



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ
CAMPUS ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA
CURSO: BACHARELADO EM DIREITO

EGILDO DOS SANTOS ARAUJO
MATHEUS SOARES SPINDOLA

O DEVER DE IDENIZAR EM DECORRÊNCIA DA LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA

Parnaíba – PI

2015

EGILDO DOS SANTOS ARAUJO
MATHEUS SOARES SPINDOLA

O DEVER DE IDENIZAR EM DECORRÊNCIA DA LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Universidade Estadual do Piauí como um dos
pré-requisitos para a conclusão do curso de
Bacharel em Direito, sob orientação do
professor especialista Gerson de Sousa Batista

Biblioteca UESPI PHB
Registro N° 41482
CDD 342.151
CUTTER A658d
V 01 EX. 01
Data 15 / 03 / 16
Visto _____

Parnaíba – PI

2015

A658d

Araujo, Egildo dos Santos; Spindola, Matheus Soares.

O dever de indenizar em decorrência da legítima defesa putativa /
Egildo dos Santos Araujo; Matheus Soares Spindola - Parnaíba:
UESPI, 2015.

56 f.

Orientador: Esp. Gerson de Sousa Batista.

Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Estadual do
Piauí, 2015.

1. Responsabilidade civil 2. Legítima defesa putativa 3. Ato ilícito I.
Batista, Gerson de Sousa Batista II. Universidade Estadual do Piauí
III: Título

CDD 342.151

EGILDO DOS SANTOS ARAUJO
MATHEUS SOARES SPINDOLA

O DEVER DE IDENIZAR EM DECORRÊNCIA DA LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Universidade Estadual do Piauí como um dos
pré-requisitos para a conclusão do curso de
Bacharel em Direito, sob orientação do
professor especialista Gerson de Sousa Batista

Aprovada em ____ / ____ / ____

Banca Examinadora

Prof. Esp. Gerson de Sousa Batista

ADV. Esp. Ana Carlyne Fontinele Da Silva

Prof. Esp. Renato de Brito Araribóia Bacellar

*Dedicamos esse trabalho a Deus e as
nossas famílias.*

AGRADECIMENTOS

Agradecemos primeiramente a Deus, por ser o nosso sustentáculo, mantendo-nos firma e renovando a nossa caminhada da vida, aos nossos pais que sempre nos apoiaram e nos incentivaram para o melhor, aos nossos irmãos com quem sempre podemos contar, aos nossos professores pela contribuição proporcionada, a todos os nossos amigos (as), e a quem mais possa de alguma forma ter contribuído.

RESUMO

O presente trabalho se destinou ao estudo da legítima defesa putativa no que se refere a suas consequências com relação a responsabilidade penal e também com relação a responsabilidade civil pelos danos produzidos por ela. A responsabilidade civil, do termo em latim *respondere*, que significa uma qualidade do que é responsável, configura-se em uma das principais conquistas modernas do Direito, pois representa a garantia mais significativa de proteção aos bens, sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais, mediante a reparação de todo e qualquer tipo de dano causado por ato ilícito. O dever de reparar pode ser aferido conforme a culpa, ou mais acertadamente, prova da culpa, no caso da responsabilidade civil subjetiva, ou por ela já presumida, no caso da responsabilidade civil objetiva. A legislação brasileira no que concerne ao tema, adotou como regra, a responsabilidade subjetiva, tendo por base a aferição da culpa do agente. O ordenamento jurídico possui causas de exclusão da responsabilidade, as quais incidem tanto na esfera penal, como na civil. Sendo a legítima defesa uma dessas causas. Ainda existe a legítima defesa putativa, sendo que esta somente possui relevância para eliminar a responsabilidade penal, caso o erro seja inevitável, permanecendo todos os efeitos quanto a responsabilidade civil. A legítima defesa putativa tem como fundamento o § 1º do artigo 20 do Código Penal, consistindo em imaginar-se estar praticando a legítima defesa real, levando-se a erro pela situação de fato. O instituto em análise tem natureza jurídica prevista pela doutrina como discriminante putativa por erro de tipo ou discriminante putativa por erro de proibição, isso variando conforme a teoria aplicada. Portanto, o Direito dispõe de aparato teórico hábil a fundamentar a reparação ampla dos danos.

Palavras-chave: legítima defesa putativa, responsabilidade civil, dano, ato ilícito, dever de indenizar.

ABSTRACT

This work is intended to study the putative self-defense with regard to its consequences with regard to criminal liability and also with respect to civil responsibility for damage caused by it. Civil responsibility, from the Latin term *respondere*, meaning a quality that is responsible, is configured in one of the main modern achievements of law, as it represents the most significant guarantee for the protection of assets, whether physical or non, by all repair and any damage caused by tort. The duty to repair can be gauged as guilt, or more accurately, proof of fault in the case of subjective liability, or she already presumed, in the case of objective liability. Brazilian law regarding the subject, adopted as a rule, subjective responsibility, based on the assessment of the agent's fault. The legal system has grounds for exemption from liability, which affect both the criminal sphere, as in civil. It is the self-defense of these causes. There is still the legitimate putative defense, and this has only relevance to eliminate criminal responsibility if the error is inevitable, remaining all intents and purposes as a liability. The putative self-defense is based § 1 of Article 20 of the Penal Code, consisting of imagine yourself be practicing real legitimate defense, taking the error by the fact situation. The institute in question is provided for by legal doctrine as putative discriminating by error type or by discriminating putative error ban, this varying with the applied theory. Therefore, the law has skilled theoretical apparatus to justify the extensive repair of the damage.

KEYWORDS: legitimacy punitive defense; civil responsibility; damage; illegal act; duty to indemnification.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPITULO 1	12
1.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DEVER DE INDENIZAR.....	12
1.2 DELINEAMENTOS HISTÓRICOS.....	13
1.2.1 Vingança privada	13
1.3 SISTEMA DE COMPOSIÇÃO DO DANO.....	14
1.4 SURGIMENTO DA RESPONSABILIDADE AQUILIANA.....	15
1.5 SURGIMENTO DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 1916.....	16
1.6 SURGIMENTO DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002.....	16
1.7 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	17
1.7.1 Ato Ilícito	17
1.7.2 Conduta	18
1.7.3 Dano.....	19
1.7.4 Nexo de Causalidade	21
1.7.5 Culpa.....	22
1.8 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	23
1.8.1 Responsabilidade Civil Objetiva.....	24
1.8.2 Responsabilidade Civil Subjetiva	26
CAPÍTULO 2	28
2.1 LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA	28
2.2 DESCRIMINANTES PUTATIVAS.....	30
2.3 CONCEITO DE LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA.....	30
2.4 NATUREZA JURÍDICA DA LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA E SUAS CONSEQUÊNCIAS.....	32
2.4.1 Considerações	32
2.5 NATUREZA JURÍDICA E CONSEQUÊNCIAS DAS DESCRIMINANTES PUTATIVAS SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA NORMATIVA PURA (EXTREMADA) DA CULPABILIDADE.....	34
2.5.1 Erro de Proibição	36
2.6 TEORIA LIMITADA DA CULPABILIDADE APLICADA AS DESCRIMINANTES PUTATIVAS	37
2.6.1 Discriminante por Erro de Tipo.....	38
2.7 LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA COMO HIPÓTESE DE ERRO DE PROIBIÇÃO OU ERRO DE TIPO	40

CAPÍTULO 3	42
3.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL SOBRE DANOS RESULTADOS DA LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA	42
CONDIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

INTRODUÇÃO

Inicialmente é preciso fazer menção acerca da importância da tutela que o ordenamento jurídico concede no tocante à proteção jurídica dos bens. O Direito garante uma proteção a todos eles, sejam de natureza pessoal, patrimonial ou extrapatrimonial, proporcionando segurança e amparo, visando assim uma convivência harmônica, e, por conseguinte, sem esta garantia a sociedade estaria mergulhada numa incerteza, numa insegurança intensamente desconfortável.

A esse respeito, sem a tutela jurídica adequada, fundada em princípios de justiça, possivelmente, a humanidade estaria vulnerável a formas primitivas de resolução de conflitos, utilizando de meios inadequados e provavelmente violentos, o que se tem demonstrado ao longo da história em sociedades remotas, as quais chegaram a instituir a vingança privada: um meio de resolução de conflitos, de cunho pessoal, desproporcional, sem critérios justos e impetuoso, baseado no sentimento de vingança.

Diferentemente disso, a sociedade moderna, e atualmente a sociedade contemporânea instituiu formas de resolver conflitos com base na equidade, em princípios justos, vindo estes a contemplar formas evoluídas, que vem se aperfeiçoando com as mudanças sociais, pois o direito não é estático, ele evolui juntamente com a sociedade. Ele evolui para atender novas necessidades sociais que vão surgindo.

Destarte, o Direito evoluído e em consonância com as necessidades atuais, criou meios que visam garantir o equilíbrio e a harmonia na sociedade. Para isso concebeu normas para proteger todos os bens; a vida, o patrimônio; estipulando sanções para quem os ofender, pois a sanção é o meio de inibir as condutas agressivas, ofensivas a estes bens.

Criou-se também, formas de recuperar o equilíbrio abalado em relação aos danos provocados ilicitamente. Pois não se admite em direito que um prejuízo fique

sem a devida reparação, sendo a restauração deste equilíbrio uma necessidade essencial para o agente prejudicado.

Neste sentido foi instituída a responsabilidade civil, visando a reparação de todo e qualquer dano resultado de um ato ilícito, assim para abranger as mais variadas formas de danos, que podem derivar também das mais diversas situações fáticas, portando dificultando o processo de análise dos critérios necessários para determinar o dever de reparação dos danos, criou-se várias espécies de responsabilidade civil.

O dever de reparar o dano pode ser aferido conforme a culpa, ou independente dela. Assim instituiu-se a responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva. A primeira se baseia num critério rigoroso do exame da culpa, já a segunda considera a culpa, presumida, sem necessidade de aferição. Isto é necessário para abranger os mais complexos casos de reparação de danos. Como por exemplo, os danos originados pela legítima defesa putativa.

A legítima defesa putativa (ficta) é um instituto do Direito Penal com efeito no campo do direito civil, sendo um comportamento realizado como se fosse uma legítima defesa real e com ela se confundindo em muitos aspectos. Desta maneira, sendo a legítima defesa real uma excludente de ilicitude tanto na esfera penal como na esfera civil, não ensejando a responsabilidade penal, nem a responsabilidade civil, faz-se necessário investigar os efeitos produzidos pela primeira.

Assim, far-se-á um exame dos efeitos no campo do Direito Penal e também um estudo sobre a responsabilidade civil para verificar se há responsabilização nesta área e quais os fundamentos quanto ao dever de reparar os danos decorrentes da legítima defesa putativa.

Com efeito, em relação ao referido instituto; será necessário conceituá-lo, identificar sua tipificação no Código Penal, verificar a natureza jurídica e consequências penais. Sendo que para aferir a responsabilidade pelos danos, será necessário utilizar tanto a responsabilidade subjetiva quanto a responsabilidade objetiva, buscando amparo na doutrina, na legislação e na jurisprudência pátria.

