

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

MARIAMA ISABELA SOARES NÓBREGA

OS EFEITOS DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA NA RESPONSABILIDADE
CIVIL A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.719/2008

SOUSA
2013

MARIAMA ISABELA SOARES NÓBREGA

OS EFEITOS DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA NA RESPONSABILIDADE
CIVIL A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.719/2008

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Esp. Admilson Leite de Almeida Junior.

SOUSA
2013

MARIAMA ISABELA SOARES NÓBREGA

OS EFEITOS DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA NA RESPONSABILIDADE
CIVIL A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.719/2008

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Esp. Admilson Leite de Almeida Junior.

BANCA EXAMINADORA:

DATA DE APROVAÇÃO: 19/09/2013

Orientador: Esp. Admilson Leite de Almeida Junior.

Examinador Interno: Eduardo Jorge P. de Oliveira

Examinador Externo: Cecília Paranhos

Agradeço a Deus, e aos meus pais,
Humberto e Jucileide, a quem amo, e
jamais poderei retribuir tanto amor.

AGRADECIMENTOS

Devo a Deus minha vitória, Ele me deu forças nessa jornada, seu fôlego de vida me sustentou. À minha família, pelo amor e apoio, por sua capacidade de acreditar em mim. Dedico as minhas conquistas, aos meus amados pais Humberto Mathias e Jucileide Soares, não esquecendo minha mãe “torta” Naelza Lacerda, e meus avôs paternos Zenóbio e Valcimar e maternos Adonias e Maria das Graças, seus cuidados e dedicação me deram a esperança para seguir, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até aqui, vocês são meu espelho. Meus irmãos (de sangue e de Deus) Pedro Henrique, Mirna, Matheus, Thamilles, Kamilla e Kleber Filho, pessoas com quem amo partilhar a vida e são presentes de Deus. Meu namorado e melhor amigo a quem eu amo José Igor, eu caminhava sozinha e então Deus me trouxe você, e a sua família, pela compreensão e amor. Meus tios e primos pelo apoio e ajuda me apoiaram ao longo dessa jornada e depositaram muita confiança em todos os meus projetos, em especial a Vanobia e Kleber, por todo amor ao longo deste percurso, jamais serei grata o suficiente. Ao professor Admilson pela paciência na orientação e incentivo que tornaram possível a conclusão desta monografia. A todos os professores do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, que foram tão importantes na minha vida acadêmica e aos demais funcionários, principalmente os bibliotecários, que tanto me aguentaram, nas minhas infundáveis trocam de livros. Aos amigos, de perto e de longe, a minha eterna gratidão, mesmo de fora, foram sempre presentes, me quiseram bem e me apoiaram nos bons e nos maus momentos. Aos meus amigos de curso, que levarei sempre no coração, por compartilharem sabedoria e me proporcionarem momentos inesquecíveis, especialmente os amigos Jéssica Lopes, Diarley, Jefferson, Wallace e Vanessa, que sempre estiveram de braços abertos para me acolher, a vida pode nos levar a rumos diferentes, mas nossos corações sempre bateram de saudade. A todos, agradeço por acreditarem no meu potencial, na minha profissão, nas minhas ideias, principalmente quando nem eu mais acreditava. A todos que contribuíram para que eu pudesse subir mais esse degrau não canso de agradecer. Não posso dizer que este é o fim, este é apenas o começo da próxima jornada.

“Devemos retribuir o bem com o bem e o mal com justiça”

Confúcio

RESUMO

Este trabalho examina e discute a respeito dos efeitos da sentença penal condenatória, frente a mudança trazida pela Lei 11.719/08, que alterou o art. 387, IV do CPP, disciplinando que agora o magistrado penal, ao proferir a sentença penal condenatória, deve fixar o mínimo indenizatório, na computação da responsabilidade civil do autor de ilícito penal. Acontece que tal dispositivo fere o princípio de independência das jurisdições, previsto na Constituição Federal, art. 2, estabelecido. O artigo 935 do Código Civil, que ao mesmo tempo em que consagra a independência das jurisdições, revela que a jurisdição civil depende da sentença penal transitada e julgada, essa sujeição tem caráter obrigatório. Quando se julga o mesmo fato ilícito, exerce a influência da decisão criminal na esfera civil, já que não pode mais discutir, acerca da autoria e materialidade do fato. Busca-se, assim, identificar a diferença e a incidência dos danos e ilícitos civis e penais, analisarem a abrangência da sentença penal condenatória e a aplicação do princípio da independência das jurisdições penal e civil e sua competência concorrente, e apontar os principais efeitos da sentença penal condenatória na responsabilidade civil, especialmente quanto à aplicabilidade do atual art. 387, inciso IV do CPP. A partir de então, analisa uma relativização do princípio de independência das jurisdições, concluindo que apesar das jurisdições serem independentes, necessitam uma da outra, visto que o direito é uno, e deve-se evitar contraditório. Para se chegar ao resultado, acompanha uma abordagem regulada no método dedutivo, construindo a tese científica a partir dos dispositivos legais, utilizando de pesquisas realizadas na bibliografia, de técnica de documentação indireta, sobre o tema efeitos da sentença penal condenatória na responsabilidade civil, frente à independência das jurisdições penal e civil. Emprega-se, ainda, de métodos de metodologia específicos, como o monográfico e histórico, para a abrangência do tema. Assim sendo, propicia a verificação específica sobre os efeitos das jurisdições penal na responsabilidade civil, deslumbrando uma relativização da independência entre as jurisdições e não uma inconstitucionalidade.

Palavras-chave: independência das jurisdições; sentença penal; responsabilidade civil; relativização; constitucionalidade.

ABSTRACT

This essay analyses and discusses about the effects of the condemnatory criminal sentence, considering the changes brought forward by Law 11.719/08, which amended art. 387, IV of CPP, disciplining that now the criminal magistrate, when giving a criminal sentence, should set minimum indemnity, in computing the civil responsibility of the author of a criminal offense. It happens that such a device violates the principle of independence of the courts, as provided in the Federal Constitution, art. 2. The Article 935 of the Civil Code, while establishing the independence of the courts, reveals that the civil jurisdiction depends on the transited and judged criminal sentence; this subject has an obligatory character. When judged the same unlawful act, the influence of criminal decision in the civil sphere is exercised, since it can no longer discuss about the authorship and materiality of the fact. The goal is, thus, to identify the difference and the incidence of civil unlawful acts and criminal acts, analyze the range of the criminal sentence and the application of the principle of independence of the criminal and civil jurisdictions and its concurrent competence, and identify the main effects of the condemnatory criminal sentence in civil responsibility, especially regarding the applicability of current art. 387, section IV of the CPP. From that, it analyzes a relativization of the principle of independence of the courts, concluding that despite the independence of the courts, they need each other, considering that the right is universal, and must avoid contradiction. To reach the result, a regulated approach in deductive method is accompanied, building a scientific thesis from the legal provisions, using research conducted from the bibliography, of indirect technical documentation, under the effects of the condemnatory criminal sentence theme, facing the independence of the criminal and civil jurisdictions. It is also used methods of specific methodology, as the monographic and historic, to embrace the theme. Thus, it provides a specific verification on the effects of criminal jurisdiction in civil responsibility, showing a relativization of independency between jurisdictions and not an unconstitutionality.

Keywords: independency of the courts; criminal sentence; civil responsibility; relativization; constitutionality.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Apud. – citado por

Art. - artigo

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal da República Federativa do Brasil

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

Inc. - inciso

LEP – Lei de Execução Penal

Nº - número

p. – página

séc. – século

STF – Supremo Tribunal Superior

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL E O ILÍCITO PENAL	12
2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL: ORIGEM E CONCEITO.....	12
2.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E A OBJETIVA	16
2.3. O ILÍCITO CIVIL E O ILÍCITO PENAL	20
2.4 AS CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE NO ÂMBITO CIVIL E PENAL, E A OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO CIVIL NA AUSÊNCIA DE ILICITUDE	24
3 A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA	29
3.1 A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E SUA NATUREZA JURÍDICA	29
3.2 OS REQUISITOS INDISPENSÁVEIS DE UMA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA.....	31
3.3 OS EFEITOS PRIMÁRIOS E SECUNDÁRIOS DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA.....	34
3.4 A SENTENÇA CONDENATÓRIA E OS ELEMENTOS INDISPENSÁVEIS À CONFIGURAÇÃO DA <i>RES JUDICATA</i>	37
4 OS EFEITOS DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E A REPARAÇÃO DOS DANOS CIVIS	42
4.1. O PRINCÍPIO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA	42
4.2 A (IN)DEPENDÊNCIA DA JURISDIÇÃO CIVIL E PENAL E A ALTERAÇÃO DO ART. 387, IV, DO CPP PELA LEI Nº 11.719/08	46
4.3 A SENTENÇA CONDENATÓRIA CRIMINAL ENQUANTO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL PARA FINS DE EXECUÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS À REPARAÇÃO CIVIL	51
4.4 ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA LEI Nº 11.719/08 NA ALTERAÇÃO DO ARTIGO 387, IV, DO CPP.....	55
4.5 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA DO ARTIGO 387, IV, DO CPP NA REDAÇÃO DA LEI Nº 11.719/08.....	60
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	67

1 INTRODUÇÃO

O Brasil adota desde 1841, a independência das jurisdições cível e penal, frente ao sistema da separação entre a instância civil e criminal, dessa forma, desvincula a sanção penal da responsabilidade civil.

Existe no sistema jurídico brasileiro uma fragmentação das jurisdições: cível e penal, em virtude da diferença entre os interesses protegidos, a primeira protege o interesse privado e a segunda o interesse público.

A presente pesquisa tem como principal objetivo analisar os efeitos da sentença penal sobre a responsabilidade civil a partir da vigência da Lei nº 11.719/2008, que alterou o art. 387, inciso IV do CPP. Para isso, será avaliada a real independência das jurisdições, cível e penal, bem como sua relativização, objetivando a computação da responsabilidade civil do autor de ilícito penal.

Neste aspecto, a pesquisa buscará demonstrar a real influência exercida pela sentença penal condenatória, sobre a responsabilidade cível, examinando os limites de ação do magistrado civil quando, a matéria objeto de sua competência, já tiver sido debatida na jurisdição penal, frente à possível inconstitucionalidade da norma do artigo 387, IV, do CPP na redação da Lei Nº 11.719/08.

Tendo em vista alcançar os objetivos pretendidos, buscar-se-á realizar um levantamento de dados junto à 1ª Vara da Comarca de Cajazeiras - Paraíba, quanto aos processos criminais de competência do Júri com sentença condenatória nos crimes dolosos contra a vida consumados.

Deste modo, depara-se com a problemática, se os efeitos da sentença penal condenatória na responsabilidade civil ferem a independência entre as jurisdições civil e penal, e se a mudança introduzida pela Lei nº 11.719/2008, que alterou o art. 387, inciso IV do CPP, é inconstitucional.

O presente trabalho foi dividido em três capítulos, para melhor compreensão do tema, os efeitos da sentença penal condenatória na responsabilidade civil a partir da Lei 11.719, são assim divididos, o primeiro capítulo trata da responsabilidade civil e o ilícito penal; o segundo capítulo discorre sobre a sentença penal condenatória; terceiro capítulo pondera acerca dos efeitos da sentença penal condenatória e a reparação dos danos civis

No capítulo, se faz uma análise dos ilícitos penais e civis, dando ênfase ao instituto da responsabilidade civil, partindo de uma abordagem histórica, indo para os seus pressupostos e requisitos. E como, o delito pode originar dois tipos de responsabilidade: a penal, tendo a possibilidade de que ao agente sofra uma sanção prevista em lei, e a civil que consistirá na reparação dos danos sobrevindos do ato ilícito cometido.

Logo após, o segundo capítulo, trás uma abordagem acerca da sentença penal, com ênfase na sentença penal condenatória, que é o objeto de estudo do segundo capítulo, sua natureza jurídica, requisitos indispensáveis, por ultimo os feitos primários e secundários da sentença penal condenatório, onde se verifica a presença da coisa julgada e o dever de indenizar os danos advindos do ilícito penal.

Por fim, o terceiro capítulo, decompõem-se os efeitos da sentença penal condenatória e a reparação dos danos civis. Nota-se que o papel das partes é levado, e a vitima sobe o patamar de valor, se faz jus ao principio da justiça restaurativa. A independência das jurisdições, civil e penal, e a alteração do art. 387, IV, do CPP pela Lei nº 11.719/08, frente os efeitos da sentença condenatória penal, sobre a responsabilidade cível torna-se contestável, posto que, a sujeição da jurisdição civil a penal tem caráter obrigatório, vez que, é dever do estado o provimento jurisdicional de forma adequada e justa, sem produzir julgados conflitantes.

O método de abordagem empregado, para o estudo, será o indutivo, pois se faz necessária a coleta de dados para que se possam ponderar as devidas análises conclusivas. A técnica aplicada se pautou da documentação indireta, por meio de pesquisa documental (leis e sentenças), além da pesquisa bibliográfica através de livros, sites da internet, artigos, bem como a técnica da documentação direta com visita ao Fórum da Comarca de Cajazeiras, até se chegar a analisar o caso concreto, que é a aplicabilidade da Lei nº 11.719/2008, obtendo conclusões particulares.

O método escolhido partirá da análise de toda a natureza dos efeitos da sentença penal na responsabilidade civil, para que através dessa análise seja possível estudar a relativização da autonomia das jurisdições cível e penal, e suas consequências, com ênfase nos artigos 935 do Código Civil e 63 do Código de Processo Penal.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL E O ILÍCITO PENAL

Analisar a Responsabilidade Civil nos atos Ilícitos, não é dos trabalhos mais fáceis, por tal fato opta-se por demonstrar seus efeitos e consequências, através de uma abordagem jurídica embasada nas regulamentações legais.

A complexidade da sociedade, as evoluções tecnológicas e a globalização, impuseram mudanças na Responsabilidade, chegando aos tribunais questões até então desconhecidas, contudo as mudanças mais importantes não se verificaram nas normas, mas na forma de interpretá-las e aplicá-las, especialmente nos anseios sociais que são apresentados aos Tribunais.

Em sua maioria os ilícitos penais causam um dano, material ou moral, também, na jurisdição civil, seja contra a própria vítima ou terceiros, que não podem ser abraçados pelo direito penal, por ausência de previsão legal.

Não se pretende esgotar a responsabilidade civil ou penal, mas apenas aguçar aos novos pesquisadores subsídios para seus estudos, almejando alcançar as consequências e aplicações nos atos ilícitos e seus benefícios na proteção do Direito e da justiça.

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL: ORIGEM E CONCEITO

A história da responsabilidade civil está intimamente ligada com a evolução do direito, propriamente dito. A partir do momento que o ser humano passou a viver em sociedade, surgiram-se os direitos e deveres inerentes a cada participante do grupo, como forma de manter a justiça. Segundo o jurista romano Ulpiano a *"iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi"* ("justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu direito") (MADEIRA, 2002)

O ser humano sempre foi um animal eminentemente egoísta, principalmente com o que lhe pertence. Quando se sente lesado, defende-se com o intuito de evitar maiores sequelas ou prejuízos, eliminando qualquer vestígio que possa causar

diminuição em seus direitos. Essa estima, apesar de sempre existir, foi evoluindo com o dinamismo da sociedade, até caracterizar a imagem da reparação do dano sofrido. Existia uma reação da coletividade contra o autor do dano, José de Aguiar Dias (1995, p.2), asseverava que “toda manifestação humana traz em si o problema da responsabilidade”.

A ideia do que seria responsabilidade civil já existia, mas procedia somente dos fatos ou em decorrência do risco brotado na sociedade, em outras palavras a preocupação de ressarcir o dano sofrido havia o que mudou foi à maneira de ressarcimento.

Sua conceituação e configuração como um instituto deu-se tarde, nascendo no direito romano, sem distinção entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil. Suas primeiras respirações são sentidas em Roma, na análise da Lei de Talião, que obriga o indivíduo que atua causando dano a alguém a responder pelo fato causado, diretamente a vítima, nitidamente uma vingança privada, onde a culpa não era levada em consideração. O doutrinador Arnaldo Rizzardo discorre muito bem essa sobre essa fase:

É incontroverso que a responsabilidade, numa fase inicial das comunidades, não passava de um direito a vingança. A pessoa que sofria um mal podia, pelo próprio arbítrio, ir a desforra, ou buscar fazer justiça pelas próprias forças, no que não era reprimida pelo poder estatal que então existia. (RIZZARDO, 2007, p. 33)

Após esse período surge a fase da composição, na qual as pessoas vitimadas percebem que aplicando a vingança privada, tinham apenas o sentimento de represália satisfeito, e o equilíbrio econômico não era restabelecido, desta feita, concluem ser mais vantajoso substituir a vingança pelo ressarcimento econômico.

