

DOI: <http://dx.doi.org/10.24862/rcdu.v8i2.715>**CATEGORIAS DA ANTIJURIDICIDADE: O ATO ILÍCITO E O ATO ABUSIVO****Patrícia Antunes Gonçalves**

Mestre em Direito pela Universidade de Itaúna  
 Pós- Graduada em Direito Civil e Processo Civil pela UNISEB  
 Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna  
 e-mail: pattyantunesantunes@hotmail.com

**Fábio Antunes Gonçalves**

Mestre em Direito Empresarial pela UIT  
 Doutorando em Direito Privado pela PUC-MG  
 Professor e Coordenador do curso de Direito do UNIFOR-MG  
 Advogado  
 e-mail: fabioag7@hotmail.com

**Recebido em:** 20/07/2017**Aprovado em:** 30/08/2017**RESUMO**

O presente estudo busca analisar as categorias da antijuridicidade, ou seja, o ato ilícito em sentido estrito, bem como o ato abusivo, que também é chamado de ilícito em sentido amplo. Para tanto, busca-se as definições de ambas as categorias de ato ilícito, e além disso, suas diferenciações. Nessa diretriz, verifica-se que o ato ilícito em sentido estrito, pode-se caracterizar em seu aspecto subjetivo, quer dizer, nesse ponto exige-se o elemento culpa para sua configuração. Portanto, há ainda, o ato ilícito não culpável que se fundamenta na teoria objetiva (parágrafo único, art. 927, CC), que ocorre independentemente do elemento subjetivo (culpa). Por outra vertente, o ato abusivo (art. 187, CC) – em sentido amplo - se traduz quando o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. A partir daí, busca-se entender os efeitos dos atos ilícitos e suas consequências. Nesse aspecto, verifica-se a preferência da tutela preventiva face a tutela repressiva.

**Palavras-chave:** Antijuridicidade. Ato Abusivo. Ato ilícito. Tutela preventiva.**ANTI-JURIDICITY CATEGORIES: THE ILLICIT ACT AND THE ABUSIVE ONE****ABSTRACT**

The present study aims to analyze the categories of anti-juridicity that is, the illicit act in the strictest sense, as well as the abusive one, which is also called illicit in the broad sense. For

this, the definitions of both categories of illicit act and their differentiation are sought. In this guideline, it is verified that the illicit act in the strict sense, can be characterized in its subjective aspect, that is, the guilty element is required for its configuration. Therefore, there is also the unlawful act that is based on the objective theory (art. 927, Civil Code), which occurs independently of the subjective element (guilty). On the other hand, the abusive act (art. 187, Civil Code), in a broad sense, is translated when the holder of a right which, in exercising it, manifestly exceeds the limits imposed by its economic or social purpose, faith or good manners. From this point on, seek to understand the effects of illicit acts and their consequences. In this respect, there is a preference for preventive protection in the face of repressive protection of the unlawful act.

**Keywords:** Anti-juridicity. Unlawful act. Abusive act. Preventive guardianship.

## 1 INTRODUÇÃO: ATO ILÍCITO COMO GÊNERO

Não há dúvida, que o ilícito é uma categoria fundamental para a teoria geral do direito. De forma, que os atos ilícitos civis estão estampados nos arts. 186 e 187 do Código Civil Brasileiro de 2002.

O ato ilícito pode ser subdividido em uma análise objetiva e outra subjetiva. O ato ilícito em sentido estrito, pode caracterizar em seu aspecto subjetivo, que se exige o elemento culpa para sua configuração. Há ainda, o ato ilícito não culpável que se fundamenta na teoria objetiva (parágrafo único, art. 927, CC), que ocorre independentemente do elemento subjetivo (culpa). Por outra vertente, o ato abusivo (art. 187, CC) – em sentido amplo - se traduz quando o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A primeira categoria refere-se exatamente à uma acepção tradicional do direito, que já preenchia o então art. 159 do Código Civil brasileiro de 1916, chamado ato ilícito, enquanto que a outra categoria é o ato abusivo conhecido como funcional, pois o seu titular extrapola, especialmente, os limites da boa-fé<sup>1</sup> ou da função social.<sup>2</sup>

Logo, o presente estudo procura entender cada espécie de ato ilícito para uma melhor compreensão de sua definição, como as suas diferenciações. Para tanto, faz-se uso, sobretudo, da metodologia teórica, bibliográfica, descritiva e dialética com predominância indutiva, pois busca-se discutir as categorias da antijuridicidade a partir do Direito Civil-Constitucional.

<sup>1</sup> CC, 2002 – Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. e Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (BRASIL, 2002).

<sup>2</sup> CC, 2002 – Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. (BRASIL, 2002).

## 2 ILICITUDE CIVIL X ILICITUDE PENAL

Importante destacar que é de senso comum estabelecer uma relação entre ilicitude civil e a ilicitude penal, como se os fatos ilícitos, necessariamente, tivessem de caracterizar, concomitantemente, uma tipificação penal, no entanto, há um ledor engano em tal acepção. Uma vez que, a ilicitude civil é “categoria autônoma e independente e que, assim, nem todo fato ilícito civil repercutirá no âmbito do direito penal.”<sup>3</sup>

Então, por inúmeras vezes teremos um ilícito civil e não teremos um ilícito penal e vice-versa, evidente que, igualmente, teremos a possibilidade de um mesmo fato repercutir em ambas as esferas,<sup>4</sup> então, em situações distintas e independentes.

Além do mais, enquanto conduta antijurídica, há atos ilícitos em várias áreas do Direito Civil e do Direito Geral, tais como na esfera administrativa, ambiental, tributária, trabalhista, entre outros, (todos com uma questão em comum: a antijuridicidade).

De fato, o Direito Civil também se caracteriza com *tipos abertos* (ilícito civil é ato adverso ao direito que viola princípios ou normas pertinentes à sua sistemática). Haja vista, que:

Modernamente, não mais se sustenta a ideia de sistema jurídico como algo dotado de plenitude, auto-suficiência e formalismo. A complexidade do mundo atual e a evolução do pensamento jurídico exigem o direcionamento para a compreensão do denominado sistema aberto visto na sua essência como dotado de função axiológica e teleológica, vale dizer, o sistema assim concebido é algo em contínua mudança pela maneira de articulação das suas variáveis e a sua relação com um determinado ambiente onde esteja inserido.<sup>5</sup>

Com efeito, no Direito Civil, a contrariedade ao direito não precisa ser expressamente prevista no ordenamento jurídico. De maneira, que

O Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. Hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística. Um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extra-jurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 686.

<sup>4</sup> CC, 2002 – Art. 935 do CC. A responsabilidade civil é independente da criminal, ao 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 (BRASIL, 2002).

<sup>5</sup> PODESTÁ, 2008, p. 34-35.

<sup>6</sup> MARTINS-COSTA, 1998, p. 6.

