

[1][2][3][4][5][6][7][8][9][10][11][12][13][14][15][16][17][18][19][20][21][22][23][24][25][26][27][28][29][30][31][32][33][34][35][36][37][38][39][40][41][42][43][44][45][46][47][48][49][50][51][52][53][54][55][56][57][58][59][60][61][62][63][64][65][66][67][68][69][70][71][72][73][74][75][76][77][78][79][80][81][82][83][84][85][86][87][88][89][90][91][92][93][94][95][96][97][98][99][100]

JURISDIÇÃO PENAL & CIVIL: INTEGRAÇÃO E CONFLITOS

ÊNIO SANTARELLI ZULIANI

.Sumário: 1. Unidade e independência da jurisdição civil e penal; integração da coisa julgada criminal na política de combate ao dano injusto, solidarizando-se com o princípio da efetividade do processo. 2. Sentença penal condenatória. 3. Sentença penal absolutória. 3.1. Legítima defesa real. 3.2. Legítima defesa putativa. 3.3. Legítima defesa com danos a terceiros. 3.4. Estado de necessidade. 3.5. Sentença de absolvição, por falta de provas suficientes para a condenação. 3.6. Sentença criminal versando autoria do delito. 3.7. Sentença, do Tribunal do Júri, de absolvição por negativa de autoria. 4. A influência da sentença condenatória para responsabilidade civil de terceiros, especificamente a situação do empregador, em face do art. 932, III e 933, do CC, de 2002. 5. Desencontro das jurisdições: como resolver? 6.

Bibliografia.

Ao receber o convite para participar da merecida homenagem da AASP a Theotônio Negrão, lembrei da noite em que o conheci, em uma cerimônia no TRE. Foi em 1977, ano em que eu, recém graduado, tentava ingressar na Magistratura de São Paulo, aproveitando da oportunidade que foi dada aos candidatos com 23 anos de idade. Conversando e contando minha vida para o Dr. Theotônio, fui surpreendido pelas duras palavras de um Desembargador, que ao tomar conhecimento de minhas pretensões, disparou: "Isso é um absurdo; um jovem como esse não deve ser Juiz; eu vou propor, na Plenária, que o Tribunal exija 25 anos de idade do candidato, como requisito".

Precavido, como todo interiorano, fiquei calado, até porque o tema era e continua polêmico. O Dr. Theotônio, no entanto, interveio: "Um momento aí. Você está equivocando", afirmou corajosamente o meu Advogado. E prosseguiu: "Eu conversei bastante com esse moço e confirmei a sua maturidade; ademais – nesse ponto acredito que houve excesso na defesa – revelou preparo técnico". Em seguida, foi lançada a sorte do debate, quando afirmou: "Eu te conheço. Você ingressou na Magistratura com 25 anos". O Desembargador reagiu: "Mas eu já advogava". Imagino que era o que o Dr. Theotônio queria ouvir, pois imediatamente respondeu: "E daí? "Esse rapaz trabalha no Cartório, com o pai, há sete anos e também tem experiência forense".

O Desembargador despediu-se e acredito que ele tenha se esquecido de mim, pois consegui aprovação naquele concurso e prossegui na carreira, sem percalços, até chegar, pela Emenda 45/2004, ao cargo de Desembargador. Tão emocionado fiquei naquela noite, que não sei se agradei, de forma conveniente, aquele homem que decidiu defender um desconhecido, por vocação. Com atraso, conto esse caso pela honra de ter sido patrocinado por um dos mais ilustres causídicos desse País, sem que lhe outorgasse mandato. O texto que apresento à consideração dos leitores é um tributo que presto à memória de THEOTÔNIO NEGRÃO e a todos os Advogados que defendem seus semelhantes contra as injustiças desta vida.

1. Unidade e independência da jurisdição civil e penal; integração da coisa julgada criminal na política de combate ao dano injusto, solidarizando-se com o princípio da efetividade do processo.

O Direito não deve confiar na auto-suficiência das leis como mecanismo exclusivo de segurança para a convivência dos homens. Descumprir regulamentos sempre foi marca da personalidade indomável do ser humano, que, por instinto, conveniência ou necessidade, transgride as regras escritas e morais, rompendo a paz e harmonia. Portanto, passou a ser de interesse social, diante das crises abertas pelas transgressões dos preceitos fundamentais, aplicar bem as normas que foram escolhidas para padronizar uma abstrata maneira de convivência honesta. Para que

se apliquem bem as leis, cumpre estudar suas finalidades diante das perspectivas reais e concretas dos interessados, um serviço que se realize através da jurisdição. A palavra jurisdição deriva do latim *jurisdictio*, que seria a declaração ou proclamação do direito, afirmava o Professor AURELIANO DE GUSMÃO. Essa é a natureza política da jurisdição e que justificou a criação do Poder Judiciário, com os órgãos definidos no art. 92, da Constituição Federal.

Entende-se por jurisdição o poder que se atribuiu ao Estado para que, por meio de pessoas escolhidas para esse mister, resolva, por sentenças, os conflitos sociais, dando "a cada um o que é seu". É obrigatório registrar, que com a instituição da arbitragem [o que se deu com o advento da Lei 9307/1996], abriu-se uma exceção ao monopólio do serviço público prestado pelo Estado-juiz, como determina o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Assim, excluindo-se os casos em que os litígios possam ser decididos por árbitros escolhidos pelos interessados, quais sejam, aqueles versando sobre "direitos patrimoniais disponíveis" [artigo 1º da Lei 9307/96], caberá sempre ao Judiciário decidir todas as demais ações pelas quais os sujeitos buscam satisfação de pretensões desafiadas por seus semelhantes. Poder Judiciário quer dizer, afirmava HERCULANO DE FREITAS, "o órgão do governo incumbido de exercer a função jurisdicional, incumbindo de julgar e proferir sentenças, de dizer do direito".

Esse dever de o Estado-juiz solucionar conflitos caracteriza-se como obrigação de resultados qualificados pela produção de um serviço acessível a todos, de preferência gratuito para aqueles usuários sem meios financeiros para custeio das despesas dos respectivos processos [artigo 5º, LXXIV, da CF e Lei 1060/50]. Uma vez instaurada a ação judicial, exige-se a sua conclusão com segurança jurídica [o que pressupõe motivação persuasiva, nos moldes do artigo 93, IX, da CF] e, principalmente, em tempo razoável [art. 5º, LXXVIII, da CF]. Esse conjunto de medidas, a que se pode qualificar de meios interjurisdicionais, é argumento poderoso na tarefa de se compreender o sentido da jurisdição oficial, pois são eles que compõem a estrutura sustentável da aliança das sentenças do Juízo Penal com as do Juízo Civil, para a efetividade do processo [artigo 5º, XXXV, da CF].

Não se permite que o sujeito faça justiça com as próprias mãos [artigo 345, do Código Penal], mesmo depois de ter suportado um dano injusto. Em situações excepcionais, dá-se a ele licença para a reação moderada a uma injusta agressão, desde que isso ocorra por meios adequados e dentro do limite necessário para a repulsa; essa reação é considerada legítima e exclui a antijuridicidade do ato praticado [artigo 188, I, do Código Civil]. Existem outras normas que dispensam – até porque não haveria tempo para sobrevida do direito periclitante – o dever de recorrer à autoridade para solução do problema social, como o estado de necessidade [artigo 188, II, do CC]; quando se usa a força na proteção da posse que está sendo turbada ou esbulhada, é mister imediatismo [artigo 502, do Código Civil]; o penhor de bagagem de hóspede que não paga a conta da estada [artigo 1470, do CC] e a execução manu militare de obrigações de fazer e não fazer, em caso de urgência [artigos 249, parágrafo único e 251, parágrafo único, do CC].