No próprio direito romano, surge uma autoridade com poder soberano o Estado, que passa a dizer o direito, retirando da vítima essa arbitrariedade de fazer justiça com as próprias mãos. As Leis das XII Tábuas apesar de possuírem como principio a premissa “olho por olho dente por dente”, deixa claro que a partir de agora o Estado arbitraría as sanções sofridas pelo causador do dano.

Ressalta-se que nessa fase ainda não se diferenciava a responsabilidade civil e penal, uma vez que, ainda pairava o conceito de responsabilidade como pena, que só foi distinto quando ocorreu a separação dos delitos públicos, onde a pena

pecuniária recebida iria para o Estado; e dos delitos privados a pena pecuniária destinava-se para a vítima.

Em meados do século III a.C nasce a *Lex Aquilia*, no direito romano, trazendo em seu bojo o conhecimento da culpa, inserindo profundas mudanças na responsabilidade civil, tendo em vista que passou a atribuir ao dano causado pelo infrator a conduta culposa, devendo ser verificada em todos os casos que o ensejarem, dando origem responsabilidade extracontratual, como asseveram Pamplona Filho (2003, p. 11) “Um marco na evolução histórica da responsabilidade civil se dá, porem, com a edição da *Lex Aquilia*, cuja importância foi tão grande que deu nome a nova designação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual”.

Não se leva mais em conta apenas o que estava escrito em um contrato entre as partes e sim por descumprimento de Lei. O elemento culpa passou a ser necessário para caracterizá-la, e não apenas a pratica de um ato ilícito. Houve uma transferência do pagamento das multas previamente estabelecidas em lei, e sobreveio uma penalização preocupada com a dimensão do dano causado.

No entanto foi na França, mais precisamente na Idade Média, que essa noção se aperfeiçoou, através do aprimoramento das teorias romanas compondo os princípios gerais da responsabilidade civil. Aumentou-se os tipos de fatos que ensejavam o dever de indenizar, consagrando a ideia que a culpa, ainda que levíssima, implicaria em responsabilização.

Com o Código de Napoleão em 1789, após a Revolução Francesa, a teoria da responsabilidade civil passou a focalizar no preceito de culpa rigorosa, aprimorando a *Lex Aquilia*, por oportuno se faz interessante destacar ensinamento de Roberto Gonçalves:

Com o advento do Código de Napoleão, de 1804, aperfeiçoam-se as ideias romanas, estabelecendo-se princípios gerais de responsabilidade, separando a responsabilidade civil, que era reparada perante a vítima, da responsabilidade penal, em que o autor, causando dano a sociedade respondia perante o Estado pelos ilícitos praticados (GONÇALVES, 2003, p. 5).

Foi com o jurista francês Domat, que a responsabilidade civil foi implantada no sistema jurídico, com a existência da diferenciação entre a responsabilidade penal e a civil, essa perante a vítima e aquela perante o Estado. Posteriormente com a Revolução Industrial, no início no século XVIII, na Inglaterra, houve um

assombroso avanço no meio de produção industrial, e juntamente, com o mesmo, a propagação dos danos. O que fez surgir teorias em busca de uma maior proteção aos molestados.

Assim sendo, o conceito de culpa não era mais satisfatório para cobrir os danos, advindos, na maioria das vezes, de atividades perigosas. Nesse contexto a teoria do risco, surge tentando sanar a obscuridade da teoria da culpa, onde se leva em conta o fato que ensejou o dano, para haver o dever de indenizar. Essa teoria parte do pressuposto que apenas a averiguação do dano faz nascer de maneira objetiva a responsabilidade civil. O doutrinador Tartuce (2012, p. 296) relata tal fato:

Passou-se a admitir, também, ao lado do dever de indenizar independente de culpa, a tutela coletiva de direitos e prevenção de danos ao meio social. Sente-se uma nova revolução nas relações privadas, com o surgimento de tendências socializantes, marcadas pelo reconhecimento da existência dos direitos, difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Apesar da teoria da culpa não ter sido satisfatória em todos os aspectos, pois não conseguiu abraçar todos os casos que surgiram, continuou presente como clássica, muitas vezes acolhida junto a outra teoria, como ocorre no Brasil em nosso Código Civil, no qual se observa tanto a responsabilidade subjetiva, como a responsabilidade objetiva.

A responsabilidade embora remota seja extremamente atual. A tendência hodierna é levar a vítima totalmente a um estado de ressarcimento, quanto ao ilícito civil ou penal contra ela praticado. De um modo geral a responsabilidade, segundo Maria Helena Diniz é:

A responsabilidade jurídica apresenta-se, portanto, quando houver infração de norma jurídica civil ou penal, causadora de danos que perturbem a paz social, que essa norma visa manter. Assim sendo, se houver prejuízo a um indivíduo, a coletividade, ou a ambos, turbando a ordem social, a sociedade reagirá contra esses fatos, obrigando o lesante a recompor o *statu quo ante*, a pagar uma indenização ou a cumprir uma pena, com o intuito de impedir que ele volte a acarretar o desequilíbrio social e de evitar que outras pessoas o imitem (DINIZ, 2007, p. 22).

A responsabilidade civil é vista como uma “justiça mínima”, em outras palavras, a vítima tem o direito daquilo que de fato é seu, nem menos e nem mais, do que lhe cabe, devendo, quando prejudicada, voltar ao estado que antes detinha, ou mais próximo disso.

Sérgio Cavalieri Filho, em sua obra Programa de responsabilidade civil, conceitua responsabilidade civil:

Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico (FILHO, 2007, p. 2).

O ordenamento jurídico atual retrata a responsabilidade civil no Código Civil Nacional, podendo ser compreendida na leitura do artigo 927: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Destarte, a responsabilidade civil segue o princípio do *Neminem Laedere* segundo o qual a ninguém é dado causar prejuízo a outrem. Conjetura-se, a importância da responsabilidade civil, para garantir os direitos do lesado e o equilíbrio desfeito na sociedade.

2.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E A OBJETIVA

Diante de inúmeros conceitos acerca do que seria a responsabilidade, pode-se delimitar quatro elementos principais caracterizadores da responsabilidade civil, quais sejam: o ato ilícito, o dano, nexa causal e a culpa. De tal modo, Fernando Noronha discorre sobre os pressupostos para a existência da obrigação de indenizar:

1. que haja um fato (uma ação ou omissão humana, ou um fato humano, mas independente da vontade, ou ainda um fato da natureza), que seja antijurídico, isto é, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas consequências;
2. que o fato possa ser imputado a alguém, seja por dever a atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela;
3. que tenham sido produzidos danos;
4. que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que o dano constitua risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por esta (NORONHA, 2010, p. 468/469).

Todavia Pamplona Filho (2003, p. 29) expõem um entendimento contrario, quanto à importância da culpa na responsabilidade civil:

A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim acidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade.

Tecidos breves comentários da origem, conceito e pressupostos da responsabilidade civil, nota-se que juntamente com a evolução de seu conceito, andou a culpa, seja ela como pressuposto ou deixada de lado, mas sempre como um componente a ser examinado. Surgindo, nesse contexto, duas correntes da responsabilidade: a subjetiva e a objetiva.

Destarte, não se pode discorrer a cerca da responsabilidade civil subjetiva e objetiva, sem antes analisar o que seria o elemento culpa, que é de suma importância para o dever de indenizar. A comprovação se existiu culpa, ou não, é medida pelo “homem médio”, que seria um ser humano imaginário, sempre moderado, com a inteligência e objetividade que está na maioria da coletividade, sendo um modelo de conduta.

Mesmo assim, é trabalho árduo definir o elemento culpa, para a doutrina, já que nem o ordenamento jurídico o fez. Todavia, a culpa está em sua maioria inserida dentro da responsabilidade, não podendo ser vistas como uma só. Entende Maria Helena Diniz que:

No nosso ordenamento jurídico vigora a regra geral de que o dever ressarcitório pela pratica de atos ilícitos decorre da culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente. O comportamento do agente será reprovado ou censurado quando, ante circunstâncias concretas do caso, se entende que ele poderia ter agido de modo diferente (DINIZ, 2007, p.39)

Portanto, a culpa em seu sentido amplo compreende a culpa e o dolo, onde o individuo vai de encontro com o dever que detém, atuando ou sendo omissos, violando um dever juridicamente previsto. Em sentido estrito, o agente não tem a intenção de causar o dano, mas atuou sem o dever de cuidado necessário. Desta feita, a falta de observância, desse cuidado, é ingerida pela negligencia, imprudência ou imperícia, como explica Cezar Fiuza:

Negligencia é a falta de cuidado, de atenção. É o indivíduo que não cuida de seu carro, nem reparando que os pneus estão carecas. Imprudência é assunção de risco desnecessário. É o avanço de sinal luminoso em hora imprópria, sem condições de segurança. Imperícia é a falha técnica de quem, em tese, possui a habilidade necessária. É o médico que aplica a técnica errada. Acrescenta-se que só o técnico comete a imperícia (FIUZA, 2010, p.737/738).

Partindo do elemento culpa, como caracterizador do tipo de responsabilidade adotado, temos que, dependendo do embasamento que a responsabilidade está, a culpa terá importância na hora de ressarcir a vítima. Assim duas teorias surgiram com decorrer da evolução social, individualizando a responsabilidade civil em duas, quais sejam: responsabilidade objetiva, com a teoria do risco, e a responsabilidade subjetiva, advindo da teoria clássica.

A teoria clássica tem a culpa como alicerce do dever de indenizar, fundamentada na Lei Aquilia, onde foi realmente consagrada. Assim, não existindo a culpa, também não existe a obrigação de ressarcir o dano, para tal precisa-se observar o nexo causal e a conduta do agente, conforme explica Carlos Roberto (2012, p.59) “A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano se configura se agiu com dolo ou culpa.” A responsabilidade subjetiva é consagrada em nosso Código Civil, nos artigos 186 e 927.

Com o progresso da sociedade, e as mudanças, principalmente, como visto, na Revolução Industrial, houve uma ampliação de acidentes de trabalho, e a necessidade comprovação de culpa por parte do empregador, causava medo nas vítimas, que tinham receio de perder seus empregos, além de ser algo muito difícil de ser provado.

De contraponto com a teoria clássica, surge a teoria do risco, baseada na equidade e boa-fé, a culpa torna-se dispensável, enquanto os demais requisitos continuam viventes, dano e nexo causal. Carlos Roberto Gonçalves explica o que seria essa teoria do risco:

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como ‘risco-proveito’, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi molumentum, ibi onus*) (GONÇALVES, 2012, p. 59).

Embora tentando colocar a vítima no estado que detinha antes do dano, abonando um direito a indenização, a mesma, para ter garantido seu direito precisava provar o ocorrido, e ainda a autoria e a culpa do agente do dano. Cada vez mais hipossuficiente, a vítima, encontrava-se em permanente estado de desvantagem.

Movida pela busca de um ressarcimento integral da vítima, passou-se a levar em conta a repercussão do dano e a conduta do lesante, não exigindo da vítima prova de culpa do agente, baseia-se a reponsabilidade no risco, na exposição da vitima ao perigo, promovendo a investigação de uma justa reparação.

A responsabilidade subjetiva era mandamento no Código Civil de 1916, e apesar de não ter deixado por completa a teoria clássica, trouxe no novo Código Civil a presença da responsabilidade objetiva em seu artigo 927.

Carlos Roberto Gonçalves mencionando os preceitos do paragrafo primeiro do art. 927 do C.C. arrebatou:

A inovação do paragrafo único do art. 927 do Código civil é significativa e representa, sem duvida, um avanço, entre nós, em matéria de responsabilidade civil. Pois a admissão da responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa risco para os direitos de outrem, da forma genérica como consta do texto, possibilitar o judiciário uma aplicação dos casos de dano indenizável (GONÇALVES, 2012, p.61).

A responsabilidade civil, apesar de consagrada no ordenamento jurídico não substituía a responsabilidade subjetiva. Nota-se que a própria lei impõe, em determinados casos, o dever de reparar o dano sem a culpa do agente. Todavia, a responsabilidade subjetiva ainda é regra e a responsabilidade objetiva exceção, pois a segunda depende expressamente de lei, enquanto que a primeira é aplicada nos demais casos.

Perante de inúmeros casos, onde se aplica a responsabilidade objetiva, existentes em no atual Código Civil, ainda pode-se contemplar seu bom emprego em outras leis esparsas como, por exemplo: Lei de Acidente de Trabalho; artigo 17 do Código das Estradas de Ferro; Código Brasileiro de Aeronáutica e Código de Defesa do Consumidor, certamente esse é o maior exemplo de aplicabilidade da responsabilidade civil, o consumidor é colocado como hipossuficiente, tentando um reequilíbrio da relação jurídica agitada por um ato ilícito.

Além dos exemplos encontrados no CC pode-se deslumbrar exemplo clássico de reponsabilidade objetiva no direito penal, que para ser arguida a restituição, exige-se que esteja previamente tipificado, o fato como ilícito, admitindo apenas a teoria objetiva, como causa de indenizar. Destarte percebe Aguiar Dias (1987), que a responsabilidade penal e civil possuem quase os mesmos embasamentos, o que as difere são as condições em que elas surgem, porque uma é mais exigente do que a outra quanto ao aperfeiçoamento dos requisitos. Na esfera penal notamos a maior presença da responsabilidade objetiva, enquanto no direito civil, notamos a aplicação de ambas as teorias, objetiva e subjetiva.

Compendiando, as duas teorias convivem bem, ao grau que a responsabilidade subjetiva deixava a desejar, a responsabilidade objetiva não consegue elencar em Lei todos os casos por ser impossível, pelo dinamismo da sociedade, devendo ser aplicada a responsabilidade subjetiva nos demais casos, além dos que já são previstos como responsabilidade subjetiva.

2.3. O ILÍCITO CIVIL E O ILÍCITO PENAL

Existem atos ilícitos em todos os ramos do direito, penais, civis, trabalhistas, administrativos, entre outros. Pois, o direito busca proteger a sociedade de tudo que considera errado, deixando claro em lei o que convém ou não.

Para Bevilacqua (1976, p.270) o ato ilícito é o ato praticado sem que exista o direito, vindo a causar dano à terceiro. Observa-se que todos os atos estão sujeitos a serem atos ilícitos, ou como muitos querem chamar no campo penal: delito, bastando serem cometidos sem prévio consentimento do detentor do direito, ou quando, o próprio ordenamento jurídico assim o define, independentemente da existência de dano.

Ocorre que o conceito de ilícito é muito amplo, sendo dividido de acordo com o direito lesado. A maior distinção se faz quanto aos ilícitos civis e ilícitos penais. No ilícito civil, o agressor responde tendo que reparar o dano, enquanto no ilícito penal o autor tem que responder pelo fato ilícito, no primeiro tal dever pode ser passado para terceiro, exemplo herdeiros, enquanto que no ilícito penal o agente tem que

responder pessoalmente pelo dano ocasionado. Nesse diapasão, Vicente de Paulo Azevedo comenta:

A palavra delito, na sua acepção ampla, significa toda a violação de direitos; em sua significação menos ampla, significa toda violação de direitos com intenção malévola; em significação restrita, significa toda a ação ou omissão voluntária contrária à lei penal. Sem restringir-se à significação da palavra delito, não seria possível traçar-se a linha de separação entre o direito civil e o direito criminal. A primeira acepção é amplíssima. Confrontada com as duas que seguem em escala descendente, serve para, no direito civil, extremar as obrigações *exdelicto* de todas as outras obrigações dos contratos e quase contratos. As outras duas acepções separam o direito civil do direito criminal. O direito civil trata somente do delito pelo lado da reparação do dano causado, ou o delito seja reprimido pela legislação penal, ou não seja. Se há uma pena decretada pela lei penal, o delito é de direito criminal (AZEVEDO, 1934, p. 13).