Pode-se dizer, então, que os *tipos abertos*, comportam que o direito transmude, renove-se, sem que a lei positivada necessariamente tenham que alterar.

Tal situação confirma uma tendência contemporânea de legislar mediante *cláusulas abertas, conceitos jurídicos indeterminados*, tudo em atenção à atividade hermenêutica<sup>7</sup> condizente com os fatos sociais. Portanto, o princípio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* não deve ser transposto para a sistemática civil de forma absoluta. Os *tipos fechados* (ilícito penal é aquilo que a norma, anteriormente ao ato, expressamente o disser) são próprios da sistemática penal.<sup>8</sup>

## 2.1 Conceitos e diferenciações

Nas lições de César Fiuza,<sup>9</sup> o ato jurídico ilícito é toda atuação humana, omissiva ou comissiva, contrária ao Direito. E, ainda que “os atos ilícitos, em que se pesem duntas opiniões em contrário, são atos jurídicos por repercutirem na esfera jurídica, regulados pelo Direito”. Pois quando se fala em ato jurídico, pode-se também referir a todo ato que cria, modifica ou extingue relações ou situações jurídicas, e, nesse sentido, os atos ilícitos são jurídicos.

No campo dos atos unilaterais de vontade, o ilícito pode ocorrer na declaração ou na execução de uma promessa de recompensa (não pagá-la, por exemplo); na execução de uma gestão de negócios.<sup>10</sup>

## 2.2 Ilícito contratual e extracontratual

Discute-se muito a necessidade de distinguir a responsabilidade por ilícito contratual<sup>11</sup> da responsabilidade por ilícito extracontratual, principalmente, da por atos intrinsecamente ilícitos (delitual ou aquiliana). Em linhas gerais, pode-se dizer que a responsabilidade por

<sup>7</sup> Exemplo disso seria: a cláusula geral de boa-fé, existente no CDC e no Código Civil de 2002 (art. 422); os deveres anexos, cujo conteúdo não é predeterminado; e destacamos por fim as próprias cláusulas abusivas destacadas no art. 51 do CDC que não exaustivas.

<sup>8</sup> BRAGA NETTO, 2014.

<sup>9</sup> FIUZA, 2009, p. 561.

<sup>10</sup> FIUZA, 2009.

<sup>11</sup> Segundo Venosa (2007), melhor que se denomine, de outro lado, mais apropriadamente de *responsabilidade negocial*, aquela que tradicionalmente decorre do contrato, pois não apenas do contrato emerge essa responsabilidade como também dos *atos unilaterais de vontade em geral*, como a gestão de negócios, a promessa de recompensa, o enriquecimento sem causa, entre outros.

ilícito contratual é diferente da aquiliana, pelo menos quanto à natureza da situação ou da relação jurídica que lhe dá origem.<sup>12</sup>

O ilícito civil extracontratual “deflui da violação a um dever jurídico imposto pela lei, enquanto o ilícito civil contratual decorre da afronta a uma obrigação estipulada em sede negocial (contratual).<sup>13</sup>

Para Leonardo Poli,<sup>14</sup> a responsabilidade civil decorrente da prática de ilícito absoluto é denominada extracontratual ou aquiliana; no caso de ilícito relativo, contratual.

Fato é que a consequência do ilícito contratual ou extracontratual pode ser, v.g., as perdas e danos, mas não necessariamente essa é a única consequência desses ilícitos, haja vista que a reparação é uma das vertentes possíveis e não a única no âmbito do direito privado.

Em linhas gerais, pode-se dizer, que a “justificativa da responsabilidade contratual se põe na quebra do contrato e o da extracontratual na violação do dever legal de não prejudicar a ninguém (*neminem laedere*).<sup>15</sup>

### 3 ATO ILÍCITO (EM SENTIDO ESTRITO) – ART. 186, CC

Já os atos *Intrinsicamente Ilícitos* denominam atos ilícitos em *Sentido Estrito, ou delitos*, por Pontes de Miranda, na medida em que causam danos ressarcíveis, como por exemplo: lesão corporal, batida de carro etc. Pode-se, ainda, nomeá-los de atos ilícitos aquilianos, por força da *Lex Aquilia Damno*.<sup>16 17</sup>

Nessa acepção, verifica-se uma *Cláusula Geral da Ilícitude culposa* prevista no art. 186, CC, que será invocada como *regra*,<sup>18</sup> na configuração do ato ilícito gerador de responsabilidade civil (indenização). Uma vez que, em sociedade, a convivência social exige de todos cidadãos um dever negativo de não causar danos (prejuízos) à esfera jurídica de terceiros.

<sup>12</sup> FIUZA; BRITO, 2009, p. 352.

<sup>13</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 689.

<sup>14</sup> POLI, 2009, p. 572.

<sup>15</sup> MONTENEGRO, 2005, p. 3.

<sup>16</sup> “O Código Civil de 2002, na mesma linha de orientação do Código de 1916, estabelece cláusula geral de responsabilidade subjetiva, ou seja, a responsabilidade civil fundada no ato ilícito. Conforme consagrado entendimento doutrinário, o ato ilícito pode ser decomposto em três elementos, a saber: Conduta dolosa ou culposa contrária a norma jurídica; dano; e nexos de causalidade entre a conduta e o dano” (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2007, p. 337).

<sup>17</sup> FIUZA, 2009.

<sup>18</sup> Situação que comporta exceções, pois neste ponto estamos estudando especificamente o ato ilícito indenizante (BRAGA NETTO, 2014).

Quando há desobediência a esse preceito ou dever geral de cuidado e, assim, lesam-se pessoas ou bens, há uma conduta ofensiva ao ordenamento, ou seja, uma conduta antijurídica. Esse dever social de conduta, ou mesmo de abstenção de atos danosos, independe de qualquer relação contratual entre as partes (ilícito absoluto),<sup>19</sup> é uma norma genérica e dirigida a todos os indivíduos (*neminem laedere*).<sup>20</sup>

Prova disto, é que esse princípio está implícito no: “Artigo 186, CC. Aquele que, por ação ou omissão voluntária negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”<sup>21</sup>

Interessante transcrever, que não obstante o ilícito ter outros efeitos, senão a responsabilidade (vide item 5), de fato percebe-se que na maioria das ocorrências o ilícito aparece mesclado com a responsabilidade civil.<sup>22</sup> Quer dizer, com a obrigação de indenizar. Nessa diretriz, pode-se falar que,

Se os atos ilícitos têm destaca importância no domínio da responsabilidade civil subjetiva, às vezes, embora raramente, eles também podem gerar obrigações de restituição por *enriquecimento sem causa*: isso acontece quando o dano causado ao lesado seja inferior ao benefício patrimonial obtido pelo lesante.<sup>23</sup> (grifo do original).

