pela possibilidade de condenação ao pagamento de R\$ 52.000.000,00 em decorrência dos danos morais coletivos nestes singelos termos: “o processo penal contemporâneo incorpora, em diversos dispositivos, o binômio punição-reparação no caso”.

A disparidade dos resultados, que terminaram dependendo da sorte do réu quanto à formação da turma julgadora, mesmo perante o Supremo Tribunal Federal, deixa evidente a necessidade de estabelecer se a ação penal é a sede apropriada para a fixação do dano moral coletivo, a fim de se evitar que tal decisão fique sujeita ao entendimento particular de cada magistrado.

Como argumento para justificar a condenação, o Ministro **Edson Fachin** afirmou que a Constituição Federal (art. 5º, X) e diversas Leis (especialmente a Lei de Ação Civil Pública) tutelam o dano moral, tanto na esfera individual quanto na coletiva. Assim, se a prática do ato ilícito resultar em ofensa a direitos difusos, estará configurada a responsabilidade civil, obrigando o agente ao dever de indenizar os danos morais coletivos, na forma do artigo 927 do Código Civil.

O nexo causal entre a conduta dos acusados, agentes públicos, e os danos morais coletivos resultantes restaria demonstrado, na medida em que os réus teriam agido em inobservância a princípios constitucionais administrativos, violando direitos difusos.

O Ministro **Celso de Mello** ratificou o voto do relator, destacando que o Ministério Público Federal havia formulado pedido nesse sentido desde a peça inaugural da ação penal.

Apesar de não ter ficado expressamente consignado no acórdão o fundamento legal que permitiria, em sede penal, o arbitramento da responsabilidade civil decorrente de danos morais coletivos, é certo que o entendimento decorre da interpretação dada ao artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, o qual permite que o juiz, ao proferir sentença condenatória, fixe valor mínimo para reparação dos danos

causados pela infração – uma vez que foi esse o dispositivo no qual se baseou o pedido ministerial.

Assim, segundo a leitura do dispositivo feita pelo Ministério Público e por parte da Turma julgadora, os “danos” a que o legislador faz referência seriam de ordem material, moral individual⁶ e moral coletivo.

Por sua vez, os votos exarados pelos Ministros **Ricardo Lewandowski**, **Gilmar Mendes** e, em 2018, **Dias Toffoli** acertadamente demonstraram que a fixação de danos morais coletivos em ações penais afronta garantias constitucionais dos acusados em processo penal.

Em primeiro lugar, o princípio da reserva legal, de previsão constitucional,⁷ assegura que “o cidadão não será submetido à coerção penal distinta daquela predisposta em lei”⁸ e serve para limitar o poder condenatório do Estado. O princípio “não admite desvios nem exceções”, sendo negado somente por regimes totalitários.⁹ Conforme expresso no voto do Ministro **Gilmar Mendes**, a condenação a danos morais coletivos “abre a porta da ação penal para uma discussão não prevista em lei”.

A ausência de previsão expressa leva à incerteza acerca do momento e do modo de fixação da pena, dando perigosa margem ao Estado para condenar o réu sem que se verifiquem os limites inerentes ao direito penal. No presente caso, já que somente são tutelados pelo direito penal os bens considerados mais importantes para a sociedade, sendo que toda infração criminal é uma violação aos seus valores, seria possível cogitar-se a fixação de dano moral coletivo em quase toda condenação criminal nos casos de tutela a bem jurídico difuso se não forem estabelecidas as devidas balizas e orientações.¹⁰

Em segundo lugar, a condenação, no curso do processo penal, à reparação aos danos causados pela infração tornou-se possível desde a nova redação dada ao inciso IV ao artigo 387 do Código de Processo Penal pela Lei 11.719/08. A alteração legislativa, entretanto, não trouxe qualquer previsão à condenação a danos morais coletivos. Pelo contrário, o objetivo da Lei é claro, no sentido de que se trata da busca da reparação dos danos individuais sofridos pela vítima, como consta da exposição de motivos do projeto que levou à alteração legal: “Desse modo, a vítima poderá ser desde logo satisfeita, embora parcialmente, sem necessidade de aguardar as delongas do processo civil de liquidação.”¹¹

Foi o que destacou o Ministro **Dias Toffoli**, explicando que o artigo 387, IV, do Código de Processo Penal teve como objetivo “tutelar os interesses da vítima **singularmente considerada** no processo penal, conferindo maior efetividade a seu **direito individual** à reparação do dano causado” (negritos do original), uma vez que a lei expressamente vincula a reparação aos “prejuízos sofridos pelo ofendido”. Estender o uso de referido artigo para abranger os danos morais coletivos configuraria inaceitável interpretação *in malam partem*.