Todavia, todos os ilícitos penais são tipificados em lei, enquanto que nem todos os ilícitos civis o são, em outras palavras, os atos ilícitos que não virem a serem tipificados como agressores ao direito penal, serão considerados ilícitos civis.

Além disso, permanece na doutrina a distinção em que se considera o direito prejudicado como divisor entre ilícito civil e penal, onde o direito lesado no primeiro é o interesse privado com o desígnio de ressarcir a vítima, enquanto no segundo o interesse é público com fundamento em punir o agressor. Porém afirma Pamplona Filho (2002, p. 426) “a busca de uma diferença ontológica entre ambos talvez não seja o caminho mais adequado posto que é a natureza dos efeitos que produzem que os distancia”.

O ilícito civil pode ser entendido como, uma ação ou omissão espontânea, imperícia, imprudência ou negligência, contra o direito de terceiro, seja material ou moral. Já o ilícito penal é ato tipificado em lei, como infração ou contravenção penal, praticado com ação ou omissão culpável. Ambos os ilícitos são atos antijurídico, contraria o ordenamento jurídico.

Antes de qualquer coisa, vale ressaltar que, mesmo com a distinção entre os ilícitos, uma mesma conduta praticada pelo agente, pode ocasionar repercussão tanto na esfera civil como na penal, pois nos dois localiza-se a antijuridicidade. Para isso, basta que preencha os requisitos para se adequar a ambas. Todavia, serão tratados cada um em sua jurisdição, o ilícito penal, ou seja, na jurisdição penal e o ilícito civil pela jurisdição civil.

Para o ilícito penal o remédio é a responsabilidade penal (punição), de acordo com o art. 32 do Código Penal, correspondendo a pena restritiva de direito, de multa,

ou restritiva de liberdade; já para o ilícito civil o alívio é buscado com reponsabilidade civil (ressarcimento), pelos danos, sejam eles patrimoniais ou morais.

Quando se tem um ilícito penal a tipicidade penal deve sempre ser levada em consideração, pois só será caracterizado e passível de responsabilização o indivíduo que for de encontro com tipo descrito, previamente, em lei. Enquanto o ilícito penal tem sua tipificação taxativa, isso não ocorre com ilícito civil apenas precisando cometer o ato, seja culposamente ou não.

A culpabilidade prevista no ilícito civil é diversa da encontrada no direito penal, a culpa no direito civil, mesmo que levíssimo, deve ser levada em consideração para questão de ressarcimento, e ainda a teoria objetiva da responsabilidade civil traz o simples fato da vítima estar em situação de perigo ou desvantagem. Maria Helena Diniz discorre sobre a culpa em geral e a difere da culpa no âmbito civil:

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. Portanto, não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não ter-se apercebido do seu ato nem medido as suas consequências (DINIZ, 2007, p.41).

No ilícito penal para que exista a verificação da condenação à culpa é um elemento indispensável, diferente do ilícito civil, e muitas vezes dependendo da sua intensidade são arbitradas a pena do agente, Luiz Regis Prado julga o requisito da culpa, juntamente com a tipicidade e ilicitude:

A culpabilidade é a reprovabilidade pessoal pela realização de uma ação ou omissão típica e ilícita. Assim, não há culpabilidade sem tipicidade e ilicitude, embora possa existir ação típica e ilícita inculpável. Devem ser levados em consideração, além de todos os elementos objetivos e subjetivos da conduta típica e ilícita realizada, também, suas circunstâncias e aspectos relativos à autoria (PRADO, 2007, p. 408).

A imputabilidade de uma forma comum é a possibilidade que se sobrepõe ao indivíduo, de forma pessoal, de ser responsável por seus atos. Cada jurisdição possui suas condições especiais de capacitar o agente ao ilícito e assim responder por ele. No direito penal os maiores de 18 (dezoito) anos são imputáveis, embora existam algumas exceções, enquanto que no direito civil o menor de 18 (dezoito)

anos pode responder pelos danos que originar como se pode observar na norma preconizada no art. 928 do C.C. Sendo relevante destacar que no ilícito penal considera-se a tentativa, enquanto no civil ela não é punível.

Entende-se que a reparação penal é uma resposta do Estado, mais voltada a sociedade do fato ocorrido, já a reparação civil está intimamente ligada com a reparação á vitima. Com a pena ao autor do delito a vitima é ressarcida, com o sentimento de ter sido feita justiça, com o ressarcimento civil busca-se uma compensação pelo ocorrido, e uma restituição de direito naquilo que for admissível.

Percebe-se que em um mesmo ato, podem estar presentes esses requisitos, podendo se encaixar tanto como um delito, como um ilícito civil. Entretanto mesmo sendo apenas um fato, deverá ser tratado em cada jurisdição específica, em face de que a legislação pátria consagrou a independência das jurisdições penal e civil no art. 935 CC: “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”.

A parte inicial do referido artigo nos leva a afirmar que existe uma separação absoluta entre as duas jurisdições, civil e penal, todavia ao adentrarmos, logo mais, no mesmo dispositivo, observa-se que essa separação é relativa, pois há influência na jurisdição penal na civil.

Com a sentença absolutória na jurisdição penal, não existindo provas do fato, da autoria, de justificação e da culpa do réu, a contenda termina na esfera penal sem poder ser discutida na civil, caso não ocorra tais fatos, à jurisdição civil é o remédio, para que a vítima tenha o ressarcimento. Ensina o doutrinador Sílvio de Salvo Venosa:

Como a descrição da conduta penal é sempre uma tipificação restrita, em princípio a responsabilidade penal ocasiona o dever de indenizar. Por essa razão, a sentença penal condenatória faz coisa julgada no civil quanto ao dever de indenizar o dano decorrente da conduta criminal, na forma dos arts. 91, I do Código Penal, 63 do CPP e 584, II do CPC. As jurisdições penal e civil em nosso país são independentes, mas há reflexos no juízo civil, não só sob o mencionado aspecto da sentença penal condenatória, como também porque não podemos discutir no civil a existência do fato e da autoria do ato ilícito, se essas questões foram decididas no juízo criminal e encontram-se sob o manto da coisa julgada (art. 64 do CPP, art. 935 do novo Código Civil). De outro modo, a sentença penal absolutória, por falta de provas quanto ao fato, quanto à autoria, ou a que reconhece uma dirimente ou justificativa, sem estabelecer a culpa, por exemplo, não tem influencia na ação indenizatória que pode revolver autonomamente toda a matéria em seu bojo (VENOSA, 2003, p. 19).

Em grande parte dos ilícitos penais se observa a possibilidade de repercussão na esfera civil, já que em grande parte o autor do delito causa dano a vítima, e mesmo ela não podendo mais entrar com a ação de reparação, como no caso de falecimento por homicídio, a ação de indenização pode ser requerida pelos seus herdeiros.

2.4 AS CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE NO ÂMBITO CIVIL E PENAL, E A OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO CIVIL NA AUSÊNCIA DE ILICITUDE

Nem todo ato ilícito é tido pela normatização brasileira como fato gerador de indenização, seja civil ou penal. Alguns atos simplesmente excluem a incidência do dever de indenizar, fazendo o fato um ato justificado pelo direito, mesmo ainda sendo típico. A esse respeito, Rogerio Grego ensina:

A tipicidade, segundo a teoria da *ratiocognoscendi*, que prevalece entre os doutrinadores, exerce uma função indiciária da ilicitude. Segundo essa teoria, quando o fato for típico, provavelmente também será antijurídico (...). A regra, segundo a teoria da *ratiocognoscendi*, é a de que quase sempre o fato típico também será antijurídico, somente se concluído pela licitude da conduta típica quando o agente atuar amparado por uma causa de justificação (GRECO, 2006, p. 336).

As causas que levam o autor do dano a ser isento de ressarcir a vítima, está intimamente ligado com o nexos causal, que é o elo que liga a conduta, omissiva ou comissiva, do agente e o resultado, pois o ato empregado, nesse caso, geralmente obstrui o nexos causal que enseja a lesão.

Assim, existem atos que apesar de causarem dano a vítima, e possuírem os requisitos do fato material, a conduta do agente, o resultado e o nexos causal, não são tidos pela norma como ilícitos, não originando o dever de reparar, pois a ilicitude é tirada pela lei, em determinadas circunstâncias, a prática do ilícito é permitida, em conformidade com a norma estabelecida no artigo 23 do CP, abaixo transcrita:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:
I - em estado de necessidade;
II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.
Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

Já no âmbito civil as excludentes de ilicitude, além da legítima defesa, exercício regular de um direito e o estado de necessidade, o Código Civil elenca como excludente o fato de terceiro, caso fortuito ou força maior, fato exclusivo da vítima e cláusula de não indenizar.

Os casos que importam o presente estudo são os atos ilícitos *stricto sensu* o que causa o dever de indenizar em virtude da existência do dano, previstos no art. 188 do C.C, e art. 23 do C.P., já transcrito, porque o fato de terceiro, caso fortuito ou força maior, fato exclusivo da vítima e cláusula de não indenizar, estão ligadas apenas a esfera civil.

Art. 188-Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

O art. 65 do CPP preceitua que “Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.” Os mesmos elementos previstos no art. 23 do C.P., como excludentes de ilicitude ou como isenção de pena ao réu. O simples fato de não ser considerado um fato ilícito absolve-se o réu da pena, pois o crime é tido como um ato ilícito, típico e culpável. A sentença sendo absolutória para o réu na esfera penal, motivada por umas das excludentes de ilicitude, não lhe isenta, todavia, em determinados casos, do dever de indenizar na jurisdição civil, pois a culpa mesmo que levíssima gera a obrigação de indenizar.

Quanto a legítima defesa o Código Civil não cuidou de conceituá-la, por esse motivo temos como base a conceituação feita pelo legislador no Código Penal, art. 25 “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

A figura do “homem médio” surge, novamente, agora com o enfoque de afastar injusta agressão, ressaltando-se que deve ser atual ou eminente, não se

pode cogitar ou imaginar, uma agressão. São requisitos para a averiguação de legítima defesa, segundo Mirabete e Fabbrini (2008, p. 168): “a) reação a uma agressão atual ou iminente e injusta; b) a defesa de um direito próprio ou alheio; c) a moderação no emprego dos meios necessários a repulsa; d) o elemento subjetivo”.

Ainda que o autor tenha agido movido pela legítima defesa, não sendo imposta uma pena, pode ser obrigado a reparar os danos advindos de seu ato civilmente. No caso de ter agido contra a vítima em legítima defesa, sendo a mesma a agressora, não irá o réu responder civilmente. Contudo, se chegar a atingir um terceiro de maneira injusta, deve ressarcir o terceiro prejudicado, podendo ter com uma ação de regressão contra o verdadeiro causador do dano, no caso a vítima que agiu como agressor, esse é o entendimento previsto no art. 930 do C.C.

Não obstante, deve-se levar em conta não só o dano, mas também a intenção do agente, juntamente com o princípio da proporcionalidade, observa-se, se o agente extrapolou ou utilizou-se de algo censurável para se defender, por exemplo, a vítima agride com uma colher o autor e este se defende atirando na vítima, com um revólver. Assim, quando se fala no elemento subjetivo da legítima defesa Bitencourt (2009), esclarece com maestria, "um fato que na aparência exterior apresenta-se objetivamente com os mesmos aspectos pode, dependendo da intenção do agente, receber definição variada".

Com relação ao estado de necessidade, no direito Penal o agente encontra-se em choque com dois direitos sendo, um de maior valor e o outro de menor valor, o que leva o mesmo, a sacrificar o direito de menor valor. O art. 24 do C.P. define como: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”. Lecionando sobre o assunto Mirabete (2010, p.163), ensina “O estado de necessidade pressupõe um conflito de interesses lícitos, legítimos, em que pode perecer licitamente para que o outro sobreviva”.

Para se encaixar no tipo penal, necessário que o agente não tenha alternativa a não ser causar o dano à terceiro. O estado de necessidade é explicado pela inexigibilidade de conduta adversa. O legislador ainda alerta, no paragrafo primeiro do mesmo artigo, que as pessoas que detêm o dever de enfrentar o perigo, são excluídas da aplicabilidade do artigo 24 C.P. respondendo pelo dano causado.

Enquanto isso, no âmbito civil o estado de necessidade apesar de ser uma excludente de ilicitude, que deveria atuar de forma a tirar à ilicitude do ato e conseqüentemente a responsabilidade, Código Civil de forma conflitante prevê o ressarcimento da vítima, caso ela não tenha dado causa ao perigo, transcreve assim, o art. 929 C.C.: “Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram”.

Apesar da norma contida no art. 929 C.C. parecer antagônica com a disposta no art. 188, inc. II, C.C. o legislador permitiu a reparação por esse fato, com o intuito do agente causador do dano, poder ajuizar ação de regressão, a quem deu causa ao perigo, porquanto se não fosse assim o agente responderia em nome próprio pelo fato ocorrido. Assim, absolvido o réu na jurisdição penal, faz coisa julgada também na civil, porém quanto à existência do ato movido pelo estado de necessidade, pode responder pelo injusto causado a terceira pessoa.

No art. 23, inc. III, do C.P. aprecia o exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal, também como excludentes de ilicitude, sendo um fato lícito, porém tipificado em norma. No exercício regular de direito o agente age de acordo com a lei, porém acaba indo de encontro com o direito da vítima. Nossa Constituição Federal pronuncia em seu art. 5, inc. II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O agente conhece, deste modo, o direito e quer exerce-lo.

Penalmente está previsto como excludente de ilicitude, levando o autor do dano a não ser punido nessa jurisdição, contudo se no exercício de seu direito a agente acabar lesando a vítima, causando danos, como os patrimoniais, ele irá responder civilmente pelos danos causados.

Quando o individuo comete o dano porque era seu dever, previsto em norma, está acobertado penalmente pela excludente de ilicitude, estrito cumprimento do dever legal, Capez (2008, p. 291) considera tal excludente como:

Conceito: causa de exclusão da ilicitude que consiste na realização de um fato típico, por força do desempenho de uma obrigação imposta por lei. Exemplo: o policial que priva o fugitivo de sua liberdade, ao prendê-lo em cumprimento de ordem judicial.

No entanto, se o agente atuar de forma abusiva faz desaparecer a excludente tanto na jurisdição civil como na penal, o agente deve andar de acordo com que a lei prescreve, dentro de seus deveres. O indivíduo que passa desse dever, sabendo disso, pode ser categórico na Lei nº 4.898/ 65, que trata sobre o abuso de autoridade. Ao passo que civilmente irá responder pelos danos patrimoniais e morais que causar a vítima. Quando uma pessoa jurídica de direito público comete um dano, seja com culpa ou dolo, deixa com o Estado, segundo o art. 37, § 6 da CF, o dever de ressarcir a vítima, pois é responsável pela ação de seu causador, no entanto o Estado pode civilmente penetrar ação de regressão, contra o causador do ato lesivo, caso tenha agido com dolo ou culpa.

Nota-se que os ilícitos penais em sua maioria acabam gerando danos passíveis de serem indenizáveis na esfera civil. Como a sanção penal está ligada ao próprio pessoa do causador do dano, não podendo passar dele, a saída para uma justiça de cunho patrimonial e moral é encontrada na jurisdição civil.

Com objetivo de deixar a vítima satisfeita, o ordenamento jurídico conjectura a ação civil *exdelicto*, dirigindo a vítima a ser ressarcida dos danos advindos de um ilícito penal, na esfera civil, abrangendo os danos morais e materiais.

Deste modo, Nucci (2008, p. 233) proclama que a ação civil *exdelicto*: “trata-se da ação ajuizada pelo ofendido, na esfera cível, para obter indenização pelo dano causado pelo crime, quando existente”. Ressalta-se que a ação civil *exdelicto* pode ser ajuizada durante a ação penal, depois, ou até mesmo antes.

Em síntese, a aplicabilidade das excludentes de ilicitudes previstas no direito penal, deve ser analisada minimamente, não se pode debruçar em uma excludente para praticar um fato ilícito, e abusar de um direito, sendo que o agente mesmo não respondendo penalmente, pode vir a responder civilmente pelos danos causados e excessos aplicados, constituindo, destarte, uma verdadeira indenização advinda de um delito.

3 A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

O Estado para verificar o cumprimento do poder de dizer o direito e o dever de prestar jurisdição, preceituado no Poder judiciário, na hora de aplicar a lei a casos concretos, utiliza-se de vários atos judiciais, como o despacho, as decisões interlocutórias e a sentença.