E por tal fato, a doutrina direciona sua preocupação especialmente com essa modalidade de ilicitude civil, em outras palavras, ela dedica-se fortemente seus estudos ao ilícito indenizante (em *sentido em estrito ou delicto civil* como doutrina Pontes de Miranda).<sup>24</sup>

Dessa forma, assenta-se aqui a concepção tradicional acerca dos ilícitos civis, onde o referencial clássico associa à ilicitude civil a culpa, o resultado danoso e a obrigação de indenizar.

<sup>19</sup> Em apertada síntese com base nas lições de Felipe P. Braga Netto (2014, p.137-138, grifo nosso) podemos dizer que: “**a) ilícito relativo** – aquele que viola relação jurídica relativa, podendo ser classificado em: 1) ilícito relativo negocial – são os ilícitos que surgem de violações de negócios jurídicos. 2) Ilícito relativo extranegocial – são os ilícitos que surgem de relações jurídicas relativas não negociais, tais como violações dos deveres relativos ao poder de família, a violação dos deveres relativos à gestão de negócios. **b) ilícito absoluto** – é o ilícito que viola relação jurídica absoluta. Assim, as violações dos direitos de personalidade ou de propriedade, porque absolutos, geram ilícitos absolutos” (grifo nosso).

<sup>20</sup> CHAVES; ROSENVALD, 2013.

<sup>21</sup> BRASIL, 2002.

<sup>22</sup> A expressão “ato ilícito *stricto sensu*”, ou “ato ilícito em sentido estrito” foi utilizada por Pontes, e secundada por Marcos Bernardes de Mello, para apartar essa espécie de ilícito – que para boa parte da doutrina é a única espécie de ilícito civil – dos demais atos ilícitos, que existem, mas não são necessariamente culposos (BRAGA NETTO, 2014, p. 121-122).

<sup>23</sup> NORONHA, 2010, p. 428.

<sup>24</sup> Braga Netto (2014, p. 121, grifo nosso) se apoiando em Pontes de Miranda destaca que: “Fatos ilícitos *stricto sensu* seriam fatos da natureza, contrários a direito, relacionados a alguém. Como exemplo, cita o caso fortuito e força maior, quando obrigam a indenizar. Atos-fatos ilícitos seriam os atos, contrários ao direito, cujo ingresso no mundo do direito independe do querer humano. O direito desconsidera qualquer aspecto volitivo da conduta. Os atos ilícitos *stricto sensu* seriam os atos culposos, os ilícitos tradicionais”.

### 3.1 Elementos do Ato Ilícito Subjetivo

Como já asseverado, os atos ilícitos são atos antijurídicos, mas para que nasça o elemento responsabilidade, é necessário que contenham, como regra, outros elementos afora da Antijuridicidade<sup>25</sup> (elemento objetivo do ato ilícito), isto é, os destacados no art. 186 do Código Civil de 2002, quais sejam, *culpa, nexo causal e dano*. Nesse ponto, apresenta-se a Responsabilidade Civil Subjetiva, pois a culpa é elemento imprescindível para a caracterização do dever de indenizar, posto que é o próprio comando legal que prescreve a essencialidade do elemento subjetivo.

Nesse sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald afirmam:

“[...] ilicitude nasce, fundamentalmente, de uma contrariedade do direito, por se configurar em situações nas quais é detectada uma violação da ordem jurídica. Este é o seu dado **objetivo**. Complementando a noção fundamental de ilicitude, detecta-se, ainda, a presença de um outro elemento, agora de índole **subjetiva**: a **imputabilidade do agente**, que diz respeito a capacidade de compreensão do caráter ilícito da conduta que se pratica. É chamado culpa *latu sensu*”.<sup>26</sup> (grifo nosso).

Destarte, pode-se dizer que perfazem o núcleo do ato ilícito, tanto o elemento objetivo (contrariedade ao direito), como o elemento subjetivo (imputabilidade do agente). E mais, ambos elementos devem estar presentes de maneira simultânea para a sua configuração. Pode-se dizer que,

Ato ilícito, portanto, é, necessariamente, ação humana. A norma violada pelo agente há de ser das que conferem direitos absolutos e unilaterais. Ao infringi-la, o agente terá de lesar, do mesmo passo, direito subjetivo de outrem. Quem viola deve ter discernimento. A violação há de ser intencional, ou resultar de imprudência ou negligência. Necessário, por fim, que, da violação, resulte prejuízo indenizável, pois, do contrário, será irrelevante no campo do Direito privado.<sup>27</sup>

A **Culpa** verifica-se que o ato ilícito deve ser corolário de uma ação ou omissão culpável, ou seja, dolosa ou culposa (negligência, imprudência e imperícia).

Já o **Dano** é a expressão material de prejuízo, em outras palavras, é a lesão ao bem protegido pelo ordenamento jurídico. Decompõe-se em dano patrimonial e moral.<sup>28</sup> O dano patrimonial caracteriza-se tradicionalmente como danos emergentes e lucros cessantes, já o dano moral é também chamado de dano extrapatrimonial e se constitui, mormente, quando há uma violação aos preceitos da Dignidade da Pessoa Humana, ou seja,

<sup>25</sup> Antijuridicidade quer dizer: anti (contrário) juridicidade (qualidade ou caráter de jurídico, conformação ao direito; legalidade, licitude), ou seja, é o que é contrário a norma jurídica.

<sup>26</sup> CHAVES; ROSENVALD, 2013, p. 688.

<sup>27</sup> GOMES, 2011, p. 58.

<sup>28</sup>CC, 2002 – Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. (BRASIL, 2002).

O dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, e particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado com o princípio geral de respeito à dignidade da pessoa humana.<sup>29</sup>

Registre-se, ainda que hoje, muito se fala em novos danos, como exemplo, o dano proveniente da perda de uma chance, dano existencial, dano estético, entre outros.<sup>30</sup>

E por último, o vínculo entre o prejuízo e ação denomina-se *Nexo Causal*.<sup>31</sup> A atuação do agente deverá ser a causa do *eventus damni*.<sup>32</sup>

Assim, deve haver relação causal entre o fato ilícito e o dano uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido.<sup>33</sup>

Com efeito, conclui-se que, pelo menos em regra, para que ocorra a responsabilidade pelo ilícito subjetivo, devem incidir, simultaneamente, a antijuridicidade, a culpa em sentido amplo (culpa *stricto sensu* ou dolo), o dano e o nexo causal.

### 3.2 Ato Ilícito não culpável (teoria objetiva)

Não podemos deixar de anotar que, por vezes, ainda teremos a responsabilidade civil objetiva, que independe do elemento subjetivo (culpa), por basear apenas na ocorrência do dano e do nexo causal conforme o art. 927, parágrafo único.<sup>34</sup>

Todavia, é importante frisar que nessa modalidade a responsabilidade civil do ofensor é aferida independentemente da configuração de ilicitude,<sup>35</sup> ou mesmo diante da licitude da conduta do agente causador do dano.

