

## ILÍCITO CIVIL E PENAL: DIFERENCIAÇÃO NO PLANO DO DIREITO POSITIVO (\*)

Luiz Carlos Gomes  
Promotor Público em Cruz Alta

Sumário: 1. Conceito estrutural de ato ilícito civil. 2. Imputabilidade civil. 3. A concepção unitária de culpa civil. 4. Diferenciação formal entre ilícito civil e penal. 5. Diferenciação subjetiva. 6. Diferenciação objetiva. 7. Considerações finais.

1. A partir de um conceito estrutural de ato ilícito civil, é possível fixar os traços diferenciais entre o ilícito penal e o ilícito civil, no plano do Direito Positivo, não apenas desde o ponto de vista formal, mas também desde os ângulos subjetivos e objetivos.

O ato ilícito civil, fundamentalmente, é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. É a lição basilar de SAVATIER (1). Entretanto, como assinala CAIO PEREIRA, o ato ilícito, em decorrência da própria iliceidade que o macula, é lesivo do direito de outrem, exigindo-se, para a sua configuração, a penetração da conduta na esfera jurídica alheia (2). Por isso mesmo, não se reputam ilícitos os atos que não invadem a colônia dos direitos primários de outrem (3).

Por outro lado, o ato ilícito, em sentido lato, abrange também a infração que gera a responsabilidade culposa contratual (4).

Diante dessas premissas, um conceito estrutural de ato ilícito civil pode ser assim concebido: ato ilícito civil, *lato sensu*, é o ato humano voluntário, comissivo ou omissivo, que consiste

---

(\*) Trabalho premiado em 1.º lugar no 3.º Seminário de Estudos e Debates, realizado em Santo Angelo, de 22 a 26 de outubro de 1973.

na inexecução de dever imposto pela ordem jurídica (*ex-lege* ou *ex-contractu*), com violação conseqüente de direito alheio (contratual ou não-contratual), cuja violação voluntária ou involuntária, é sempre imputável, isto é, podendo o agente conhecer e observar o dever infringido.

2. É claro que a imputabilidade civil, essencial à caracterização do ato ilícito, consiste na possibilidade do agente conhecer e observar o dever violado (5) (6), trazendo, no seu contexto, a previsibilidade e a evitabilidade. A previsibilidade deve preceder a evitabilidade, posto que, justamente por ser previsível a inexecução do dever, é possível evitá-la (7).

No ato ilícito doloso (violação consciente ou intencional do direito alheio), a imputabilidade está ínsita na própria consciência ou intencionalidade da violação. No ato ilícito culposo, além da violação do direito alheio, que é involuntária, exige-se a imputabilidade (ou seja, a possibilidade do agente conhecer e observar o dever violado).

3. Em sentido amplo, porém, o conceito civil de culpa abrange o de dolo (8). E, modernamente, fundem-se os dois conceitos (9), sob a designação genérica de culpa (contratual e aquiliana ou extra-contratual) (10), ensejando uma concepção unitária de ato ilícito.

Não obstante a concepção unitária do ato ilícito, no direito positivo brasileiro é necessário fazer a distinção entre dolo e culpa, em dois casos expressos, a saber: a) estando o credor em mora, o devedor não responde por mera culpa (art. 958 do Código Civil); b) não responde por simples culpa, nos contratos unilaterais benéficos, a parte a quem o contrato não favorece (art. 1057 do Código Civil).

A fixação científica do conceito de dolo e culpa civis, em verdade, tem suscitado controvérsia doutrinária. Entretanto, a distinção não se deve ater à voluntariedade da inexecução do dever, mas, sim, à voluntariedade da violação do direito alheio. Por isso mesmo, é indiferente, para a caracterização do elemento subjetivo (dolo ou culpa), se o agente teve ciência da inexecução do dever, ou mesmo, se a quis deliberadamente. Dois exemplos melhormente dilucidam o problema: a) o motorista que, por desatento, ou seja, sem consciência ou sem ânimo deliberado, dirige na contra-mão, causando dano ao patrimônio de outrem, incorre em mera culpa, se a violação do direito alheio não foi voluntária; b) o automobilista, ao infringir, consciente ou deliberadamente, o dever de dirigir com velocidade adequada, incorre também em mera culpa se a violação conseqüente do direito alheio não foi voluntária. É claro que, no dolo, a inexecu-

ção do dever é sempre voluntária, como antecedente lógico da violação voluntária do direito alheio.

