

NATUREZA JURÍDICA DA *ABERRATIO ICTUS* EM LEGÍTIMA DEFESA

Christiano Mendes Wolney Valente
Advogado da União

O presente trabalho tem por objetivo investigar e estabelecer, por razões de fidelidade teórica, a natureza jurídica do erro na execução - *aberratio ictus*- em legítima defesa. A problemática da questão surge da seguinte indagação em um caso hipoteticamente estabelecido (limitando-se, portanto, a um ponto de vista teórico, porém possível de ocorrência prática): tendo A, B e C como pessoas; A agride injustamente a B que, em legítima defesa, repele a agressão injusta acabando por atingir a C em virtude de erro na execução; poderá C reagir contra B em legítima defesa real?

Responder a esta questão apenas afirmando que não é possível a reação em legítima defesa real contra legítima defesa real não exaure as dúvidas suscitadas e revela um desconhecimento da profundidade do problema. Tal se deve ao fato de que na conceituação da legítima defesa, obtida através de interpretação feita do artigo 25 do Código Penal brasileiro, insere-se a necessidade de que a agressão a ser repelida seja injusta, tendo-se a palavra “injusta” aqui empregada como sinônimo de ilicitude¹. Mas de qual ilicitude se cogita na hipótese? A doutrina é unânime em afirmar que esta ilicitude poderá ser colhida no ordenamento jurídico como um todo², aceitando,

¹ Neste sentido pode-se citar Cezar Roberto Bitencourt que classifica como injusta a agressão “...que não estiver protegida por uma norma jurídica, isto é, não for autorizada pelo ordenamento jurídico.”- Teoria geral do delito, pág.142. Também no mesmo sentido: Luíz Régis Prado, in “Código Penal anotado e legislação complementar”.

² Explicitamente abordando o assunto temos Francisco de Assis Toledo em “Princípios básicos de direito penal” pág. 164. Para Toledo a ilicitude no direito penal não se limita à ilicitude típica (sendo esta a ilicitude do delito). Um exemplo de ilicitude atípica seria a agressão ilícita na legítima defesa. “A agressão que autoriza a reação defensiva, na legítima defesa, não precisa ser um fato previsto como crime, isto é, não precisa ser um ilícito penal, mas deverá ser no mínimo um ato ilícito, em sentido amplo, por inexistir legítima defesa contra atos lícitos.” Desta forma é interessante notar que Toledo aponta dois papéis a serem cumpridos pela ilicitude no campo penal: o papel de caracterizar delitos e o papel de caracterizar a legítima defesa, sendo que a segunda ilicitude é mais ampla que a primeira.

portanto, a ilicitude extrapenal como apta a caracterizar o requisito prévio para a legítima defesa. Desta feita, se considerarmos a *aberratio ictus* em legítima defesa como um ato ilícito civil, este estará apto a preencher o requisito de agressão injusta necessário para a configuração da reação em legítima defesa, o que acabaria por ensejar uma impropriedade teórica, qual seja: legítima defesa real contra legítima defesa real em erro na execução³.

Não se faz possível argumentar na hipótese a separação da conduta de B contra A e a conduta de B contra C, para caracterizar a primeira como lícita e a segunda como ilícita. Deve-se observar que a hipótese é de apenas uma conduta que, por erro na execução, acabou por atingir C. Do contrário não seria mais caso de *aberratio ictus* e sim caso de pluralidade de condutas que poderia ensejar um concurso material e não um concurso formal como o faz o instituto analisado no artigo 73 *in fine* do Código Penal Brasileiro. Portanto é necessário fazer uma incursão dentro de uma teoria geral do fato jurídico e do direito privado para se estabelecer corretamente a natureza jurídica do instituto, sob pena de restar subsistente uma incoerência teórica e metodológica envolvendo os campos do direito penal e civil.

Partiremos, conseqüentemente, do seguinte pressuposto: o erro na execução em legítima defesa não pode ser considerado como um ato ilícito civil, pois, na medida em que assim o for, terá uma repercussão negativa na órbita do Direito Penal, criando a impropriedade teórica apontada acima. Para a assunção deste pressuposto é imprescindível que sejam encontrados, na área do Direito Civil, elementos bastantes para sustentá-lo ou mesmo não torná-lo incoerente, evitando assim o retorno ao erro inicial. Tendo-se provado tal pressuposto, ter-se-á como atingido o objetivo do presente estudo.