Quer dizer, é suficiente o *Nexo causal* entre a atuação do ofensor e o resultado *dano*. Desse modo,

<sup>29</sup> MORAES, 2009, p. 132-133.

<sup>30</sup> Para tanto, ver: SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>31</sup> Temos diversas teorias que tentam explicar o nexo causal, dentre muitas, destacamos: Teoria do direito e imediato; Teoria da equivalência das condições; Teoria da causalidade adequada.

<sup>32</sup> DINIZ, 2013, p. 35.

<sup>33</sup> LOPES, 2001, p. 218.

<sup>34</sup> CC, 2002 – Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo 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 (BRASIL, 2002).

<sup>35</sup> “Por outro turno, a responsabilidade civil poderá decorrer de fatos rigorosamente lícitos, evidenciando a inexistência de relação implicacional. Bastaria lembrar as hipóteses de responsabilidade objetiva previstas na legislação, nas quais o dever de reparar prejuízos poderá defluir de condutas lícitas, como no âmbito do Direito Ambiental e do Direito Consumidor” (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 687).

Foi, contudo, mais além a nova codificação brasileira, ao optar francamente pela responsabilidade objetiva, e não por um sistema intermediário, de presunção de culpa, como fizeram os legisladores português e italiano. De fato, com a cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividades de risco contida no parágrafo único do art. 927, o legislador de 2002 espancou definitivamente a idéia da prevalência da culpa no sistema brasileiro.<sup>36</sup>

Por essa razão, teremos uma responsabilidade civil (objetiva) decorrente da própria *Lei* (como exemplo: Código de Defesa do Consumidor) ou mesmo quando há *Atividade de Risco* (cláusula geral de responsabilidade objetiva inserida no parágrafo único do art. 927, CC).<sup>37</sup>

#### **4 ATO ABUSIVO (ILÍCITO EM SENTIDO AMPLO - FUNCIONAIS) – ART. 187, CC**

Os *Ilícitos Funcionais*, também chamados de *Abuso de Direito* que se caracterizam, quando ao exercer um direito, o seu titular extrapola os limites da boa-fé,<sup>38</sup> função social, ou mesmo dos bons costumes.

Exatamente, esse é o sentido do Código Civil de 2002, em seu art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.<sup>39</sup> Também serve de fundamento para a verificação do ato Ilícito Abusivo, o art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que determina que na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.<sup>40</sup>

Para uma melhor compreensão, Heloísa Carpena esclarece a distinção das espécies de ilícitos (em sentido estrito x abusivo) nos seguintes termos:

O que diferencia as duas espécies de atos é a natureza da violação a que eles se referem. No ato ilícito, o sujeito viola diretamente o comando legal, pressupondo-se então que este contenha previsão expressa daquela conduta. No abuso, o sujeito aparentemente age no exercício de seu direito, todavia, há uma violação dos valores que justificam o reconhecimento deste mesmo direito pelo ordenamento. Diz-se, portanto, que no primeiro, há inobservância de limites lógico-formais e, no segundo, axiológico-materiais. Em ambos, o agente se encontra no plano da antijuridicidade: no ilícito, esta resulta da violação da forma, no abuso, do sentido valorativo. Em

<sup>36</sup> SCHREIBER, 2009, p. 22-23).

<sup>37</sup> **Enunciado 38 CJP**: (Art. 927): a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade (AGUIAR JÚNIOR, 2012, grifo nosso).

<sup>38</sup> Pode-se citar como exemplo violador da boa-fé o fato de “[...] uma pessoa, propositadamente, dirige em velocidade extremamente baixa, mas dentro do limite mínimo, com o objetivo de travar o trânsito, estará cometendo abuso de direito. Na aparência, o ato é perfeito, legítimo. Formalmente, essa pessoa não está cometendo nenhuma antijuridicidade. Ocorre que, do ponto de vista valorativo, funcional, está ultrapassando os limites impostos pela boa-fé” (FIUZA; BRITO, 2009, p. 360).

<sup>39</sup> BRASIL, 2002.

<sup>40</sup> GONÇALVES, 2008.

síntese, o ato abusivo está situado no plano da ilicitude, mas com o ato ilícito não se confunde, tratando-se de categoria autônoma da antijuridicidade.<sup>41</sup>

Nas palavras de César Fiuza, o Abuso de Direito é Ilícito em *sentido amplo*, não em sentido *estricto*,<sup>42</sup> também chamado de não intrinsecamente Ilícito,<sup>43</sup> ou ainda, denominar-se *Ilícito Funcional*. Se há desvio funcional no exercício de um direito, o ato será Ilícito (exercício irregular de um direito).<sup>44</sup>

Pois, o direito é calcado em conceitos funcionais (função social da propriedade, dos contratos, da empresa etc).<sup>45</sup> <sup>46</sup> Nessa mesma acepção, vejamos:

É ilícito funcional o ilícito que surge do exercício dos direitos. Não haveria, aqui, a princípio, contrariedade ao direito, porquanto o ato não figura entre aqueles vedados pelo ordenamento. A contrariedade surge quando há uma distorção funcional, ou seja, o direito é exercido de maneira desconforme com os padrões aceitos como razoáveis para a utilização de uma faculdade jurídica [...]. Se ocorre um desvio no perfil objetivo do direito. Os padrões ético-sociais de comportamento, devidamente contextualizados, aliados às circunstâncias do caso, definirão quando uma conduta ultrapassa os limites do aceitável, timbrando-se como ilícita. O direito moderno repudia a utilização arbitrária, caprichosa ou inconsequente das situações jurídicas.<sup>47</sup>

Em síntese, no Abuso de Direito, a contrariedade ao direito não decorre, propriamente, de uma disposição abstrata do ordenamento jurídico, mas, sim, do indevido “funcionamento” de um direito que a princípio é legítimo, mas se torna ilegítimo no seu exercício. De modo que, aqui, a função social age de maneira a limitar a autonomia privada do titular do direito.

---

<sup>41</sup> CARPENA, 2003, p. 381.

<sup>42</sup> O CDC visualiza categorias distintas em seu art. 28, *in verbis*, “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos do contrato social” (BRASIL, 1990).

<sup>43</sup> Não obstante, parte da doutrina não considerar o abuso de direito como ilícito em razão de não agredir frontalmente ao direito, parece que tal discussão se esvaziou em razão do CC, 2002 optar por considerá-lo efetivamente um ilícito civil.

<sup>44</sup> FIUZA, 2009.

<sup>45</sup> FIUZA, 2009.

<sup>46</sup> Estes conceitos integram dois planos: o jurídico e o social. Assim, o prisma puramente normativo não seria mais adequado para abordar o Direito. A grande virada do Direito Moderno é a passagem da estrutura para a função. As categorias, os institutos, os conceitos devem ser lidos de acordo com a função que exercem. A teoria do abuso de direito milita no sentido de operacionalizar a função social do Direito (Cf. BRAGA NETO, 2014).