Fora daí, não se outorga poder ao lesado para se auto-indenizar, como se fosse juiz decidindo causa própria. A oficialidade da jurisdição testemunha uma conquista da cidadania, consagrando a prudente política de se destinar a um órgão capaz de manter-se neutro e equipado para a função, a sublime e difícil tarefa de decidir os duelos de interesses que, naturalmente, surgem dos desafios da vida em sociedade. O Estado encarrega-se de julgar, por intermédio dos Juízes, as mais diversas questões jurídicas, sejam elas representativas de baixas quantias [para isso surgiu o Juizado Especial da Lei 9099/95] ou de milionárias expressões monetárias. Questões de família de litigantes abastados e pobres, famosos ou anônimos, são, igualmente, decididas pelos mesmos critérios. O Judiciário não seleciona causas para exercer o seu trabalho, embora tenha sido necessário fragmentar a jurisdição, em cível e criminal, como forma de redimensionar a produção diante do objeto jurídico a ser valorado.

A idéia de separar a jurisdição foi, portanto, conveniência ou a necessidade de racionalizar o modo de declarar, concretamente, o Direito. O Poder Judiciário atua sem limites para aplicar a norma objetiva em favor da paz e da segurança social; o

conteúdo funcional é o mesmo. Poderá ser afirmado que a divisão da jurisdição se fez em função da matéria. O fato é que, embora o conceito da jurisdição seja unitário, perfeitamente se a divisão em jurisdição civil e penal, essa última por meio da qual o "Estado visa satisfazer o seu direito de punir o delito". Na jurisdição civil, "que serve para tutelar interesses privados, os poderes do juiz, para recolher material de conhecimento e em geral dirigir o processo, são largamente subordinados à vontade e iniciativa das partes, que são árbitros da tutela dos próprios interesses". Não é complicado entender essa distinção; a jurisdição penal atua para assegurar um direito subjetivo do Estado, qual seja, o "direito de punir", enquanto a jurisdição civil "é aquela que não é penal" e abrange questões de "direito público ou relações de direito privado em que o Estado figure como um dos sujeitos da relação jurídica". É forçoso admitir que as duas jurisdições aplicam sanções, traço que as identifica: a penal estabelece a sanção punitiva, enquanto que a civil impõe a solução, que na inteligente argumentação do Professor da Faculdade de Montevideu, ENRIQUE VÉSCOVI, seria a solução para o caso concreto.

Embora reservado ao Judiciário o serviço de resolver litígios, não se permite que se compare essa função pública com uma outra que outros órgãos exercem, como a de despachar uma carta pelo correio [exemplo de MICHELI], porque, para que o Poder Judiciário atue, será necessário existir uma "situação patológica que, em linhas gerais, é determinada pela inobservância do direito objetivo", finalizou o Professor da Universidade de Roma. Para a responsabilidade civil, essa dupla atuação judiciária não causa constrangimento algum; ao contrário, a jurisdição penal qualifica o fato jurídico que será interpretado pela jurisdição civil, o que não deixa de caracterizar uma espécie de parceria jurisdicional em busca da verdadeira justiça. É na área da "acción civil nacida de delito o falta" que a conexão entre as matérias civil e penal mais se aproximam, assegurou JAIME GUASP.

Quando ocorre uma ação antijurídica prejudicial ao patrimônio material e moral de uma pessoa, ela adquire o direito subjetivo de exigir a devida reparação [artigos 186 e 927, do Código Civil]. Na hipótese de o valor do prejuízo compensatório situar-se abaixo de quarenta salários mínimos, a pretensão poderá ser deduzida perante os Juizados Especiais [artigo 3º, I, da Lei 9099/95], sendo que, para pedidos até vinte salários, a presença de Advogado é dispensada [artigo 9º] até a fase do recurso, quando a assessoria jurídica é obrigatória, seja qual for o valor [artigo 41, § 2º]. De qualquer maneira, o interessado é livre para ajuizar ação contra o infrator, para exigir que o Estado o condene a compor os danos por sentença, sendo igualmente irrestrito o acesso ao Judiciário e ao procedimento ordinário [artigo 282, do CPC] ou sumário [artigo 275, do CPC]. Para não perder o direito, deverá prestar atenção ao tipo de teoria que se aplica para a hipótese [subjetiva ou objetiva], por ser questão importante para vencer os desafios da prova dos fatos de seu interesse.

Acontece – e não raro isso ocorre – de a ação prejudicial ao patrimônio da vítima constituir crime, assim definido como conduta tipificada no ordenamento repressivo: o homicídio, por exemplo. O matar alguém não só caracteriza o crime definido no artigo 121, do Código Penal [cuja pena mínima é de seis anos de reclusão], como se transforma em fonte do dever de indenizar os familiares do morto, conforme autoriza o artigo 948, do Código Civil. Apenas para se ter idéia da consequência civil do fato criminoso, o homicida, além do dever de cumprir a pena em presídio, deverá pagar uma pensão que se conceitua como "alimentícia", à viúva e filhos menores do finado, benefício que se calcula quantificando-se a privação dos dependentes em termos de rendimentos não repassados [artigo 948, II, do CC]. O quantum arbitra-se em 2/3 do salário da vítima [não se paga a integralidade porque se entende que o finado não destinava o total de seus ganhos para os dependentes, pois a parcela de 1/3, que é excluída, representa o que ele consumia em proveito próprio e que se perde com a morte], até a provável idade devida da vítima, geralmente estimada entre 65 a 70 anos.

Quando essa multiplicidade de efeitos práticos de um ato ilícito torna-se realidade, as duas jurisdições estão prontas para se pronunciarem com independência, nos limites da competência que o ordenamento jurídico lhes reserva. Elas interagem, embora sejam diversas as suas aspirações. As decisões que são expedidas, tanto na Justiça Criminal como no Juízo Civil, terminam agregadas com objetivos definidos:

responsabilizar o infrator nas duas órbitas; livrar o agente da responsabilidade criminal, sem prejuízo da indenização civil e [mais raro] responsabilizar o agente no crime e não o responsabilizar no cível. O principal dispositivo que trata dessa matéria é o artigo 935, do Código Civil, e que foi assim redigido:

A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

O processo penal prescinde da iniciativa individual [salvo nos casos de ação penal privada] para ser aberto e movimentado em busca da sentença; não só o inquérito instaura-se de ofício [artigo 5º, II, do CPP], como a denúncia passa a ser obrigatória, quando existirem elementos para isso [artigos 24, 28 e 29, do CPP]. Esse impulso faz-se de maneira automática para resguardar os interesses da sociedade, destinatária da atuação eficiente da Justiça Penal. As pessoas esperam que os infratores dos crimes definidos pelo sistema como condutas reprováveis, recebam as sanções capituladas, exatamente para que eles possam ser reeducados pela punição correspondente. O exemplo da sentença condenatória acaba com a noção de impunidade que estimula a recidiva, pelo que não caberia aguardar oportunidade, ou a conveniência da vítima, para que todo o aparato funcional de combate à criminalidade fosse impulsionado com eficiência.

O mesmo não se dá no aspecto interesse para exigir indenização pelo ato ilícito. As vítimas do ato criminoso são donas do arbítrio da reivindicação do direito de danos. São, pois, livres para acionar o lesante em busca da indenização, ou, se preferirem, permanecerem inertes, amargando o prejuízo, como lhes faculta o art. 5º, II, da CF. Poder-se-á verificar, em caso de homicídio, para continuar usando esse caso como linguagem didática, que a viúva permaneça silenciosa, mesmo tendo sido prejudicada pela morte do marido, retardando o ajuizamento da ação civil indenizatória. Existem motivos que justificariam essa conduta omissiva e, por mais que um terceiro não os considere adequados ou justos, a viúva continuará soberana para decidir se processa ou não aquele que roubou a vida do marido, visando obter dele satisfação dos prejuízos decorrentes dessa perda precoce. Essa é a diferença que separa a atuação das duas jurisdições no que se refere ao modo como são provocadas. A jurisdição civil depende da vontade da vítima e, como se verá, existe um tempo certo para que essa iniciativa se faça [o prazo prescricional é de três anos e permanecerá suspenso enquanto não se definir o processo criminal – artigos 206, § 3º, V e 200, do Código Civil].