Por oportuno, cumpre considerar que, em não havendo violação de um dever mais preciso, a falta pode fundar-se no dever genérico de não lesar ninguém (*neminem laedere*) (11). Em tal hipótese, o binômio constitutivo do ato ilícito civil — inexecução de dever e conseqüente violação de direito alheio — forma uma só unidade, de tal sorte que a voluntariedade na inexecução do dever significa, também, voluntariedade na violação do direito, e vice-versa.

4. Estabelecido o conceito estrutural de ato ilícito civil, é possível traçar com precisão a linha diferencial entre o ilícito civil e o penal.

A diferenciação formal pode ser assim condensada: a) Como o Direito Penal funda-se no tipo (12), todo ilícito penal é, necessariamente, um fato típico. No ilícito civil (doloso ou culposos), o fato resultante é atípico, configurando-se sempre que houver violação do direito alheio, com imputabilidade.

É interessante assinalar que o dolo correspondente ao tipo penal do estelionato, guarda certa simetria com o dolo-vício de vontade, previsto no art. 92 do Código Civil, definido por BEVILAQUA como artifício ou expediente astucioso, usado para induzir alguém à prática de ato que o prejudica, em favor do autor do dolo ou de terceiro (13).

É claro que o dolo do art. 92 do Código Civil, gerador de vício de vontade, não se confunde com o dolo inerente ao ato ilícito civil (contratual ou extra-contratual), o qual se constitui em obstáculo ao exato cumprimento das obrigações (14). Entretanto, o dolo-vício de vontade caracteriza um estelionato civil, essencialmente atípico, com menor densidade subjetiva que o dolo próprio do estelionato penal: a ilicitude da vantagem só é indispensável à caracterização do estelionato penal (15), podendo o ato civil, anulável por vício de vontade (dolo), produzir uma vantagem lícita (Ex.: venda, pelo preço do mercado, de ações idôneas, astuciosamente valorizadas pelo intermediário, a fim de induzir o comprador a empregar disponibilidade nesse tipo de investimento, prejudicando-o pela não realização de negócio mais lucrativo).

b) No Direito Penal, a punibilidade do ato culposos é exceção: o direito em vigor não conhece um *crimen culpae* geral, senão somente uma série de *crimina culpae*, delimitados de forma determinada (16). Já no Direito Civil, só por exceção e mera culpa elide a responsabilidade (a saber: mera culpa do devedor, estando o credor em mora — art. 958 do Código Civil; mera cul-

pa da parte a quem o contrato não favorece, nos contratos unilaterais benéficos — art. 1057 do Código Civil).

Fora desses dois casos, qualquer distinção entre dolo e culpa civil será ociosa, inclusive diante do art. 1544 do Código Civil (juros compostos), só aplicável diante da violação da lei penal (17). OUTROSSIM, a correção monetária é exigível na reparação do ato ilícito civil, *stricto sensu* (área não contratual) (18), sem qualquer distinção quanto ao elemento subjetivo.

c) O Direito Civil desconhece as figuras penais da preterintencionalidade (conduta basicamente dolosa, com resultado culposo além do dolo) e da tentativa (conduta dolosa, com resultado aquém do dolo). É que, na configuração do dolo civil, não interessa perquirir qual o resultado querido pelo agente. Basta a vontade de violar o direito alheio, pois o conceito de dolo civil, como esclarece SAVIGNY, esgota-se na vontade de cometer uma violação de direito (19), não sendo necessário, no dizer de DERNBURG, querer ou mesmo prever o resultado nocivo (20).

d) O comportamento humano ilícito é sempre pressuposto da responsabilidade criminal, mesmo objetivo (21). Já o ilícito civil, embora seja a mais importante, não é a única fonte ou causa da responsabilidade (22), posto que a responsabilidade civil objetiva não depende da culpa (23), ou seja, independe do ato humano ilícito.

c) No plano do ato ilícito civil (*stricto sensu*), a **menoridade** não é, em si, uma causa de irresponsabilidade, pois os tribunais, mesmo diante dos menores impúberes, têm de apurar se a sua inteligência é suficientemente desenvolvida para compreender, seja a malícia, seja a imprudência de seu ato (24) (25).