<sup>47</sup> BRAGA NETTO, 2014, p. 144-145.

No campo negocial, verifica-se a *função de controle da boa-fé objetiva*,<sup>48</sup> assim procura-se impedir que o credor exceda os limites impostos pela boa-fé nas relações contratuais. E, ainda, a partir do preceito da boa-fé objetiva, extrai-se a função *integrativa e interpretativa* que devem nortear as diretrizes dos negócios jurídicos.

De fato, a construção da acepção dos liames do abuso do direito (art. 187, CC), na ordem jurídica brasileira pauta-se na doutrina, e no papel decisivo da jurisprudência, que com o tempo oferecerá um leque de situações consideradas abusivas.<sup>49</sup> Notadamente, a doutrina brasileira, normalmente, destaca o episódio clássico acontecido:

[...] em França no início do século XX, relativo ao construtor de balões dirigíveis, cujo vizinho – decididamente um espírito malicioso – fez construir, em seu terreno, altas e finas torres de madeiras com o só propósito de danificar os dirigíveis que se alçavam ou aterrissavam. A jurisprudência francesa, em todas as instâncias, não aceitou o argumento do agressor de que poderia usar a propriedade como melhor lhe aprouvesse, sendo certo que inexistia utilidade ou interesse do proprietário na manutenção das torres.<sup>50</sup>

A princípio, percebe-se no exemplo acima, que o ordenamento jurídico buscava exatamente a proibição à chicana. Essa doutrina subjetiva também denominada de teoria dos atos emulativos caracteriza-se pela essencialidade do intuito de lesar alguém, ou seja, que a intenção do agente se torna essencial para apuração da conduta abusiva.

Mesmo hoje, o Código Civil de 2002, especificamente no parágrafo 2º do art. 1.228, ainda apresenta uma conotação subjetiva ao dispor da seguinte forma: são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

No entanto, tal aspecto subjetivo é insuficiente para os tempos atuais. Pois, as nuances do direito de hoje, filiam-se ao preceito objetivo do art. 187, CC, posto que o § 2.º do art.

---

<sup>48</sup> “O princípio da boa-fé contratual diz respeito à boa-fé objetiva. É dever imposto às partes agir de acordo com os certos padrões de correção e lealdade. Este o sentido dos arts. 113, 187 e 422 do Código Civil. O princípio tem funções interpretativa, integrativa e de controle. Em sua *função interpretativa*, o princípio manda que os contratos devam ser interpretados de acordo com seu sentido objetivo aparente, salvo quando o destinatário conheça a vontade real do declarante. Quando o próprio sentido objetivo suscite dúvidas, deve ser preferido o significado que a boa-fé aponte como o mais razoável. Segundo a *função integrativa*, percebe-se que o contrato contém deveres, poderes, direitos e faculdades primários e secundários. São eles integrados pelo princípio da boa-fé. Em sua *função de controle*, o princípio diz que o credor, no exercício de seu direito, não pode exceder os limites impostos pela boa-fé, sob pena de proceder ilicitamente. A função de controle tem a ver com as limitações da liberdade contratual, da autonomia da vontade em geral e com o abuso de direito” (FIUZA; BRITO, 2009, p. 368, grifo nosso).

<sup>49</sup> CHAVES; ROSENVALD, 2013.

<sup>50</sup> BRAGA NETTO, 2014, p. 148-149.

1.228, CC deve ser interpretado dentro da conjuntura normativo-principlológica<sup>51</sup> da função social da propriedade e dos contratos (art. 421, CC).

Nessa mesma visão, o Enunciado 49 do Conselho de Justiça Federal (Art. 1.228, § 2º) a regra do art. 1.228, § 2º, do novo Código Civil interpreta-se, restritivamente, em harmonia com o princípio da função social da propriedade e com o disposto no art. 187.<sup>52</sup>

De fato, a repulsa ao abuso do direito se traduz exatamente numa reação em detrimento aos comportamentos amorais e antissociais, comportamentos estes que, por vezes, pretendem se esconder sobre o manto legal, de forma a buscar uma conotação normal do ato em si, mas, na verdade, se apresentam ilegítimos e desconforme o preceito legal (art. 187, CC).

Urge destacar, que o aspecto subjetivo hoje deve ser transmudado para uma concepção objetiva do abuso do direito. Assim, o Abuso de Direito também chamado de *Ilícito não culposo*,<sup>53</sup> independe da culpa, uma vez que sua análise se faz pelo *critério objetivo-finalístico*.

Sob a ótica objetiva, o Abuso de Direito configura como o exercício anormal do direito, que não se leva em consideração a intenção do ofensor (Teoria Objetivista). O Ilícito Funcional opera como *Cláusula Geral da Ilícitude*, destinada a manter o exercício do direito nos limites socialmente toleráveis.<sup>54</sup> Tudo nos termos do art. 187, CC.

Nessa diretriz de cláusula geral, consubstanciada no texto constitucional de 1988, o Enunciado 414 do Conselho de Justiça Federal proclama o seguinte: “A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança, aplica-se a todos os ramos do direito.”<sup>55</sup>

Importante é reiterar, que as consequências do Abuso de Direito, enquanto ilícito, podem ser as mais diversas, como uma indenização ou mesmo uma anulação do ato.

O Abuso de Direito pode se concretizar de inúmeras maneiras, entre elas:<sup>56</sup> *Suppressio* (*verwirkung*); *Surrectio* (*erwirkung*); Proibição de comportamento contraditório (*venire*

<sup>51</sup> “**Enunciado 21 CJF** (Art. 421): A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”. **Enunciado 23 CJF** (Art. 421): “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana” (AGUIAR JÚNIOR, 2012, grifo nosso).

<sup>52</sup> AGUIAR JÚNIOR, 2012.

<sup>53</sup> “**Enunciado 37 CJF** – Art. 187: A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico” (AGUIAR JÚNIOR, 2012, grifo nosso).

<sup>54</sup> BRAGA NETTO, 2014, grifo nosso.

<sup>55</sup> AGUIAR DIAS, 2012.

<sup>56</sup> “**Enunciado 412 CJF** (Art. 187): As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *suppressio*, *tu quoque*, *surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva” (AGUIAR JÚNIOR, 2012, grifo nosso).

*contra factum proprium*); O *tu quoque*; O dever de mitigar as próprias perdas (*duty to mitigate the loss*); Inadimplemento mínimo ou adimplemento substancial (*substancial performance*); A violação positiva de contrato (inadimplemento fraco ou ruim).

## 5 DA CLASSIFICAÇÃO A PARTIR DOS EFEITOS

O ato ilícito é conduta humana violadora da ordem jurídica. A ilicitude implica sempre quebra de dever jurídico, e que pode gerar várias consequências. Como *regra*, só o ilícito culpável e lesivo gera responsabilidade civil, mas há *exceções*.<sup>57</sup>

Em outras palavras, nem sempre o ato ilícito será causador do dever de indenizar.