CAPITULO 1

1.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DEVER DE INDENIZAR

A etimologia aponta que a palavra responsabilidade vem do latim “*respondere*”, que significa uma qualidade do que é responsável, contendo sentido de assumir um encargo em decorrência de algo que provocou. O significado da palavra se traduz na obrigação de não causar nenhum evento danoso, reforçado pelo entendimento do dever de arcar com as consequências do fato causado pelo seu comportamento.

Conforme STOCO (2010, p. 144)

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim **respondere**, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana.

Já o dever de indenizar está contido no conceito de responsabilidade civil, sob o qual se pode afirmar, que a todos os membros da sociedade são assegurados a proteção jurídica de seus bens, sendo garantido, em caso de dano injusto causado, a obrigação de restaurar, de reestabelecer o estado anterior da situação, ou seja, sempre que alguém causar um prejuízo a outro, não justificado juridicamente, surge o dever de repará-lo. Essa reparação geralmente é traduzida na forma de indenização feita através do pagamento em dinheiro ao sujeito prejudicado.

Dicionário da Língua portuguesa nos aponta o sentido de indenização:

O termo **indenização** refere-se à compensação devida a alguém de maneira a anular ou reduzir um dano, geralmente, de natureza moral ou material, originado por incumprimento total, ou cumprimento

deficiente de uma obrigação, ou através da violação de um direito absoluto.

Pode se dizer que é um conceito dentro de outro mais abrangente, sendo que sempre que se quiser conceituar ou aferir o dever de indenizar, faz-se necessário adentrar ao conceito e ao estudo da Responsabilidade Civil, referindo-se a todas as situações nas quais alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato ilícito danoso. Como pode se ver, este é um assunto de grande relevância, pois um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social.

A esse respeito deve-se utilizar como justificativa do dever de indenizar, os mesmos argumentos que fazem parte da responsabilidade civil, os quais são amplamente tratados no Ordenamento Jurídico atual. Então podemos fazer menção aos argumentos de que a ninguém é dado o direito de violar direitos e causar danos a outrem (princípio do *neminem laedere*), isso é consequência de que todos têm direito a preservação de seus bens. Sejam eles de que natureza forem, sempre estarão sob proteção jurídica, e com espírito de justiça, de dar a cada um o que é seu, conseqüentemente, ocasionando a obrigação de reestabelecer o equilíbrio patrimonial ou extrapatrimonial, econômico ou não econômico abalado, isto é, restaurar o status quo ante.

De acordo com VENOSA (2013, p.1)

Em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. Haverá, por vezes, excludentes, que impedem a indenização, como veremos. O termo *responsabilidade* é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.

1.2 DELINEAMENTOS HISTÓRICOS

1.2.1 Vingança privada

A teoria clássica sustenta que para existir a responsabilidade é necessária a existência do dano, da culpa do autor da conduta e a relação de causalidade, entretanto, nos primórdios da sociedade bastava a ocorrência do prejuízo para a repulsa instintiva à ofensa. A história da convivência humana sempre foi permeada por contendas sociais. Estas são das mais variadas natureza, atingindo tanto o indivíduo como seus bens, sendo que primitivamente, não se dispunha de métodos mais apurados para a resolução dos conflitos, prevalecia uma reação pessoal, impulsiva e imediata ao dano ocorrido, reação esta, com o intuito de atingir o ofensor para causa-lo outro dano como meio de vingança pelo desequilíbrio causado. Predominava o que a teoria passou a denominar de vingança privada.

De acordo com GONÇALVES (2015, p. 18)

Nos primórdios da humanidade, entretanto, não se cogitava do fator culpa. O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava, ainda, o Direito. Dominava, então, a vingança privada, "forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal.

Nestas épocas as maneiras de reação aos injustos provocados, encontrou suposto fundamento no princípio de talião, que tinha origem na antiguidade, no código de Hamurabi, segundo o qual pregava que o mal sofrido deveria ser compensando por outro ao mal causado ao seu autor. Baseando-se no princípio: "olho por olho, dente por dente".

1.3 SISTEMA DE COMPOSIÇÃO DO DANO

Posteriormente, esse método evoluiu para o sistema de composição do dano, onde a vítima deixa de pagar o mal somente com o mal e passa a dispor de outras formas de compensação, ficando a sua escolha a forma de composição, podendo ser uma reparação de cunho econômico ou mesmo o antigo método da agressão. Entretanto, a vingança ainda era fundamento para a reintegração do prejuízo sofrido.

Numa época mais avançada, com a consolidação de uma autoridade soberana, os que tinham poder para legislar, passaram a proibir a vítima de praticar justiça com as próprias mãos, tornando-se obrigatória a composição econômica do nado, que antes era opcional. Esta é a época do surgimento do Código de Ur-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas.

Já nos tempos dos Romanos, surgiu a diferença entre pena e reparação, e as noções de delitos públicos (aqueles mais ofensivos a convivência social), onde a pena de natureza econômica era arrecadada para os cofres públicos e os delitos privados (de cunho mais pessoal), aqueles em a prestação era direcionada à vítima. Nesta época o Estado assumiu a ação repressiva, que antes era privada, surgindo a indenização, de natureza econômica ao particular.

1.4 SURGIMENTO DA RESPONSABILIDADE AQUILIANA

Importante mencionar neste contexto o instituto da Lex Aquilia, apontado pela doutrina como um divisor de águas da responsabilidade civil, este instituto foi interpretado no sistema romano da responsabilidade, como princípio pelo qual se aplica punição ao culpado por danos injustamente provocados, independentemente da existência de relação negocial preexistente, era o princípio da responsabilidade aquiliana. Nesta evolução é importante frisar que o Direito francês inseriu a culpa como pressuposto da responsabilidade civil aquiliana, vindo a influenciar muitas legislações, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916.

No Brasil, na época imperial já se esboçava um estado mais avançado no Direito, em relação ao assunto em tela. Nesta época houve a transformação do antigo código criminal em código civil e criminal, por força da Constituição do Império, passando a abranger tanto os injustos civis como os criminais, agora reguladas por uma só lei as duas esferas. Assim, fundado em princípios de justiça e equidade são previstas formas de reparação natural, se possível, ou a reposição indenizatória, inclusive com avanços de outros encargos como juros, solidariedade, e transmissão sucessória da responsabilidade aos herdeiros.

De início a condenação criminal era pressuposto para gerar o dever de indenizar. A condenação criminal também gerava a responsabilidade de reparar o dano. Posteriormente, houve a separação, uma independência entre as esferas civil e criminal. Então, não era mais necessário condenar criminalmente para resultar no direito de indenizar.

1.5 SURGIMENTO DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 1916

No sentido de maior evolução, já em tempos mais recentes surgiu o Código Civil de 1916. Este pautou o dever de reparação do dano; ao exame da culpa, sendo necessária a constatação da mesma em relação à conduta (ação ou omissão) do causador para determinar a obrigação de indenizar. Somente em poucos casos o código expressou a culpa presumida do agente (art.1.528, 1.529, ...).

Em um estágio mais avançado do Direito brasileiro, devido ao surto tecnológico e o aumento dos acidentes de trabalho, ganhou força a teoria do risco, baseada no risco objetivo, por ser mais adequada a proteção da vítima (parte hipossuficiente da relação jurídica), sendo utilizada para fundamentar os casos não abrangidos pelo sistema tradicional de aferição da culpa. Aqui há obrigação de indenizar mesmo sem culpa do patrão ou da vítima. Ressalte-se que essa obrigação resulta do risco gerando pelo empreendimento da atividade de trabalho.

A teoria do risco se baseia na ideia de atividade perigosa, atividades que geram perigo à vítima, fundamentando-se a responsabilidade civil num princípio de equidade do Direito romano. Segundo este princípio quem empreende atividade para auferir lucros, gera potencial perigo, devendo arcar com as consequências resultantes de sua atividade. É um meio que o direito encontra para compensar a situação de desvantagem da vítima em relação aos proprietários dos meios de produção.

1.6 SURGIMENTO DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

Contemporaneamente o Código Civil de 2002, assim como o de 1916 também adotou a teoria da responsabilidade civil subjetiva, a teoria fundada na culpa, consubstanciada nos artigos: 186 e 927, bem como a teoria da responsabilidade objetiva em alguns casos expressos em seus artigos: 936 e 937 e seguintes, ainda permitindo a subsistência de dispositivos da legislação esparsa que também contemple esta última. Tendo como exemplo atual Código de Defesa do Consumidor que estabelece a responsabilidade civil objetiva do fornecedor.

Atualmente o Código de 2002 mantém essas duas teorias, tendo como regra geral, a responsabilidade mediante a culpa. Ainda faz-se relevante mencionar importante avanço trazido pelo Código Civil atual no que diz respeito à prática considerada perigosa, que é a base da responsabilidade objetiva. Observando que antes somente eram consideradas perigosas as atividades taxativamente definidas em lei, agora além desses casos o parágrafo único do artigo 927 permite que a jurisprudência considere atividades já existentes ou que venham a existir como: perigosas ou de risco.

1.7 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.7.1 Ato Ilícito

Diante do acima mencionado, não se pode deixar de falar sobre o cerne da existência da responsabilidade civil, o ato ilícito. Este constitui o ponto de partida para se que se origine o instituto em análise. Ele se traduz na realização de uma conduta que contraria normas jurídicas, sendo essas normas estabelecidas pelo Direito por conterem valores sociais importantes para a convivência social harmônica, vindo a ser um comportamento que viola um dever jurídico preestabelecido na sociedade, o de não lesar o direito de outrem.

Os atos ilícitos são aqueles que contrariam o ordenamento jurídico, lesando por vezes, o direito subjetivo de alguém. É ele que faz nascer a obrigação de reparar o dano causado a terceiro e que é imposto pelo ordenamento jurídico por força de justiça, pois não é justo que se cause um ilícito com resultado danoso a alguém e o deixe sem repará-lo.

A regra no Brasil para o dever de indenizar tem base na prática do ato em análise, sendo o conceito de ato ilícito aberto no Direito, tendo como centro a transgressão de um dever jurídico com existência preestabelecida.

A ilicitude de um comportamento é normalmente firmada a luz de determinados valores sociais que são estabelecidos com base na ideia de bem comum. Neste sentido, o legislador se preocupou em definir o ato ilícito no artigo 186 do Código Civil: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Conceito corroborado na doutrina por Sílvio de Salvo Venosa: "Ato ilícito são os que promanam direta ou indiretamente da vontade e ocasionam efeitos jurídicos, contrários ao ordenamento" (VENOSA, 2013, p. 25).

Ao passo que Carlos Roberto Gonçalves definiu: "Ato ilícito é o praticado com infração ao dever legal de não violar direito e não lesar a outrem".

1.7.2 Conduta

Um dos elementos principais de todo ato ilícito, e por consequência da responsabilidade civil é a conduta humana. Entende-se por conduta o comportamento humano voluntário, que se exterioriza através de uma ação ou omissão, realizando feitos e produzindo consequências jurídicas.