A principal pergunta que se propõe é a seguinte: se o erro na execução em legítima defesa não é ato ilícito civil, como é possível ensejar indenização nos moldes do art. 1540 do Código Civil brasileiro? Formulando a pergunta de outra maneira: o ato precisa ser necessariamente ilícito para gerar o dever de indenizar? Inúmeros autores renomados do direito privado abordam

³ Neste sentido: Cezar Roberto Bitencourt, Eugenio Raul Zaffaroni, Francisco de Assis Toledo, Heleno Cláudio Fragoso e outros mais.

a questão e, sem receio algum, pode-se dizer que há unanimidade em se admitir a possibilidade da existência de indenização independente da natureza jurídica do ato praticado. Tais são os casos de responsabilidade sem culpa ou responsabilidade objetiva cuja teoria necessário se torna expor.

Segundo Maria Helena Diniz⁴, a obrigação de indenizar é consequência do ato ilícito, sendo este classificado como aquele praticado em **desacordo com a ordem jurídica**, violando direito subjetivo individual. Ainda segundo tal autora, o ato deve causar dano a outrem gerando o dever de reparar tal prejuízo. Elenca, como elementos indispensáveis para a configuração do ato ilícito, o fato lesivo imputável ao agente ou voluntário (culpa ou dolo), a ocorrência efetiva de um dano e o nexo de causalidade entre o dano produzido e a conduta do agente. Adverte ainda mais adiante que, **quando a responsabilidade é determinada sem a necessidade de se averiguar a culpa, o ato não pode ser considerado ilícito**. Tal é consequência lógica de sua explanação na medida em que falta um dos elementos indispensáveis para a configuração do ato ilícito, qual seja: a culpa, que, no caso, não foi avaliada. Continuando em sua explanação a autora elenca a **legítima defesa como hipótese de ato lesivo não ilícito** e, em outro volume de sua obra⁵, afirma que ,quando o dano resultar de um ato praticado em estado de necessidade ou legítima defesa, aplicar-se-á o art. 1540 do Código Civil.

Para Caio Mário da Siva Pereira⁶, há uma diferença entre o ato ilícito e a responsabilidade civil, um está para o outro assim como a causa está para o efeito⁷. Segundo este autor, a responsabilidade civil é, na essência, a imputação do resultado da conduta antijurídica e implica necessariamente na obrigação de indenizar o mal causado. Tal autor, buscando auxílio na doutrina de ENNECCERUS, traz como requisitos etiológicos do ato ilícito: uma conduta dolosa ou culposa mas sempre exteriorizada; **a violação do**

⁴ “Teoria geral do direito civil.” *in* “Curso de direito civil brasileiro”.

⁵ “Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais”.

⁶ “Instituições de direito civil”.

⁷ Neste sentido também pode-se citar Carvalho Santos: “Entretanto o ato ilícito não esgota as causas da responsabilidade civil...” *in* Código Civil brasileiro interpretado.

ordenamento jurídico: a imputabilidade e a penetração da conduta na esfera jurídica alheia. Afirmar também o autor que tal análise cabe para toda espécie de ilícito seja penal seja civil, não havendo de maneira alguma diferença ontológica entre um e outro⁸.

Observa ainda que a teoria da responsabilidade objetiva teve origem numa idéia do alargamento do conceito de culpa, criando-se a noção de culpa presumida, até chegar-se à responsabilidade sem culpa por se admitir que a culpa como fundamento da responsabilidade civil é insuficiente, pois deixa sem reparação danos sofridos por pessoas que não conseguem provar a falta do agente. Mais adiante elenca a legítima defesa como circunstância excusativa que retira a qualificação de ilícito do procedimento do agente e adiciona que **a doutrina civil vai buscar no direito penal os extremos da conceituação do instituto**. Em outro volume de sua obra⁹, afirma que responde pela reparação aquele que, procedendo em legítima defesa, danificar a coisa alheia e explica: “Segundo a noção mais exata, e já tantas vezes repetida, pressupõe o ato ilícito uma conduta contrária à ordem jurídica, e é claro que o procedimento daquele que se defende ou do que exercita um direito seu, como de quem pretende impedir que se consuma o perigo, não se pode tachar de contraveniente a norma social de conduta. Não obstante, a obrigação de ressarcir o dano causado existe, sob fundamento de que, no conflito de dois direitos, o titular daquele socialmente mais valioso poderá sacrificar o outro, desde que se detenha nos limites do razoável, mas nem por isto se exime de reparar o dano causado. Não há culpa no que se defende, ou no que necessita de remover perigo iminente. Mas há reparação, e, portanto, **responsabilidade sem culpa**, se o agente