A sentença, juntamente com outros atos judiciais, engloba o conjunto de provimentos feitos pelo juiz no decorrer do processo, para por fim aos conflitos que chegam a sua apreciação, ou fazendo alguma diligencia como o despacho de mero expediente.

No entendimento de Denilson Feitosa (2008, p. 252), a sentença no âmbito civil, em sentido amplo, é a decisão que põe fim ao processo, com ou sem resolução do mérito. Podendo ser dividida em sentença definitiva que em sua decisão extingue o processo e julga o mérito, ou em sentença terminativa que também extingue o processo, porém sem julgar o mérito.

Já para o a jurisdição penal, a sentença é vista sob um olhar mais restrito, devendo-se levar em conta apenas as decisões que julgam o mérito principal, solucionando a lide, assim condena-se ou absorve-se o réu.

A sentença em sentido estrito pode ser dividida em sentença absolutória, em sentença terminativa de mérito ou em sentença condenatória, sendo essa o objeto de estudo, no presente capítulo.

3.1 A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E SUA NATUREZA JURÍDICA

Ao emitir o seu pensamento logico e mental, do caso concreto, o juiz coloca no papel sua decisão, que nada mais é do que a sentença, exteriorizando seu posicionamento, de forma conexas com a legislação, com o intuito de por fim a peleja, sempre na busca de resolver em detrimento de um direito justo.

A sentença sucede de um fato firmado em um evento do homem que tem seus reflexos no sistema jurídico e por tal pode ser entendida como a natureza jurídica de um fato/ato jurídico. Contudo, devido a essa ligação, entre o fato humano

e o direito, feita pelo juiz, podemos ter a natureza jurídica da sentença penal como declaratória, pois a partir do momento que o magistrado analisa o caso concreto e apenas diz o direito, ele está declarando o direito já existente.

A sentença em sentido estrito, como assevera o ilustre doutrinador Frenando Capez (2007, p.424), pode ser dividida em sentença absolutória, que ocorre quando é julgado improcedente o pedido de condenação do réu; em sentença terminativa de mérito, quando julga o pedido, porém nem absolvem nem condenam o réu; e finalmente a sentença condenatória que julga procedente, totalmente ou em parte ao julgar o mérito, o pedido de condenar o réu.

A sentença condenatória é aquela que ao ser prolatada faz com que caia sobre o réu uma sanção, advinda do pedido analisado pelo magistrado. Para Nucci (2008), a sentença penal condenatória pode ser entendida como aquela que julga de forma procedente a pretensão punitiva do Estado e fixa uma sanção adequada, formulada pela parte autora, que desabarará sobre o acusado.

Tourinho Filho (2009, p. 797) vai mais além, ao explicar acerca da sentença penal condenatória, lembrando que não são apenas as sentenças advindas de um processo, mas também:

Quando o juiz julga a denúncia ou queixa procedente, fala-se em sentença condenatória. Com a sentença condenatória o juiz julga procedente o *jus puniendi*, afirmando a responsabilidade do acusado e infligindo-lhe a *sanction júrís*.

Ressalta-se que na imposição de uma sanção ao réu, ela pode se dar através de diversas formas, como pena privativa de liberdade, medida de segurança, pena restritiva de direito ou pena de multa.

Todas essas punições são previamente previstas em lei penal, não pousando na vontade do juiz competente, o principio da legalidade e visto como corolário para a arbitração de qualquer tipo de sanção. Nem mesmo o próprio representante do Ministério Público, nos crimes de ação publica, quando pede a absolvição do réu, o magistrado ao analisar o pedido, analogicamente com a Lei, pode vir a proferir sentença condenando ao réu, fundamentado no art. 385 do CPP.

Ao proferir uma sentença condenatória o juiz não se desvincula de seguir alguns princípios intimamente ligados ao seu tipo de provimento, devendo ter em mente os seguintes princípios: principio da correlação, onde o magistrado não pode

se desvincular dos fatos tragos ao processo, o magistrado não pode decidir *extra petita* (julga por fora do pedido) e nem *ultra petita* (julga a mais do pedido formulado); princípio da motivação da motivação das decisões, a conclusão da sentença deve ser motivada, e essa motivação deve estar escrita no corpo da sentença; princípio da *iurinovit cúria*, onde a partir do momento que o direito é levado ao juiz, ele deve se pronunciar; e princípio do livre convencimento do juiz, ao analisar os fatos e provas o magistrado faz sua própria persuasão.

Todos os princípios e normas que devem ser seguidos, na hora de proferir uma sentença, seja condenatório ou não, faz com que a decisão tente ser a mais justa possível, pois a partir deles o magistrado tem que fugir do seu “eu”, sua vontade e buscar a verdade real. Afinal, ao proferir uma sentença penal, na maioria das vezes, estamos lidando com segundo bem/direito mais importante do ser humano, a liberdade, que só perde para a vida em termos de estima.

3.2 OS REQUISITOS INDISPENSÁVEIS DE UMA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Ao prolatar uma sentença o juiz ou o tribunal devem seguir alguns requisitos básicos, que indicam o caminho que deve ser feito pelo magistrado, independentemente do seu raciocínio do caso concreto, ele deve seguir os requisitos antevistos em lei, para ser considerada valida e surgir seus efeitos.

Quando se fala em requisitos ou elementos indispensáveis a uma sentença a doutrina majoritária, como o posicionamento dos nobres doutrinadores Denilson Feitosa (2008), Carlos Roberto (2003), Fernando Capez (2007), entre outros, costuma dividi-los em requisitos intrínsecos e extrínsecos.

O magistrado deve seguir o disposto no art. 381 do CPP, que são os designados requisitos intrínsecos o relatório, a fundamentação e o dispositivo, sendo que a falta de um desses requisitos pode chegar a nulidade da sentença.

Art. 381 - A sentença conterà:

I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;

II - a exposição sucinta da acusação e da defesa;

III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;

- IV - a indicação dos artigos de lei aplicados;
- V - o dispositivo;
- VI - a data e a assinatura do juiz.

Fernando Capez (2004, p.425 e 426), fazendo citação em sua obra do douto doutrinador Hélio Tornagli, desdobra acerca de todos os requisitos intrínsecos. O relatório é um resumo dos fatos relevantes, ocorridos ao longo do processo e registrado nos autos. A fundamentação é a motivação, de fato e de direito, que levou o juiz a tomar tal decisão. Já o dispositivo é a decisão propriamente dita, onde o magistrado condena ou absolve o acusado.

Quando se fala em relatório, previsto no art. 381, I e II CPP, deve-se lembrar que não é apenas um simples resumo dos fatos, com ele o magistrado mostra que realmente acompanhou o desenrolar do processo, que conheço todos os fatos e atos consistentes nos autos, e que não apenas decidiu voltado em sua vontade e em seu conhecimento jurídico. A falta de relatório gera a nulidade da sentença, contudo se o relatório for indigesto, ou colocado na sentença em local impróprio, não gerará nulidade e sim irregularidade da decisão.

Os incisos III e IV, do referido artigo, discorre sobre a fundamentação, que seria a parte da sentença, vista por muitos como a mais importante, pois nela temos a verdadeira explicação de sua decisão, como o juiz chegou a seu veredito, se escutou as partes, provando que não foi arbitrário, que apesar de poder ter algumas iniciativas (como por exemplo, mandar que sejam tragas novas provas para evidenciar algum fato), sempre apreciou as alegações das partes. Desta feita, as partes deslumbram os motivos que levaram o juiz acolherem ou não sua pretensão, podendo então recorrer.

Capez (2007, p. 425) ainda lembra a existência da fundamentação “*per relazione*”, que está esquecida por alguns, pelo fato de ter que ser evitada, ela nada mais é do que:

Aquela em que o juiz ou Tribunal adota como suas as razões de decidir ou de argumentar de outra decisão judicial ou de alguma manifestação da parte ou do Ministério Público, enquanto *custos legis*. Embora deva ser evitada, tal prática não nulifica a sentença ou acordão, uma vez que, feita a menção, é como se a fundamentação referida estivesse sendo incorporada a decisão, ou seja, como se estivesse sendo citada entre aspas, não podendo ser acoimada de carente de motivação.

O dispositivo, ou conclusão, predito no inciso V do art. 381, como o próprio nome nos remete, é a parte final da sentença, onde o juiz coloca seu pronunciamento e resolve o litígio entre as partes, ou seja, o julgador dá resposta à demanda. O magistrado, nessa parte, pode acolher ou rejeitar, por completo ou em parte, os pedidos, segundo o disposto no art. 459 do CPC. Todavia, deve, sempre, colocar os artigos de lei, que fundamentam sua decisão, caso contrário a sentença é tida como nula.

A análise de todos os requisitos é de suma importância, uma vez que, se o magistrado fundamentar na sentença um posicionamento e na parte conclusiva ir de encontro com o que disse, chamada sentença suicida, é passível de nulidade ou do recurso de embargos de declaração.

Os requisitos extrínsecos são vistos como formalidades a serem seguidas, elementos que segundo Denilson Feitosa (2008), compõem a data e assinatura, e a rubrica do magistrado competente em todas as páginas, caso a sentença seja datilografada. A falta de assinatura do magistrado deixa em dúvida se realmente foi por ele prolatada a sentença, assim sua falta torna a sentença inexistente.

Além dos requisitos que toda a sentença deve conter o art. 387 do CPP, enumera os outros requisitos, indispensáveis a sentença condenatória:

- I- Mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes referidas no Código penal para aplicação da pena;
- II- Aplicará as penas de acordo com essas considerações, justificando passo a passo.
- III- Definirá fundamentadamente, o primeiro regime de cumprimento da pena privativa de liberdade ou a conversão desta em multa.
- IV- No caso de semi-imputabilidade, deverá decidir se haverá redução da pena e conversão desta em medida de segurança.
- V - Decidirá sobre a conversão, ou não da suspensão condicional da pena nos casos que a lei admite.
- VI - Deverá decidir fundamentadamente, se o acusado poderá apelar em liberdade.
- VII -Deverá determinar a expedição de mandado de prisão ou recomendar o réu na prisão em que se encontra, porque muda o título de sua prisão.
- VIII - Deverá arbitrar fiança se o crime for afiançável e se sob ela que deve permanecer o acusado em liberdade.
- IX - Fixará o mínimo para reparação dos danos causados pela infração.

Observa-se que os requisitos elencados no art. 387 do CPP, são basicamente direitos que o réu terá a partir do momento de sua condenação, o porquê de sua pena ser aumentada ou diminuída, a justificativa de sua condenação, esses requisitos são considerados como processuais, já quanto ao regime que cumprirá

sua sanção, se poderá apelar em liberdade e a fiança no caso de crime afiançável, são considerados requisitos materiais.

Lopes Jr. (2012, p. 1081), nos alerta que na aplicação dos incisos I, II e III, devemos analisar acoplado as disposições do art. 59 do CP, que disciplina acerca da dosimetria da pena.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Na enseja do emprego da sanção, usava-se, outrora, o sistema do duplo binário, onde se aplicava de a pena e simultaneamente a medida de segurança, o que não é mais permitido. Observando o inc. V, verifica-se que o sistema usual, agora, é o vicariante tem como objetivo aplicação de uma sanção ou aplicação de uma medida de segurança, dependendo de ser o réu imputável ou imputável, respectivamente.

Por fim, vale salientar, que além de todos os requisitos, supracitados, o magistrado, a partir do ano de 2008, com a promulgação da Lei 11.719/2008, tem que fixar o mínimo indenizatório, inciso IX do art. 387 do CPP, no dispositivo da sentença, elemento primordial da presente pesquisa. A fixação do valor mínimo indenizatório, diferente dos demais direitos previstos que são para o réu, é um direito previsto para a vítima. Não um mero querer do juiz, mas um dever. Assim, presentes todos os requisitos a sentença passa a gerar seus efeitos.

3.3 OS EFEITOS PRIMÁRIOS E SECUNDÁRIOS DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

De uma forma geral, o efeito imediato de uma sentença, seja condenatória ou de absolvição, está no fato de que ao proferir a sentença o magistrado exaure o poder jurisdicional que detinha no processo em exame, voltando a exercê-lo apenas

quando existir erros materiais que devam ser sanados por ele, contudo em nada prejudica o que fora julgado.

O magistrado é compelido a deixar a relação processual, no momento em que a sentença é transitada e julgada. O que pode acontecer é que as partes ao recorrer ao Tribunal *ade quem*, o mesmo magistrado venha ser nomeado para a instância superior onde será julgado o recurso, ficando impedido de atuar em qualquer ação que tenha anteriormente atuado.

Os efeitos da sentença penal condenatória se dividem em primários e secundários, podendo ser encontrados tanto no Código Penal, em seus artigos 91, 92 e 184, e em leis extravagantes como na Lei de Execução Penal.

Contudo, o efeito primordial da sentença penal condenatória é a aplicação de uma sanção ao réu, seja ela privativa de liberdade, restritiva de direito ou de multa. No caso do condenado ser inimputável recairá a medida de segurança.

Os efeitos secundários comprometem não só a circunstância criminal, mas também a civil, a política e a administrativa, do condenado, os primeiros são considerados efeitos penais secundários, enquanto o segundo efeitos extrapenais, sua previsão encontra-se dispersa em nosso ordenamento jurídico.

Além disso, se faz uma subdivisão dos efeitos da sentença penal condenatória, dividindo os efeitos extrapenais secundários em dois grupos: efeitos genéricos e efeitos específicos, dispostos, respectivamente nos art. 91 e 92 do CP.

Os efeitos genéricos acontecem automaticamente com a prolação da sentença condenatória e se enquadram a todos os delitos. Assim, preceitua o art.91 do CP:

Art.91- São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;
II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;
b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso

Quanto ao efeito de tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, o legislador confirma que a sentença penal condenatória, transitada e julgada constitui título executivo judicial fazendo valer seus efeitos na jurisdição civil remata, assim, o art. 63 do CPP e o inc. II, do art. 584 do CPC. Desta feita, a vítima,

seu representante legal ou seu herdeiro, não precisará comprovar a ilicitude, a materialidade e autoria do fato, na jurisdição civil.

A alínea “a” ressalva a perda em favor da União dos objetos usados no crime, por terceiro ou pelo lesado, estando esses de boa-fé, uma vez que, a União não pode permitir que fique em circulação utensílios ou objetos, que por mais que estejam de boa-fé são ilícitos. Portanto, a União confiscará automaticamente tais bens.

Assim, como o produto do crime ou qualquer bem ou valor auferido da prática delituosa, devem ser confiscados pela União, devendo, primeiramente, ser restabelecido a vítima ou a terceiro de boa-fé, segundo a alínea “b”, com o objetivo de tirar da posse do autor os alvíveres da prática delituosa.

Além disso, a Constituição Federal, art. 15, inciso III, enumera como efeito genérico da condenação, a suspeição dos direitos políticos do condenado. Constando automaticamente, tal dever, em sentença.

Os efeitos específicos da sentença penal condenatória, não são previstos automaticamente na sentença, devendo ser claramente transcritos para serem cumpridos.

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Os efeitos específicos por mais que não sejam espontâneos, são consequências, que pelo teor do crime, devem ser tomadas. A perda de cargo, função ou mandato eletivo, no caso do inc. I ocorre quando o funcionário vai de encontro com seu dever funcional, tanto que pode ser empossado em outro, que não seja o do delito.

Nada mais justo, do que a perda do pátrio poder, tutela e curatela, para aqueles que dolosamente, agredem direito daqueles que estavam sob sua proteção, já que demonstrou que não é capaz de exercer tal poder sem colocar em risco o

direito de outrem. O mesmo ocorre com aquele que utiliza veículo para a prática delituosa, demonstra que o direito de dirigir, mesmo para aqueles que ainda não possuem habilitação para dirigir, que lhe foi conferida está sendo utilizado ilicitamente. As duas modalidades devem ter sido cometidas na modalidade dolosa, a culposa não se enquadra.

Ainda, o CPP, em seu art. 393, taxa os efeitos da sentença penal condenatória, no âmbito processual, “são efeitos da sentença condenatória recorrível: I – ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II – ser o nome do réu lançado no rol dos culpados”.

Não menos importante, temos como efeito da sentença a constituição da *res judicata*, que anda junto ao efeito que esgota o poder jurisdicional do magistrado no processo em exame. Porém será analisada, em apartada, no próximo item, visto que, se discute acerca de sua natureza jurídica, se é efeito, qualidade ou uma situação jurídica da sentença.