Deve-se, neste momento, abrir um parágrafo para tratar da ação civil ex delicto, prevista no art. 68, do Código de Processo Penal. Esse dispositivo permite que o Ministério Público promova, em nome da vítima pobre, a execução [leia-se liquidação de danos] da sentença penal condenatória. A legitimidade do Ministério Público é sempre questionada nas ações respectivas devido a se entender que o órgão estaria, com esse trabalho, usurpando funções atribuídas à Defensoria Pública [art. 134, da CF]; contudo, a jurisprudência reconhece a legitimidade do Ministério Público, enquanto não se organizam, com preenchimento de cargos, as Defensorias. O requerimento da vítima é obrigatório para que o Ministério Público aja, o que importa afirmar que existe apenas uma legitimação extraordinária do parquet, condicionada à manifestação de vontade do interessado.

É possível, todavia, que a vítima não espere o término da ação penal para ajuizar a ação civil de indenização. As duas jurisdições, nessa hipótese, funcionam ao mesmo tempo e, como se verá, essa dúplici função de julgar com base no mesmo fato praticado poderá provocar divergências ou contradições de julgados. A jurisdição, como é unitária, não admite esse tipo de confusão, exatamente porque a sua função é a de resolver, com segurança, os litígios. Por isso que determinados efeitos da coisa julgada criminal gozam do que se chama de "autoridade absoluta", por interesse social, como afirmaram os franceses MAZEAUD e TUNC: "un juez civil comprometería gravemente el orden público al tener por inexacta una sentencia penal definitiva".

A segurança jurídica somente é obtida por intermédio de resoluções persuasivas, representativas da lógica jurídica e de fácil compreensão pelo povo. As sentenças são para serem lidas pelas partes e por toda a sociedade, de forma tal que a

confiabilidade é condição vital de sobrevivência do sistema jurídico, o que se alcança conquistando a credibilidade popular. As pessoas não compreendem como o réu absolvido, no crime, por legítima defesa, pode ser condenado, no cível, a reparar os danos pelo mesmo fato. Há uma incompatibilidade inadmissível, e essa falta de coerência depõe contra o serviço judiciário. As jurisdições separadas [civil e penal], cômicas dessa exigência social, agem, embora com independência, irmanadas, cúmplices do resultado a que são obrigadas: criar estabilidade jurídica. Sentenças contraditórias causam o que JORGE ALSINA chamou, com propriedade, de "escândalo jurídico".

Contudo, advertiu JOSSERAND, há se compreender que a absolvição criminal de um motorista que causa mortes por imprudência na direção, não impede, em certos casos, que seja demandado como responsável dos danos no Tribunal Cível.

2. Sentença penal condenatória.

Uma vez que a jurisdição penal "si mira alla punizione del privato che ha violato una legge", espera-se dela uma atuação exemplar. O rigor, no entanto, não se explica apenas porque se persegue a apuração do crime por vontade do Estado, mas, sim, para que a sentença condene apenas quando se tenha certeza absoluta da culpabilidade. O Direito Penal sempre obedeceu à máxima in dubio pro reo e nunca se arrependeu, apesar de imprudentes críticas que se formulam quando a imprensa arrivista, ávida por notícias, qualifica como absurdas certas absolvições, que são corretas porque faltam provas para condenação, desagradando a parcela da população que não testemunha os acontecimentos processuais. A Constituição Federal repetiu que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal [artigo 5º, XXXIX], estabelecendo que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória" [artigo 5º, LVII, da CF], exatamente porque a sentença penal condenatória retira, temporariamente, um dos direitos naturais sagrados da pessoa: a liberdade de ir e vir. Autoriza-se condenar o agente por meio de sentença baseada em provas lícitas, que informem de forma transparente a sua culpa, garantindo-se o direito de defesa [art. 5º, LV e LVI, da CF].

A condenação do réu pelo crime que causa danos a outrem é um selo de garantia para que o juiz do civil arbitre o quantum destinado a recompor o patrimônio da vítima. O direito de indenização é uma consequência da sentença condenatória, um efeito importante que ultrapassa, intencionalmente, os horizontes da jurisdição penal. O Estado pune o infrator por razões sociais; o réu, mesmo que quisesse cumprir voluntariamente uma reprimenda, por estar convicto de que transgrediu o tipo penal, não poderia apresentar-se à prisão para recolher-se, sem uma sentença condenatória que o recomendasse ao cárcere. O processo cria limites ao poder punitivo pelo princípio nulla poena sine iudicio, obrigando a instauração do processo penal para exercício do ius puniendi. Contudo, embora não faça referência explícita, a Justiça Criminal abre, com a sentença condenatória, uma perspectiva para que a vítima [ou seus sucessores] obtenha a reparação do dano que o crime perpetrou, convicta de que o dever de indenizar integra o rol de medidas efetivas de política contra a criminalidade.

A criminalidade é uma doença social praticamente incurável, fomentada que é pela desorganização política no que se refere aos meios preventivos e repressivos. Não existe antídoto contra o crime, quer seja doloso ou decorrente da culpa stricto sensu. Há, sim, mecanismos de desestímulo da formação da personalidade criminoso, sendo o principal deles o exercício da cidadania, destinando aos seres humanos uma educação ajustada aos sentimentos de fraternidade, solidariedade e respeito mútuo, sem desprezo da oferta real de oportunidades como prêmio do aprendizado. Quando essa política falha, o homem geralmente age de forma criminoso. Diante do crime perpetrado, resta, então, aplicar os corretivos legais para expiação da culpa, servindo a pena restritiva da liberdade, que a Justiça Criminal impõe, como material da construção de barreira contra a cultura da transgressão. A obrigação de pagar os danos, embora não constitua medida criminal, entra nesse rol de providências para coadjuvar a ideologia da repressão adequada e justa. Espera-se que o condenado mude de conduta ao deparar com a somatória de encargos judiciais.

Quando a sentença penal condenatória passa em julgado e adquire a força da imutabilidade, o evento danoso [ato ilícito dos arts. 186 e 927, caput, do CC] já sancionado pelo Juiz Criminal torna-se, automaticamente, um evento jurídico categorizado. O fato, que poderia ser considerado ilícito pelo Juízo Civil em condições normais, é considerado um fato cuja ilicitude foi declarada em documento público, porque a condenação criminal consagra a sua antijuridicidade. Esse é um efeito da coisa julgada a que GOLDSCHIMIDT tratou "como presunción de que la cosa juzgada es verdad, y que esta concepción, en sentido estricto, es adecuada solo a hechos". Não é mais permitido discutir o cabimento da indenização; a sentença penal condenatória produziu um título executivo judicial, conforme desejam os artigos 63, do CPP e 584, II, do CPC.

A sentença penal condenatória não é pronunciada para condenar o réu a indenizar os danos do fato ilícito; porém, o próprio Código Penal declara certa essa obrigação [artigo 91, inciso I], o que permitiu a afirmação de que a "sentença penal acaba por ter uma eficácia declaratória equivalente à das que são pronunciadas no juízo civil. De outro lado, o dispositivo com que o Código de Processo Civil outorga a essa sentença a condição de título executivo (art. 584, II) supre o momento condenatório civil que nela não se contém formalmente". Essa integração, que é peculiar do nosso direito, prova o enorme espírito de justiça no combate ao dano injusto, o que não deixa de ser um ponto positivo da sociedade; afinal, como afirmava COGLIOLO "il diritto di un popolo riflette la parte maggiore dei suoi sentimenti".

O aproveitamento da coisa julgada criminal, pelo juízo cível é, sem dúvida, a mais perfeita das atuações conjuntas das jurisdições. Ocorre uma simbiose que abrevia resultados positivos, porque a culpa provada no juízo penal dispensa a investigação da culpa no processo civil. O réu, condenado pelo crime, já figura como devedor de quantia ilíquida, cumprindo, apenas, definir o valor dos danos que o delito causou no patrimônio particular das pessoas atingidas. Será preciso amoedar o quantum necessário, porque a sentença penal condenatória, embora elevada à condição de título executivo judicial, não declara [e nem é essa a sua função] a expressão financeira adequada para recompor o patrimônio prejudicado. Para facilitar a execução, o CPC oferece três modos técnicos para superação dos desafios que são próprios da fase de liquidação de sentença. Vejamos quais são.