Por ação entende-se a realização de atividade, efeito que algo ou alguém exerce sobre alguma coisa ou pessoa, entretanto, para ter importância dentro do tema em discussão é necessário que esta ação seja proibida pelo Direito, esse agir é uma atividade realizada de forma contrária as normas, portanto, agir quando não se deveria agir ou atuar de modo equivocado.

Já a omissão é deixar de fazer, de realizar uma atividade. É não realizar a conduta quando se deveria realiza-la. Destarte para ter relevância para o tema da responsabilidade civil, esta omissão tem que acontecer diante de uma situação em

que o agente tenha o dever jurídico de agir, e não o fazendo, provoca uma consequência contrária ao Ordenamento Jurídico, lesando um direito e conseqüentemente atribuindo uma responsabilidade ao agente autor da omissão.

A conduta é realizada por ação ou omissão, tendo como característica a voluntariedade, isto é, o comportamento realizado com livre escolha dentro de outras possibilidades de agir, significando simplesmente o discernimento, a consciência da ação, mas não a vontade direta de causar o dano ou assumir o risco de produzi-lo, pois isso significa o próprio dolo.

Cabe destacar que o ato voluntário deve constar tanto na responsabilidade subjetiva quanto na objetiva. Sem o ato voluntário não se pode falar em ação humana, tão pouco em responsabilidade civil. A conduta é uma ação voluntária consciente e direcionada a causar modificação no mundo exterior. Diante disso, pode-se afirmar que para que exista a responsabilidade, o ato comissivo ou omissivo tem que ser deliberado, consciente e intencional, isto é, o sujeito tem que objetivar o resultado finalístico de suas ações, mas não necessariamente o dano.

De acordo com Diniz (2008, P. 45)

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiros, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause danos a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado. Ainda pode-se dizer que a omissão, por sua vez, configura-se quando o autor não faz o que pode ou deve fazer, ou seja, consiste sempre na omissão de uma determinada ação que o sujeito tinha obrigação de realizar e que podia fazê-lo.

1.7.3 Dano

Para que haja a responsabilidade civil é imprescindível que o ato ilícito resulte em dano. Não seria possível se falar em indenização, nem em ressarcimento se não existisse o dano. Este consiste no prejuízo sofrido pelo indivíduo. É a lesão a qualquer direito que prejudique o interesse subjetivo da vítima. Não haverá

obrigação de indenizar se o ato ilícito não ocasionar prejuízo, ainda que seja cometido mediante conduta dolosa ou culposa.

Independentemente do tipo de responsabilidade (objetiva ou subjetiva), não subsistirá obrigação de indenizar se a conduta não provocar lesão patrimonial ou extrapatrimonial (com repercussão na ordem financeira ou não) ao sujeito. Sem o dano pode-se até existir uma conduta ilícita, mas não haverá justificativa para a reparação, inexistindo o seu objeto.

Conforme o ensinamento de VENOSA (2013, P. 39):

Dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico. A noção de dano sempre foi objeto de muita controvérsia. Na noção de dano está sempre presente a noção de prejuízo. Nem sempre a transgressão de uma norma ocasiona dano. Somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano.

A título de exemplo pode-se afirmar que um motorista ao ultrapassar o semáforo no sinal vermelho, sem dúvida comete ato ilícito, entretanto, se ele não colidir, e nem atropelar alguém, não causando prejuízo de nenhuma natureza, não existirá razão para assumir responsabilidade de indenizar, pois não existirá o fato gerador de obrigação.

Assim como pode existir o ato ilícito sem configurar dano, pode acontecer o dano sem que se configure ato ilícito, pode-se constatar isso no instituto da legítima defesa, onde o agente pode causar danos através da ação realizada para defender seu direito, todavia sem constituir ato ilícito, pois se trata de uma conduta que encontra amparo jurídico, tanto no Direito Penal como no Direito Civil, a conduta não é contrária ao Direito, portanto o dano resultado dessa conduta legal é apenas um prejuízo, mas não é ilícito, logo não ensejando a responsabilidade civil.

Isso se extrai também do artigo 186 do Código Civil de 2002, pois este dispositivo substituiu em seu texto a expressão "ou" por "e" no trecho: "violar direito ou causar dano", que pertencia ao antigo Código de 1916, neste a redação do então artigo 159 era a seguinte: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência

ou imprudência, violar direito “ou” causar dano a outrem, comete ato ilícito”. Por este dispositivo os danos causados pela legítima defesa seriam atos ilícitos, entretanto com a inovação trazida pelo atual Código Civil (violar direito “e” causar dano), o dano tem que resultar da violação de um direito para ser ilícito, como a legítima defesa não viola direito, não constitui antijuridicidade. Isso proporciona o entendimento que para ensejar o dever de indenizar faz-se necessário simultaneamente a violação de um dever jurídico e o resultado danoso.

1.7.4 Nexo de Causalidade

O nexos de causalidade é a relação de causa e efeito entre a conduta praticada e o resultado, é o liame entre a conduta realizada e o efeito produzido. Para que se possa caracterizar a responsabilidade civil do agente, não é suficiente que o mesmo tenha praticado um comportamento ilícito, apenas. E nem tão somente que o prejudicado tenha sofrido o dano. É essencial que o dano tenha sido provocado pela conduta antijurídica do agente havendo entre ambos uma relação de causa e efeito. Ou melhor, explicando, a responsabilidade civil requer um dano derivado de uma conduta praticada pelo agente que assumirá a responsabilidade.

A este respeito, menciona o doutrinador Sílvio de Salvo Venosa: “O conceito de nexos causal deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável” (VENOSA, 2010, p. 56).

Diante de tais argumentos, conclui-se que, na ocorrência de um dano, não se constatando que derivou da conduta do agente, não será possível imputar a responsabilidade ao mesmo, pois não se pode responsabilizar outro agente que não seja o autor.

No mesmo sentido pode-se citar o exemplo de um motorista que trafega numa via conforme as normas de trânsito e uma pessoa querendo se suicidar atira-se na frente do veículo, nestas circunstâncias, o motorista não causou acidente, ele foi apenas o instrumento que a vítima utilizou para produzir o resultado. Neste caso o nexos causal foi rompido pela conduta da vítima, configurado o que o que o direito

denomina de culpa exclusiva da vítima, que é um causa de exclusão da obrigação de reparar o dano.

1.7.5 Culpa

Os elementos da culpa se extraem do Código Civil no artigo 186 "...ação ou omissão voluntária": a ação é o ato ou efeito de agir ou atuar em desconformidade com um dever jurídico preestabelecido, realizando consequências jurídicas negativas, enquanto a omissão é a conduta pela qual uma pessoa não faz o que deveria ou podia fazer.

Juntamente com esses itens soma-se a voluntariedade, a conduta tem que ser realizada conscientemente, o agente deve agir com discernimento para caracterizar a culpa. Estes três componentes formam a culpa em sentido *latu senso*, ou melhor, a culpa formada por seus componentes gerais, que são o dolo e a culpa na acepção *stricto sensu*, formada pela imprudência, negligência e a imperícia.

O dolo como já mencionado é a vontade deliberada, consciente e direcionada a produzir um resultado. Já a culpa em sentido estrito é a falta de cuidado, é um erro, falta ou desvio de atenção ao realizar uma conduta, não tendo o agente a intenção de prejudicar, mas que pela inobservância de um cuidado acaba provocando um dano.

A negligência é configurada quando o indivíduo deixa de praticar determinada conduta que o caso exigia, agindo assim, com falta de cuidado, indiferença ou falta de atenção, omitindo-se em tomar as devidas precauções para evitar o acontecimento do fato danoso.

A Imprudência é a realização de uma ação precipitada, sem a devida cautela, atuando de maneira diferente daquela que se é esperada. Como por exemplo, dirigir um automóvel com velocidade muito a cima da permitida em determinada via.

Já a imperícia é a falta de habilidade técnica exigida para realizar determinada atividade, ou melhor, quando o agente apesar de ser habilitado para a prática de uma tarefa não produz os resultados esperados.

O artigo 186 não faz menção a imperícia, no entanto, ela é encontrada no artigo 951 do Código Civil vigente se referindo ao dever de indenizar em decorrência de algumas atividades profissionais: Art. 951 "O disposto nos artigos. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho

VENOSA (2013, p. 26) citando José de Aguiar em sua doutrina, define acerca da culpa *strictu sensu*:

A culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude.

A culpa é o elemento principal da teoria adotada no Brasil em relação à responsabilidade civil, a teoria subjetiva ou teoria da culpa. A doutrina sustenta que a culpa é o requisito indispensável para responsabilizar alguém, entretanto é preferível se alinhar a corrente que afirma a prova da culpa como sendo este requisito, pois em última análise, a culpa sempre existirá, tanto na responsabilidade em tela ou na responsabilidade objetiva. Sendo que apenas numa, ela é investigada para ser provada, e na outra, é oculta, presumida, não há necessidade de prová-la.

1.8 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Os fatos que geram o dever de indenizar são das mais variadas formas e natureza, assim de acordo com o fundamento que se queira dar a responsabilidade, a culpa será ou não pressuposto para reparação do dano. No ordenamento jurídico a responsabilidade civil se divide em várias espécies. No que diz respeito à culpa (*latu senso*), é dividida em responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva;

enquanto no que diz respeito à natureza jurídica do bem violado, classificam-se em responsabilidade contratual e extracontratual ou aquiliana.

1.8.1 Responsabilidade Civil Objetiva

De acordo com o ordenamento a Responsabilidade Civil Objetiva é resultante de certas condições jurídicas impostas, a princípio, expressamente em lei, e independem da infringência do dever de cuidado, esse tipo de responsabilidade carece da intenção de causar prejuízo a outrem, sendo o autor, responsável pelo ato ilícito independentemente de ter agido com culpa.

A responsabilização pelo dano neste caso, não necessitará de avaliação se houve dolo (intenção) ou culpa em sentido *strictu senso* (imprudência, negligência ou imperícia), bastando a ocorrência do dano e o nexo de causalidade entre o seu autor para configurar o dever de ressarcir, de reparar o injusto. A culpa aqui não se faz necessária e nem é fundamento para ensejar a indenização, dando a impressão, a princípio, de uma responsabilização indevida. No entanto, essa modalidade encontra respaldo legal, que atribui a alguém em determinadas situações, a reparação de um prejuízo, embora sem prova da culpa. Assim ocasionando o que se denomina de responsabilidade legal ou "objetiva".

Esta responsabilidade tem como fundamento a teoria do risco, que se baseia na culpa presumida, onde devido ao risco produzido pela execução de determinada atividade, uma vez ocorrido o dano e o nexo de causalidade, estará configurado o dever de repará-lo. Sendo que mesmo neste tipo de responsabilidade não se pode ignorar o nexo causal, pois não se pode responsabilizar quem não deu causa ao evento.

Assim, em conformidade com GONÇALVES (2015, P. 33)

Na responsabilidade objetiva prescinde-se totalmente da prova da culpa. Ela é reconhecida, como mencionado, independentemente de culpa. Basta, assim, que haja relação de causalidade entre a ação e o dano. 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.