⁸ Toledo aborda a seguinte questão afirmando que a ilicitude penal projeta-se para todo o direito e cita a definição de Welzel: “... a contradição da realização do tipo de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico como um todo”. Desta feita um fato ilícito penal é ilícito para todas as outras áreas do direito e um ato lícito nas outras áreas do direito não pode ser um ilícito penal. Para uma abordagem mais completa a respeito das semelhanças e diferenças ontológicas entre o ilícito penal e o civil ver “Teoria de la continuidad de los derechos penal y civil” de Frederico Castejón y Martínez de Arizola, citado na bibliografia. Em tal trabalho observam os autores que o direito civil e o penal são historicamente ramos pertencentes ao mesmo tronco o que possibilita estabelecer correlações teóricas, ainda hoje, a respeito dos institutos utilizados nas duas áreas científicas, quando não o são idênticos.

⁹ “Instituições de direito civil volume III”.

exceder os limites do indispensável para a remoção do perigo (Código Civil, art. 160 e seu parágrafo).”

Não concordamos com o autor quando este afirma a inexistência de culpa daquele que se defende, pois tal afirmação não levou em conta que o dano causado poderia tê-lo sido em erro na execução em legítima defesa e, portanto, com violação a um dever objetivo de cuidado. Se não houvesse culpa na hipótese, seria um irrelevante penal *-casus-* tornando de todo desnecessária a inclusão do art. 73 no CPB. Note-se que tal posicionamento não se revela de todo contrário ao pensamento do autor, pois este mesmo, conforme citado acima, admite que a doutrina deixou ao direito penal a fixação dos limites da legítima defesa. Portanto daí se infere que a responsabilidade objetiva não deriva da inexistência de culpa, podendo ocorrer também quando esta se faz presente, porém torna desnecessária a sua constatação para gerar o dever de indenizar, visto que esta -a culpa- permanece no mundo dos fatos não adentrando o mundo jurídico.

J. M. Carvalho Santos¹⁰, analisando o art. 1540 do Código Civil observa que trata-se, na espécie, de exceção ao sistema do Código Civil, pois prevê a responsabilidade sem culpa e acrescenta que: “... a idéia do dano ressarcível é mais alta que a de ato ilícito. Todo ato ilícito é danoso¹¹ e cria para o agente a obrigação de reparar o dano causado, mas nem toda obrigação de ressarcir o dano provém de ato ilícito, de ato praticado sem direito.”

Neste sentido, sendo citado pelo autor supra, CLÓVIS BEVILÁQUA afirma que a idéia dominante no Código Civil Brasileiro é a de que todo dano causado deve ser reparado, independente de culpa ou dolo. Intervindo culpa ou dolo tem-se o ato ilícito, e o agente culpado responde pelo prejuízo causado¹². Ainda citando Clóvis, deve-se observar que em seus comentários ao Código Civil Brasileiro tal autor, ao analisar o art. 1540 do estatuto privatístico maior do direito brasileiro, afirma que ordinariamente a

¹⁰ “Código civil brasileiro interpretado.”

¹¹ Tal afirmação não pode ser aceita em absoluto na medida em que tal doutrina faz derivar da ilicitude o dano inevitável, porém outros autores, como Caio Mário da Silva Pereira, apontam casos de atos ilícitos em que não há dano, como nos crimes tentados.

indenização é consequência de um ato ilícito; mas em alguns casos, a responsabilidade é puramente objetiva, resulta simplesmente da ocorrência do fato danoso.

Mais adiante J. M. Carvalho Santos, fazendo suas as palavras do eminente jurista MANUEL CARLOS DE FIGUEIREDO FERRAZ, aborda diretamente a questão ao aduzir que: “... há casos em que ela (a responsabilidade civil) decorre também do **ato lícito**, de que resulta dano, tais os casos de necessidade e de **legítima defesa**, quando para a eficiência desta se faz necessário danificar alguma coisa. (grifo nosso)” E ao explicar o art. 1540 do Código Civil afirma que a indenização ali prevista refere-se ao dano sofrido por um terceiro, estranho à agressão injusta que deu causa à repulsa e cita o exemplo do erro na execução em legítima defesa.