3.4 A SENTENÇA CONDENATÓRIA E OS ELEMENTOS INDISPENSÁVEIS À CONFIGURAÇÃO DA *RES JUDICATA*

A *res judicata*, ou coisa julgada, nada mais é do que a sentença transitada e julgada, aquela que não cabe mais recurso, é imutável. Esgota todas as possibilidades de sua mudança, seja pela improcedência dos recursos ou por perda do prazo recursal.

A coisa julgada trás para as partes a confiança jurídica, pois faz lei entre as partes. É conhecida como uma proteção, aos direitos conhecidos na sentença. Faz com que exista direitos e deveres entre as partes, não importando se para uma das partes ou para ambas, tenha sido injusta. Apesar da faculdade de cair na iminência de uma ação de revisão criminal, que pode ser posta a qualquer tempo, art. 621, CPP.

Considera-se a *res judicata* um ato jurídico perfeito, estando pronto e acabado, não merecendo mudanças. A Constituição Federal em seu artigo 5º, inc. XXXVI preceitua que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito

e a coisa julgada”, deslumbra a proteção a coisa julgada, sendo mais que um direito, uma garantia. Alexandre de Moraes, ao falar do fenômeno da coisa julgada formal e material e sua previsão na CF, monta que:

Na coisa julgada o direito incorpora-se ao patrimônio de seu titular por força da proteção que recebe da imutabilidade da decisão judicial. Daí falar-se em coisa julgada formal e material. Coisa julgada formal é aquela que se dá no âmbito do próprio processo. Seus efeitos restringem-se, pois, a este, não o extrapolando. A coisa julgada material, ou substancial, existe nas palavras de Couture, quando à condição de inimpugnável no mesmo processo, a sentença reúne a imutabilidade até mesmo em processo posterior. Já para Wilson de Souza Campos Batalha, coisa julgada formal significa sentença transitada em julgado, isto é, preclusão de todas as impugnações, e coisa julgada material significa o bem da vida, reconhecido ou denegado pela sentença irrecorrível. O problema que se põe, do ângulo constitucional, é o de saber se a proteção assegurada pela Lei Maior é atribuída tão-somente à coisa julgada material ou também a formal. O art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal não faz qualquer discriminação; a distinção mencionada é feita pelos processualistas. A nosso ver, a Constituição assegura uma proteção integral das situações de coisa julgada. (MORAIS, 2003, p. 106)

O mandamento ao tratar da coisa julgada, é não vê-la apenas como uma segurança jurídica para a vítima, mas também para o réu, visto que, com a proteção da coisa julgada, o réu tem a garantia de não acontecer o *bis in idem*, garantindo que não será julgado novamente pelo mesmo fato delituoso. Assim, ensina Nogueira (1995, p. 134), “a coisa julgada tem afinidade com a litispendência porque ambas se fundam no princípio da duplicidade de processo sobre o mesmo fato criminoso ou no princípio do non bis in idem”.

Desta forma podemos levantar os elementos indispensáveis a *res judicata*, quais sejam as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, nota-se que são os mesmos elementos da ação. O primeiro elemento é considerado subjetivo e os demais objetivos. Que sendo considerados de forma isolada não constituem coisa julgada.

Entretanto, arquiteta-se a situação, se as mesmas partes, que ajuizaram uma ação penal, fossem ajuizar outra ação, agora com outro teor, ou seja, outra causa de pedir, e fossem impedidas por estarem revestidas da coisa julgada, estaríamos diante de um verdadeiro absurdo, pois apesar de estarem presentes as mesmas partes o direito lesado é outro, e deve ser examinado pelo magistrado qualquer direito que seja levado até ele. Quando estão previstos os mesmos três elementos em duas ações, supostamente distintas, deve concluir que as ações são idênticas, em outras

palavras, a mesma ação sendo ajuizada pela segunda vez, devendo uma delas ser tida como nula.

Ainda, divide a coisa julgada em duas modalidades, a coisa julgada formal e a coisa julgada material. A *res judicata* formal é o conceito mais divulgado, ocorre quando a decisão, proferida pelo magistrado, não é mais passível de mudança, esgotando todos os meios recursais, e precluindo os prazos recursais, concluindo o processo. O mérito não é verificado, e por isso, não se pode debater o mérito no mesmo processo. Theodoro Júnior (2003, p. 476) a esse respeito, afirma:

A coisa julgada formal decorre simplesmente da sentença dentro do processo em que foi proferida pela impossibilidade de interposição de recursos, quer porque a lei não mais os admite, quer porque se esgotou o prazo estipulado pela lei sem interposição pelo vencido, quer porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou ainda tenha renunciado a sua interposição.

Vale salientar que, a coisa julgada formal, está intimamente ligada com as partes do processo, onde elas não poderão discutir tal decisão, por isso quando se fala da imutabilidade da coisa julgada formal, fala-se que ela é interna. A imutabilidade citada não se amplia às ações impugnativas e a acertadas causas extintivas da punibilidade, como a anistia, art. 107, II do CP, a prescrição retroativa, art. 110, § 2º do CP, e a abolitio criminis, inc. III do art. 107.

Além disso, deve-se levar em conta a primeira parte do art. 472 do CPC “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros” apesar de ter um cunho civil, é aplicada as matérias processuais como um todo, afirmando a imutabilidade entre as partes quando a sentença transitou em julgada.

Já a coisa julgada material, tem seus efeitos voltados para fora do processo, opera em um sentido *erga omnes*, que vincula não só as partes da relação jurídica, mas a todos, de uma forma geral. Existe a apreciação do mérito, e como vai além das partes, quer por meio de recursos ou por ações impugnativas e até por ações de extinção de punibilidade, sua discussão não pode ser levantada, nem mesmo em outro processo, ou seja, torna-se, a sentença, imutável para as partes e indiscutível para os nobres julgadores. Assim é o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 301), acerca da coisa julgada material:

(...) no momento em que já não couber recurso algum institui-se entre as partes e em relação ao litígio que foi julgado, uma situação de absoluta firmeza quanto aos direitos e obrigações que os envolvem, ou que não os envolvem. Esse status, que transcende a vida do processo e das pessoas, consiste na rigorosa intangibilidade das situações jurídicas criadas ou declaradas, de modo que nada poderá ser feito por elas próprias, nem por outro juiz, nem pelo próprio legislador, que venha a contrariar o que foi decidido (Liebman): a garantia constitucional da coisa julgada consiste na imunização geral dos efeitos da sentença.

Observa-se que a coisa julgada formal, ao transformar imutável a decisão do magistrado, torna-se inserido na coisa julgada material, sendo pressuposto, condição, daquela, o que ao contrário não ocorre.

Para que não ocorra injustiça, o legislador lançou limites para a coisa julgada, os limites objetivos estão ligados ao objeto da relação jurídica, em outras palavras o que foi decidido na sentença. O art.110, § 2º do CPP aborda os limites objetivos da coisa julgada. Deste modo discorre o aludido artigo em seu parágrafo 2º: "A exceção da coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal que tiver sido objeto da sentença".

Entende que o limite objetivo alcança a parte dispositiva da sentença, essa faz coisa julgada material, pois é nele que o magistrado analisa e põe sua decisão aos pedidos formulados pelas partes, onde realmente está o objetivo da demanda.

Outro limite encontrado na *res judicata*, é o que diz respeito às pessoas alcançadas pela coisa julgada, denominado limite subjetivo. Não se questiona o limite existente entre as partes que compõe o processo, já dito, que a coisa julgada faz lei entre as partes, subordinando as partes à decisão prolatada, o que se ressalta, aqui, é que a coisa julgada não atinge terceiros, que estejam fora da lide. Mesmo, que inevitável, hora ou outra, surgem reflexos, da relação jurídica em terceiros, que são prejudicados pela sentença, todavia em nada se pode modificar a coisa julgada, nesse caso deve a vítima se valer de outros meios, como a busca da esfera civil.

Conclui-se, que, em princípio, a sentença penal condenatória perpetra coisa julgada, quando não se admite recurso, não é o caso das sentenças de primeiro grau que podem ser apeladas. Todavia, levando-se em conta os elementos da coisa julgada, se forem diferentes pode ser ajuizada nova demanda, é o que ocorre nas sentenças penais condenatórias, quanto aos danos civis atingidos, pois as partes são as mesmas, mas o pedido é outro.

Assim como visto no capítulo primeiro, a sentença penal condenatória faz coisa julgada no âmbito civil, no que é comum em ambas as jurisdições, fazendo título executivo judicial, art. 475-N do CPP, como, também, assevera o art.63 do CPP:

Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

Havendo a sentença penal condenando o réu, fica acertada a obrigação de uma reparação, e com a coisa julgada a vítima tem a prova da existência do fato e autoria do réu, o que leva o magistrado civil, não discutir, novamente, acerca desse assunto, pois já está decidido. Essa (in)dependência da jurisdição civil e penal, será melhor trabalhada no capítulo terceiro.

4 OS EFEITOS DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E A REPARAÇÃO DOS DANOS CIVIS

Ao cometer um ilícito penal, na maioria das vezes, os atos do infrator acaba propagando na esfera civil, seja ocasionando danos morais ou materiais, surgindo então o dever de indenizar, na esfera civil advindos de um ilícito penal.

O sistema normativo, tentando sanar esse problema, trás juntamente com a ação penal, a possibilidade de uma ação civil, que denominamos de ação civil *exdelicto*, com o objetivo de ressarcir a vitima dos danos sofridos e não apenas a aplicação de uma pena ao infrator.

Com isso, o presente capítulo analisa os efeitos da sentença penal condenatória na reparação civil, advindos da mudança no inciso IV do artigo 387 do CPP, através da Lei 11.719/08, e se realmente está de acordo com os preceitos constitucionais vigentes.

De tal modo, sempre buscando a melhor forma de ressarcir a vitima do delito, tais mudanças buscam essa realização, todavia tendem a fazer com que uma jurisdição invada a outra, civil e penal, já que deveriam ser independentes.

A sentença penal condenatória, enquanto titulo executivo judicial, antes das mudanças vindas da Lei 11.719/08, já cumpria seu papel, juntamente com a ação *exdelicto*, de ressarcir a vitima, e essa mudança mexeu não só com a jurisdição penal, mas no direito processual civil e penal.

O magistrado penal passa a ter que arbitrar um mínimo indenizatório, que tem natureza civil, já na sentença penal, no intuito de acelerar a demanda voltada ao principio da economia processual, e visando o melhor para a vitima, entre outros pontos positivos e negativos. O que iremos analisar minuciosamente é sua eficiência e se fere ou não a Constituição Federal, tornando-se inconstitucional.

4.1. O PRINCÍPIO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A busca de uma restauração real, dos danos sofridos, sempre foi o objetivo do direito. O capítulo primeiro nos leva a pensar como e quando os danos devem ser reparados.

A justiça retributiva, foi e continua sendo um obstáculo para a prática da justiça restaurativa. Com ela temos a noção de que ao cometer o crime o infrator vai de encontro à lei, e para tal, deve ser punido, com o mínimo de ressocialização. A pena é vista como um castigo. Na justiça retributiva o delinquente é apenas o infrator, tendo sua responsabilidade vista de uma forma pessoal e a retribuição para a vítima é mínima, o que se enfatiza é a transgressão da lei.

A justiça restaurativa busca um equilíbrio entre as partes vítima, réu e sociedade, onde todos são alvos dos vestígios do delito e todos contribuem para restaurar ao estado que detinham antes do fato criminoso. Almeja uma solução conversada, que seja vantajosa para todas as partes a médio e a longo prazo.

O princípio da justiça restaurativa deve ser sentido em todo o ordenamento jurídico. Não apenas na figura do réu, como alguns veem no direito penal, e nem apenas na figura da vítima com veem no direito civil. Deve englobar tanto o réu, como a vítima e a própria sociedade, pois todos, direta ou indiretamente são atingidos pela prática delituosa do autor. Combater os efeitos deixados pela prática delituosa é um problema. Pinto (2010, p. 20) discorrendo acerca da justiça restaurativa, nos remete que ela:

[...] baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime.

Quando se fala em justiça restaurativa, logo pondera a restauração da vítima ao estado co-antes possuía, a prática delituosa, e a resposta a comunidade daquilo causado a vítima. Todavia, quando o réu responde pelos danos causados, através da pena cumprida e pela responsabilidade civil, de forma justa, está desempenhando o princípio da justiça restaurativa, pois está participando da restauração do dano.

Em choque com a justiça retributiva a justiça restaurativa, deixa a visão apenas de punir o infrator, e passa a ter a vítima um lugar de destaque. Agora o delinquente se responsabiliza pelos atos cometidos contra a vítima, não só com a

imposição de uma sanção, pelo Estado, mas ressarcindo o dano causado. Pinto (2007, p.2) marca a superação da justiça restaurativa, quando a participação das partes, de encontro com a justiça retributiva:

A vítima, o infrator e a comunidade se apropriam de significativa parte do processo decisório, na busca compartilhada de cura e transformação, mediante uma recontextualização construtiva do conflito, numa vivência restauradora. O processo atravessa a superficialidade e mergulha fundo no conflito, enfatizando as subjetividades envolvidas.

Focaliza nas necessidades que a vítima e extensivamente a sociedade possui, o infrator passa a ter o dever de cumprir e retificar o dano causado. É como se a sanção imposta ao infrator fosse uma resposta à sociedade ao delito praticado, e a responsabilização uma resposta a vítima.

O crime não deixa de ser um mal, mas existindo deve ser visto como um todo, com todos os seus alcances. Aqui permanece a sanção, só que não mais como um castigo, agora como uma coerção moral de cunho ressocializador do detento. Tenta sair de um sistema ao mesmo tempo punitivo-retributivo, e passa para um sistema punitivo-restaurativo. A justiça restaurativa está voltada a uma busca de uma adequada reparação do dano, seja material ou moral, procura a reparação justa da vítima, a pena adequada ao autor do dano e a manutenção da relação vítima versus ofensor.

Assim, diante do exposto, podemos concluir que algumas das diferenças básicas entre a justiça restaurativa e retributiva são as que seguem no quadro abaixo:

Quanto à diferença entre a justiça restaurativa e retributiva, pode-se ter como base valores e resultados, que cada uma exprime, segundo Pinto (2007), quanto aos valores da justiça restaurativa, eles estão ligados no próprio conceito de crime que prima pelo interesse das partes e da comunidade, voltado para uma responsabilização, pela restauração, numa dimensão social, e voltada para o futuro; já a justiça retributiva tem o conceito de crime puramente jurídico, primando pelo interesse público, com uma culpabilidade individual, que voltada ao passado.

Na concepção de justiça tendo o resultado o objeto, Pinto (2007), continua, quando se trata de justiça restaurativa a abordagem do crime e suas consequências, tem como parâmetro a relação entre as partes, sempre no intuito de restaurar, onde o infrator espontaneamente deseja se responsabilizar pelo fato ilícito, tendo, assim,

uma reintegração do infrator a sociedade, e colocando a vítima como prioridade; agora, na justiça retributiva a prevenção e voltada ao público em geral, o infrator recebe de forma intimidadora uma pena/castigo, a tutela penal é de bens e interesse, com a pena do infrator sendo uma proteção a sociedade, coloca-se a vítima e o infrator em lugares isolados, e se tem a ressocialização do infrator como um fator secundário.

O ordenamento jurídico penal, segundo a justiça restaurativa, deve estar pautado em reduzir a criminalidade, ao mesmo tempo, que dá suporte a vítima e a sociedade, com a finalidade de coagir o acusado, através de um procedimento digno, a responder pelos danos e automaticamente ficar responsável pelo ressarcimento dos danos advindos do crime.

Destaca que os direitos da vítima são priorizados, o direito a receber uma indenização justa, de seu bem jurídico violado, e participar dessa obtenção, deixa a vítima, além de mais perto de alcançar o estado que possuía antes do delito, a sensação de fazer, realmente, parte da demanda. E por mais que o delito seja um fato ilícito, enojado pelo direito, ele fica com um segundo grau de importância, ficando a reparação do dano em primeiro plano.