Em sintonia com o assunto convém mencionar fundamentos constitucionais e legais da responsabilidade em estudo:

A Constituição federal de 1988 no seu art. 37, §6º prevê que as "pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Percebe-se que neste artigo a Carta Magna consagrou princípio da responsabilidade objetiva em relação aos danos causados pelos agentes do Estado, assim como também a particulares que atuam em nome da administração pública, sendo ambos obrigados juridicamente a reparar os prejuízos que provocarem a terceiros independentemente de culpa.

De forma semelhante o Código Civil brasileiro de 2002 trouxe em seu bojo dispositivo consagrando a responsabilidade civil sem culpa:

Art. 927 § único "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

E assim estes fundamentos se estabelecem inclusive na legislação esparsa, como no Código de Defesa do Consumidor:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

1.8.2 Responsabilidade civil subjetiva

A outra classificação quanto a culpa, é a responsabilidade civil subjetiva ou aquiliana, com origem na *lex aquilia* do Direito Romano, contemplada pela teoria clássica da responsabilidade mediante a prova da culpa. Nesta modalidade a doutrina, legislação e jurisprudência são unânimes ao considerar a culpa como imprescindível para tornar obrigatória a reparação do dano, não subsistindo qualquer dúvida sobre a questão.

De acordo com CHAVES (2010, p. 2).

A *Lex Aquilia* foi um plebiscito que datou o final do século III e que permitiu ao titular de bens destruídos ou deteriorados, o direito de receber pagamento de quem lhe deu causa como forma de penalidade pecuniária. Nesse contexto, surgiu a idéia de responsabilidade extracontratual, pois o Direito Romano interpretou esse diploma estabelecendo que havendo sido provocado dano injusto a alguém, o autor deveria ser punido independentemente de haver uma obrigação pressuposta.

Neste propósito, o Direito considera que todos devem observar um dever de cuidado para com os bens jurídicos, tanto os de natureza pessoal como patrimonial ou extrapatrimonial, desta maneira, quando a inobservância deste dever resultar num desfalque a alguém ou ao Estado, configura-se uma responsabilidade para o agente causador repará-lo.

Nesta espécie de responsabilidade há necessidade de um rigoroso exame da culpa, pois esta é o cerne da questão do dever para restauração do dano. Uma vez constatada sua incidência, está firmemente estabelecida a obrigação de compensar o prejuízo. A culpa aqui é o elemento subjetivo para que exista o direito do lesado em ser indenizado.

Neste diapasão frisa GONÇALVES (2015, p. 33).

Diz-se, pois, ser "subjetiva" a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a

responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

Por essa espécie de responsabilidade vigora o entendimento consolidado da necessidade da intenção (dolo) ou da falta de cuidado, por negligência imprudência ou imperícia, para caracterizar o requisito essencial e necessário para imputar a responsabilidade ao agente causador do evento danoso. Sem este requisito não subsiste a responsabilização do agente.

Vale destacar que além de exigir a ação ou omissão do indivíduo em um ato lesivo, na responsabilidade civil subjetiva impera também a exigência da imputabilidade, ou seja, a possibilidade de atribuir a alguém a responsabilidade por algum fato ou ato danoso. O responsável tem que possuir discernimento e livre vontade para entender o caráter ilícito do fato ou de entender-se de acordo com esse entendimento.

A esse respeito menciona VENOSA (2010, p. 77):

A reponsabilidade subjetiva, além de exigir uma conduta do agente e um ato lesivo, exige também a imputabilidade. Imputar é atribuir a alguém a responsabilidade por fato ou ato. Desse modo, a imputabilidade é pressuposto não só da culpa, mas da própria responsabilidade[...] a imputabilidade retrata a culpabilidade. Não se atinge o patamar da culpa se o agente causador do dano for inimputável.

Interessante se faz mencionar dispositivos que comportam a responsabilidade subjetiva:

Constituição Federal - Art. 37, § 6 no final da segunda parte: ... "assegurado o direito de regresso nos casos de dolo ou culpa". Neste trecho do dispositivo constitucional é adotada a responsabilidade subjetiva do agente que atua em função do Estado. A administração pública tem responsabilidade objetiva pelos danos causados por seus funcionários, devendo reparar os danos por eles provocados, mas tem o direito de entrar com ação regressiva contra o seu agente, onde

constatada o dolo ou a culpa, será ele obrigado a ressarcir o Estado pelas despesas realizadas em decorrência do ilícito danoso por ele praticado.

No Código Civil em vigor no Brasil, merece especial atenção o artigo 186 que é o ponto central do fundamento da responsabilidade civil subjetiva (responsabilidade baseada no ato ilícito): “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A redação contida no citado artigo traz os seguintes componentes da responsabilidade civil: conduta dolosa do agente, o que fica entendido no trecho - “ação ou omissão voluntária”; conduta culposa - negligência ou imprudência; nexos de causalidade – expresso no verbo “causar”; dano – revelado em “violar direito e causar dano a outrem”.

Conforme a citada teoria estes são os componentes imprescindíveis para responsabilizar alguém civilmente, cujo rol incompleto implica a não incidência da mesma, mas podendo ocasionar a aplicação da teoria objetiva com a falta unicamente do elemento culpa, pois a falta de qualquer um dos demais, não ocasiona nenhuma forma de responsabilidade civil.

Conforme destacado por FILHO (2012, p. 19):

Portanto, a partir do momento que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil. Por violação de direito deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presentes no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos, nestes incluídos o direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, ao nome e à imagem.

CAPÍTULO 2

2.1 LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA

O Ordenamento Jurídico, responsável pela tutela dos bens individuais e da sociedade em geral, com a finalidade de protegê-los, cria normas tipificando condutas que sejam ofensivas ao equilíbrio da vida social, ou seja, proíbe a prática de ações que atinjam esses bens, sendo tais condutas consideradas contrárias aos preceitos jurídicos. Frise-se ainda que o Estado é responsável por proporcionar proteção e segurança à sociedade.

A este respeito há de se entender que existem ocasiões onde não se pode esperar por uma resposta estatal, pois estas são situações de elevado perigo, que exigem do sujeito uma reação pronta e imediata. Com base nesta insuficiência da proteção estatal e na manutenção da sobrevivência ou do patrimônio, o Direito confere poderes aos particulares para defenderem bens próprios ou alheios, diante de determinadas situações quando os agentes de segurança não estejam presentes, e não possam assim garantir a proteção necessária.

Assim, o Direito Penal prevê a legítima defesa, um instituto que nasce para a defesa da vida e do patrimônio, como resultado de uma tendência natural do ser humano em se defender em situações de perigo, buscando a sobrevivência ou a preservação do seu patrimônio.

Em conformidade com Rogério Greco:

O Estado, por meio de seus representantes, não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, razão pela qual permite aos cidadãos a possibilidade de, em determinadas situações, agir em sua própria defesa (GRECO, 2012, p. 333)

Neste contexto, ações que são vedadas pelo Direito, excepcionalmente podem ser legítimas, lícitas em determinadas situações. É o que acontece quando alguém age acobertado pelas excludentes de ilicitude constantes no artigo 23 do Código Penal brasileiro: legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito, onde o legislador, baseado em princípios de justiça, resolveu criar tais institutos para possibilitar ao particular atuar diretamente na defesa de seus bens, inclusive na defesa do maior deles, a vida.

2.2 DESCRIMINANTES PUTATIVAS

Ocorre que existem casos que fazem o agente imaginar encontrar-se diante de tais situações, ou seja, ele acredita, por erro, está agindo com base nas causas de excludentes de ilicitude, pensando está diante das situações de fato que ensejariam o emprego de uma excludente de ilicitude, no entanto, as situações que justificariam esta atuação, só existem na imaginação do sujeito. Nestes casos, acontece o que o Direito Penal denomina de discriminantes putativas. Putativas porque não é real, ela deriva de uma situação imaginária por arte do agente, que acredita erroneamente estar praticando uma causa legítima. O termo putativo vem do latim *putativus* que significa suposto, imaginário.

De acordo com GRECO (2012, p. 199)

Quando falamos em putatividade, queremos nos referir àquelas situações imaginárias que só existem na mente do agente. Somente o agente acredita por erro, que aquela situação existe. Quando falamos em discriminantes putativas, estamos querendo dizer que o agente atuou supondo encontrar-se numa situação de legítima defesa, de estado de necessidade, de estrito cumprimento do dever legal ou de exercício regular de direito.

O instituto supracitado tem como principal característica o erro, produzido pela situação fática, onde os acontecimentos que envolvem o agente e a vítima levam o primeiro a acreditar que está agindo de acordo com uma excludente de ilicitude. Daí porque o termo discriminante putativa.

Veja-se seu fundamento legal: conforme preceitua o artigo 20, § 1º do Código Penal – “É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.”

2.3 CONCEITO DE LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA

Neste sentido o ordenamento jurídico contempla entre as discriminantes citadas com base no artigo 20, § 1º do Estatuto Penal: a legítima defesa putativa que consiste em imaginar encontrar-se diante de fato que autorize agir em legítima defesa real.

Aqui o sujeito pratica ação com o objetivo de defender direito próprio ou alheio de perigo atual ou iminente, no entanto, ele é levado a erro pela situação fática, os fatos o faz imaginar que a situação realmente está acontecendo, todavia, é apenas uma impressão do sujeito que pratica a suposta defesa.

É preciso frisar que para entender o que é a legítima defesa putativa, faz-se necessário expor o conceito de legítima defesa real. Para isso extraem-se conceitos legais e doutrinários. Na legislação destacamos o conteúdo do artigo 25 do Código Penal: "entende-se em legítima defesa, quem usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem". Este conceito refere-se a legítima defesa real, sendo caracterizada pelo acontecimento de tal situação no caso concreto.

Já na doutrina encontramos o conceito de Cleber Masson:

O conceito decorre do artigo 25 Código Penal: trata-se da causa de justificação consistente em repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários. (MASSON, 2014, p. 420).

Enquanto sobre a legítima defesa putativa leciona Rogério Greco:

Fala-se em legítima defesa putativa quando a situação de agressão é imaginária, ou seja, só existe na mente do agente. Só o agente acredita, por erro, que está sendo ou virá a ser agredido injustamente. (GRECO, 2012, p. 325).

Isto ocorre quando o agente encontra-se diante de uma situação que o faz imaginar-se praticar uma ação em legítima defesa real. Exemplo: A é ameaçado de morte por B que é seu inimigo capital. Numa madrugada, A encontra-se com B, e ao se aproximarem B põe a mão na cintura, dando a entender que iria sacar uma arma

A, pensando que iria ser morto por B, saca a sua arma e dispara contra este último, vindo a matá-lo. No entanto B não portava arma, e apenas havia levado a mão à cintura com o intuito de retirar do bolso de sua calça, um maço de cigarros.

Nesta situação o agente é levado a acreditar que seria agredido por seu inimigo, sendo a ameaça feita por este, um componente que reforça este entendimento. Logo, o agente esboça conduta com a finalidade de supostamente defender-se de um iminente ataque.