No caso de uma condenação criminal conforme o art. 129, do CP, do qual resultou, para a vítima, dano de natureza odontológica [restauração de dente fraturado], basta apresentar o recibo do dentista que foi contratado para o serviço, para, com ele, definir a importância devida para satisfação [art. 604, do CPC]. Na hipótese de condenação por lesões corporais culposas [art. 129, § 6º, cc. art. 129, § III, do CP], as quais resultaram para a vítima, incapacidade parcial e permanente para o trabalho, é necessário nomear técnicos que informem ao Juiz o grau de incapacidade para o arbitramento da pensão cabível [vitalícia ou temporária], situação que se resolve pela liquidação por arbitramento prevista no art. 606, II, do CPC. Quando a sentença penal condena o agressor que, pela sua violência, impede que a vítima obtenha lucros reais que normalmente auferiria não fosse a ilicitude cometida [os lucros cessantes do art. 402, do CC], será preciso a liquidação por artigos [art. 608, do CPC], pela imprescindibilidade da prova de fato não incorporado na sentença criminal.

A sentença penal, nesse contexto, diminui consideravelmente o tempo da jurisdição civil, pela dispensa da fase de conhecimento que seria preciso percorrer, em procedimento tradicional, como premissa da sentença que reconhece o dever de indenizar; a vítima, de posse da certidão do trânsito em julgado da sentença criminal, ingressa na jurisdição civil em plena fase de execução de sentença, ganhando, por esse atalho legítimo, lugar bem mais próximo da satisfação do direito violado pelo crime. Esse expediente jurídico de aproveitamento da coisa julgada criminal é festejado por BARBOSA MOREIRA, que o considera "interessante, capaz de facilitar, em boa medida, a efetivação da responsabilidade civil emergente do delito, atendendo assim, ao menos em parte, a um dos principais argumentos invocados pelos partidários do julgamento conjunto". Esse projeto de amparo à vítima, concedendo-lhe, teoricamente, meios legais para recompor-se dos danos injustos, apresenta um ponto vulnerável, qual seja, a falta de patrimônio do réu [garantia dos

credores, como disposto nos arts. 391, do CC e 591, do CPC], porque a carência patrimonial do devedor confirma a inutilidade da execução.

3. Sentença penal absolutória.

A condenação do réu, pela prática de um crime definido no estatuto repressivo, depende de prova confiável da autoria do fato, da materialidade objetiva como consequência física da conduta punível. Nem sempre será possível acolher a denúncia ou queixa que se deduz, ou por insuficiência das provas que são reunidas durante a instrução probatória, ou devido ao mérito dos advogados encarregados da defesa que, replicando e exigindo produção de provas, confirma a inocência do acusado ou, então, por estabelecer um estado de dúvida sobre a presença de algum requisito da sentença condenatória. É sabido que no processo penal aplica-se o princípio in dubio pro reo, modelo de interpretação em favor do acusado, realmente o mais freqüente motivo das sentenças absolutórias.

A sentença condenatória, como se analisou, integra a coisa julgada criminal que age como reforço da justiça cível. Embora a reparação de danos do crime reprovado não seja consequência da sentença, o seu efeito é positivo na fórmula jurídica criada para satisfazer o prejuízo da vítima. O condenado, além de cumprir a pena, paga os danos. A sentença absolutória não atua com a mesma força participativa, pois depende, para ter influência na responsabilidade civil, do teor do dispositivo que a encerra, que é sempre correlato com a sua motivação. A palavra chave que permite distinguir as sentenças absolutórias que fazem coisa julgada, com aquelas que nenhuma influência produzem para o Juízo Cível, é a "coerência". Se da análise da sentença criminal decorrer certeza sobre o fato que estrutura o direito de danos, há vínculo da coisa julgada criminal; ao inverso, na medida em que a sentença criminal claudica quanto ao fator certeza da verdade real, o Juiz do Cível está livre para definir com autonomia se há obrigação de reparar o dano causado pelo fato não punido na esfera penal. Devemos analisar as variantes do art. 386, do Código de Processo Penal, para compreender as relações de harmonia e de divórcio das jurisdições.

3.1. Legítima defesa própria ou de terceiro.

A mais impactante sentença penal absolutória é aquela fundada no inciso V, do art. 386, do CPC, no quesito "legítima defesa própria ou de terceiro". O Juiz do Cível deverá respeitar a sentença penal que absolve o réu por ele ter agido em legítima defesa própria ou de terceiro, porque esse discurso oficial representa a vontade do Estado-juiz em legalizar a reação equilibrada contra uma injusta e repulsiva agressão. Não seria sensato admitir que alguém que se livra da pena de homicídio, por defesa necessária, possa ser condenado a compor danos para os dependentes do morto. Seria o clímax da incoerência em julgamentos inconciliáveis, uma indecisão radical que não se justifica em hipótese alguma, mesmo quando a absolvição provém do Tribunal do Júri, alvo de severas críticas pela vulnerabilidade de suas decisões controvertidas.

A legítima defesa está definida no art. 25, do CP. Quando a sentença penal reconhece que o réu revidou moderadamente uma agressão injusta, praticada com perigo real para si ou para outrem, está excluindo a culpabilidade; o ato é legítimo e, como tal, não se caracteriza como ilícito, sem dúvida, a premissa maior da reparação civil [arts. 186 e 188, I, do CC]. Supondo-se que tenha ocorrido, em cidade pacata do interior, um crime de homicídio nas seguintes circunstâncias: um homem, casado e pai de dois filhos menores, recém-instalado, passou a ter uma relação extraconjugal com uma moça de tradicional família, que, apaixonada e iludida com as juras de amor, entrega ao galanteador a castidade desejada por diversos pretendentes bem intencionados. Algum tempo depois, o infiel, contente com as relações sexuais já consumadas, rompe o caso, o que faz com que a jovem, amargurada, quebre o silêncio ao relatar tudo para o seu irmão. Este, inconformado, aborda o homem na rua e passa à agressão física, nervoso com o desdém com o que o adúltero leva o assunto. Como o irmão da jovem é forte e agressivo, o outro procura refúgio em um restaurante, mas, perseguido, é alvejado com um tiro nas costas, vindo a falecer. No outro dia, para agravar o drama, a moça suicida-se ao saber sobre o desfecho. O Júri absolve o acusado do crime do art. 121, IV, do CP, nas duas sessões de julgamento que se realizam, acolhendo a tese de legítima defesa própria.

Ocorreu mesmo legítima defesa própria? Os jurados decidiram com a emoção, e não com a razão, dando ao ofensor a absolvição, devido ao trágico desenlace? Os jurados não julgaram o conterrâneo com benevolência, por ter ele defendido a honra da família? Variadas respostas são pertinentes, sem, no entanto, possuírem qualquer valor jurídico, por mais fundamentadas que sejam. Para o Direito, vale a decisão soberana dos jurados, tomada em processo regular, não sendo permitido que o Juiz de uma ação civil de reparação de danos, promovida pela viúva e filhos do morto, decida de forma contrária, condenando o responsável pela morte a compor os danos previstos no art. 948, do CC, como se ilícito ele tivesse praticado. Em tese de concurso para a livre docência, apresentada em 1930, CÂMARA LEAL sustentou que uma decisão criminal errônea jamais poderia comprometer a livre convicção do Juiz do Cível encarregado de decidir o direito de danos da vítima ou seus sucessores, afirmando que lei desse teor seria "tirânica, porque obrigaria que um erro judiciário cometido no julgamento criminal fosse iniquamente mantido no julgamento civil, transformando assim o processo, de meio que é de investigação da verdade, em meio da perpetuação do erro e de sua iniquidade".