Importante frisar, o esboço de PINTO (2007) quanto aos efeitos da justiça restaurativa e retributiva para a vítima. Na justiça restaurativa a vítima é o centro do processo, tem voz ativa e participa de tudo que se passa, recebendo assistência e restituição dos danos, com isso supre as necessidades da vítima e da sociedade. Para a justiça retributiva, a vítima tem pouca ou nenhuma consideração no processo, não participando, não recebendo assistência, o que gera uma frustração e ressentimento com o sistema.

A restauração da vítima, deve englobar todo o prejuízo, por ela, sofrido, mesmo que o agressor tenha agido com culpa levíssima. Leva-se em conta o princípio da razoabilidade e da equidade, para resolver o litígio. No princípio da equidade, ou igualdade, não se busca deixar as partes no mesmo nível, mas sim dar a cada um o que lhe pertence, tratar com igualdade as partes naquilo que são iguais. Assim, a vítima deve ser ressarcida por tudo que sofreu, e o infrator pagar por tudo que causou. Já no princípio da razoabilidade, temos a ideia que para alcançar esse ressarcimento, devemos ser razoáveis e sensatos na aplicação das penas e responsabilização, jamais poderíamos pedir cem mil reais a título de indenização de um réu que cometeu furto, por não ter o que comer.

O sistema normativo brasileiro está correndo para essa realidade, em um cenário onde se preocupa, cada vez mais, com a vítima. A responsabilização deixa de ser uma conquista da classe alta e passa a ser um direito de todos. Não só o direito penal, mas todos os ramos do direito procuram esse enfoque.

4.2 A (IN)DEPENDÊNCIA DA JURISDIÇÃO CIVIL E PENAL E A ALTERAÇÃO DO ART. 387, IV, DO CPP PELA LEI Nº 11.719/08

Inicialmente, é mister fazer menção do que seria a jurisdição. Feitosa (2008, p. 282) disciplina que se pode conceituar a jurisdição em dois sentidos amplos e restritos. No sentido amplo, temos que a jurisdição é o poder de conhecer e resolver os litígios das relações humanas; no sentido restrito vem a ser o poder-dever das pessoas competentes de dizer o direito e aplicar ao caso concreto, impondo suas decisões de forma imutável.

Gramaticalmente, pode-se dizer que jurisdição é a ação de dizer o direito ao caso concreto. Assim, a jurisdição é um instrumento de aplicação da lei, sendo revelada através do poder estatal. Pois, cabe ao Estado os três poderes deslumbrados na Constituição Federal “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” esse último que nos interessa, pela sua responsabilidade de aplicar a jurisdição.

Além de um poder do Estado a jurisdição é um dever. O Estado deve substituir a vontade das partes, na resolução de litígios, impondo sua decisão, Não podendo se esquivar de dizer o direito, quando lhe é apresentado.

Pode-se concluir, pelo exposto, que a jurisdição é uma só, quanto o desígnio de dizer o direito, no entanto necessita analisar sua ambição. Segundo Greco Filho (2009, p.182) a jurisdição é a própria justiça, é una, e pertence a todos, e sua divisão é puramente metodológica.

O poder judiciário, tradicionalmente, divide a jurisdição, devido à precisão em sua organização, pela matéria abordada, se matéria penal, leva-se o caso concreto a jurisdição penal, caso não se encaixe na matéria penal, leva-se o caso ao exame na jurisdição civil.

Em uma avaliação mais aprofundada, encontramos também a divisão da jurisdição em comum e especial. Onde a primeira engloba a penal e a civil, enquanto a segunda conglomerada a militar, trabalhista e eleitoral. Nota que as atribuições e a competência são divididas entre os juízes que compõem cada jurisdição.

Diante da divisão apresentada, o ordenamento jurídico consagra o princípio da independência das jurisdições, baseado na premissa contida no art. 2 da CF. Denilson Feitosa (2008, p. 286) indica que tal princípio “significa que a jurisdição não pode sofrer interferência de fatores de fatores externos a ela, nem mesmo de outros órgãos superiores do próprio Poder Judiciário”.

Nada impede que a parte prejudicada pela decisão proferida em primeiro grau, entre com um recurso. O que se almeja é a impossibilidade de outro magistrado ou tribunal, interfiram na decisão de outro, que não seja de sua competência, exercendo uma pressão sobre a decisão a ser tomada, e não a entrada na fase recursal. A independência está ligada a cada magistrado, na atividade de sua jurisdição.

Para limitar até onde alcança a jurisdição do magistrado, tem que levar em conta além da matéria em discussão, a competência, uma vez que, o um magistrado não pode julgar todos os litígios de cunho civil, conforme ensina Júlio Fabbrini Mirabete:

a causa criminal – em que a competência é delimitada tendo em vista a natureza do litígio, é determinada conforme a causa a ser julgada (*competência material*). O segundo é o referente aos *atos processuais*, em que o poder de julgar é distribuído de acordo com as fases do processo, ou o objeto do juízo, ou o grau de jurisdição (*competência funcional*) (MIRABETE, 2008, p. 156).

Diante da dificuldade em aplicar o princípio da independência jurisdicional Rui Stoco (2011, p.304), discorre que é complexa e de difícil solução analisar tal independência, pois a independência não é absoluta. A interação entre as jurisdições não é fácil, a própria legislação não responde as questões de independência das jurisdições, e até os julgados não são unânimes.

Todavia, preocupa observar a divisão das jurisdições matérias, em civil e penal, e os reflexos que uma pode acarretar na outra. Geralmente, um mesmo ilícito tem efeitos em mais de uma jurisdição, como demonstrado no capítulo primeiro do presente trabalho, o ilícito penal em regra ocasiona dano no âmbito civil. Para isso

analisa-se o art. 935, do Código Civil Brasileiro “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. 935 do CC, apesar de adotar o princípio da independência das jurisdições, em sua primeira parte, devendo as duas jurisdições serem livres, quando nos deparamos com o mesmo ilícito, que enseja reflexos nas duas jurisdições, deve existir uma superioridade da jurisdição penal, sobre a jurisdição civil, uma vez que, o mesmo dispositivo consagra tal preponderância, faz coisa julgada no civil a sentença penal.

Em outras palavras, a primeira parte do dispositivo deixa clara a independência das duas jurisdições, todavia, no mesmo artigo caput, o legislador preceitua uma dependência da jurisdição civil para com a criminal, na segunda parte do mencionado artigo, não podendo discutir na jurisdição civil o já transitado e julgado na penal.

Isso nos leva a pensar que a independência entre as duas jurisdições não é absoluta, e sim relativa. Existe uma interação entre as duas jurisdições, que é sentida em outros artigos como art. 63 do CPP, que fala sobre a ação civil *exdelicto*, “Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros”.

O que se nota, que um mesmo fato pode repercutir nas duas esferas, sofrendo responsabilização civil e penal, ainda, em determinados casos, a discussão fato e autoria não possam ser rediscutidas. Existindo mais de uma decisão sobre o mesmo fato ilícito, com pronunciamento diverso, acarretaria uma verdadeira injustiça. Pelo contexto e pelo direito atingido, penal ou civil, mesmo de tratando dos mesmos autores, o mesmo fato, não caracteriza o fenômeno do *bis in idem*, se a causa de pedir é diversa.

O art. 66 do CPP robustece a afronta ao princípio da independência das jurisdições, colocando, mais uma vez, em xeque a ideia de uma independência absoluta, entre as jurisdições. “Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”.

Ainda, ao arts. 64, 110 e 265, inc. IV do CPC relata que o magistrado civil, ao se deparar com uma ação que as partes tenham também ajuizado na esfera penal, está estando ainda pendente, pode suspender o andamento do processo até que a jurisdição criminal se pronuncie, para que aproveite a decisão prolatada.

Art. 110 - Se o conhecimento da lide depender necessariamente da verificação da existência de fato delituoso, pode o juiz mandar sobrestar no andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal.

Parágrafo único - Se a ação penal não for exercida dentro de 30 (trinta) dias, contados da intimação do despacho de sobrestamento, cessará o efeito deste, decidindo o juiz cível a questão prejudicial.

Conforme descreve Greco Filho (2009, p. 226) "A disposição do parágrafo único não quer dizer que o juiz do cível passa a ter jurisdição penal, mas simplesmente que o juiz cível decidirá *incidenter tantum* a questão necessária à decisão da causa principal como seu propósito lógico". A leitura, trás novamente, a superioridade da jurisdição penal em frente à civil, pois essa a decisão proferida pelo magistrado civil não faz coisa julgada na jurisdição criminal, apenas vincula o juiz ao dever de apreciar todos os litígios que chegam ao seu conhecimento.

A primeira vista, com a leitura de tal dispositivo, pode-se ter a impressão e que o juiz do cível, na hipótese de não ser exercida a ação penal dentro do prazo de trinta dias, passará a ter também a jurisdição penal, posto que nos termos da lei, o juiz cível decidirá a questão prejudicial. Porém, isso não retrata a verdade, pois o juiz decidirá apenas a questão necessária à resolução da causa principal, conforme verificamos na lição de Greco Filho (2009, p. 226) "A disposição do parágrafo único não quer dizer que o juiz do cível passa a ter jurisdição penal, mas simplesmente que o juiz cível decidirá *incidenter tantum* a questão necessária à decisão da causa principal como seu propósito lógico."

Diante do exposto, pode-se concluir que a independência existe, porém não está ligada a autoridade de cada jurisdição, pois ela é relativa, o que se pretende é uma independência quanto às ações civil e penal.

Acontece que com o adjunto da Lei nº 11.719/08, houve uma alteração do art. 387, IV, do CPP, que acarretou profundos efeitos na jurisdição penal e consequentemente no âmbito civil:

Art. 387 - O juiz, ao proferir sentença condenatória:

I - mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer;

II - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - aplicará as penas de acordo com essas conclusões;

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; (...).

Os demais incisos foram estudados no capítulo segundo, quando se delimitou os efeitos da sentença penal condenatória. O que interessa é a nova norma traga pelo inc. IV, do referido artigo.

Agora sim, o princípio da independência das jurisdições é relativizado, quase nem levado em consideração. O magistrado penal, ao proferir a sentença deve fixar o valor mínimo indenizatório. Ressalta-se que ele não tem a faculdade para tal. Acontece que a fixação de reparação advinda de algum dano, sempre fora competência do juiz civil, e agora o juiz penal tem a obrigação de fazer.

Nítida interferência da jurisdição penal na civil, por mais que exista a espera de um julgamento penal, para decidir litígios no civil. Em nada prejudicava a ação civil, contudo, agora, com a fixação do valor mínimo na esfera penal, o juiz civil fica vinculado a um quantum delimitado pelo magistrado penal, já que, por mais que seja mínimo, não poderá proferir sentença indenizatória menor da proferida no âmbito penal. A sentença penal condenatória tem enorme influência na jurisdição civil.

Quando o mesmo fato gerador da responsabilidade criminal e civil é o mesmo, Cavalieri Filho (1986, p. 351) indica que a justiça também deve ser uma só, nesse caso a responsabilização é um duplo processo, um civil e um penal, e não devem ser conflitantes.

Portanto, a justificativa para essa interferência feita pelo legislador foi na pretensão de dar maior celeridade aos processos, onde incidia as duas jurisdições, alegando que o magistrado civil, apesar de se deter ao mínimo indenizatório estipulado na sentença penal, não remove a jurisdição de fixar o valor indenizatório. Mesmo que tenha que relativizar, quase que por completo, o princípio da independência das jurisdições.

4.3 A SENTENÇA CONDENATÓRIA CRIMINAL ENQUANTO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL PARA FINS DE EXECUÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS À REPARAÇÃO CIVIL

Um dos efeitos, já analisados no capítulo segundo, da sentença penal condenatória é tornar certa a obrigação de indenizar. De tal modo, registra o art. 91, inc. I do CP “São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”.

Assim se o ilícito penal acarretar dano, o infrator fica obrigado a reparar o dano causado a vítima, não importando se a pior o ilícito é penal ou civil, o que importa é o dano, art. 927 do CC, “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Já que a sentença traz a confirmação da existência do ilícito.

A sentença penal condenatória faz coisa julgada no civil, ou seja, é título executivo, entra na fase de cumprimento da sentença. A sentença como título executivo judicial é o documento hábil pelo qual o Estado faz cumprir seu desejo. O Código de Processo Civil, art. 475-N, inc. II, traz entre os títulos executivos judiciais, a sentença penal condenatória transitada e julgada. Desta forma legisla o art. 63 do CPP:

Art. 63 - Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

O parágrafo único mostra que apesar da sentença penal condenatória ser arbitrado um quantum indenizatório, ficando a vítima insatisfeita, pode a vítima tentar executar o restante, que não foi definido, na esfera civil.

O ofendido tem o direito de conjuntamente com a ação penal, mover contra o infrator ação no âmbito civil, para ter seus direitos advindos dos danos sofridos sanados. Em nada a ação civil prejudica a penal, art. 64 do CPP:

Art. 64 - Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.

Parágrafo único - Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

Retira-se do referido dispositivo que, ainda não existindo ainda uma sentença penal condenatória transitada e julgada, pode-se socorrer a vítima, seu representante legal, ou seus herdeiros, da reparação civil. Partindo do pressuposto que as duas jurisdições são independentes, mesmo que as sentenças penais influenciem na esfera civil.

Ratificando esse juízo Olicio Sabino (2007, p. 275-276), afirma não ser necessária uma sentença penal condenatória transitada em julgada, para depois procurar a pleitear uma reparação civil. Podendo a vítima, independentemente, do julgado penal, desde já procurar o ressarcimento do dano, sem um título executivo judicial, anterior busca a reparação do dano material.

Contudo, poderá o magistrado civil suspender a ação que tramita na esfera civil, e esperar a decisão da ação proposta na esfera penal, com intuito de evitar sentenças contrárias, art. 110 do CPC, aplicam, “Se o conhecimento da lide depender necessariamente da verificação da existência de fato delituoso, pode o juiz mandar sobrestar no andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal.” Mais a frente, no mesmo diploma legal, igualmente, consagra a suspensão, da ação civil, na iminência de um julgado penal:

Art. 265. Suspende-se o processo:

(...)

IV - quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente.

Como título executivo judicial a sentença penal definitiva, fica munida de exigibilidade e certeza, porém falta a liquidez. A liquidação, quanto ao dano material, é feita por arbitramento, art. 475-C, do CPC, necessitando da ajuda de profissionais da área, quando imprescindível, como os peritos, usado no caso da sentença não estimar o quantum indenizatório. Na ocasião de não ser possível a execução por arbitramento, se faz por artigo, quando se tem que apresentar fato novo.

A liquidação por artigo acontece seguindo o procedimento ordinário, onde ocorre a citação do executado para que possa oferecer defesa, só assim será

delimitado o valor a ser pago pela indenização, e quem poderá receber, já que são permitidos, além da vítima, seu representante legal ou seus herdeiros.

Quando o dano for moral, Tourinho Filho (1979, p. 46) alerta que, não se pode utilizar nenhuma das duas execuções, visto que, não tem valor material ou dimensão matemática do dano, ficando definida pelo poder discriminatório do magistrado, que fixará na ação de execução do título judicial, se baseando nas normas legais.

Advertir, que quando a sentença penal condenatória for irrecurável também faz coisa julgada na jurisdição civil, para a responsabilização do dano ocorrido. Com o trânsito e julgado da sentença penal condenatória, para efeitos civis, o juiz civil não poderá questionar acerca da autoria ou do fato que geraram o ilícito, devendo apenas arbitrar a indenização a vítima.

Para se executar as decisões contidas na sentença penal condenatória, quando uma parte for líquida e a outra não, pode a vítima, requerer ao mesmo tempo, em outra ação a liquidação desejada:

Art. 475-I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo.

§ 1º É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.

§ 2º Quando na sentença houver uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta.

Observa-se que mesmo sendo tido como título executivo judicial, a sentença penal condenatória, não possui todos os elementos necessários para um título executivo, pois apesar de fazer a certa a obrigação de indenizar, não faz com que ela seja líquida. O que remete ao entendimento, de que apesar de ser um título, porque está no rol deles, e não ter liquidez faz existir a postulação de liquidez da decisão do magistrado, para posterior execução.

Todos esses dispositivos legais trazem o direito da vítima de ser ressarcida na esfera civil, advindos dos ilícitos penais. Devendo obedecer alguns requisitos para a propositura da execução da sentença penal condenatória: a sentença condenatória tem que ser transitada e julgada; a sentença tem que ser definitiva; a vítima precisa fazer a execução da quantia mínima proferida pelo magistrado criminal.