Esta situação é uma demonstração clássica de legítima defesa putativa, onde pela situação dos fatos o agente é levado a erro quanto à existência de fatos que autorizem atuar dentro das excludentes de antijuridicidade, ele acredita está agindo em legítima defesa, no entanto, as condições para o emprego da excludente de ilicitude não estão presentes. Só existem na imaginação do agente.

Neste caso o agente atua sem a intenção de cometer um ilícito penal, ele não tem consciência, não tem vontade de atuar contra uma norma legal, não tem intenção de cometer agressão injusta contra o indivíduo, portanto ele não pode praticar uma conduta criminosa, pois para isso falta o **dolo ou a culpa**.

Assim pode-se acrescentar que o mesmo além de não ter a intenção de cometer delito, também não agiu com falta de cuidado, ele não agiu sem observar o cuidado mediano que qualquer pessoa teria em situações razoáveis, logo não violou um dever de cautela, não agindo de forma culposa, logo agiu dentro dos padrões de comportamento juridicamente aceitos.

2.4 NATUREZA JURÍDICA DA LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

2.4.1 Considerações

Diante dos conceitos apresentados percebe-se que o instituto em análise é uma discriminante putativa, sendo esse o entendimento pacífico na doutrina majoritária. Sendo, portanto, a legítima defesa ficta uma espécie do gênero

discriminantes putativas. Agora se faz necessário identificar a natureza jurídica deste instituto e suas consequências no Direito Penal.

A natureza jurídica das discriminantes putativas é algo controverso, não é nada pacífico no direito penal, variando conforme a teoria aplicada e dependendo do caso concreto, podendo ser de três espécies: quanto à existência de uma situação de fato que justificaria o emprego de uma excludente de ilicitude; quanto à existência de uma excludente de antijuridicidade e quanto ao excesso no emprego de uma suposta causa de justificação.

Aponte-se as seguintes situações fáticas, que representam modalidades de erro:

A- Um pai que teve sua filha estuprada, encontra o suposto autor do crime e empreende um ataque, disparando sua arma de fogo contra o suspeito, vindo a mata-lo, pensando assim está agindo licitamente na defesa de sua filha. Neste caso o agente erra quanto à existência de uma causa de excludente de ilicitude, pois acredita que o crime praticado contra sua filha justificaria a sua conduta.

B- Em outro caso: supõe-se que um fazendeiro proprietário de grades áreas de terra, ao tê-las invadidas por posseiros, resolve defender sua propriedade empregando violência, ocasionando a morte dos invasores, imaginando está atuando dentro dos limites legais. Neste exemplo o fazendeiro erra quanto ao excesso, pois ele acredita está legitimado a matar para defender a propriedade de suas terras. Quando na verdade a defesa legal da posse ou propriedade não alcança este nível.

C- Já em outro exemplo: um cidadão é ameaçado de morte por um traficante perigoso que não costuma deixar de cumprir suas ameaças. Certo dia durante a madrugada ele encontra-se com o criminoso em uma rua escura. Ao se aproximarem o traficante leva a mão à cintura para pegar seu celular, o cidadão ameaçado imaginando que seria morto, saca sua arma e atira, ceifando a vida do suposto agressor. Aqui o agente erra sobre a existência de uma situação de fato (agressão injusta) que o justificaria agir com base na legítima defesa.

Agora, com o entendimento dos conceitos e esclarecimentos supracitados, faz-se oportuno falar sobre as teorias da culpabilidade estabelecidas em relação às discriminantes putativas. Sendo as duas principais: a teoria normativa pura da culpabilidade, (extremada ou estrita) e a teoria limitada da culpabilidade.

2.5 NATUREZA JURÍDICA E CONSEQUÊNCIAS DAS DISCRIMINANTES PUTATIVAS SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA NORMATIVA PURA (EXTREMADA) DA CULPABILIDADE

A teoria normativa pura da culpabilidade surgiu na década de 30 do século passado com base na teoria finalista de Hans Welzel, leva esta denominação porque os componentes psicológicos: dolo e culpa que residiam na culpabilidade segundo a teoria psicológico normativa e carregavam em seu bojo a consciência da ilicitude, foram transferidos para a conduta, passando a fazer parte do fato típico. Na teoria normativa pura o dolo passa a ser natural (sem o vínculo psicológico), separando-se da consciência da ilicitude, que agora aprimorada para potencial consciência da ilicitude, permanece na culpabilidade.

De acordo com Rogério Greco "O dolo finalista é um dolo natural, livre da necessidade de se aferir a consciência sobre a ilicitude do fato para sua configuração".

Para entender melhor destaca-se os componentes do conceito analítico de crime segundo a teoria clássica (causal), a qual considera que o dolo e culpa residem na culpabilidade e possuem consciência da ilicitude.

Quadro 1

FATO TÍPICO: Conduta	ANTI JURIDICIDADE	CULPABILIDADE
Resultado naturalístico		Imputabilidade

Relação de causalidade		Dolo ou culpa
Tipicidade		Exigibilidade de conduta diversa

Agora observe-se a mudança de posição do dolo e da culpa na estrutura do conceito analítico de crime com base na teoria finalista.

Quadro 2

FATO TÍPICO:	ANTI JURIDICIDADE	CULPABILIDADE
Conduta: dolo ou culpa		Imputabilidade
Resultado naturalístico		Potencial consciência da ilicitude
Relação de causalidade		Exigibilidade de conduta diversa
Tipicidade		

Com base neste entendimento, sob enfoque da teoria extremada da culpabilidade todas as situações de erro nas discriminantes putativas são tratadas como erro de proibição, deste modo tanto os erros quanto a existência de uma situação fática que ensejaria a prática da legítima defesa, assim como erro quanto a existência de uma excludente de antijuridicidade, como também erro quanto aos limites da conduta realizada em defesa de direito do agente, são portanto, classificadas como erro de proibição. Assim, em todos os exemplos (A, B e C), citados acima, que são hipóteses de erro nas discriminantes putativas, são identificadas pela citada teoria como erro de proibição.

2.5.1 Erro de Proibição

A este propósito faz se pertinente destacar o conceito de erro de proibição: este é o erro quanto a ilicitude do fato, o agente sabe o que faz, conhece a situação fática quando pratica a conduta, mas desconhece o caráter ilícito do comportamento, ele imagina que está atuando dentro dos limites da licitude. (GRECO, 2012)

Assim expõe o art. 21, caput, do Código Penal: "O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuir a pena de um sexto a um terço".

Entende-se inevitável o erro segundo o qual não era previsível entender dentro dos padrões razoáveis de discernimento, de consciência e de percepção, o caráter ilícito do fato praticado. Apesar do sujeito agir com a cautela esperada do homem médio, acaba por incorrer em erro.

Exemplo: sujeito que ao chegar em sua casa flagra sua esposa com o amante, diante disso, passa a agredi-lo intensamente chegando a matá-lo por reputar está agindo em defesa da honra.

O sujeito tem conhecimento da situação de fato, sabe e percebe o que está acontecendo. Então realiza a conduta, mas sem ter conhecimento do caráter antijurídico do fato praticado. Ele não sabe que pratica um fato proibido juridicamente.

Segundo Cleber Masson:

O erro de proibição pode ser definido como a falsa percepção do agente acerca do caráter ilícito do fato típico por ele praticado, de acordo com o Juízo profano, isto é, possível de ser alcançado mediante um procedimento simples de esforço de sua consciência. O sujeito conhece a existência da lei penal (presunção legal absoluta), mas desconhece ou interpreta mal seu conteúdo, ou seja, não compreende adequadamente seu caráter ilícito. (Masson, 2014)

Neste sentido, sob a ótica da teoria normativa pura (extrema) da culpabilidade, o erro é de proibição; não afastando o dolo e nem a culpa, os dois subsistem, por serem naturais, como prescreve esta teoria, no entanto, se o erro for inevitável, elimina a culpabilidade, excluída no item: potencial consciência da ilicitude (excludente de culpabilidade), pois no erro escusável (invencível) não há previsibilidade nem ao menos potencial da ilicitude do fato. Neste caso o agente ficará isento de pena. Entretanto, se o erro for evitável, (inescusável), não afasta a culpabilidade, fazendo o agente responder por crime doloso, com diminuição de 1/6(um sexto) a 1/3(um terço) nos termos do artigo 21, caput, do Estatuto Penal brasileiro.

2.6 TEORIA LIMITADA DA CULPABILIDADE APLICADA AS DESCRIMINANTES PUTATIVAS

A referida teoria limitada mantém no item culpabilidade os mesmos elementos da teoria normativa pura: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. A diferença está somente no tratamento em relação as discriminantes putativas, pois para a primeira, as discriminantes com base em erro sobre a situação de fato, caracteriza erro de tipo, enquanto que para a última todas as discriminantes putativas, independentemente do erro que se fundamentem caracterizam erro de proibição.

Há de se mencionar que a teoria limitada da culpabilidade, segundo a doutrina, foi adotada pela exposição de motivos da parte geral do Código Penal pátrio nos seguintes itens: 17 e 19,

Destacam-se os citados dispositivos da exposição de motivos do Código Penal:

17. É, todavia, no tratamento do erro que o princípio *nullum crimen sine culpa* vai aflorar com todo o vigor no direito legislado brasileiro. Com efeito, acolhe o Projeto, nos arts. 20 e 21, as duas formas básicas de erro construídas pela dogmática alemã: erro sobre elementos do tipo (Tatbestandsirrtum) e erro sobre a ilicitude do fato (Verbotsirrtum). Definiu-se a evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude (parágrafo único do art. 21),

mantendo-se no tocante às discriminantes putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a denominada “teoria limitada da culpabilidade” (“Culpabilidade e a problemática do erro jurídico penal”, de Francisco de Assis Toledo, in RT, 517:251).

19. Repete o Projeto as normas do Código de 1940, pertinentes às denominadas “discriminantes putativas”. Ajusta-se, assim, o Projeto à teoria limitada da culpabilidade, que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva. Tal como no Código vigente, admite-se nesta área a figura culposa (art. 17, § 1º).

Assim as discriminantes putativas se dividem em dois tipos: as com base no erro sobre a existência de fato, que são tratadas como erro de tipo, e as derivadas de erro quanto a existência ou limites, tratadas como erro de proibição.

Tomamos por base o exemplo “C” supra mencionado, neste o agente realiza uma ação de defesa por imaginar que seria atacado e morto pelo suposto agressor, mas ele é levado a erro pela situação de fato, errando sobre a existência do fato que justificaria sua reação. Assim a teoria limitada da culpabilidade trata-o como erro de tipo.

2.6.1 Discriminante por Erro de Tipo

Diante disso, exige-se para entendimento da questão, os conceitos dos seguintes institutos penais: tipo penal – é a descrição da conduta reprovada pelo Direito Penal com o objetivo de coibi-la, e de proteger determinados bens jurídicos essenciais a convivência harmônica da sociedade. No tipo estão descritas as condutas proibidas. Ex.:art. 121 do CP. “matar alguém”. Estes são os elementos do tipo (matar alguém) de uma norma que visa proteger a vida humana, sendo que quem a infringir será punido de acordo a pena estipulada.

Na definição de Zaffarone, “o tipo penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes”.