Não se autoriza, cumpre enfatizar, que, no juízo civil, se presuma que a excludente de legítima defesa, reconhecida no julgamento criminal, seja um fato de relativa certeza; se isso fosse permitido, seria criar presunção contra a coisa julgada criminal, com ofensa ao artigo 65, do CPP, que assegura a autoridade dessa modalidade de julgamento criminal no cível. O preclaro Desembargador JORGE DE ALMEIDA escreveu que a influência, de um juízo sobre o outro é sempre salutar quando ambos portam algo que os funde, isto é, "a verdade fática". Advertiu MENDES PIMENTEL, em antigo parecer, ser "contradição chocante do Poder Público, quando examina o mesmo fato, afirmar, primeiro, que ele é justo, legítimo e legal e, em seguida, negar-lhe esse caráter de justiça, de legitimidade e de legalidade".

Portanto, a legítima defesa própria ou em favor de terceiro tira do fato a sua ilicitude, excluindo a responsabilidade civil. O jurista MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA comentou, com esse mesmo critério, o art. 337, do CC português, que é similar. Não é diverso o tratamento jurídico espanhol, conforme relata PICAZO Y PONTE DE LEÓN, ao citar decisão do Tribunal Supremo que, ao analisar pedido de indenização de viúva e filhos menores de assaltante morto pelo guarda, negou o pleito sob o argumento de que não se produziu prova do excesso da reação defensiva ou negligência do defensor, casos especiais em que a jurisdição civil poderia conceder indenização. Para o direito alemão não é antijurídica a legítima defesa [§§ 227 BGB, 32 StGB]; portanto, exclui ou limita a responsabilidade, assegura DIETER MEDICUS.

Existe, em matéria penal, a hipótese da legítima defesa praticada com exagero e que produz a figura do "excesso", que tanto poderá ser caracterizada com dolo ou culpa [art. 23, parágrafo único, do CP]. Nesse caso, o agente é penalizado, no Juízo Criminal, pelo descomedimento, conforme explica DÁMASIO E. DE JESUS: o agente, no exercício de legítima defesa regular, causa lesão de natureza grave no seu ofensor; contudo, após o domínio do agressor, que está imobilizado, o agente continua a feri-lo, causando, nessa segunda fase, lesões de natureza leve. Conclui o Prof. DAMÁSIO que o agente deve ser absolvido do crime de lesões corporais graves [por ter agido em legítima defesa] e condenado por lesão corporal leve [dolosa]. A sentença criminal possui, nesse caso dupla finalidade; exclui a responsabilidade civil pelos danos dos atos que se deram em legítima defesa, servindo de título executivo para que a vítima reivindique satisfação dos danos verificados pelo excesso, pois "subsiste a ilicitude em parte da conduta".

É preciso anotar que a declaração de legítima defesa nas sentenças penais assinadas por Juizes de Direito, na forma do art. 386, V, ou do 411, do CPP [absolvição sumária em processo de competência do Júri] ou por deliberação dos Jurados [art. 492, II, do CPP], são proferidas com base no debate, valoração e julgamento do requisito reação moderada e proporcional, o que implica afirmar que a coisa julgada criminal que se forma para absolver o réu, exclui, de forma categórica, a ocorrência de excesso doloso ou culposo. Significa que está vedado ao Juiz do Cível reavaliar essa variante da legítima defesa [excesso] para, contra os motivos e os fundamentos da sentença penal absolutória, que declara a legítima defesa em sua plenitude.

reconhecer o abuso para condenar o agente a pagar pelos danos da suposta brutalidade que a jurisdição civil acredita ter se verificado. Seria conviver com sentenças inconciliáveis, originárias de um mesmo fato, o que contraria o ideal de segurança jurídica. Prevalece, pois, o que se decidiu na Justiça Criminal, tal como anotado em precedente do TJ-SP [Ap. 006.426-4/2, j. 02.03.1999, Des. Ênio Santarelli Zuliani, in RT 765/186].

O julgado acima referido [RT 765/186] revelou a experiência de um tranqüilo cidadão obrigado a reagir, em defesa de sua integridade e de sua esposa, devido a violência física e moral que três indivíduos lhes impuseram, sendo que um dos tiros que desferiu para obstar a invasão domiciliar, provocou, em um dos agressores, a temível paraplegia. Apesar de ser dolorosa a consequência, era de se perguntar: poderia a vítima queixar-se, com razão? Essa mesma indagação é formulada por PESSOA JORGE, para que se compreenda que a legítima defesa, para ser aceita, depende, igualmente, "na justificação do prejuízo causado pelo agressor".

3.2. Legítima defesa putativa.

Sobreviver é um desafio perigoso. O ser humano está sempre alerta e, com isso, supervaloriza o risco. Reagir, causando danos a outrem, na suposição de que seria preciso repudiar, com violência, para não ser agredido, é um erro de fato, como declarou BANDEIRA DE MELLO, exatamente pela ausência do requisito certeza de "estar sendo agredido". VON THUR afirma, categoricamente, que "comete un acto ilícito quien actua en un estado supuesto (putativo) de legítima defensa". Não diverge o preclaro CARLOS ROBERTO GONÇALVES, por ser a legítima defesa putativa uma "dirimente" que exclui, no âmbito penal, a culpabilidade [isenção de pena, na forma do art. 20, § 1º, do CP] e não a antijuridicidade. Daí porque, com critério, o TJ-SP, não admitiu, na ação de reparação de danos, a influência da coisa julgada criminal [sentença penal que absolveu o réu da denúncia de tentativa de homicídio - 121, cc. 14, II, do CP, pelo reconhecimento da legítima defesa putativa], sendo oportuno abordar, no parágrafo seguinte, os lances desse julgado [Ap. 123.448.4/6, j. em 6.8.2002, rel. Des. Elliot Akel, in RT 808/224].

Ocorreu, segundo assinalou o Des. Laerte Nordi em voto declarado [RT 808/229], que o réu, assustado devido a ter sido vítima de reiterados roubos, acreditou estar sendo assaltado quando voltava para casa e, inquieto com tais ocorrências, atirou contra uma pessoa que dele se aproximava, causando-lhe seqüelas físicas irreversíveis. Não se provou, contudo, a intenção dolosa da vítima. O Juízo Criminal reconheceu ter o réu agido em legítima defesa putativa, absolvendo-o sumariamente, como recomenda o art. 411, do CPP. O julgado penal não o livrou de indenizar a vítima, em forma de pensão [pela incapacidade que resultou], até 65 anos de idade, sem prejuízo da compensação por danos morais, cuja indenização foi arbitrada em 150 salários mínimos. O Des. Gildo dos Santos, também integrante dessa ilustrada Turma Julgadora, lembrou-se do seguinte precedente da Suprema Corte [RT 808/228]: "E o C. STF, quando era sua a competência recursal em grau de recurso extraordinário, para analisar divergência jurisprudencial, antes da Constituição Federal vigente, decidiu, com relação à inteligência e aplicação dos arts. 65, do CPP e 1540, do CC de 1916, que: "Na legítima defesa putativa, a ação é objetivamente ilícita, e dá causa à indenização" (1ª T., RE 43.372, Min. Ari Franco, j. 17.05.1959, RTJ 11/364)".

Na Itália não é diverso. Informam doutrinadores que a Corte Suprema [Cass. 12 agosto 1991, n. 8772, in GI, 1992, c. 734, com nota di CARUSI] reconheceu o dever de indenizar o agente que agiu em legítima defesa putativa, enunciado que se considerou justificado diante da certeza de que "la condotta dannosa poteva benissimo essere evitata".

A legítima defesa putativa é, na realidade, uma linha tênue que separa o bem e o mal, tão difícil de se compreender como a um quadro de Manet, "com grandes luzes e grandes sombras", na feliz expressão de JOAQUIM FALCÃO, ao comentar assunto diverso ao do presente texto. Essa zona escura que ensombra a verdade, carregada de subjetivismo, é um tormento para o intérprete, que, normalmente, decide aplicando o princípio da proporcionalidade. Assim, ainda que tenha o réu agido na pressuposição de que sofreria agressão, a vítima desse gesto estigmatizado pelo instinto da putatividade, figura no quadro de comparação dos resultados concretos,

em posição predominante, exatamente por não ter procedido de forma a levantar a suspeita que inebriou a vontade do agressor. Merece, pois, a indenização. Seria diferente, portanto, se aquele ferido no caso da RT 808/208, exibisse uma arma ao se aproximar do réu; no entanto, ele estava desarmado, o que justificou a procedência da ação de reparação de danos.