Anteriormente, os arts. 475-A e 475-H, disciplinavam que para a confirmação da execução do título executivo judicial, vindo de uma sentença penal, teria que ser feita a liquidação na jurisdição civil. Com as mudanças trazidas pela Lei 11.719/08, ao art. 63 do CPP e principalmente ao art. 387, IV do CPP, a partir de então, o magistrado tem o dever de arbitrar o mínimo indenizatório na sentença penal, tornando título executivo judicial.

O título executivo implantado pela aplicação do inc. IV, do art. 387 do CPP, faz coisa julgada no civil, tornado o quantum indenizatório irrecorrível, pois está protegido pelo efeito da coisa julgada. O que não impede de entrar com uma ação civil, para complementar a indenização, já que o que se decide é o mínimo indenizatório.

Contudo, agora, o ofendido pode executar a sentença penal, recebendo pelos danos, sem ao menos recorrer a jurisdição civil. Observar uma maior celeridade processual.

A sentença penal, desta forma, pode gerar, ao mesmo tempo, a possibilidade de uma execução do valor mínimo indenizatório, que é a parte líquida, e também a liquidação para que possa o ofendido buscar o quantum que resta. Assim, permite o ofendido obter a reparação do dano sem a necessidade de propor qualquer ação civil, mesmo que sendo um valor pequeno, o mínimo. Desta forma, o art. 63 do CPP, em seu parágrafo único prescreve:

Parágrafo único: Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

A sentença penal, desta forma, pode gerar, ao mesmo tempo, a possibilidade de uma execução do valor mínimo indenizatório, que é a parte líquida, e também a liquidação para que possa o ofendido buscar o quantum que resta.

Com a alteração vinda da Lei 11.719/2008, o art.63 do CPP, ficou em desarmonia com o art. 64, do mesmo diploma legal. O magistrado criminal tem o “dever” de fixar o valor mínimo encontro indenizatório, todavia, sem prejudicar a verificação do dano realmente sofrido, contradiz com a possibilidade de o ofendido ajuizar ação de reparação de danos, antes mesmo do ajuizamento na jurisdição penal.

Contudo, vale lembrar a lição traga por Rui Stoco (2012, p.319), que o ofendido, ou aquém a lei autoriza ajuizar em seu nome, não pode ajuizar no civil, com uma única ação, em busca de executar o valor mínimo da indenização, concomitantemente com o valor que percebe devido. Não poderá, ao mesmo tempo, executar valor líquido e certo e procurar o valor devido, o que remete, novamente, ao art. 475-I do CPC.

No entanto, pronunciando sobre o problema de liquidação da sentença penal condenatória, frente às modificações incididas pela Lei 11.719/2008, Rui Stoco (2012, p. 319), traz que as ações que possam vir ser propostas, são de conhecimento, e não de liquidação de sentença, pois se discute amplamente a causa, o fato, nexo causal, ilicitude, entre outros.

Diante de todo o exposto, pode-se rematar que a sentença como título executivo judicial, com a nova redação, torna-se de liquidez parcial, uma vez que, o ofendido pode concomitantemente liquidar e executar a sentença penal. E na ocorrência do ofendido, se der por satisfeito, com o quantum indenizatório mínimo fixado pelo juiz criminal, a liquidez passa de parcial, para total.

4.4 ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA LEI Nº 11.719/08 NA ALTERAÇÃO DO ARTIGO 387, IV, DO CPP

O entendimento de ser positiva ou negativa a entrada em vigor da Lei 11.719/2008, não é pacífico. As alterações advindas de sua promulgação, não apenas adicionou o dever do magistrado arbitrar o mínimo indenizatório na sentença criminal, art. 387, IV do CPP, com também trouxe inúmeras mudanças e posicionamentos doutrinários.

Primeiramente, toma-se o art. 387, IV do CPP, como estudo, para tanto se faz necessário, transcreve-lo na íntegra:

Art. 387 - O juiz, ao proferir sentença condenatória:

I - mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer;

II - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código

Penal;
III - aplicará as penas de acordo com essas conclusões;
IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; (grifo nosso).

Como existe uma obrigatoriedade do magistrado penal arbitra o mínimo indenizatório, ele não pode fugir de dizer o direito, o que o faz se deter melhor as provas e alegações tragas pelas partes ao processo. Não se depara apenas ao tipo em que se encaixa o ilícito, pois agora sua decisão vai muito além disso.

Destarte, o dever de fixar o mínimo indenizatório, sem que a parte lesada tenha pedido, torna a sentença incongruente, porquanto a sentença tem que decidir o mérito, em outras palavras, acolher ou não o que está nos pedidos das partes, e esse pedido não consta nos autos para ser julgado, sendo vedado sentenças *ultra petitae extra petita*.

Por outro lado, o juiz criminal por anteriormente não ser de sua alçada, fica com receio de arbitrar a indenização já na sentença, por isso alguns juizes criminais acabam arbitrando um mínimo baixíssimo para não interferir no julgado civil. Até então nenhum problema, já que o valor tem que ser mínimo.

A problemática que surge é que pelo fato de existir uma decisão prolatando uma indenização, muitas vitimas não procuram a orbita civil em busca de uma reparação, acabando por receberem um valor muito aquém da realidade. A vítima não preiteando uma ação civil para receber o real valor do dano, art. 63, CPP, o Estado não pode fazer nada, pois precisa de um impulso para funcionar.

Já nos casos em que se evidencia nítido dano moral, é de difícil apreciação pelo magistrado penal, ainda mais, em casos onde não ocorrem danos materiais, visto que, o legislador voltou-se a fixação dos danos materiais, ao estipular o mínimo indenizatório, tanto quando é aptidão do juiz civil, que tem uma estrutura maior, para analisar dano moral. Fica assim a vitima refém de uma propositura civil, para receber o que lhe é de direito. Para melhor entendimento, vide o subtítulo 4.5.

Por outro lado, mesmo o inc. IV do art. 387 do CPP trazendo a premissa, que nada poderá sofrer a procura dos verdadeiros danos sofridos pela vitima, quando se chega um valor, já arbitrado na sentença penal, para o juiz civil deliberar em cima desse quantum, acaba sofrendo interferência da sentença criminal na sentença civil.

Nota-se, por exemplo, quando o magistrado penal fixa um valor e se preitea no civil uma ação de reparação de danos, pelo mesmo ilícito, magistrado civil na

analisado título executivo judicial, achar que o valor decidido no âmbito penal é até maior do que ele julgaria esse não pode diminuir o já fixado pelo juiz criminal, devendo ser subordinado ao decidido na sentença criminal.

Ainda com a possibilidade da vítima, seus herdeiros, ou seu representante legal, pretearem, concomitantemente, na jurisdição penal e uma ação civil de reparação de danos, o juiz pode pedir a suspensão da demanda e aguardar o julgamento criminal, art. 64 do CPP. Acontece que é uma faculdade do juiz suspender a demanda civil, podendo, simplesmente não fazê-lo, o que pode acarretar julgados antagônicos quanto à quantia, a título de reparação.

Quando o magistrado decide, questão de responsabilidade, na sentença que deveria apenas julgar os delitos, que sucedem do ilícito penal, faz com que não exista uma correspondência entre a demanda e a sentença, visto que o réu se defende do ilícito penal, produz provas para esse fim, o que origina uma afronta ao princípio do contraditório.

Outro princípio desrespeitado, é o princípio da correlação, uma vez que é retirado do ofendido o direito de participar dos atos processuais, como um todo, antever os futuros efeitos e participar da formação da decisão, apenas esperando o valor estipulado cair sobre ele.

Mas não é de todo o mal, a modificação apresentada pela Lei 11.719/2008, principalmente quanto ao princípio da celeridade processual, fixando desde já um valor indenizatório, podendo a vítima se satisfazer com o montante, e não pretear nova ação. Sabe-se que os cartórios estão lotados, e a demora de respostas às demandas é inevitável. Com a fixação prévia, a vítima recebe a indenização, mesmo que sendo o mínimo, de forma mais célere, podendo pretear nova ação civil posteriormente.

Todavia, apesar de receber um valor acanhado, a realidade nos conduz a afirmar, que depois de transitada e julgada a sentença penal condenatória, são poucas as vítimas que buscam a seara civil para receber uma indenização pelos danos sofridos, e como já se tem uma sentença arbitrando um valor reparatório, sente-se ressarcida

Feita uma pesquisa de campo no cartório da 1º Vara Criminal, do Fórum Ferreira Junior, Cajazeiras, Paraíba, observou a partir dos dados levantados um total de 100 sentenças proferidas em 2008; 78 sentenças proferidas em 2009; 66 sentenças proferidas em 2010; 39 sentenças proferidas em 2011; 40 sentenças

proferidas em 2012; e 36 sentenças proferidas em 2013, totalizando o número de 359 sentenças proferidas do ano de 2008 a agosto de 2013. Conforme gráfico abaixo:

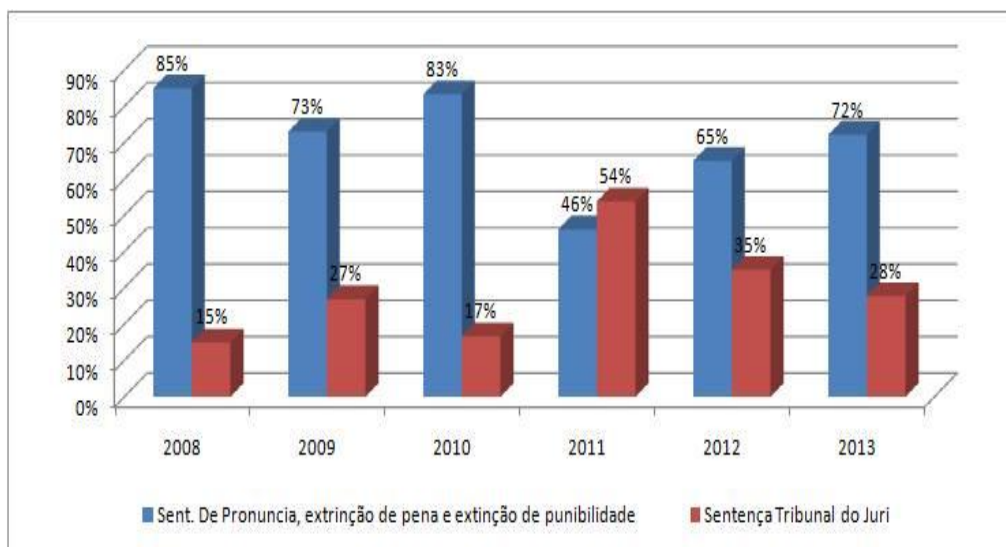


Gráfico 01. Total de sentenças proferidas¹

Das sentenças analisadas, o que interessa, ao presente estudo, são as sentenças proferidas no Tribunal do Júri sendo 15 no ano de 2008; 21 no ano de 2009; 11 no ano de 2010; 21 no ano de 2011; 14 no ano de 2012; 10 até agosto do ano de 2013. Assim, totalizando um número de 92 sentenças proferidas pelo Tribunal do Júri na Comarca de Cajazeiras do ano de 2008 a agosto do ano de 2013.

Todavia, no Tribunal do Júri o corpo de sentença decidiu por proferir 9 sentenças de condenação e 6 de absolvição, no ano de 2008; 13 sentenças de condenação e 8 de absolvição, no ano de 2009; 8 sentenças de condenação e 3 de absolvição, no ano de 2010; 14 sentenças de condenação e 7 de absolvição, no ano de 2011; 7 sentenças de condenação e 7 de absolvição, no ano de 2012; 3 sentenças de condenação e 7 de absolvição, até agosto do ano de 2013. Fazendo, assim, a totalidade de 38 sentenças de absolvição e 54 sentenças de condenação,

¹ Pesquisa realizada na 1ª Vara Criminal, do Fórum Ferreira Juniorno, na cidade de Cajazeiras, Paraíba, referente ao total de sentenças proferidas no período de 11 de fevereiro de 2008 à 13 de agosto de 2013.

proferidas pelo Tribunal do Júri na Comarca de Cajazeiras no ano de 2008 a agosto de 2013. Para tanto é mister observar o gráfico abaixo:

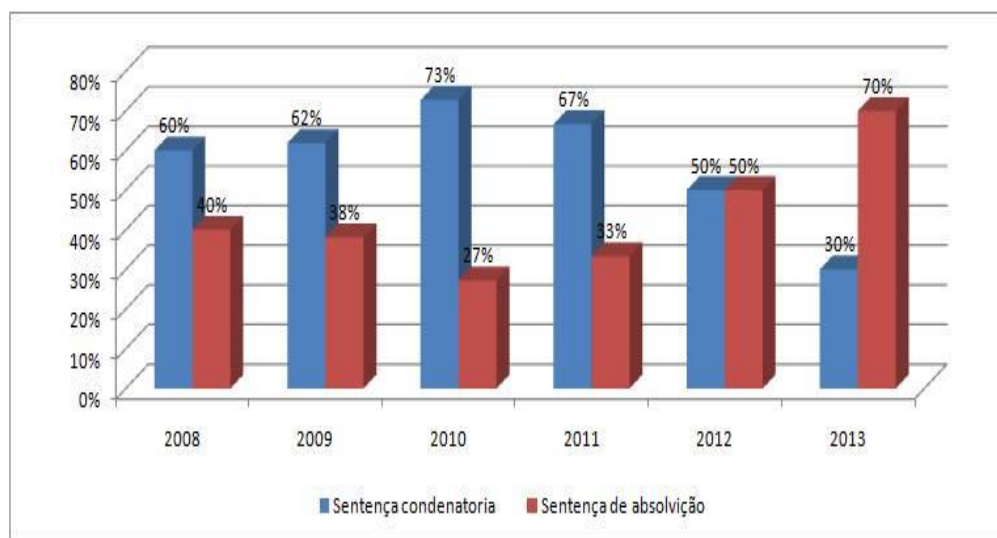


Gráfico 02. Sentenças proferidas no tribunal do júri na comarca de Cajazeiras-PB²

A pesquisa feita a partir do ano de 2008 (dois mil e oito), onde entra em vigor a Lei nº 11.719, até a data de 13 de agosto de 2003, demonstra uma realidade um tanto que diferente pretendida pelo legislador, pois em face de inúmeras sentenças proferidas nenhuma sentença penal condenatória fixou o mínimo indenizatório, e mesmo sendo um dever do juiz criminal e um direito da vítima não é cumprido.

O juiz presidente do Tribunal do Júri, atuante das datas referidas, apenas sendo substituído pela nobre juíza de direito Vanessa Moura Pereira no período do mês de junho a agosto de 2013, nada relatou acerca do fato, ou mesmo tempo o Ministério Público, que funciona como fiscal da Lei, não se manifestou, desde então. Todavia, o chefe do gabinete, Neuribertson Monteiro Leite, pronunciou, no sentido que a partir de então iria tomar todas as providências cabíveis, para a norma condita no art. 387, inc. IV fosse respeitada.

É gritante a falta de respeito com um direito inegável do ofendido, que continua a mercê de uma sentença penal condenatória, para tentar voltar ao estado que possuía antes do fato ilícito. Se considerar esse período onde não se foi

² Pesquisa realizada na 1ª Vara Criminal, do Fórum Ferreira Juníorno, na cidade de Cajazeiras, Paraíba, referente a sentenças proferidas no Tribunal do Júri, no período de 11 de fevereiro de 2008 à 13 de agosto de 2013.

cumprida a norma de fixação do mínimo indenizatório, temos um total de 54 vítimas lesadas, pela falta de cumprimento legal.

Muitos doutrinadores a veem como uma afronta a Constituição, ferindo o princípio da independência entre as jurisdições, ao comandar o juiz criminal o incurso da jurisdição cível.

4.5 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA DO ARTIGO 387, IV, DO CPP NA REDAÇÃO DA LEI Nº 11.719/08.

Antes de adentrar a inconstitucionalidade do art. 387, IV, do CPP, face ao princípio da independência entre as jurisdições prevista no art. 2 da Constituição Federal, se faz necessário apontar outros pontos, onde se pode apontar a presença de inconstitucionalidade do aludido dispositivo legal.