Já o erro de tipo é o erro sobre elementos descritos na norma por uma falsa representação da realidade. Aqui o agente não sabe o que faz, errando sobre os elementos constitutivos do tipo. Sendo este instituto fundamentado no art. 20 caput do Código Penal: "o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

Na primeira parte do dispositivo se trata do erro inevitável, invencível, justificável ou escusável, exclui o dolo e a culpa, isentando o agente totalmente da punição. Enquanto na segunda parte, a referida norma penal permite a punição por crime culposo, isto é, crime praticado com imprudência, negligência ou imperícia, desde que, descrito em norma penal.

Segundo Cleber Masson:

"Erro de tipo é a falsa percepção da realidade acerca dos elementos constitutivos do tipo penal. Extrai-se essa conclusão do art. 20, caput, do Código Penal que só menciona as elementares. (MASSON 2014, p.316).

Exemplo: "A", deixa seu guarda-chuva num guarda-volumes de um supermercado. Antes de sair do estabelecimento, "A", pega seu suposto guarda-chuva, que estava ao lado de outro idêntico a ele, ao chegar em sua casa, A percebe que levou outro guarda-chuva e não o seu. Neste caso, "A" não praticou o tipo do artigo 155, caput do Código Penal: "subtrair para si, ou para outrem, coisa alheia móvel", pois A errou sobre o elemento coisa alheia. Portanto não cometeu delito algum.

No caso em análise, "A" incide na primeira parte do artigo 20 caput do Código Penal. O comportamento sem a intenção de subtrair coisa alheia móvel configura erro sobre elemento constitutivo do tipo legal do crime de furto. O erro sobre a elementar alheia, o impede de entender o caráter ilícito do fato praticado. Portanto, o erro neste caso exclui o dolo, e como o crime de furto não admite a forma culposa, o agente não será responsabilizado penalmente.

2.7 LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA COMO HIPÓTESE DE ERRO DE PROIBIÇÃO OU ERRO DE TIPO

Diante dos esclarecimentos apresentados, visualiza-se a legítima defesa putativa como uma discriminante ficta, derivando de um erro quanto a existência de situação de fato que se existisse justificaria o emprego de uma causa de excludente de antijuridicidade que no caso seria legítima defesa.

Desta maneira a discriminante imaginária em estudo situa-se no ponto de divergência entre as teorias: limitada da culpabilidade e teoria extremada da culpabilidade, sendo assim classificada tanto por erro de tipo quanto por erro de proibição. Pela primeira como erro sobre elemento do tipo e pela segunda como erro sobre a ilicitude do fato praticado.

Se a legítima defesa putativa for tratada de acordo com a teoria extremada, ela será uma discriminante por erro de proibição, assim, não exclui o dolo e nem a culpa, existindo o fato típico, mas se o erro for invencível, elimina a culpabilidade por falta de potencial consciência da ilicitude, isentando o agente de pena. Caso o erro seja injustificável, o mesmo será responsabilizado por crime doloso com a pena diminuída de um terço a um sexto, como prevê o artigo 21 do Código Penal.

Com efeito o instituto em comento sob o enfoque da teoria limitada da culpabilidade é considerada uma discriminante por erro de tipo, deste modo, em consonância com a teoria finalista, se o erro for inevitável, o dolo e a culpa são afastados, em consequência deixa de existir a conduta, e sem esta, o fato torna-se atípico, pois a conduta é um dos elementos do fato típico. Trata-se aqui do erro de tipo permissivo.

No entanto, se o erro for vencível, ou seja, derivado da falta de cuidado, o dolo é afastado, contudo, mantém-se a culpa, sendo responsabilizado o agente por crime culposos, se previsto na legislação.

Transcreve-se a baixo a ementa do seguinte julgado reconhecendo a incidência do instituto em análise:

ERRO DE TIPO PERMISSIVO – Vítima que, ao tentar abrir, por equívoco, porta de carro alheio, induziu o proprietário, com auxílio de outrem, a reagir violentamente, supondo tratar-se de furto – Legítima defesa putativa do patrimônio, excludente do dolo, em relação à acusação de lesão corporal (§ 1º do art. 20 do CP) – Ausência de resíduo culposo – Recurso de “habeas corpus” a que se dá provimento para conceder a ordem e trancar a ação penal (STJ – RHC – Rel. Assis Toledo – RSTJ 47/478).

No mesmo sentido, em consonância com o tema em estudo, destaca-se ementa de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA – Vítima que trajava vestes semelhantes às do agressor, atingida em local de pouca visibilidade – Utilização de meio moderado de defesa contra agressão injusta e iminente – “O réu agiu por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, em razão da semelhança existente entre as vestes da vítima e às do seu agressor além da falta de visibilidade no local, levando-o a supor que se encontrava em situação de legítima defesa (erro na legítima defesa putativa, previsto no art. 20, § 1º, do Código Penal)” (TJSP – Rec. – Rel. Jarbas Mazzoni – JTJ 173/300).

Além dos esclarecimentos expostos, é importante observar as semelhanças dos efeitos práticos com relação a responsabilidade penal do agente, quando se trata de erro inevitável. Apesar da natureza jurídica da legítima defesa ficta variar de acordo com a teoria aplicada, tanto nas discriminantes por erro de proibição como nas por erro de tipo, acontece a exclusão da responsabilidade penal. Se invencível o erro, a consequência será a isenção de pena para o agente.

Com efeito, na hipótese de erro inescusável, há diferenças significativas no efeito sobre a responsabilidade penal. Se o erro for injustificável na discriminante por erro de tipo (erro de tipo permissivo), a consequência será a responsabilidade penal por delito culposo, desde que, haja previsão legal do crime. Diferentemente se o erro na discriminante for de proibição, o agente responderá por crime doloso com diminuição de pena prevista no artigo 21 do CP.

Destarte, resta demonstrado pela doutrina, legislação e pela jurisprudência dos tribunais pátrios, o reconhecimento da legítima defesa putativa com todos os seus efeitos sobre a responsabilidade penal, sendo o mais importante deles a

isenção de pena quando o instituto resulta de erro inevitável, porque exclui a responsabilidade penal do agente, garantindo, assim, o direito de defesa do patrimônio e do bem maior e mais importante deles, sem o qual não faria sentido os demais, a vida, a busca da manutenção pela sobrevivência.

Deste modo destaca-se na Constituição Federal: 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**”.

Na doutrina frisa-se os conhecimentos de Vicente Paulo & Marcelo Alexandrino:

“Expresso no *caput* do art. 5.º, o direito à vida é o mais elementar dos direitos fundamentais; sem a vida, nenhum outro direito pode ser fruído, ou sequer cogitado.” PAULO & ALEXANDRINO (2012, p. 120).

Ainda reforça-se esse entendimento, MARTINS (2015, P. 1).

O primeiro e mais importante de todos os direitos fundamentais do ser humano é o direito à vida. É o primeiro dos direitos naturais que o direito positivo pode simplesmente reconhecer[...]O direito à vida deve ser sempre protegido e seu afastamento apenas se justifica, contra aqueles que o procuram negar, como nos casos de legítima defesa, em que a morte do agressor decorre da preservação do direito à vida do agredido, que estava para perdê-la sem ter dado causa à agressão.

CAPÍTULO 3

3.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL SOBRE DANOS RESULTADOS DA LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA

Inicialmente é preciso fazer considerações a respeito da ilicitude no ordenamento jurídico. Esta é uma relação contrária entre um fato praticado e o

Direito positivo, relação que contraria as normas descritas no ordenamento de forma geral, não apenas numa área específica do Direito.

A ilicitude no Direito é bem ampla, em se tratando do seu sentido genérico, isto é, no sentido que abrange todas as outras formas estritas de antijuridicidade, a ilicitude geral engloba em seu campo os ilícitos do Direito Penal, do Direito Administrativo e atos ilícitos do Direito Civil. Desta feita pode acontecer de um fato praticado ir de encontro à ilicitude geral e assim contrariar todas as formas específicas de ilicitude.

Assim, pode-se ocorrer que um fato contrarie as três esferas do direito supracitadas, ocasionando suas respectivas responsabilidades ao agente que as contrariar, mas pode acontecer de uma norma infringida ferir uma área da ilicitude e não lesar outra. Deste modo, um ilícito, regulado na esfera penal pode acarretar consequências nos três campos do Direito: área penal, administrativa e civil. Mas também, pode acontecer ilícitos que geram responsabilidade somente em uma área específica do direito. Isso porque como citado, as esferas do Direito variam em relação a sua abrangência.

Assim afirma GONÇALVES (2015, P. 29):

Assim, certos fatos põem em ação somente o mecanismo recuperatório da responsabilidade civil; outros movimentam tão somente o sistema repressivo ou preventivo da responsabilidade penal; outros, enfim, acarretam, a um tempo, a responsabilidade civil e a penal, pelo fato de apresentarem, em relação a ambos os campos, incidência equivalente, conforme os diferentes critérios sob que entram em função os órgãos encarregados de fazer valer a norma respectiva.

Neste sentido pode acontecer de um ilícito civil não alcançar o status de um ilícito penal, ensejando somente a responsabilidade civil, havendo uma independência entre os referidos ramos do Direito, mas um pode ter reflexos sobre o outro; assim, quando praticado um crime sempre estará configurado um ilícito civil, razão pela qual o trânsito em julgado no âmbito penal faz coisa julgada no campo Civil.

A este respeito cita GONÇALVES (2015, P. 29-30):

No caso da responsabilidade penal, o agente infringe uma norma de direito público. O interesse lesado é o da sociedade. Na responsabilidade civil, o interesse diretamente lesado é o privado. O prejudicado poderá pleitear ou não a reparação. Se, ao causar dano, o agente transgride também a lei penal, ele se toma, ao mesmo tempo, obrigado civil e penalmente. E, assim, terá de responder perante o lesado e perante a sociedade.

A legislação também sustenta o mesmo sentido, neste propósito destaca-se o seguinte dispositivo do Código Civil:

“Art. 935. 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”.

As normas de Direito Penal, ramo do Direito Público, tutelam os bens mais essenciais, tipificando condutas consideradas mais graves, mais ofensivas ao convívio humano, por isso são consideradas normas de interesse público. Quando ocorre a violação delas o Estado impõe ao infrator a responsabilidade penal, que consiste em aplicar formas de punição pessoal ao agente, sendo a pena privativa de liberdade, a mais grave delas. Isto, visa a melhor adequação social da conduta em proveito da sociedade.

Já o Direito Civil regula a proteção de bens de natureza privada, de interesse diretamente pessoal. Quando acontece um dano; seja de que natureza for, provocado por uma conduta ilícita, impõe-se sobre seu autor, a responsabilidade civil, consistindo na obrigação de repará-lo. Frisando que essa responsabilidade, geralmente é uma indenização pecuniária paga ao prejudicado.

Como percebido, a responsabilidade civil é mais ampla do que a penal, englobando condutas que às vezes não se inserem no âmbito penal. No âmbito penal podem existir condutas isentas de responsabilidade devido a uma causa de justificação real, ou por uma causa de justificação imaginária. É o que acontece no

caso da legítima defesa putativa: um instituto penal que tem como característica a isenção de pena do agente por falta de potencial consciência da ilicitude, assim eliminando a culpabilidade, mas não a ilicitude, ou pela exclusão da conduta, através do afastamento do dolo e da culpa, tornando o fato atípico. Isso variando conforme a teoria adotada.