No tocante ao **alienado**, é claro que o mesmo, por definição, não pode conhecer nem observar o dever que tenha infringido. Ele não incorrerá, pois, em ato ilícito (26). A irresponsabilidade civil do louco, todavia, poderá ser arredada, com a aplicação, com boa lógica, da responsabilidade objetiva, nascida do risco e independente do elemento subjetivo, através da fórmula: cada um deverá suportar o risco de seus atos, culposos ou não (27). Vale assinalar que certas legislações, a título de obrigação de assistência, impõem expressamente ao alienado uma reparação por seus atos nocivos, arbitrada por equidade pelo julgador, segundo a fortuna e as necessidades das partes. (28)

5. No plano subjetivo, há três distinções a fazer, todas bem caracterizadas, a saber:

a) No dolo civil, como já se observou, basta a vontade de violar o direito alheio. No dolo penal, o agente quer o resultado típico ou assume o risco de produzi-lo. Por isso, o dolo penal é

representação e vontade em referência a um fato típico (29). Nota-se, por conseguinte, que o requisito da representação, essencial ao dolo penal, é estranho ao dolo civil;

b) Na área da culpa, tanto o ilícito penal como o ilícito civil exigem, como elemento existencial, a previsibilidade. Todavia, a culpa penal, além de exigir, para a sua configuração, o advento de fato típico, empresta outra contextura à previsibilidade: não deve ser aferida em relação ao chamado homem normal ou a condições normais, mas às circunstâncias do caso concreto e às condições pessoais do agente (30). Isto significa, em tese, que a violação do direito alheio pode configurar um ilícito civil, previsível desde o ponto-de-vista do homem avisado e prudente (31), e, apesar de produzir um resultado típico, não caracterizar o ilícito penal (por não ser previsível pelo agente, dadas as circunstâncias do caso concreto e as suas condições pessoais). A distinção, todavia, é sutil, pois a pessoa do agente também pode ser levada em conta, no ilícito civil, para aferir-se a previsibilidade e a evitabilidade por parte do agente (32). Basicamente, porém, o conceito penal de previsibilidade é pessoal e concreto, pois tem de ser uma referência pessoal do próprio agente para com o resultado (33), enquanto que o conceito civil de previsibilidade, em princípio, é impessoal e abstrato, sendo uma referência do homem normal, avisado e prudente, para com o direito violado, admitindo, embora, uma retificação personalizante.

Assim, dita referência pode ser retificada, em se levando em conta a pessoa do agente (34).

Com extrema agudeza, pois, MEZGER enfatiza que, no Direito Penal, somente existe culpa se, na realização concreta, não foi observada a diligência devida. Em Direito Penal, devem ser consideradas, muito mais do que em Direito Civil, também as circunstâncias individuais e subjetivas, como a capacidade pessoal, os defeitos físicos (miopia, dureza de ouvido, traumatismos, esgotamento momentâneo, as enfermidades etc.) as dificuldades ocasionadas pela situação particular, e outras circunstâncias (35).

c) Assim no dolo como na culpa penais, cumpre admitir a não exigibilidade de conduta diversa, com o caráter de causa geral de exclusão da culpabilidade (36) (37) (38) (39), não interessando, contudo, as valorações individuais do autor particular, senão somente as valorações objetivas do ordenamento jurídico e da lei (40). E esse pressuposto do dolo ou da culpa penais (inexigibilidade de conduta diversa), não existe no ato ilícito civil.