Recomenda-se, na análise das indenizações pleiteadas por lesões cometidas no exercício da legítima defesa putativa, equidade no arbitramento do quantum a ser fixado para reparar e compensar os danos daquele que suporta os efeitos do erro de fato [art. 944, do CC], dignificando a delicada situação vivenciada pelo sujeito que é contagiado pelo surto da violência irracional dos grandes, médios e pequenos centros urbanos. É muito mais fácil escrever "sábias e prudentes restrições do que dominar os nervos sobre-excitados de quem se julga em risco de ser morto", advertiu CUNHA GONÇALVES. Expressiva, portanto, a sustentação de GIOVANNA VISINTINI a esse respeito: "A los fines de la responsabilidad civil, se plante ala cuestión de si, en caso de legítima defensa putativa, corresponde al damnificado una indemnización equitativa".

3.3 Legítima defesa e danos a terceiros.

Inspirado no caráter normativo do Acórdão do TJ-SP [Ap. 112.349.4/9, j. 13.02.2001, in RT 789/225], relatado pelo Des. Quaglia Barbosa, que, com mérito, foi nomeado recentemente Ministro do colendo STJ, aborda-se a situação do agente que, agindo em legítima defesa própria [real], repele agressão injusta e, ao mesmo tempo, causa danos a terceiros. O caso julgado pelo atual Ministro não estimula dúvidas, devido a ser inquestionável o dever de indenizar para dois homens que se desentenderam, de forma violenta, em um restaurante, trocando tiros para desespero dos demais fregueses e crianças que circulavam pela calçada em frente. A menina atingida do lado de fora é uma vítima da insensatez dos adultos e, por conta disso, padece de seqüelas graves devido ao tiro que lhe causou lesão cerebral, o que motivou a indenização em quantia capaz de financiar todas as despesas de médicos, hospitais e fisioterapeutas, mais um valor de cem salários mínimos para compor danos morais, uma cifra que foi considerada modesta, mas que não foi majorada por falta de recurso da parte interessada. Em abono do precedente, poderá ser mencionada a posição de ANTÔNIO CHAVES, que foi categórico ao afirmar que a legítima defesa real, quando lesa terceiros, implica na obrigação de indenizar. Não foi, na hipótese comentada, emitida sentença penal reconhecendo a legítima defesa, o que não impede que se aproveite do episódio para estudo dos efeitos de uma hipótese provável, como a de existir absolvição, por legítima defesa própria, do autor do disparo que atingiu a menina. Perderia a vítima, com o julgamento criminal, o direito a indenização? Não, é a resposta. A legítima defesa atua para excluir a antijuridicidade em relação ao ato cometido pelo agressor, que foi rechaçado de maneira razoável, mas não se estende a terceiros inocentes que estão fora da gênese do evento. O réu, ainda que absolvido, não poderá apresentar a sentença criminal para alforriar-se perante a criança baleada, devendo, junto com o outro contendor [parte final do art. 942, do CC], responder pelos danos causados. Evidente que lhe cabe, devido ao reconhecimento da legítima defesa da jurisdição criminal, exigir daquele que foi o responsável pela reação danosa ao direito de terceiro, em direito de regresso, o que pagou para indenizar a vítima, como consta do art. 934, do CC.

3.4. Estado de necessidade.

Os jornais denunciam a caótica situação das estradas interestaduais e das ruas das grandes cidades, devido a imensos buracos, verdadeiras crateras que tragam carros, produzindo mortes e acidentes de toda a espécie. O motorista que se vê diante de um obstáculo dessa ordem, tende a desviar a direção do buraco e, ao realizar essa manobra, vê-se impelido a ingressar na outra pista da estrada [contramão], quando colide com um carro que por lá transitava, provocando danos materiais e às pessoas. Seria justo isentá-lo do dever de indenizar as vítimas, embora tivesse agido em estado de necessidade?

Poderá ocorrer que o Juízo Criminal absolva o réu por considerar que, ao praticar fato tipificado, ele o fez por necessidade. Nesse caso, confirmada a hipótese do art. 24, do CP, o Juiz absolve o réu com fundamento no art. 385, V, do CPC, porque o

Código Penal não considera crime o ato praticado em estado de necessidade [art. 23, I, do CP]. CÂNDIDO MOTTA FILHO escreveu que o estado de necessidade, para ser justificado, deve ser, efetivamente, rigorosamente necessário, anotando: "O agente precisa estar numa situação tal que, por ela, é obrigado a agir contra as regras jurídicas estabelecidas, pois precisa salvar-se ou salvar um bem jurídico de um perigo iminente e grave". Sobre o dever de indenizar os danos decorrentes do ato praticado em estado de necessidade, definiu-se que, se o estado de necessidade surgiu por culpa da vítima, "esta de modo algum pode reclamar uma indenização". O art. 929, do CC, repetindo o que era disposto no art. 1519, do CC, de 1916, somente qualifica o direito de pedir indenização no caso de estado de necessidade, não sendo o reivindicante "culpado" do perigo que se removeu com destruição de seu patrimônio. MARTINHO GARCEZ NETO abordou uma hipótese em que a vítima, por desídia na manutenção de imóvel urbano, obrigou a Municipalidade a demolir, com segurança, o prédio que se encontrava em estado de iminente desabamento, evitando que a queda natural viesse a prejudicar a coletividade; o parecer do jurista é no sentido de excluir o dever de indenizar que o dono da casa demolida pretendeu atribuir à Prefeitura, pelo agir necessário.

Sempre quando abordo essa questão no curso de graduação, os alunos perguntam como resolver o caso em que um náufrago sacrifica a vida de todos os tripulantes quando procura, desesperadamente, salvar-se, o exemplo clássico tabula in naufragio, duorum non capax: teria a viúva do finado direito à indenização prevista no art. 948, do CC? Desde que configurada a situação de necessidade do ato, de exercício regular de um direito, que é o de sobreviver, deverá ocorrer sentença que exclua a antijuridicidade, por inexigibilidade de conduta diversa. Tendo em vista que o drama dos náufragos decorreu de caso fortuito, parece mais ajustado isentar o sobrevivente da indenização, opção mais coerente diante da fatalidade inevitável; afinal, não há culpa digna de sanção na situação analisada.

Fora dessas situações extraordinárias, a sentença criminal que reconhece o estado de necessidade é absoluta apenas para isentar o agente da pena pelo fato típico cometido em necessidade. O Juízo Cível, no entanto, o obrigará a indenizar os prejuízos, em algumas situações, o que equivale que o art. 65, do CPP, para a hipótese do art. 386, V, epígrafe "estado de necessidade", não incide com força absoluta. O eminente Desembargador RUI STOCO conclui que "segundo nosso entendimento, o dano causado em estado de necessidade não isenta o seu causador, mesmo que tenha sido absolvido na esfera criminal".

O Juiz, em casos do gênero, deverá procurar desvendar, com o critério da proporcionalidade, o que seria mais justo, conforme aconselha o Des. SÉRGIO CAVALIERI FILHO, enfatizando ser essa uma questão elementar da justiça comutativa: o que é melhor, que o titular da coisa sacrificada amargue o prejuízo, ou que se obrigue quem escapou de perigo iminente destruindo coisa alheia, ao pagamento respectivo. Para o ilustre CAVALIERI, a lei e a jurisprudência do STJ optaram pela última proposição. Efetivamente – e com absoluta razão – o STJ considerou uma empresa transportadora responsável pelas coberturas dos danos de uma passageira de ônibus que, diante de freada brusca do coletivo, quando um terceiro estilhaçou o seu vidro, sofreu uma queda [Resp. 209.062 RJ, DJU de 5.8.2002, Min. Ruy Rosado de Aguiar, in Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, vol. 19, p. 106, verbete n. 1982].