Fundamentalmente, a Constituição Federal em seu famoso art. 5, inc. V, garante ao ofendido o direito a indenização, a danos materiais, a imagem e a danos morais, que devem ser fixados desde que se profere a responsabilização do acusado, agora com a alteração da lei, dê da sentença penal condenatória.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Essa fixação é de difícil observação, tanto quanto, deve ter uma análise profunda dos supostos danos morais, o que não cabe em uma sentença onde se deve arbitrar um valor mínimo. O *quantum* decido está voltado, essencialmente, aos danos de cunho material, o que fere o disposto no art. 5, inc. V da CF.

Aos magistrados penal e civil, são atribuídas funções diversas. O direito penal prima em garantir todos os direitos, devidos, ao réu, durante o processo e na sua fase de execução, tem uma maior preocupação com o delinquente, de castiga-lo, ressocializá-lo, e até mesmo uma satisfação a sociedade, do que realmente com a vítima, essa é uma essência do Direito Criminal. No momento que passa arbitrar

valores de responsabilização por danos a vítima, fica clara uma afronta ao princípio do juiz penal garantidor, que beneficia o acusado.

Ao passo que a fixação do valor mínimo indenizatório não é uma faculdade do juiz, mas, sim, um dever, sendo obrigatória sua aplicação mesmo quando nenhuma das partes venha a pedir nos autos do processo, fere o sistema penal previsto na CF, qual seja, o acusatório.

O sistema acusatório tem como marcas características: a publicação dos atos praticados durante o processo, com exceção daqueles previstos como segredo de justiça; direito ao contraditório e ampla defesa não só do acusado, mas também do ofendido; funções de acusar, defender e julgar bem distintas, com sujeitos diversos.

Adverte-se que, ao dever de fixar o valor mínimo, sem a iniciativa probatória das partes, mistura na mesma pessoa do magistrado criminal celeridade de julgar e acusar, pois não tendo demanda no intuito de responsabilizar o acusado pelos danos causados a vítima, o juiz criminal fica com a tarefa de acusar o réu de ter causado danos ao ofendido passíveis de reparação.

O sistema penal acusatório também prioriza a igualdade entre as partes existentes no processo, todavia, com a aplicação do artigo 387, IV, do CPP, os direitos do ofendido são maiores do que as do acusado, pois o primeiro recebe quantum indenizatório, sem ao menos requerer, e o segundo fica vinculado a ressarcir sem ao menos se defender.

Isso remete ao insulto ao princípio do contraditório, um direito fundamental do ofendido. É retirado do acusado se defender da reparação a ele imposta, ficando tido como culpado pelos danos materiais e morais, sem um processo justo, que possa debater ponto por ponto, acerca do que está sendo acusado.

Surge a ideia de um juiz arbitrário que impõe sua decisão e pronto. Onde a presunção de inocência, é deixada de lado, e o devido processo legal é esquecido, o que leva a uma verdadeira injustiça.

Ainda, da análise do artigo 387, IV, do CPP na redação da Lei Nº 11.719/08, frente ao art. 5, nota-se outra afronta, agora no inc. LIV, que sagra o princípio da razoabilidade, ou princípio do devido processo legal, “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O princípio do devido processo legal funciona para dar direção a todos os participantes do processo, aplicando um senso comum entre todos, colocando os

princípios e o texto legal contido na Constituição em superioridade, as demais leis ordinárias. Mas com a propositura do artigo 387, IV, do CPP, tentou-se uma quebra desse princípio, uma vez que, vai de encontro com preceitos e direitos fundamentais, como o direito ao contraditório do acusado e a supremacia da Constituição as outras normas do ordenamento jurídico nacional. Borges Netto (2000, p.1), citando Hans Kelsen, disciplina de forma brilhante acerca da supremacia da CF:

O Direito possui a particularidade de regular a sua própria criação. Isso pode operar-se por forma a que uma norma apenas determine o processo por que outra norma é produzida. Mas também é possível que seja determinado ainda -- em certa medida -- o conteúdo da norma a produzir. Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior; a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior.

Entende que não se justifica a afronta ao princípio da independência entre as jurisdições, com base no princípio da supremacia da ordem pública, pelo menos no que tange a aplicabilidade do art. 387, inc. IV do CPP, visto que, a norma contida é de arbitrar uma indenização a vítima, e esse interesse é iminentemente privado, apesar de ter que ser julgado na esfera penal.

Diante, de tantos princípios transgredidos com a nova redação dada pela Lei Nº 11.719/08 ao artigo 387, IV, do CPP, chegamos a afronta cardeal, qual seja, ao princípio da independência entre as jurisdições, porque se o legislador não tivesse estabelecido a fixação, desde logo, do valor mínimo na sentença condenatória penal, e deixado a cargo da jurisdição civil, toda e qualquer indenização advindas de ilícitos, toda essa discussão cairia por terra.

O princípio da independência entre as jurisdições tem respaldo em outro princípio constitucional, o princípio da separação dos poderes. Mas antes de qualquer coisa é imprescindível tecer a propósito dos princípios que regem a jurisdição, uma vez que já se delimitou o conceito e a abrangência da jurisdição, no capítulo segundo do presente trabalho, o que Humberto Theodoro Junior (2006, p. 43), faz com maestria:

a) o princípio do juiz natural: só pode exercer a jurisdição aquele órgão a que a Constituição atribui o poder jurisdicional. Toda origem, expressa ou

implícita, do poder jurisdicional só pode emanar da Constituição, de modo que não é dado ao legislador ordinário criar juízes ou tribunais de exceção, pra julgamento de certas causas, nem tampouco dar aos organismos judiciários estruturação diversa daquela prevista na Lei Magna;

b) a jurisdição é improrrogável: os limites do poder jurisdicional, para cada justiça especial, e, por exclusão, da justiça comum, são os traçados pela Constituição. Não é permitido ao legislador ordinário altera-los, nem para reduzi-los nem para amplia-los;

c) a jurisdição é indeclinável: o órgão constitucionalmente investido no poder de jurisdição tem a obrigação de prestar a tutela jurisdicional e não a simples faculdade. Não pode recusar-se a ela, quando legitimamente provocado, nem pode delegar a outros órgãos o seu exercício.

A respeito do principio do juiz natural, a constituição Federal deve atribuir o poder de exercer a jurisdição, devendo, acerca da jurisdição dos magistrados, ser procedido pela CF. o dever de fixar o mínimo indenizatório, adveio de uma Lei ordinária, o que é vedado fazer por lei, pois cabe a cada jurisdição a competência que lhe é de direito, a jurisdição penal, a análise e o julgamento dos delitos e a jurisdição civil os decorrentes de ilícitos civis, segundo a Constituição, art. 2, elas são independentes.

O que se observa é que os limites delineados pela Constituição não são respeitados, a jurisdição penal tem sua jurisdição expandida, e isso invade os julgados civil, além da fixação do mínimo indenizatória, também, na possibilidade de suspensão da ação civil, pelo juiz civil, para esperar julgado criminal.

A independência das jurisdições, também, deve trazer uma harmonia e igualdade entre ambas, o que não se observa, visto que, a jurisdição penal e colocada em escala de superioridade com relação a civil, e, ainda, pode trazer prejuízos aos julgados civil, devido a vinculação a sentença penal condenatória transitada em julgado, que é obrigatória.

De tal modo, o juiz civil fica distrito a uma sentença de outra jurisdição, embora a matéria em discussão é objeto de sua competência, o que trás a noção de uma competência concorrente, entre as duas jurisdições. E conseqüentemente uma relativização do principio da independência entre as jurisdições.

Uma das respostas a essa ofensa ao principio da independência das jurisdições, é a predominação do principio da ordem publica, e já que as matérias penais são nessa ordem, o passo que a meteria civil é voltada aos diretos particulares, deve ter um patamar de superioridade, disciplina a esse respeito Campos (1958, p. 367):

E como os que invocam a mencionada razão não aceitam a regra de reciprocidade de influência entre as coisas julgadas em distintas jurisdições, não há como excluir como improcedente a aludida razão, fechando-se, finalmente, o circuito lógico em torno à única razão determinante do caráter prejudicial da coisa julgada criminal, a saber, a razão do maior peso ou da maior intensidade com que se exteriorizam no Juízo Penal os motivos de ordem pública que no civil têm caráter mais remoto ou, se quiser, de segundo plano.

Todavia, a resposta, pelo menos a mais plausível, a aplicação da norma contida no ins. IV do art. 387 do CPP, se justifica tendo base em outro princípio constitucional qual seja o da celeridade processual, trago pela Emenda Constitucional 45. Onde se parte da premissa de um processo com tempo razoável de duração, levando em consideração que nenhuma das partes deve prejudicada pelo tempo de tramitação do processo.

A tramitação processual deve se dar em um tempo necessário para dar respostas ao mérito, findando a contenta e dando uma resposta a vítima, réu e a sociedade. Não se deve apenas esperar uma resposta do Estado ao caso concreto, mas também uma tutela jurisdicional tempestiva e eficaz.

Não é novidade a situação do sistema judiciário nacional, repleto de processos em tramitação, com uma duração enorme, alguns com muitos anos, o que trás infelicidade para a vítima e a sociedade que chega a desacreditar na justiça, já que a lei demora anos para ser cumprida.

Em consequência desses fatos, o legislador com o intuito de tornar mais rápida a prestação jurisdicional, no que se fala de ressarcimento de um dano a vítima, advinda de um ilícito penal, pois desde já ela recebe, mesmo que mínimo, um valor indenizatório pelo dano sofrido, de forma mais rápida e eficaz, já que a sentença penal condenatória torna-se título judicial executivo, o que não lhe impede de buscar a jurisdição civil, no caso de não se satisfazer pelo quantum estipulado.

Diante de tudo mencionado, se observa uma relativização do princípio da independência entre as jurisdições, civil e penal, mesmo que esse termo seja usado para acobertar a inconstitucionalidade do art. 387, inc. VI. É certo que ao proferir o mínimo indenizatório na sentença penal, o magistrado criminal, mesmo que não seja sua intenção, acaba influenciando e invadindo a órbita da jurisdição civil, ao tempo que coloca em choque a celeridade dada ao processo, porquanto a vítima é ressarcida mais rapidamente, sem a precisão de uma nova ação civil *ex delicto*, e diminui o número de processos pendentes nos cartórios.

CONCLUSÃO

Os efeitos da sentença penal condenatória na responsabilidade civil, vista através da alteração no art. 387, inc. IV, advinda da introdução da mudança implementada pela Lei nº 11.719/2008 gerou vários questionamentos. Esta mudança trouxe profundas modificações no ordenamento jurídico, pois a partir de sua publicação, o magistrado penal passa a ter um dever de fixar o mínimo indenizatório na própria sentença criminal, onde antes era competência apenas da jurisdição civil.

Foram colocados em debates dois princípios constitucionais, o princípio da independência das jurisdições, civil e penal, e o princípio da celeridade processual, ou razoabilidade do processo, preditos, respectivamente nos art. 2º e art. 5º, inc. LXXVII, ambos da Constituição.

O art. 935 do CC, pelo que se verificou, confirma que o sistema normativo nacional abraçou o princípio da independência entre as jurisdições, extraído de seu interior que, as jurisdições, civil e penal, são independentes entre si. Contudo, o legislador estabeleceu que as sentenças criminais fizessem coisa julgada no âmbito cível.

Depreendeu-se da pesquisa que o princípio da independência entre as jurisdições é claro, não podendo uma jurisdição interferir e nem influenciar na outra. Contudo o art. 387, inc. IV está em desacordo com o tal princípio constitucional. O juiz criminal passa a arbitrar um valor mínimo, que tem base para um futuro valor decidido no âmbito penal, nos casos que a vítima busca esse ressarcimento, já que não se pode questionar o valor arbitrado na jurisdição penal, que faz coisa julgada.

Identificou-se que apesar de parecer inofensiva a redação do art. 387, inc. IV, do CPP, ela deixa o juiz civil adstrito a uma decisão criminal, ao ponto de que se achar que o valor mínimo arbitrado é acima do que arbitraría, não podendo mudar o já decidido. Assim, mesmo que não tenha tirado a competência do magistrado civil de julgar os danos advindos de ilícitos, aplicando uma reparação, os deixou restrito ao pronunciamento criminal. Percebeu-se que seria ideal um capítulo independente, na própria sentença penal, abordando sobre o quantum indenizatório.

Assim, o juiz civil é obrigado, é um pode/dever de decidir o valor mínimo fixado na sentença penal condenatória, confundindo no mesmo sujeito o dever de

julgar e acusar, o que vai de contraponto ao sistema penal acusatório adotado no Brasil.

Verificou-se ainda que, infelizmente, a prática mostra que o art. 387, inc. IV, do CPP é um instrumento jurídico esquecido, especialmente pela pesquisa realizada no cartório da 1ª Vara do Fórum Ferreira Junior na cidade de Cajazeiras, Paraíba, onde nenhuma sentença penal condenatória, proferida no período da entrada em vigor da mudança implementada pela Lei nº 11.719/2008, até o agosto de 2013, fixou o valor mínimo indenizatório.

Contudo, verificou-se que as mudanças não são de fácil aplicabilidade, e trazem até certa insegurança ao magistrado, mas nada pode justificar o não dizer o direito, tanto que o magistrado, mesmo observando que não existe possibilidade de arbitrar um valor, deve, ao menos, constatar o que levou a não proferir a responsabilização. Retira-se dos dados obtidos, que apesar se estar em vigor, e ser obrigatória, a mudança do art. 387, inc. IV tem que ter uma maior fiscalização por parte do Ministério Público, que é o verdadeiro fiscal da Lei e também da sociedade, que está perdendo a não aplicação de um instrumento valioso de celeridade processual.

Todavia, o que se percebeu foi uma relativização do princípio da independência entre as jurisdições cada vez maior em detrimento de outros princípios, como o da celeridade processual, uma vez que, não se pode falar de um princípio da independência entre as jurisdições civil e penal absoluto.

Apesar dos pontos negativos identificados com o advento da Lei nº 11.719/2008, não se pode deixar de verificar os benefícios principalmente os trazidos para a vítima, e fazer uma análise, sempre lembrando que existem direitos que são por sua origem, fundamentais aos seres humanos, como a vida, a liberdade e a dignidade, e uma vez violados devem ter uma resposta judicial não só de cunho penal, pena/castigo, mas também civilmente de forma reparatória.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

AZEVEDO, Vicente de Paulo. Crime – dano – reparação. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 10, 1934.

BEVILAQUA, Clovis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1976, p.270

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, volume 1: parte geral. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BORGES NETTO, André Luiz. A razoabilidade constitucional. (o princípio do devido processo legal substantivo aplicado a casos concretos). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/820>>. Acesso em: 01 set. 2013.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.html>. Acesso em: 13 ago. 2013.

BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 02 set. 2013.

BRASIL. **Lei Nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 02 set. 2013.

CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 2. 1958.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 1.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 7. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, José de Aguiar. Apud Mendes Pimentel. **Da responsabilidade Civil**. 8ª edição; 2º volume. Rio de Janeiro: Forense, 1987

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed., vol. III, São Paulo: Malheiros, 2004

FABBRINI, Renato; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 24. ed. v. I. São Paulo: Atlas, 2008. 483 p.

FIÚZA, César. **Por Uma Nova Teoria do Ilícito Civil. Universo Jurídico**. Juiz de Fora, ano XI, 24 de fev. de 2005. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2027/por_uma_nova_teorias_do_ilicito_civil>. Acesso em: 08 ago. 2013.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 13. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil**, Volume XI, Editora Saraiva, São Paulo, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 7. ed. v. I. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p.179

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 9 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PACHECO, DenilsonFeitoza. **Direito Penal: teoria, crítica e práxis**, 5ª ed., ver. e atual. com Emenda Constitucional da "Reforma do Judiciário". Niterói, RJ: Impetus, 2008.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. A construção da Justiça Restaurativa no Brasil. O impacto no sistema de Justiça criminal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1432, 3 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9878>>. Acesso em: 28 ago. 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1: parte geral. 1. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 408.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 3. ed., Forense, São Paulo. 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, 17ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1994.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência, 8ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. **A Responsabilidade Civil Subjetiva como regra geral no Novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, V. I. 45ª edição, São Paulo: Forense, 2006

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, V. II. São Paulo: Saraiva, 2003

ULPIANO. **Digesto de Justiniano – Liber Primus**. Trad. Hélcio Maciel França Madeira. Ed. bilíngue, 3. ed. São Paulo: RT e Centro Universitário FIEO, 2002.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**, 3, ed. São Paulo: Atlas, 2003.