6. Resta, agora, estabelecer a distinção objetiva entre os dois ilícitos. O ilícito civil, para caracterizar-se, exige sempre, além da inexecução de dever (quando menos, o dever genérico de não lesar ninguém) (41), a violação conseqüente de direito alheio (42) (43). O ilícito penal, todavia, que é sempre fato típico, pode configurar-se com a inexecução de dever imposto pela ordem jurídica, independentemente da violação de direito alheio. É que a efetiva violação do direito não é da essência do ilícito penal, ao menos na área dos crimes formais e dos crimes de perigo.

É claro que, nos crimes de dano (crimes materiais), é necessário, à consumação, a superveniência de efetiva lesão do bem jurídico tutelado (44). Assim, sempre que houver ilícito penal material, haverá também ilícito civil, inclusive na tentativa. Não obstante, embora a tentativa configure — ela também — um ilícito civil, em certas circunstâncias pode não ser devida a prejuízo (45). Ex.: tentativa de envenenamento, quando a vítima não chega a ingerir a substância tóxica, por circunstâncias alheias à vontade do agente. Dito exemplo, embora constitua ilícito penal (tentativa), e configure, também, ilícito civil (a vítima teve violado o seu direito subjetivo de não correr o risco de ser envenenada), não gera a obrigação de indenizar (que presuppõe o prejuízo).

Nos crimes de perigo, que se tipificam pela simples possibilidade ou probabilidade de dano anti-jurídico (46), ou seja, pelo dano potencial (47), vamos encontrar fatos penalmente típicos que não chegam a constituir um ilícito civil.

É o caso, por exemplo, do art. 277 do Código Penal, consistente em ter em depósito substância destinada à falsificação de produto alimentício ou medicinal. O delito completa-se com o “ter em depósito” ou seja, punido já é o simples depósito (48).

Também na área dos crimes culposos, a afirmativa é válida. Veja-se, por exemplo, o art. 273, § 2.º, do Código Penal: ter em depósito, para vender, alimentos deteriorados por mera culpa do agente.

Em ambos os exemplos (um doloso e outro culposo), há ilícito penal típico, mas não chega a configurar-se o ilícito civil, em face da inocorrência de violação de direito alheio.

Já o art. 130 do Código Penal (crime de perigo de contágio venéreo), significa, também, ilícito civil (eis que ocorre a violação do direito subjetivo de não ser exposto a perigo de contágio venéreo), embora sem obrigação de indenizar (salvo se houver prejuízo, como no caso de efetiva contaminação venérea). É que, para a configuração do crime, basta a simples criação do perigo de contágio, pouco importando que este sobrevenha ou não (49).

Diante dos crimes formais, ou seja, de consumação antecipada (50), o tipo penal cristaliza-se mesmo quando não sobrevém o dano, ou seja, quando o crime não se exaure (51). E, em tal hipótese, é possível a tipificação do ilícito penal, sem que se constitua o ilícito civil. Ex.: dar o médico, no exercício de sua profissão, atestado falso (art. 302 do Código Penal). Trata-se de crime que se consuma com o fornecimento ou entrega do atestado, pouco importando, porém, que este seja, ou não, efetivamente utilizado (52). É claro que, se o atestado não for utilizado — circunstância que não elide o crime — deixará de haver violação de direito alheio, e, por isso, restará excluído o ilícito civil.

Dessarte, enquanto que o ilícito civil, para a sua constituição, exige a efetiva violação de direito alheio, o ilícito penal pode contentar-se com a possibilidade dessa violação (salvo os crimes materiais, que, mesmo tentados, sempre significam violação do direito alheio).

Cumprir observar, porém, que, se o ilícito penal constituir também ilícito civil, o elemento subjetivo de ambos será, basicamente, da mesma natureza, não sendo possível a transmutação do dolo em culpa, e vice-versa, na caracterização de um e outro ilícito. Admite-se, contudo, que um ato ilícito doloso (Ex.: dano físico por agressão), constitua, ao mesmo tempo, um ilícito penal **preterintencional** (lesão corporal seguida de morte).