Desenvolvendo o assunto em questão Carvalho Santos soma a sua opinião à de VICENTE AZEVEDO:

Não podemos concordar, com GRIOLET, que existam duas legítimas defesas, uma penal e outra civil; nem concordar com LACOSTE na existência de graus de legítima defesa: **não há, qualitativa ou quantitativamente, duas legítimas defesas, uma civil e outra penal**. A nosso ver, desde que a justiça penal apreciou a hipótese, absolveu o acusado pelo reconhecimento da justificativa, esta decisão obriga o juiz civil. Como pode haver duas legítimas defesas se as condições são as mesmas tanto perante o direito penal, como ante o Direito Civil? Como pode haver graus de legítima defesa, quando ela constitui um estado, uma situação especial, na qual o indivíduo se encontra ou não? (grifo nosso)¹³

¹² A maioria da doutrina se posiciona contra Clóvis Beviláqua neste assunto, pois entendem os demais autores que a regra geral do CC é a responsabilidade derivada da culpa aquiliana e não a objetiva, como afirmou o ilustre jurista, muito embora o tenha dito diferente nos seus comentários ao CC.

¹³ Neste sentido, Mirabete ao investigar os efeitos da sentença absolutória penal no juízo cível afirma que em todas essas hipóteses -referindo-se à *aberratio ictus* e à *aberratio criminis* em legítima defesa- não se discute mais a existência da excludente de ilicitude (há nessa parte coisa julgada), mas não se impede a propositura da ação civil objetivando a reparação do dano.

Por fim, Pontes de Miranda em sua magnífica obra TRATADO DE DIREITO PRIVADO¹⁴, nos oferece subsídios doutrinários suficientes para dar por encerrada a questão ao elaborar o conceito de *pré-exclusão da contrariedade ao direito*. Para tal autor, a contrariedade ao direito é elemento do suporte fático hipotético e, ao ser excluída por alguma razão especial que a lei adote, não há contrariedade ao direito, pois o suporte fático hipotético não se faz suficiente para garanti-la. Em suma, não há ato ilícito por falta de elemento do suporte fático. Portanto, antes de entrar no mundo dos fatos jurídicos, o fato em si já não pode ser qualificado como ilícito em razão da pré existência de norma legal que o descaracteriza como tal. Este é o caso da legítima defesa em virtude do disposto no art.160, I do Código Civil. Para o autor, a legítima defesa não é direito subjetivo na medida em que opera fora do mundo jurídico, no mundo fático; é fato ao qual a norma jurídica atribui o efeito de não ensejar o surgimento do ato ilícito.

Mais adiante, o mesmo autor nos fornece o conceito de *atos-fatos jurídicos* e afirma que este conceito abrange os chamados atos reais, **a responsabilidade sem culpa** (contratual ou extracontratual) e as caducidades sem culpa (exceto o perdão). Aduz Pontes de Miranda que:

O ato humano é o fato produzido pelo homem; às vezes, não sempre, pela vontade do homem. Se o direito entende que é relevante essa relação entre o fato, a vontade e o homem, que em verdade é dupla (fato, vontade-homem), o ato humano é o ato jurídico, lícito ou ilícito, e não ato-fato, nem fato jurídico stricto sensu. Se, mais rente ao determinismo da natureza, o ato é recebido pelo direito como fato do homem (relação fato-homem), com o que se elide o último termo da primeira relação e o primeiro da segunda, pondo-se entre parêntese o *quid psíquico*, o ato, fato (dependente da vontade) do homem, entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico.

Disto se extrai que se a vontade humana não for levada em conta para a jurisdicização do fato, temos então um ato-fato jurídico; portanto

¹⁴ “Tratado de direito privado Tomo II”.

hipótese em que não se verifica a ocorrência de culpa ou dolo para a adequação do fato à norma. O autor cita como exemplo de ato-fato lícito indenizativo o dano causado em **estado de necessidade** (art.1519 e 1520 do Código Civil). Lícito também, e não somente, porque o art. 160, II do Código Civil atua como pré-excludente de ilicitude¹⁵.