Esse precedente está de acordo com a interpretação que se deve conceder aos arts. 929 e 930, do CC, de 2002, permitindo que a empresa de ônibus, depois de reparar os danos da passageira, ingresse contra o terceiro que deu ensejo à frenagem brusca e lesiva, promova a ação de reembolso. Contudo, diante das circunstâncias deduzidas e no caso de se arbitrar indenização por danos morais, é de boa ordem amoldar o quantum com equidade [art. 944, do CPC], diante da quase inevitabilidade do gesto da direção defensiva; afinal, somente um chofer de nervos de aço continuaria dirigindo impassível diante da explosão do vidro do ônibus. A frenagem, praticamente intuitiva, deve pesar como atenuante do valor indenitário, tal como articula ESTEVILL, na Espanha, como se fosse uma "obligación resarcitoria atenuada", devido a se tratar de "la intervención defensiva que aniquila la virtualidad del ilícito, penal o civil".

O direito de regresso que se assegura ao agente que age em estado de necessidade, pode ser direcionado contra o beneficiário do ato necessário, como no caso de alguém ser obrigado a apoderar-se de carro alheio para socorrer um ferido com grave hemorragia sanguínea, e, no encaminhamento para o hospital, danifica o veículo. O autor do ato praticado em estado de necessidade indeniza ao dono do carro para, depois, exigir do ferido, ou dos familiares dele, caso não sobreviva, a restituição integral.

3.5. Sentença criminal de absolvição, por falta de provas.

A sentença que rejeita denúncia criminal por falta de provas suficientes para a condenação [art. 386, VI, do CPP], não repercute na ação de indenização que se abre por conta do mesmo fato que fundamentou a persecução penal [Resp. 513.899-SC, DJ 22.3.2004, Min. Menezes Direito, in Informativo ADV, da COAD, n. 17/2004, p. 266, verbete n. 109612 e Resp. 257.827 SP, DJ de 23.10.2000, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, in RSTJ 140/462]. Não importa que o Juízo Criminal tenha afirmado, em sua decisão, não se provado a culpa [e até mesmo não existir prova da culpa], porque, para exame da ilicitude que desencadeia o dever de indenizar [art. 186, do CC], a valoração das circunstâncias do fato, pelo Juízo Cível, apresenta divergências próprias da diferença entre culpa penal e da culpa civil.

PONTES DE MIRANDA observou uma diferença vital ao lembrar que não se admite que o Juiz do crime se sirva de presunções para julgar, o que não ocorre no cível, pelo aproveitamento de presunções, indícios concordantes, para que alguém seja obrigado a reparar os danos. Ainda sobre essa matéria, JOÃO LUIZ ALVES observou que a responsabilidade criminal exige prova absoluta do dolo ou da culpa lata do agente, ao passo que, no civil, o sujeito responde pela culpa leve ou levíssima, de sorte que decisões diferentes da investigação do elemento subjetivo não causam conflitos entre as duas jurisdições.

Importante registrar que o mestre AGUIAR DIAS analisou dois julgados do STF sobre a matéria, um em que a absolvição do réu, no crime, se deu por falta de provas para a condenação, e um outro no qual a denúncia foi rejeitada por "absoluta ausência de culpa". Para o jurista que tanto contribuiu para o aperfeiçoamento da matéria, a situação da vítima do dano continua inalterada quanto ao direito de acionar o réu para obter a reparação; contudo, advertiu-se, na segunda hipótese, aquela em que a absolvição se lavrou "por absoluta ausência de culpa", o ônus da prova do autor [art. 333, I, do CPC] constitui um pressuposto mais severo em termos de expectativa de êxito, porque "fica na obrigação de produzir prova cabal da autoria e da relação de causalidade, essenciais ao reconhecimento do dever de indenizar, ou seja, prova cabal da culpa, negada enfaticamente no Juízo Criminal".

Portanto, que fique definitivamente claro, a sentença que absolve o réu do crime, por falta de provas, influência alguma ostenta para efeito de reparação de danos. O art. 66, do CPP, é a prova de que, nessa hipótese, as jurisdições não se comunicam, o que, de resto, sempre contou com o apoio de prestigiosa doutrina, tanto a antiga, quanto a intermediária e a contemporânea. Afinal, não poderia ser outro o entendimento, uma vez que a sentença penal que absolve, por falta de provas sobre a culpa ou por ausência de provas suficientes para a condenação, nada decide em termos de verdade real; se nada foi decidido no crime, que a jurisdição cível cumpra sua função sem sombras projetadas pelo julgamento neutro da jurisdição co-irmã.

3.6. Sentença criminal versando autoria do delito.

O art. 935, do CC, estabelece que a responsabilidade civil é independente da criminal, "não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal". O art. 66, do CPP, não versa sobre autoria, mas, sim, sobre a materialidade [existência do fato]. Portanto, quando a absolvição do réu, no Juízo Criminal, ocorrer em razão da não confirmação de autoria, o Juiz, necessariamente, deverá traduzir tal resultado citando o art. 386, IV, do CPP ["não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal"], procedendo, em processo de Júri, da mesma forma, pela impronúncia do art. 408, caput, do CPP. Nessas situações, porque a sentença criminal não decide de forma categórica sobre a autoria, mesmo que não a admita sobre aquele réu por falta de provas, o Juízo Cível poderá, de forma livre e soberana, julgar e decidir que aquele agente absolvido do processo-crime é responsável pelos

danos que a vítima alega ter sofrido. Nesse particular, não divergiram EDUARDO ESPÍNOLA FILHO e JOSÉ FREDERICO MARQUES.

Uma peculiaridade desse setor pode gerar dúvidas: quando se provar, no processo criminal, não ser o réu autor do crime que se lhe imputa. Há, nesse caso, influência da sentença penal para a reparação de danos, na forma do art. 935, do CC? É preciso considerar, para esclarecer essa matéria, que não existe meio legal de o Juiz Criminal absolver o réu com base em negativa de autoria, porque essa fórmula não está prevista no art. 386, do CPP, que é numerus clausus de rigorosa observância. O que vincula a coisa julgada criminal, para o civil, é o dispositivo da sentença, de modo que jamais será possível ocorrer subordinação para o direito de agir da vítima, no cível, com esse tipo de sentença. Deve-se, nesse contexto, render homenagens ao jurista gaúcho ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, que, de forma pioneira e com muita propriedade, abordou essa questão, para concluir que a absolvição, fundada em negativa de autoria [com base no inciso IV ou VI, do art. 386, do CPP], não obsta o ajuizamento da ação civil, até para não inibir avanços da moderna teoria da responsabilidade grupal.

Responsabilidade grupal é uma expressão que designa a disposição de, no direito de danos, responsabilizar todos os personagens de um episódio danoso, cuja autoria exclusiva é de difícil ou impossível identificação, criando uma obrigação in solidum para que a vítima se satisfaça. Essa estratégia inteligente de combater o dano injusto não impede que os responsabilizados, depois, discutam entre si, na ação regressiva, a quem cabe efetivamente pagar a conta. É citada, para exemplificar, a hipótese de morte em mesa cirúrgica, por erro médico, sem que se apure se a culpa coube ao cirurgião, ao seu assistente, à enfermeira que instrumentaliza a operação, ao anestesista, etc. O correto é que todos respondam solidariamente e, depois, decidam, nas ações regressivas, sobre aquele que deve pagar sozinho, o que é mais consentâneo com a verdade deles. Permitido acrescentar a situação de uma explosão pelo acúmulo de gás em shopping center [como o de Osasco], em que os envolvidos [proprietário, empreiteiro, construtor, engenheiro, fornecedor de gás, etc] trocavam acusações de culpa, cada qual pretendendo exclusão, enquanto as vítimas padeciam seus infortúnios. Imagine-se um dos réus sendo absolvido, no crime, por falta de prova de sua participação; seria jurídico isentá-lo, por isso, da responsabilidade civil? Os novos sítios produtores de eventos danosos acusam a impropriedade da influência da sentença criminal de absolvição, que versa sobre autoria, na ação de indenização.