7. A relação jurídica que se forma com a prática do ato ilícito civil, extingue-se pelos meios comuns de extinção das obrigações em geral (pagamento direto; pagamento indireto; prescrição etc.). E a **sanção civil** confunde-se, via de regra, com a reparação patrimonial.

Naturalmente, há exceções, como, por exemplo, no caso dos arts. 395 e 445 do Código Civil (ato ilícito praticado pelo titular do pátrio poder ou pelo tutor), eis que, além da reparação patrimonial eventualmente cabível, a sanção inclui a perda do pátrio poder (53) e a destituição do tutor.

No ilícito penal, a relação normalmente não se extingue com o cumprimento da obrigação civil. Todavia, aqui também há exceções: a) peculato culposo — art. 312, § 3.º, do Código Penal; b) pagamento de cheque sem fundos, antes do oferecimento da denúncia, consoante iterativos pronunciamentos do S. T. F. (54).

De qualquer modo, porém, a **sanção penal** não se confunde com a reparação patrimonial.

Exatamente em virtude dessa antítese entre a **sanção civil** (que se confunde com a reparação patrimonial) e a **sanção penal** (que não se confunde com a reparação patrimonial), e tam-

bém, pela falta de simetria entre o ilícito penal e o civil (um mesmo fato pode constituir ilícito penal e não caracterizar um ilícito civil, e vice-versa), a responsabilidade civil é independente da criminal (art. 1525 do Código Civil).

Todavia, decidido o fato e sua autoria, na Justiça Penal, ditas questões não poderão ser reabertas num litígio civil.

Finalmente, é oportuno um enfoque da culpa concorrente e suas implicações no ilícito civil e penal.

No plano do Direito Civil, a culpa da vítima, ordinariamente, exclui ou atenua a responsabilidade do agente, conforme seja exclusiva ou concorrente. Ressalva-se, contudo, que, na área contratual, e, em particular, nas relações de transportes, a culpa concorrente da vítima não influi na obrigação do responsável.

Todavia, nas relações extra-contratuais, a culpa da vítima, quando concorrente para a produção do dano, influi na indenização, contribuindo para a repartição proporcional dos prejuízos (teoria da causalidade adequada) (55).

Em certos casos, em nome da equidade (danos equivalentes, sem possibilidade de diferenciar a intensidade da culpa de cada um), é excluída reciprocamente a responsabilidade indenizatória. Mas, a solução mais freqüente dos tribunais, tem sido a de bipartir o montante do dano, cabendo a cada parte a indenização da metade. No caso de danos recíprocos, atribui-se a cada uma das partes a metade do valor total dos prejuízos.

No Direito Penal, a culpa concorrente da vítima é irrelevante para a fixação da responsabilidade criminal (podendo influir, apenas, na graduação da pena). Não obstante, em casos especiais, expressamente previstos pelo legislador, o juiz pode deixar de aplicar a pena (art. 140, § 1.º, incs. I e II, do Código Penal; art. 240, § 4.º, inc. II, do Código Penal; art. 22, § único, letras "a" e "b", da Lei de Imprensa).

#### NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) SAVATIER, *Traité de la Resp. Civile*, ed. 1951, t. I, n. 4, p. 5.
- (2) CAIO S. PEREIRA, *Inst. Direito Civil*, ed. 1961, v. 1, p. 456.
- (3) EDUARDO ESPINOLA, *Sistema de Direito Civil*, ed. 1945, v. 2, t. II, p. 234.
- (4) PONTES DE MIRANDA, *Trat. Direito Privado*, ed. 1954, v. 2, p. 201.
- (5) SAVATIER, *op. cit.* ns. 162/163, p. 205/206.
- (6) AGOSTINHO ALVIM, *Da Inexecução das Obrigações*, ed. 1965, n. 175, p. 247.