Feitas as considerações acima, algumas conclusões podem ser tiradas:

a) O ato não precisa ser necessariamente ilícito para gerar o dever de indenizar. O ordenamento jurídico brasileiro contempla casos de indenização por danos causados por atos lícitos, visto que a idéia de responsabilidade é diferente e mais ampla que a idéia de ato ilícito;

b) A *aberratio ictus* em legítima defesa configura um destes casos na medida em que não é ato ilícito em virtude da pré-exclusão de ilicitude disposta no art. 160, I do Código Civil, que busca os seus limites na doutrina penal (não há uma legítima defesa civil e outra penal);

c) Mesmo havendo culpa no erro, tal não é levado em consideração para efeito de gerar a indenização pois ela está submetida à doutrina da

¹⁵ Devemos observar que, por razões de fidelidade teórica à doutrina de Pontes de Miranda, não incluiremos dentre os **atos-fatos lícitos indenizativos** a *aberratio ictus* em legítima defesa porque assim não entende o autor. Porém fazemos a ressalva de que, ao nosso ver, tal classificação é perfeitamente possível pois trata-se na hipótese de responsabilidade sem culpa, e isto é majoritário na doutrina, o que ensinaria sua classificação dentre os **atos-fatos** sem maiores dificuldades, a exemplo do que o próprio Pontes de Miranda faz com os atos praticados em estado de necessidade. Não compreendemos porque o tratamento diverso (o fato de que a anterior parte geral do CP previa o excesso somente para a legítima defesa, talvez explique mas não justifique a igualdade de tratamento dada à *aberratio* e ao excesso), mas respeitamos a opinião do autor e a explanaremos para haver um maior esclarecimento. Afirma o autor em seu tratado: “Se o ato é em legítima defesa, não é contrário a direito; portanto, não dá lugar a indenização (ato ilícito não é); mas continua contrário a direito, fazendo-se ato ilícito, o do ofensor. O dano a terceiro, ou a coisa de terceiro (não só à coisa art. 1520, parágrafo único), é ressarcível; porque é contrário a direito, **defendendo-se de A, lesar a B: aí não há defesa**. Se defendendo-se de A necessita de empregar coisa pertencente a B e lhe causa dano, então há de se tratar a espécie como ato em estado de necessidade (art.160, II), e não como de legítima defesa.” -Tomo II, pág. 278 (observar que o autor dá o mesmo tratamento à *aberratio ictus* e ao excesso em legítima defesa), e mais adiante: “A regra jurídica sobre legítima defesa é norma pré-excludente; por ela, apenas se diz que, havendo *x*, esse *x* não permite que o ato seja contrário a direito. Portanto, não entra no mundo jurídico como ato ilícito. Resta saber se, se havendo *x* e pré-excluindo-se a contrariedade a direito, o ato entra no mundo jurídico como ato lícito. Não entra; mas, se entrasse, qualquer direito de que se cogitasse, seria efeito da sua entrada.” Como se pôde observar tal autor não contempla dentre o rol da legítima defesa aquela praticada em erro na execução e faz derivar a indenização da regra geral de que todos os atos ilícitos geram reparação de dano, o que leva a crer que, ao elaborar sua teoria, não se ateu à abrangência da legítima defesa estabelecida no campo penal, nem ao estabelecido no art.1540 do CC.

responsabilidade sem culpa (objetiva), que exige apenas a prova do dano, do fato danoso do agente e do nexo de causalidade entre ambos, sem verificar se houve, ao menos, violação de um dever objetivo de cuidado.

Isto posto, revelam-se já suficientes os argumentos apresentados para embasar a conclusão do presente estudo: levando-se em conta uma interpretação sistemático-doutrinária dos artigos 159; 160, I e 1540 do Código Civil Brasileiro tem-se que a *aberratio ictus* em legítima defesa configura hipótese de responsabilidade sem culpa, ou responsabilidade objetiva contemplada pelo ordenamento jurídico brasileiro, ensejando reparação de dano sem a necessidade de se averiguar a ilicitude do ato praticado, mesmo porque tal ato é lícito em toda a esfera do direito na medida em que a doutrina deixa a cargo do Direito Penal o estabelecimento dos seus limites. Tem-se, por conseguinte, como provada a veracidade do pressuposto estabelecido e por sanada a impropriedade teórica inicialmente localizada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- SANTOS, J. M. Carvalho. Código Civil Brasileiro interpretado, ed. Freitas Bastos. RJ. 7^a ed, 1961.
- MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, editor Borsoi. RJ. 3^a ed, 1970.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, ed. Forense, 2^a ed, 1991.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, Saraiva, 13^a ed, 1997.
- CASTEJÓN, Frederico *et alli*. Teoria de la continuidad de los derechos penal y civil, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1949.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Teoria Geral do Delito, RT, 1997.
- PRADO, Luís Regis *et alli*. Código Penal anotado e legislação complementar, RT, 1997.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. Manual de direito penal brasileiro, RT, 1997.
- BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Editora Rio, Rio de Janeiro, 1940.
- MIRABETE, Julio Fabrini. Processo Penal, ed. Atlas, 8^a ed, 1998.