3.7. Sentença, do Tribunal do Júri, absolvendo por negativa de autoria.

Como já desenhado no capítulo anterior, a coisa julgada criminal, referente à autoria, mesmo estando fundada na dúvida da personificação do agente, não obsta o ajuizamento da ação civil de reparação de danos. Esse enunciado fica ainda mais ajustado quando a negativa de autoria advém de uma decisão do Tribunal do Júri, nas hipóteses de sua competência, entre as quais o crime de homicídio. O questionário que o Juiz prepara para que os sete jurados respondam na sala secreta é extremamente conciso quando se indaga a autoria, dispensando motivação, o que poderá encaminhar os juízes leigos a responderem sem a reflexão que a importância do assunto requer; não se descarta, também, erro no depósito da cédula contendo a resposta desejada. Absolvição criminal, nesses termos, não prejudica o direito subjetivo de a vítima pleitear, no Cível, reparação dos danos, competindo-lhe, no entanto, provar a legitimidade passiva ad causam [art. 3º, do CPC].

CARVALHO SANTOS foi o precursor da não vinculação da decisão do Júri, que nega a autoria, para o Juízo Cível, sempre sensato quando ressaltou opinião dos jurados sobre a legítima defesa. Com razão, devido a ser o questionário da legítima defesa bem minucioso, revelando cuidadoso sistema de confirmação de votos dos jurados, reservando-se um quesito para cada pressuposto da excludente, sem ignorar a eventualidade do excesso. Quando, pois, os jurados absolvem o réu, por legítima defesa real, não há dúvida sobre a convicção deles, embora se possa questionar o fator justiça do julgamento. É correto, pois, admitir que a jurisdição está exaurida, o que impede a responsabilidade civil do agente absolvido pela legítima defesa. No caso de os jurados negarem a autoria, o enfoque deve ser outro, pois as respostas da maioria não convencem de que aconteceu julgamento motivado, como

é exigido pelo art. 93, IX, da Constituição Federal. Há, pois, uma falha do sistema quanto a ter ocorrido uma coisa julgada criminal influente ou de peso decisivo para comprometer as expectativas civis das vítimas. ADROALDO FABRICÍO FURTADO, que nega efeito vinculativo da decisão do Júri, nesse particular, admitiu que há "completa impossibilidade de apuração do motivo preciso da absolvição, sabido que as razões do convencimento de cada um dos Juízes de fato permanecem encerradas no foro íntimo de cada qual". Igual versão encontra-se na obra de CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO e SÉRGIO CAVALIERI FILHO, que, juntos, não só defendem a não influência da sentença criminal do Júri, como mencionaram julgado do STJ, relatado pelo Min. Menezes Direito, aplicando o enunciado [Resp. 52.280 RS]. Anote-se, ainda, recente julgado relatado pelo Min. Castro Filho [Resp. 485.865 RJ, j. em 25.5.2004]: "Permite-se a investigação, no âmbito cível, da existência de responsabilidade civil, quando o Tribunal do Júri absolve o réu, por negativa de autoria, uma vez que essa decisão não é fundamentada, gerando incerteza quanto à real motivação do juízo decisório criminal". Outro, da mesma diretriz: Resp. 26.975-RS, DJU de 20.05.2002, Min. Aldir Passarinho Júnior, in Revista de Direito Privado n. 20, RT, p. 357.

4. A influência da sentença condenatória para responsabilidade civil de terceiros, especificamente a situação do empregador, em face do art. 932, III e 933, do CC, de 2002.

Deve-se cogitar da seguinte ocorrência: uma sociedade comercial, de excelente patrimônio, realiza suas atividades utilizando-se de transporte rodoviário, sendo que um de seus caminhões, dirigido por empregado registrado, envolve-se em acidente de trânsito, por ter o motorista, sem razão plausível, invadido a contramão de direção, atingindo veículo menor, causa de morte e ferimentos nos seus ocupantes. O Juízo Criminal condena o empregado, na forma dos arts. 121, § 3º e 129, § 6º, do CP. As vítimas podem se aproveitar dessa coisa julgada criminal para exigir do empregador, como lhes é facultado pelos arts. 932, III e 933, do CC, de 2002, as indenizações respectivas, pela execução? Respondo que sim, pelo seguinte.

O sistema jurídico atua com presteza mercê de nutrientes vitais para sua sobrevivência, despontando, entre esses, pelo seu inegável valor, o princípio pelo qual a coisa julgada não interfere com direito de terceiros. Portanto, se o agente não figura como parte no processo [e, portanto, não exerce o direito de se defender, na forma do art. 5º, LV, da CF], não deve suportar o peso da sentença. Ostenta o CPC um dispositivo bem específico sobre isso [art. 472], com o seguinte texto: "a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros". É certo, como obtempera ADA PELLEGRINI GRINOVER, não existir, no CPP, semelhante dispositivo, o que, para a ilustre Professora, não impede a interpretação sistemática para transpor, para o processo penal, a mesma e salutar regra, qual seja, a de não extensão dos efeitos da coisa julgada criminal a terceiros que não participaram da ação penal.

Exatamente pelo poder do brocado jurídico res inter alios iudicate non praeiudicant [as coisas julgadas entre outros não prejudicam a terceiros], respeitável doutrinador é incisivo ao comentar a inadmissibilidade do aproveitamento da sentença condenatória para execução civil com base no art. 584, II, do CPC: "Essa questão [a da responsabilidade do patrão pelos atos do empregado] vem sendo posta com alguma freqüência em relação à sentença condenatória penal proferida em face do preposto, notadamente em casos de acidente de trânsito, havendo algumas vozes no sentido de que a eficácia executiva civil dessa sentença estender-se-ia à empresa proprietária do veículo causador. Essa posição não encontra respaldo algum no sistema processual, porque implica admitir uma execução sem título executivo constituído em face do executado".

Ao menos uma voz merece ser citada na defesa da conseqüência extraordinária da sentença penal condenatória, qual seja, a de AFRANIO LYRA, que defende a inclusão do empregador na forma do art. 568, I, do CPP, regra que define a legitimidade passiva ad causam da execução ao "devedor, reconhecido como tal no título executivo". Não custa lembrar que na Espanha essa polêmica se solucionou com a alteração do art. 22, do Código Penal, que introduziu a responsabilidade civil subsidiária, isto é, que o responsável penal direto "sea criado, discípulo, oficial,

aprendiz, empleado o dependiente de amo, maestro, persona, entidad, organismo o empresa dedicada a cualquier género de industria” e, como segunda condição, que “el delito o falta en que hubiesen incurrido aquéllos tuviere lugar en el desempeño de sus obligaciones o servicio”; é subsidiária por ser admitida somente na confirmação de “la insolvencia del inculpado”.

Analisando a polêmica com os olhos voltados ao campo restrito dos limites subjetivos da coisa julgada, não há como tirar a razão dos que defendem o veto da execução contra o empregador. Afinal, não há condenação, que, em síntese, seria a base da obrigação formadora do título executivo previsto no art. 584, II, do CPC. Ocorre que o atual estatuto civil, nesse particular e em outras hipóteses que não se explicitam porque estão fora do contexto do trabalho, introduziu a teoria da responsabilidade objetiva, que nada mais representa do que a autorização de reconhecer o dever de indenizar em razão de um “fato”, de um “serviço” ou de uma “atividade de risco”, desde que presentes o nexo de causalidade e o dano da vítima. Dispensa-se, portanto, a prova da culpa. Ora, se constar da denúncia e, conseqüentemente, da sentença penal condenatória, que o réu está sendo condenado por ter, como motorista de uma empresa comercial e no exercício do trabalho, na direção de veículo de propriedade da empregadora ou outra pessoa, por ordem dela, agido de forma imprudente, está, a meu ver, caracterizada a objetivação da responsabilidade prevista no art. 932, III e 933, do CC, de 2002. A responsabilidade objetiva é um fato jurídico, concluiu ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, como conseqüência de sua tese.

Portanto, convém focar a repercussão da coisa julgada analisando não só os limites “subjetivos” como também suas medidas objetivas frente aos efeitos da res judicata, equiparando as conseqüências para fins de reparação de danos. No campo da responsabilidade civil por atos ilícitos, o vínculo obrigacional resulta da c