Nesse mesmo sentido, ensinam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald que em primeiro plano, o mais comum de todos os efeitos da ilicitude, seguramente, é a obrigação de reparar o dano causado a outrem. Isto é, a classificação mais comum da ilicitude é *indenizante*.<sup>58</sup>

A ilicitude, portanto, não está automaticamente atada à consequência indenizatória, podendo aquela (ilicitude) receber outras consequências jurídicas, como a nulidade do ato, a perda de um direito material ou processual, e assim por diante.<sup>59</sup>

Forçoso então admitir, por conseguinte, que deve-se perceber que a associação que frequentemente se faz – entre ilícito civil e responsabilidade civil – não é exata. Existem ilícitos civis que não provocam, necessariamente, a obrigação de indenizar, ou seja, culminam em outros efeitos possíveis – nem todos indenizatórios.<sup>60</sup>

E, é exatamente nesse sentido, que se destaca a proposta feita por Felipe Braga Peixoto Netto<sup>61</sup> no que se refere à Classificação a partir dos *efeitos produzidos* dos Ilícitos Civis, visto que a visão tradicional parece ser insuficiente, porquanto não abarca todas as possíveis feições do fenômeno. Dessa maneira, vejamos as *espécies ilícitas* indicadas pelo referido autor:

**D) Ilícito Indenizante:** é todo ilícito cujo efeito é o dever de indenizar. Não importa o ato que está como pressuposto normativo. Se o efeito é reparar, *in natura ou in pecúnia*, o ato ilícito praticado, estaremos diante de um indenizante. Os ilícitos

<sup>57</sup> FIUZA, 2009.

<sup>58</sup> CHAVES; ROSENVALD, 2013, p. 690.

<sup>59</sup> CAVALIERI FILHO, 2012, p. 19.

<sup>60</sup> Conforme TRENNEPOHL apud BRAGA PEIXOTO, 2014, p. 16.

<sup>61</sup> “Defende-se que a responsabilidade civil é efeito de uma espécie de ilícito, e não do gênero do ilícito civil. Postula-se a existência de outras eficácias, igualmente existentes, que decorram de ilícitos civis. As sanções civis, desse modo, não se resumem no dever de indenizar ou ressarcir, podendo também compreender: a) a autorização para prática de certos atos pelo ofendido, b) a perda de certas situações jurídicas (direitos, pretensões e ações) ou c) a neutralização da eficácia jurídica (não produção dos efeitos jurídicos como sanção). Postula-se, por fim, a existência de ilícitos patrimoniais e não patrimoniais, rompendo com o dualismo clássico – ilícitos absolutos e relativos – neutro em relação aos valores, incapaz de oferecer uma consideração diferenciada para bens jurídicos não patrimoniais. Em suma, busca-se estabelecer, com base em uma classificação própria, um estatuto teórico para os ilícitos civis distinto do atualmente existente” (BRAGA NETTO, 2014, p. 19-20).

apresentam, como eficácia preponderante no direito civil, o dever de reparar os danos causados.

**II) Ilícito Caducificante:** é todo ilícito cujo efeito é a perda de um direito. Também aqui não importa os dados de fatos aos quais o legislador imputou tal eficácia. Importa, para os termos presentes, que se tenha a perda de um direito como efeito de um ato ilícito. Sendo assim, teremos um ilícito caducificante. *Exemplo:* a) o Art. 1.638, CC: “Perderá por ato judicial o poder de família o pai ou mãe que: I- castigar imoderadamente o filho; II – deixar o filho em abandono [...]; b) O herdeiro que sonegar bens da herança, não os descrevendo no inventário quando estejam em seu poder, ou, com o seu conhecimento, no de outrem, ou que os omitir na colação, a que os deva levar, ou que deixar de restituí-los, perderá o direito que sobre ele lhe caiba. Quer dizer, a perda de um direito como efeito de um ilícito civil.

**III) Ilícito Autorizante:** é todo ilícito cujo efeito é uma autorização. Assim, em razão do ato ilícito o sistema autoriza que a parte prejudicada pratique determinado ato, geralmente em detrimento do ofensor. No ilícito autorizante, o ordenamento relaciona ao ato ilícito uma autorização, que sem o ilícito não existiria. Nasce para o ofendido a possibilidade de praticar certo ato. *Exemplo:* a) a ingratidão do donatário é um ilícito civil cujo efeito consiste na possibilidade que o ordenamento faculta ao Doador, de revogar a doação, nos termos do art. 557, tais como: I - se o donatário atentou contra a vida do doador; II- se comete contra ele ofensa física [...]. A revogação surge como eficácia do ato ilícito praticado, pois aqui o ilícito é exatamente a ingratidão do donatário. b) Outra hipótese, uma pessoa tem sua residência invadida por desconhecidos. Poderá expulsar à força os invasores, desde que o faça sem excessos. Tudo nos termos do art. 1.210, § 1º: O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força (atos de defesa/desforço). Trata-se então de uma autorização face ao ilícito.

**IV) Ilícito Invalidante:** é todo ilícito cujo efeito é a invalidade. Se o ordenamento dispôs que a reação pelo ato ilícito se daria através da negação dos efeitos que o ato normalmente produziria, em virtude da invalidade, que engloba tanto nulidade quanto a anulabilidade. O sistema inibe o ato de produzir efeitos, ou alguns deles. Chama-se de invalidades àqueles ilícitos cuja resposta do sistema jurídico é a invalidade. Invalidade é sanção. *Exemplo:* seria um contrato em cujo firmamento um dos contraentes foi coagido por terceiro – causa seria a anulação do negócio jurídico – assim sanção aqui será a possível neutralização dos efeitos produzidos pelo contrato. Nos inválidos apenas ocorre a negativa da produção dos efeitos do ato ilícito realizado (BRAGA NETTO, 2014, passim, grifo nosso).

Daí, pode-se dizer que, mesmo que haja uma tendência natural para uma leitura do ato ilícito, tão-somente na sua espécie indenizante, percebe-se claramente que tal premissa não é verdadeira. Pois, os seus efeitos dos atos ilícitos não estão adstritos à indenização, conforme se ponderou acima.

## 6 DA EXCLUSÃO DE ILICITUDE

Nem todo ato danoso é ilícito, e da mesma forma pode-se dizer que nem todo ato ilícito é danoso. Por isso, a obrigação de indenizar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem, já que é essa a dicção do art. 927 do Código Civil de 2002.

O art. 188 do Código Civil de 2002 prevê hipóteses em que o comportamento, conquanto cause dano a outrem, não viola dever jurídico, em outras palavras, não está sob censura do ordenamento jurídico.<sup>62</sup>

Daí, tem-se as cláusulas de exclusão da ilicitude. E, assim, o ato é lícito porque a lei o consente como tal. Mesmo que ele gere algum dano, esse fato não é imperativo para lhe transmutar sua feição de cláusula de exclusão de ilicitude.