Se a ação penal não se mostra como a sede adequada para a reparação de danos difusos, explica o Ministro **Ricardo Lewandowski** que, nas

ações de tutela de direitos coletivos, moldadas pela Lei de Ação Civil Pública, as regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes são direcionadas aos interesses da coletividade, mesmo que seus membros ou integrantes não sejam citados individualmente. Assim, a sede adequada para a fixação da responsabilidade por danos morais causados a interesses difusos ou coletivos é a ação civil pública cujo objeto específico é esse tipo de reparação.

Por fim, merece ser destacado trecho do voto do Ministro **Gilmar Mendes** em que critica a instrumentalização do direito penal: “o funcionamento de ilícitos delituais converteu-se, para além de sua função estritamente jurídica, em uma resposta involuntária do sistema judiciário a toda uma sorte de deficiências regulatórias na prestação de serviços públicos e privados”.

O debate não se restringe à 2ª Turma, urgindo-se que o Plenário firme um posicionamento à respeito do tema: em voto recente, no julgamento da Petição 7.069/DF, o Ministro **Marco Aurélio**, integrante da 1ª Turma, posicionou-se contra o bloqueio de bens do acusado para assegurar eventual reparação de danos morais coletivos, entendendo que “embora exista uma tendência de se reconhecer a possibilidade de danos morais coletivos em decorrência de atos de corrupção, ainda não houve manifestação a respeito por parte do Supremo Tribunal Federal”¹².

O Estado Democrático de Direito necessita de princípios penais fortes e leis criminais bem definidas que garantam a autolimitação do Estado, sob risco de permitir a execução de arbitrariedades e a violação da segurança jurídica. Especificamente no que diz respeito aos danos morais coletivos, a atual indeterminação leva a decisões conflitantes mesmo em situações semelhantes, como aconteceu no julgamento das Ações Penais 996/DF e 1.030/DF.

Tendo em vista que tal sanção não encontra respaldo em qualquer dispositivo penal, é inconstitucional realizar uma interpretação extensiva em prejuízo do réu para fundamentar a condenação. A ausência de dispositivos legais dá uma perigosa margem para que o julgador decida de acordo com suas convicções, indo não só contra a segurança jurídica, mas também correndo o risco de que o réu se torne refém da discricionariedade de seu julgador. Os princípios penais devem ser constantemente reforçados e ratificados para que a condenação criminal por danos morais coletivos tenha devido respaldo em dispositivos legais penais, e não somente em confusa e irregular construção jurisprudencial, atendendo, dessa forma, aos valores do Estado Democrático de Direito.

Nas palavras de **Claus Roxin**, a condenação que se baseia em interpretação judicial, sem expressa disposição em lei, carece de legitimação democrática.¹³ Ao possibilitar a fixação por dano moral coletivo no direito penal, a 2ª Turma extrapolou sua função de julgador e a letra da lei para realizar uma interpretação extensiva *in malam partem*, condenando o réu por uma ação cujas consequências não poderia ter previsto.

Notas

¹ “Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (...) IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 636.021/RJ*. Recorrente: TV Globo Ltda. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 06 mar. 2009.

³ REIS, Clayton. *Dano moral* [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. RB-6.2.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 996/DF*. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Nelson Meurer e outros. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 29 mai. 2018.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 1.030/DF*. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Lúcio Quadros Vieira Lima e outros. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 23 out. 2019.

⁶ A possibilidade de fixação de valor mínimo de reparação de danos morais individuais já se encontra solidificada na jurisprudência (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1585684-DF*. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal

e Territórios. Recorrido: Joaquim Gomes da Costa. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 24 ago. 2016), apesar das diversas críticas por parte da doutrina (JESUS, Damásio de. *Código de processo penal anotado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2015).

⁷ “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, XXXIX, Constituição Federal).

⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 67.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 109.

¹⁰ CONTE, Christiany Pegorari. 4. Indenização - Dano Moral - Reparação Civil Do Dano Causado Pela Infração Penal - Fixação Do Valor Mínimo Pelo Juízo Criminal. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, v. 975, fev. 2017.

¹¹ Mensagem 213, *Diário da Câmara dos Deputados*, 30 mar. 2001, p. 9510.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição nº 7069-DF*. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Aécio Neves da Cunha. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 de mai. 2019.

¹³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 149-150.