De uma forma ou de outra se o erro for inevitável, o agente estará isento da responsabilidade penal, todavia é necessário observar que permanece a ilicitude do fato, pois, como já exposto, os ilícitos no Direito civil são mais amplos, alcançando uma quantidade maior de fatos jurídicos. Então como os danos resultados da legítima defesa putativa são considerados ilícitos, prevalece a responsabilidade civil com a obrigação de indenizá-lo.

Assim aponta ZAQUEO (2009, P. 1).

A legítima defesa putativa não isenta o seu autor da obrigação de indenizar, pois essa legítima defesa não exclui o caráter ilícito da conduta, interferindo apenas na culpabilidade penal[...]Verifica-se que a conduta não deixa de ser ilícita, gerando apenas o reconhecimento de uma causa excludente da culpabilidade, influenciando, portanto, somente na esfera penal. No cível, a vítima será ressarcida integralmente pelo dano sofrido pelo agente.

Esse entendimento contempla, como é de se esperar, princípios de justiça, pois não é de se aceitar que um dano causado a alguém fique sem restauração, a ninguém é permitido o direito de lesar quaisquer tipos de bens de forma ilícita. A provocação de dano através de ato ilícito, sempre ocasiona a responsabilização do seu autor. Por isso o autor da legítima defesa ficta, estará sempre obrigado civilmente a reparação dos danos resultados de sua conduta.

Esse entendimento é compartilhado por GONÇALVES (2015, P. 231):

Também não exime o réu de indenizar o dano a legítima defesa putativa, que somente exclui a culpabilidade, mas não a antijuridicidade do ato. A legítima defesa real, esta sim, exclui a ilicitude. Na putativa, porém, a vítima deve ser ressarcida. [...]Na legítima defesa putativa, o ato de quem a pratica é ilícito, embora não punível por não ser reprovável (isto é, por ausência de culpabilidade)".

Nesta citação o autor faz menção a dois institutos, que o ordenamento jurídico prevê como forma de exclusão da responsabilidade penal. A primeira elimina somente a responsabilidade penal, enquanto a segunda, a legítima defesa real, exclui a ilicitude de forma geral, tanto no campo penal como no campo civil. Sendo assim, mesmo que as ações desta resultem em danos, eles não serão produzidos por um ato antijurídico, mas sim por um ato lícito, portanto, não geram obrigação de indenizar.

As excludentes de ilicitude são verdadeiras exceções contidas no ordenamento jurídico, em que uma conduta agressiva a um bem, é justificada, amparada legalmente, isso porque visa proteger um bem, que injustamente e ilicitamente se encontra em perigo, não podendo o Direito ser omissivo com relação a possibilidade de facultar ao particular o direito de se defender. Diante disso, seria inadequado dentro de um senso de justiça, a responsabilização por danos resultantes de uma reação de defesa, razão pela qual é reconhecida além da eliminação da responsabilidade penal, a exclusão também da obrigação de indenizar.

Desta feita é conveniente destacar os dispositivos onde estão elencadas os significados explanados; no Código Penal:

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.

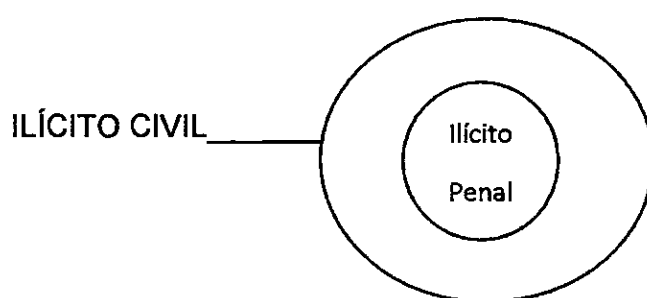
Já o Direito Civil, em consonância com o Direito Penal, reconhecendo causas de exclusão da ilicitude, elenca os seguintes dispositivos Código Civil:

Art. 188 - Não constituem atos ilícitos:

I - Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

Esses dispositivos de ramos diferentes do Direito reconhecem de forma conjunta a exclusão da ilicitude e conseqüentemente da responsabilidade civil. Observe-se a necessidade do Código Civil em reconhecer o dispositivo do Código Penal, pois como explicado, o campo de atuação do Direito Penal é mais restrito do que o campo do Direito Civil, portanto o ilícito penal está inserido no Direito Civil, conseqüentemente, se afastada a ilicitude na esfera penal, que é o caso que acontece com a legítima defesa, resta incondicionalmente a obrigatoriedade do Direito Civil também a reconhecer. Sob pena de grave contradição jurídica.

Figura 1



Vale destacar que, como a legítima defesa putativa, somente afasta a culpabilidade, não excluindo a antijuridicidade, desta forma, continuando evidada de ilicitude na área penal; automaticamente será ilícita também na esfera civil. Aqui oportunamente, convém mencionar que a ilicitude na esfera penal é necessariamente a relação de contrariedade entre a conduta e a norma penal escrita, todo ilícito penal tem uma tipificação exata. Ao passo que, o ilícito civil não necessita de uma tipificação precisa.

Com esse entendimento menciona GONÇALVES (2015, P. 30)

A tipicidade é um dos requisitos genéricos do crime. É necessário que haja perfeita adequação do fato concreto ao tipo penal. NO cível, no entanto, qualquer ação ou omissão pode gerar a responsabilidade civil, desde que viole direito e cause prejuízo a outrem (CC, art. 186).

Visualiza-se aqui o que acontece com a legítima defesa putativa, onde o dever de indenizar não se insere numa norma precisa e específica do Direito Civil, não existe um artigo que defina precisamente a conduta ilícita do agente, mas sim, resulta da análise conjunta de mais de uma norma civil. O dever de indenizar aqui

encontra amparo na análise sistemática de dispositivos jurídicos. Assim faz sentido, identificar dois artigos do Código Civil que representam a base da responsabilidade civil no Ordenamento Jurídico pátrio atual; os artigos:

186 - "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". Artigo 927 – aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a indenizá-lo".

Percebe-se que a análise conjunta dos dois artigos possibilita a interpretação de que, quanto ao dever de indenizar, um complementa o outro, no primeiro, está inserido o conceito legal de ato ilícito, enquanto no segundo se inseri a consequência do ato ilícito, ou seja, a obrigação de repará-lo, traduzida neste tema em dever de indenizar.

Desta forma, estes dois artigos fundamentam o dever de indenizar em relação a responsabilidade civil subjetiva, baseada na culpa devidamente apurada, como requisito fundamental para obrigação de recompor o dano.

Considerando que a responsabilidade civil subjetiva não é suficiente para englobar a restauração de todas as naturezas de danos, o legislador, além de editar alguns artigos onde a culpa passou a ser presumida, editou o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil:

"Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

Desta maneira, o Código Civil ampliou o alcance da responsabilidade civil, tornando possível a reparação de danos que não sejam alcançados pela responsabilidade civil subjetiva, danos esses que por sua natureza, sejam difíceis de determinar a culpa do agente que lhe deu causa, como por exemplo, os danos

derivados da legítima defesa putativa, agora certamente, encontram fundamento para sua devida reparação.

A este propósito, deve-se frisar que mesmo se não fosse possível determinar precisamente a teoria que justifica a responsabilidade do autor da legítima defesa putativa, certamente, com o amplo alcance do Direito sobre o tema, os danos resultados não ficariam sem reparação. Pois a responsabilidade civil prevê a indenização com base na culpa ou sem ela (culpa presumida). Assim, embora, exista uma dificuldade em afirmar qual o tipo de responsabilidade: subjetiva ou objetiva incide sobre os danos, estes serão reparados civilmente.

Como destacado, pela doutrina, a separação entre as esferas: penal e civil, possibilita decisões independentes, desfechos diferentes em relação ao mesmo fato podem acontecer. Então, se apesar da exclusão da responsabilidade penal pela eliminação da culpabilidade, persiste a responsabilidade civil pelo fato ser ilícito, há que se concluir que o item “culpa civil” subsiste.

A este propósito leciona GONÇALVES (2015, P. 230):

Assim, embora o juiz criminal tenha entendido que a culpa criminal inexistiu, pode o juiz cível entender que o réu se houve com culpa levíssima (insuficiente para uma condenação criminal) e condená-lo a reparar o dano. Porque, na conformidade do art. 66 do Código de Processo Penal, o juiz penal deixou em aberto a questão da existência do fato. E, ainda, porque se diversificam sensivelmente a culpa penal e a culpa civil.

Com estes argumentos pode-se afirmar que a doutrina pátria, estabelece uma ligeira diferença entre a culpa penal e a culpa civil, enquanto uma exige maior intensidade para ser considerada suficiente para resultar na efetiva aplicação da responsabilidade penal, a outra não é tão criteriosa, bastando uma leve e simples violação de um dever para configurar a responsabilidade civil do agente que incorrer na prática de fato danoso.

Convém mencionar que na doutrina, compartilha desse entendimento, GONGALVES (2015, P. 30):

Também a culpabilidade é bem mais ampla na área civil, segundo a regra *in lege Aquilia et levissima culpa venit* (no cível, a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar). Na esfera criminal nem toda culpa acarreta a condenação do réu, pois se exige que tenha um certo grau ou intensidade. Conceitualmente, a culpa civil e a culpa penal são iguais, pois têm os mesmos elementos. A diferença é apenas de grau ou de critério de aplicação da lei, pois o juiz criminal é mais exigente, não vislumbrando infração em caso de culpa levíssima.

O código de Processo Penal, tratando da ação civil também acena o mesmo sentido no artigo 67 “Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

- I – o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;
- II – a decisão que julgar extinta a punibilidade;
- III – a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime”.

Os dispositivos destacados, além de sustentarem a independência das esferas: civil e penal, apontam também no inciso III(terceiro), situação análoga ao que acontece no caso da legítima defesa putativa. Onde o fato praticado não chega a constituir crime, com base na teoria tripartite (crime = fato típico + ilicitude + culpabilidade), mas a ação civil poderá ser ajuizada normalmente.