Com efeito, não constitui ato ilícito os praticados no Exercício regular de um direito, Estrito cumprimento do dever legal, em Legítima defesa ou Estado de necessidade. Em apertada síntese, vejamos cada uma delas.

### 6.1 Exercício regular de um direito

Nas lições de Cavalieri, é o direito exercido regularmente, normalmente, razoavelmente, de acordo com seu fim econômico, social, a boa-fé os bons costumes. Aquele que exerce seu direito subjetivo nesses limites age licitamente, e o lícito exclui o ilícito. O direito e o ilícito são antíteses absolutas, um exclui o outro, onde há ilícito não há direito; onde há direito não há ilícito.<sup>63</sup>

Daí dizer que agir segundo a lei não se tem responsabilidade civil, mesmo que prejudicial a alguém. Como exemplo de exercício regular de um direito: O protesto de um título crédito vencido e não pago; a execução de uma obrigação de fazer ou não fazer por meio do cumprimento judicial, etc.

Aparentemente, há um liame tênue entre o exercício regular de um direito e o abuso do direito. De fato, nem sempre será fácil definir na prática os institutos, contudo tal caminho se tornará cada vez mais evidente na evolução jurisprudência, quer dizer, no seu desenvolver ela apontará casos análogos, para facilitação de a apuração de eventual abuso do direito.

Para separar o joio e o trigo, *mutatis mutandis*, o exercício regular de um direito e o abuso do direito, “O juiz deverá pesquisar o móvel visado pelo agente, a direção em que encaminhou seu direito e o uso que dele fez. Se essa direção e esse uso forem incompatíveis com a instituição, o ato será abusivo, tornando-se, então, produto da responsabilidade.”<sup>64</sup>

<sup>62</sup> CC, 2002 - “**Art. 188.** Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”. **Art. 930.** No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado” (BRASIL, 2002, grifo nosso).

<sup>63</sup> CAVALIERI FILHO, 2012, p. 20.

<sup>64</sup> DINIZ, 2013, p. 633.

Em arremate, destaque-se que, “O fundamento moral da escusativa [exercício regular de um direito] encontra-se no enunciado do mesmo adágio: *qui iuri suo utitur neminem laedit*, ou seja, quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém.<sup>65</sup>

## 6.2 Estrito cumprimento do dever legal

O estrito cumprimento do dever legal é exatamente a observância de um dever jurídico estabelecido pelo ordenamento jurídico, dessa maneira, ainda que haja dano para outrem, o agente não estará no âmbito da ilicitude, mas sim na licitude.

Evidentemente, que para tanto, não pode incorrer o abuso ou excesso por aquele que cumpre um dever legal, já que, se isso ocorrer, sairemos da excludente da ilicitude e teremos, efetivamente, um ilícito no ponto do excesso ou abuso de poder ou de autoridade.

O exemplo clássico é do policial que extrai as fechaduras de um imóvel para cumprimento de uma ordem judicial. Mesmo com a “quebra” da fechadura, o agente estará amparado pela excludente.

## 6.3 Legítima defesa

Com a mesma conotação do direito penal, caracteriza-se quando o indivíduo atuando de maneira moderada dos mecanismos necessários, rebate injusta agressão, iminente ou atual, face a direito próprio ou de terceiros. Nessa concepção, pode-se dizer que:

A legítima defesa possui três requisitos obrigatórios para a sua configuração: a) a reação a uma agressão atual e eminente e injusta [...]. b) a defesa de um direito próprio ou alheio [...]. c) a moderação no emprego dos meios necessários à repulsa.<sup>66</sup>

Em regra, a justiça privada é inadmissível pelo ordenamento legal. No entanto, em situações excepcionais, frente à impossibilidade da onipresença do Estado e da efetiva precisão de atuação do agente naquele momento, que se encontra perante agressão injusta, eminente e atual, faz-se necessário sua reação para eliminar dano injusto.

E, desse modo, a legítima defesa amparará o ato do agente e o implicará como ato lícito, e assim, por consequência, afastará o dever de reparar perante o ofendido agressor que introduziu a agressão injusta, eminente e atual.

<sup>65</sup> PEREIRA, 2012, p. 389.

<sup>66</sup> WALD; GIANCOLI, 2012, p. 304-305.

Deve-se, igualmente, pontuar que, eventualmente o agente, no desenrolar de sua legítima defesa, atingir terceiro inocente, deverá proceder a indenização frente a ele. Entretanto, o titular da legítima defesa terá a prerrogativa de ajuizar ação regressiva contra o verdadeiro agressor, tudo nos termos do Parágrafo único do art. 930, CC.

Registre-se, que a legítima defesa putativa não afasta o dever de indenizar, ou seja, ela não está no âmbito da proteção legal.

#### **6.4 Estado de necessidade (art. 188, II)**

Pela configuração legal do art. 188, II, CC, o estado de necessidade se configura quando houver a deterioração ou destruição da coisa alheia ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Há de se alertar que o bem jurídico agredido deve ser de valor jurídico similar ou inferior àquele que se busca proteger, para remoção do perigo eminente, nas circunstâncias nas quais tornarem o ato absolutamente necessário.

“Na escusativa fundada no estado de necessidade, existe um ato que seria ordinariamente ilícito. No entanto, a lei o justifica eximindo o agente do dever de indenizar, tendo em vista preservar os bens mediante a remoção de perigo eminente.”<sup>67</sup>

Cite-se, como exemplo, o caso do sujeito que desvia o seu carro de uma criança, para não atropelá-la, e atinge o muro da casa, causando danos materiais. Atuou, nesse caso, em estado de necessidade.<sup>68</sup>

Deve-se destacar que o art. 929, CC, predispõe que assiste à pessoa lesada, ou ao dono da coisa, a reparação pelo dano sofrido, se não forem culpados do perigo. O que significa dizer, que ofensor, mesmo diante de um estado de necessidade, deverá arcar com as perdas e danos de seu ato caso a pessoa lesada não seja culpada do fato em si, não obstante, caberá direito de regresso (art. 930, CC) perante o verdadeiro causador do dano (terceiro) para haver o valor o qual ressarciu ao dono da coisa.

### **7 TUTELA INIBITÓRIA DO ATO ILÍCITO**

Para Braga Netto, os ilícitos civis, tradicionalmente, foram encarados sob um aspecto repressivo, posterior à lesão ocorrida. Aquele que violasse direito alheio, causando-lhe dano,

---

<sup>67</sup> PEREIRA, 2012, p. 390.