- (7) SAVATIER, op. cit., n. 164, p. 207.
- (8) ORLANDO GOMES, Obrigações, ed. 1968, n. 187, p. 315.
- (9) EDUARDO ESPINOLA, op. cit., t. II, 1.ª parte, p. 341.
- (10) EDUARDO ESPINOLA, op. cit., loc. cit.
- (11) SAVATIER, op. cit. n. 8, p. 8.
- (12) MAURACH, apud. ANIBAL BRUNO, Direito Penal, ed. 1959, vol. I, t. I, p. 334.
- (13) BEVILAQUA, Cod. Civil, ed. 1949, v. 1, p. 359.
- (14) EDUARDO ESPINOLA, op. cit. t. II, 1.ª parte, p. 333/334.
- (15) MAGALHAES NORONHA, Direito Penal, ed. 1960, v. 2, p. 468.
- (16) MEZGER, Derecho Penal, Bs. Aires, v. 1, § 70, p. 259.
- (17) S. T. F., Rev. Trim. Jur., v. 45, p. 817.
- (18) S. T. F., Rev. Trim. Jur., v. 57, p. 439.
- (19) Apud. AGOSTINHO ALVIM, op. cit., n. 178, p. 251.
- (20) Apud. EDUARDO ESPINOLA, op. cit., v. 2, t. I, p. 337.
- (21) BETTIOL, Direito Penal. ed. 1971, v. 2, p. 136.
- (22) EDUARDO ESPINOLA, op. cit. v. 2, t. II, p. 225.
- (23) AGOSTINHO ALVIM, op. cit., n. 197, p. 297.
- (24) SAVATIER, op. cit. n. 199, p. 247.
- (25) M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, Teoria e Prática das Obrig. ed. 1956, t. II, p. 13.
- (26) SAVATIER, op. cit., n. 201, p. 248/249.
- (27) COLIN ET CAPITANT, Curso Elemental, Madrid, v. 3, p. 808.
- (28) SAVATIER, op. cit., n. 201, p. 249/250.
- (29) ANIBAL BRUNO, op. cit., v. 1, t. II, p. 60.
- (30) Idem, ps. 91/92.
- (31) SAVATIER, op. cit. n. 166, p. 208.
- (32) SAVATIER, op. cit. n. 167, ps. 208/209.
- (33) ANIBAL BRUNO, op. cit. p. 92.
- (34) SAVATIER, op. cit., n. 167, p. 208/209.

- (35) MEZGER, op. cit. § 70, p. 258.
- (36) BETTIOL, op. cit., v. 2, p. 139/140.
- (37) ANIBAL BRUNO, op. cit. t. II, p. 483/484.
- (38) JIMENEZ DE ASÚA, Trat. Derecho Penal, t. V, n. 1522, p. 230, e n 1523, p. 232/233.
- (39) MEZGER, op. cit., v. 1, § 75, p. 272.
- (40) MEZGER, op. cit. v. 1, § 75, p. 273.
- (41) SAVATIER, op. cit., n. 4, p. 5; n. 6, p. 8.
- (42) CAIO PEREIRA, op. cit., v. 1, p. 456.
- (43) EDUARDO ESPINOLA, op. cit. v. 2, t. II, p. 234.
- (44) NELSON HUNGRIA, Comentários, ed. 1949, v. 1, n. 57, p. 218/219.
- (45) AGOSTINHO ALVIM, op. cit. n. 143, p. 180.
- (46) HUNGRIA, op. cit., ed. 1942, v. 5, p. 335.
- (47) HUNGRIA, op. cit., v. cit., p. 331.
- (48) MAGALHAES NORONHA, Direito Penal, v. 4, p. 54.
- (49) HUNGRIA, op. cit. v. 5, p. 359.
- (50) HUNGRIA op. cit., v. cit. p. 341.
- (51) HUNGRIA, op. cit., v. cit. p. 341.
- (52) HUNGRIA, op. cit., ed. 1958, v. 9, p. 295.
- (53) PONTES DE MIRANDA, Trat. Direito Privado, v. 2, § 164, p. 201.
- (54) S. T. F., Rev. Trim. Jur., v. 57/316; 54/929; 51/487; 49/179.
- (55) AGUIAR DIAS, Da Resp. Cível, ed. 1954, v. 2, p. 678 e sgtes.