Destacou o mesmo sentido GONÇALVES (2015, P. 231):

Nessa linha decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:
“Responsabilidade civil. Disparo de arma de fogo feito por quem imaginava estar sendo assaltado. Alegação de legítima defesa putativa. Absolvição sumária na esfera criminal. Hipótese que não afasta o dever de indenizar. Excludente de responsabilidade que só se aplica em sendo a legítima defesa real”

Diante dos argumentos apresentados, já se percebe os fundamentos do dever de indenizar em função de danos decorrentes da legítima defesa putativa, uma vez que não resta dúvida sobre a ilicitude da conduta do agente que a pratica, seja qual for a natureza jurídica da legítima defesa putativa que excluir a responsabilidade penal, subsiste a responsabilidade civil. São esses os entendimentos no Direito,

tanto na legislação, como na doutrina e Jurisprudência. Assim, destacaram as seguintes decisões:

TJ-PR - Apelação APL 13523101 PR 1352310-1 (Acórdão) (TJ-PR)
Data de publicação: 14/08/2015

Ementa: DECISÃO: ACORDAM os integrantes da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo retido e por maioria de votos, negar provimento ao recurso de apelação, vencido o Desembargador Guilherme Freire de Barros Teixeira que dá parcial provimento para reduzir a indenização para R\$ 35.000,00. EMENTA: RELATORA: Desembargadora LILIAN ROMERO APELANTE: ANTÔNIO VITOR MENDES APELADO: VANDER GLEYSON FAUSTINO CÍVEL. APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO COM USO DE ARMA DE FOGO. AGRAVO RETIDO. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DA PERÍCIA.AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. APLICAÇÃO DO POSTULADO PAS DE NULITTÉ SANS GRIEF. AGRAVO NÃO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO NO JUÍZO CRIMINAL, PELO RECONHECIMENTO DA PRÁTICA DE LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA COM EXCESSO EXCULPANTE. DECISÃO NA ESFERA CRIMINAL QUE NÃO EXCLUI A RESPONSABILIDADE PELA REPARAÇÃO DOS DANOS NO JUÍZO CÍVEL. INDEPENDÊNCIA ENTRE OS JUÍZOS (ART.935 DO CC/02). INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.PRETENDIDA REDUÇÃO DO QUANTUM.IMPOSSIBILIDADE, DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DA CAUSA. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. APELO NÃO PROVIDO. Não deixa de ser ilícita a conduta do ofensor que age em legítima defesa imaginária (putativa), com ou sem excesso exculpante. Tal circunstância (defesa putativa) gera apenas o reconhecimento de uma causa excludente da culpabilidade na esfera penal, que não desobriga o ofensor no âmbito civil, em que a vítima poderá buscar reparação pelos danos sofridos. (TJPR - 10ª C. Cível - AC - 1352310-1 - Andirá - Rel.: Lilian Romero - Por maioria - - J. 16.07.2015)

A decisão do Tribunal de Justiça do Paraná reconhecendo a legítima defesa putativa como causa de excludente da responsabilidade penal e absolvendo o réu por uma excludente de culpabilidade na esfera penal, mas deixando claro a independência das searas do Direito, conforme o já mencionado artigo 935 do Código Civil de 2002, destacou, que apesar da absolvição do acusado no âmbito penal, a vítima continua detentora do direito a reparação do dano na área civil.

Do mesmo modo, sustenta a decisão do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DOS FATOS. REVISÃO PELO STJ. POSSIBILIDADE. LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA. DANO.INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. LEGÍTIMA DEFESA REAL. REQUISITOS. CULPA.CONCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO DA VÍTIMA. PROPORÇÃO ENTRE A CULPA DA VÍTIMA E A DO AUTOR DO DANO.1. O conhecimento do recurso especial como meio de revisão do enquadramento jurídico dos fatos realizado pelas instâncias ordinárias se mostra absolutamente viável; sempre atento, porém, à necessidade de se admitirem esses fatos como traçados pelas instâncias ordinárias, tendo em vista o óbice contido no enunciado nº 07 da Súmula/STJ.2. Não se admite como proporcional ao questionamento feito pelo autor, ainda que em tom sarcástico, no sentido de saber se o réu ainda estava falando mal dele, seguido do ato de segurar, de forma amistosa, o braço do seu interlocutor, a reação do réu, de imediatamente desferir no autor um golpe com a cabeça, com força tal que fraturou o nariz da vítima e cortou o supercílio do próprio agressor. Não se ignora que, antes desse fatídico dia, o autor havia sido descortês com o réu, mas sua atitude não passou de um comportamento reprovável do ponto de vista da etiqueta social, quando muito um ato injurioso, inexistindo nos autos registro de conduta pretérita que permitisse ao réu supor que o autor pudesse adotar qualquer atitude tendente à violência física. Não bastasse isso, as partes se encontravam no interior de um posto bancário, sendo certo que naquele momento estavam no local outras pessoas, ou seja, um ambiente tranquilo e cordial, nada ou pouco propício a levantar a suspeita de um possível ataque físico.3. Tendo o réu incorrido em equívoco na interpretação da realidade objetiva que o cercava, supondo existir uma situação de perigo que, aos olhos do homem-médio, se mostra totalmente descabida, sua conduta caracterizou legítima defesa putativa, a qual não exclui a responsabilidade civil decorrente do ato ilícito praticado.4. A legítima defesa real, prevista no art. 25 do CP, possui como pressupostos objetivos não apenas a existência de agressão injusta, mas moderação no uso dos meios necessários para afastá-la.5. Na concorrência de culpas, a indenização da vítima será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa, em confronto com a do autor do dano, nos termos do art. 945 do CC/02.6. Recurso especial provido.

(STJ - REsp: 1119886 RJ 2009/0015633-5, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 06/10/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/02/2012)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo realizado, cabe destacar dentre as teorias que a doutrina desenvolveu para determinar a natureza jurídica das discriminantes putativas quanto ao erro sobre a existência de situação de fato, que se existisse justificaria o emprego da legítima defesa real: a teoria limitada da culpabilidade e a teoria extremada ou estrita da culpabilidade.

A primeira sustenta que a legítima defesa putativa é uma discriminante putativa por erro da situação fática, tendo como natureza jurídica o erro de tipo, excluindo o dolo, componente da conduta e assim tomando o fato atípico, se o erro for inevitável, mas subsistindo a culpa em caso de erro evitável, podendo ensejar a responsabilidade penal por crime culposos.

Ocorre que pela análise do dispositivo que fundamenta o instituto em análise, § 1º do artigo 20 do Código Penal: “é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.” Conclui-se que a exclusão da responsabilidade penal não acontece pelo afastamento do dolo, pois na teoria finalista o dolo é a mera conduta sem consciência da ilicitude, e esta conduta não pode ser afastada. Mas sim, a eliminação da responsabilidade penal acontece pela falta de potencial consciência da ilicitude, que exclui a culpabilidade. Portanto verifica-se insatisfatória a posição da doutrina sobre este tema.

Já a teoria extremada da culpabilidade, considera todas as discriminantes putativas como erro de proibição, este tendo fundamento no art. 21, caput, do Código Penal: “O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuir a pena de um sexto a um terço”. Neste caso, a doutrina se demonstra mais adequada, quando o erro for inevitável, pois há de se concluir que a suposta existência de uma situação fática, que embasaria a ação legítima, é um erro sobre a ilicitude do fato. Assim a responsabilidade penal é excluída pelo mesmo motivo da situação anteriormente citada, a eliminação da culpabilidade por falta da potencial consciência da ilicitude.

Em ambas as situações o agente sabe o que faz, apenas desconhece o caráter ilícito do comportamento. Deste modo, considera-se mais adequada a posição da doutrina sobre o assunto.

Enquanto que sobre a responsabilidade civil na legítima defesa putativa, pode-se destacar que o fato da mesma ocasionar a eliminação da responsabilidade penal, quando deriva de erro invencível, não isenta o agente da responsabilidade civil.

Isto porque, apesar de excluir a culpabilidade, necessária para a responsabilidade penal, o fato continua sendo ilícito. O fato praticado é contrário a norma escrita, portanto, antijurídico.

Desta forma os danos produzidos pelo agente que realiza a legítima defesa putativa são derivados de atos ilícitos, logo, devem ser integralmente reparados pela indenização. Isto é possibilitado pela independência das esferas do Direito, sendo a tutela jurídica no Direito Civil mais ampla que no Direito Penal, logo a causa que absolve no âmbito penal pode condenar na área civil.

No Direito Penal há exigência de maior intensidade da culpa, enquanto que para resultar na responsabilidade civil, não há essa necessidade, bastando uma culpa levíssima para resultar no dever de indenizar.

Sendo que para isso, a responsabilidade civil possui ampla abrangência em seu campo teórico: a responsabilidade civil subjetiva baseada na apuração da culpa como condição para indenizar. E ampliando o seu alcance para os casos de difícil investigação da culpa, instituiu-se a responsabilidade civil objetiva, que não necessita provar a culpa, presumindo-a a quem empreende atividade considerada de risco para os direitos de outrem. Deste modo, a responsabilidade civil visa garantir que todos os danos resultantes de atos ilícito sejam indenizados, incluindo-se neles, os produzidos pela legítima defesa putativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, M; PAULO, V. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2012

BRASIL, **Código Civil – 1916**.

_____ **Código Civil – 2002**.

_____ **Código De Defesa Do Consumidor - 1990**.

_____ **Código Penal – 1940**.

_____ **Código Processo Penal – 1941**.

_____ **Constituição Da República Federativa do Brasil- 1988**.

CARVALHAES, T. M. S. – **Responsabilidade Civil do Estado – Universidade Católica de Goiás – GOIAS, 2011**.

CHAVES, S. – **Evolução histórica da responsabilidade civil – Revista eletrônica Viajus, 2010**

COELHO, Bruna Fernandes. **A legítima defesa putativa como fato gerador do dever de indenizar à luz da legislação brasileira** .Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2715, 7 dez. 2010.

CRUZ, M. A. – **Responsabilidade civil na legítima defesa putativa – São Paulo – SP, 2015**.

DINIZ, M. H – **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERRARESI, C. S. et al – **Conflitos e formas de resolução: da autotutela a jurisdição – ISSN 2236 – 4498 – volume IV – Bauru – SP**.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GRECO, R. – **Curso de Direito Penal - Parte geral – Volume 1**. 14 ed.– Editora Impetus – 2012.

GONÇALVES, C.R. **Direito Civil Brasileiro- Parte geral**. 13ªed. São Paulo: Saraiva, 2015.

IBRAHIM, S. T. C. et al - **Metodologia e pesquisa jurídica – Faculdade Milton Campos, Nova Lima – MG, 2008**.

- MATOS, E. A. – Legítima defesa própria e de terceiros – Faculdade Anhanguera de ciências Humanas – 2012.**
- MONTEIRO, M. S. – Manual de metodologia da pesquisa no direito - Editora Saraiva – 5ª edição – 2009.**
- PEDROSO, F. A. Processo penal – o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2001. P.16**
- RAMALHO, A. R. – Estado de necessidade versus legítima defesa [S.l. – S.n.]**
- RIBEIRO, R. V. P. – Legítima defesa putativa – Revista eletrônica JusBrasil - 2013**
- RODRIGUES, A. P. G. – A legítima defesa como causa excludente da responsabilidade civil- 1ª Edição – São Paulo – SP, 2008**
- SANTOS, P. P. S. Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012.**
- SOUZA, C. A. R. et al. – Atos ilícitos: responsabilidade civil – Valadares – MG, 2014.**
- STOCO, R. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007**
- TAVARES, M. L. – Paradoxos dos crescimentos putativos – [S.l – S.n.]**
- VENOSA, S. V. – Direito civil – Responsabilidade civil- 10ª edição – Editora Atlas, 2013.**
- ZAQUEO, C. B. - A legítima defesa putativa gera a responsabilidade civil. Revista JusBrasil, 2009.**