<sup>68</sup> GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 102.

ficaria obrigado a indenizar os prejuízos havidos. Com efeito, somente haveria espaço para cogitar de ilícito civil após a ocorrência do ato reputado ilícito. Hoje, inverte-se a questão.<sup>69</sup>

O ilícito passa a contar com uma nova dimensão, a efetividade do direito, esperar que as violações ocorram, para somente depois agir, movimentando o lento e burocrático aparato judicial tendente a concretizar reparações pecuniárias não pode ser o caminho ideal (*tutela repressiva*), mas deve-se buscar uma *tutela preventiva* que permita o pronto resguardo do direito ameaçado de ser violado, sem precisar esperar a agressão (BRAGA NETTO, 2014, passim). Nessa mesma direção, pode-se falar que

A responsabilidade patrimonial não atua apenas na função de garantia contra o eventual inadimplemento do dever obrigacional, detendo ainda um caráter coercitivo, pois constrange o devedor a satisfazer voluntariamente a prestação. Ou seja: além da tradicional tutela reparatória, não se pode negar a grande efetividade da tutela inibitória das obrigações, como modo de evitar a concretização de danos de uma parte a outra, impedindo-se a prática do ilícito contratual e a conseqüente produção da lesão ao direito subjetivo a um dos participantes da relação (CHAVES; ROSENVALD, 2015, p. 18-19).

No tocante às lesões ou ameaças de lesões a bens ligados à pessoa humana, o Código Civil de 2002 permite em seu art. 12, que “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”<sup>70</sup>

Assim, não se faz necessário esperar a ocorrência do fato ilícito, para que o sujeito de direito busque o arcabouço jurídico para sua proteção, até porque é muito melhor prevenir do que reparar. Pois,

Agora, o legislador procura antecipar-se à ocorrência dos danos, impondo meios hábeis a impedir ou remover o próprio ilícito legal ou contratual, enfatizando a *tutela inibitória* das obrigações, em detrimento da tutela ressarcitória. É a aplicação do princípio da efetividade da jurisdição. Concedem-se poderes ao magistrado para combater a paralisia do obrigado e a sua resistência em adimplir a prestação que originariamente pactuou.<sup>71</sup> (grifo do original).

De fato, atualmente, também os interesses patrimoniais são encapados por uma tutela específica, fato diverso do olhar tradicional do direito das obrigações, que sempre se traduzia em perdas e danos no caso de inexecução da obrigação. Nessa diretriz, o Novo Código de Processo Civil de 2015 também predispõe:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará

<sup>69</sup> BRAGA NETTO, 2014.

<sup>70</sup> BRASIL, 2002.

<sup>71</sup> CHAVES; ROSENVALD, 2015, p. 198.

providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Registre-se, além disso, que o julgador poderá fixar *astreintes* para atuar de forma preventiva ao ato ilícito e assim compelir o devedor ao cumprimento da obrigação.<sup>72</sup> Nessa acepção, é o Código de Processo Civil de 2015:

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito (BRASIL, 2015).

Até porque, para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, a tutela específica, seja a obtida de forma imediata como pelo resultado prático equivalente, será alcançada pela imposição de mecanismos coercitivos indiretos, em especial, pelas *astreintes*. A sua força é intimidante, pois pela coação de fundo econômico o devedor se sentirá pressionado a abrir mão de sua resistência ao cumprimento da obrigação.<sup>73</sup>

Por tal fato, a fixação de *astreintes* apresenta como meio persuasório de desestímulo a inexecução da obrigação e constrange o devedor ao adimplemento, seja por um comportamento positivo ou negativo.

## 8 CONCLUSÃO

Por fim, pode-se dizer que os efeitos do ato ilícito nem sempre será a indenização, mesmo que ela seja a consequência mais comum do ato ilícito, uma vez que pode ocorrer no âmbito do ato ilícito também: *i.* o efeito da perda de um direito (ilícito caducificante), *ii.* a autorização para o prejudicado (do ilícito) de praticar um ato normalmente em desfavor do ofensor (ilícito autorizante), *iii.* o efeito da invalidade (ilícito invalidante).

Ademais, percebeu-se que contemporaneamente, o ato ilícito deve ser combatido de forma preventiva e não somente pela tutela ressarcitória (*tutela repressiva*), haja vista que o próprio art. 12, CC possibilita tal trajetória e some-se, igualmente, os procedimentos para

<sup>72</sup> Código de Processo Civil de 2015 - “**Art. 498.** Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. Parágrafo único. Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e pela quantidade, o autor individualizá-la-á na petição inicial, se lhe couber a escolha, ou, se a escolha couber ao réu, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. **Art. 499.** A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. **Art. 500.** A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação” (BRASIL, 2015, grifo nosso).

<sup>73</sup> CHAVES; ROSENVALD, 2015, p. 200.

tanto previstos no Código de Processo Civil de 2015, como *v.g.*, o uso da tutela inibitória do ato ilícito por meio da fixação das *astreintes*.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, R. R. de. (Coord.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.
- BRAGA NETO, F. P. **Teoria dos ilícitos civis**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.
- BRASIL. Código Civil. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.
- BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. **Lei 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.
- BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei 13.105**, de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Senado Federal, 2015.
- CARPENA, H. O abuso do Direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, G. (Coord.). **A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 377-396.
- CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 7.
- FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: obrigações**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 2.
- FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 1.
- FIUZA, C. Para uma releitura da Teoria Geral da Responsabilidade e do Ato Ilícito. In: \_\_\_\_\_. **Curso avançado de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 557-568.
- FIUZA, C.; BRITO, L. P. de F. Para uma compreensão integral do abuso de direito no contexto da responsabilidade delitual e da boa-fé objetiva. In: SÁ, M. de F. F. de; NAVES, B. T. de O. (Coord.). **Direito civil: atualidades III - teoria e prática no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 347-382.
- FIUZA, C.; BRITO, L. P. de F. Por uma nova teoria do ilícito civil. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 9, n. 35, dez. 2006. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1404](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1404)>. Acesso em: 16 maio 2016.
- GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

- GOMES, O. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Atualizado por Edvaldo Brito.
- GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4.
- LOPES, M. M. de S. **Direito civil: fontes acontratuais das obrigações - responsabilidade civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. v. 5.
- MARTINS-COSTA, J. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 35, n. 139, p. 05-22, jul./set. 1998.
- MONTENEGRO, A. L. C. **Ressarcimento de danos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.
- MORAES, M. C. B. de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos Danos** Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- NORONHA, F. **Direito das Obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PEREIRA, C. M. da S. **Responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012. Atualizado por Gustavo Tepedino.
- PODESTÁ, F. H. **Direito das obrigações: teoria geral e responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- POLI, L. M. Ato Ilícito. In: FIUZA, C. (Org.). **Curso avançado de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 369-387.
- SCHREIBER, A. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- TEPEDINO, G.; BARBOZA, H. H.; MORAES, M. C. B. de. **Código civil interpretado: conforme a Constituição da República**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1.
- VENOSA, S. de S. **Direito civil: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- WALD, A.; GIANCOLI, B. P. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 7.