

# A ILICITUDE ENQUANTO PRESSUPOSTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DELITUAL: UM EXAME EM PERSPECTIVA COMPARADA (LUSO-BRASILEIRA)

Felipe Teixeira Neto<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo propõe-se a tratar dos elementos do regime geral de responsabilidade civil delitual, com especial ênfase ao lugar e à importância da ilicitude enquanto pressuposto central da imputação de danos e das consequências da verificação de uma das causas de justificação a ela relacionadas. A análise será comparativa entre os sistemas legais português e brasileiro, o que se justifica na forma como o tema é tratado naquele e na sua influência neste.

**Palavras-Chave:** Direito Civil. Responsabilidade Civil. Pressupostos. Ilicitude. Causas de justificação.

THE UNLAWFUL LIKE AN ASSUMPTION OF TORT LAW: AN EXAMINATION IN COMPARATIVE PERSPECTIVE (PORTUGUESE AND BRAZILIAN)

**Abstract:** This paper proposes to examine the elements of general tort liability with a special emphasis on the place and the importance of unlawfulness as a central assumption of the allocation of damages and the consequences of determining the defences relating to it. This will be a comparative analysis between the portuguese and brazilian legal systems, which is justified on

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Privado Comparado pela Universidade de Salerno (Itália). Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Universidade de Lisboa (Portugal). Professor de Direito Civil na Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Promotor de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

the way with the theme is treated on that and their influence on this.

Keywords: Civil Law. Tort Law. Assumptions. Unlawful. Defences.

Sumário: Introdução. 1 O juízo de imputação civil e a ilicitude enquanto um dos seus pressupostos. 2 Em busca da determinação do conceito jurídico de ilicitude. 3 As excludentes de ilicitude como causas de justificação do fato danoso. Conclusão. Referências bibliográficas.

## INTRODUÇÃO



ocorrência de danos é circunstância inerente à existência humana. O simples fato de o homem existir basta a implicar na prática de diversas condutas danosas, sendo tarefa da responsabilidade civil determinar quais desses danos serão objeto de reparação e equalizar a distribuição dos encargos deles decorrentes. Isso porque o dever de indenizar, em última análise, não põe fim ao dano, mas apenas transfere os prejuízos suportados pelo lesado ao devedor da prestação indenizatória.

Conforme ensina Karl Larenz<sup>2</sup>, este dever decorrente da responsabilidade civil representa nada mais do que uma exigência de justiça comutativa que encontra lugar quando uma pessoa distinta do prejudicado é chamada a ser responsável pelo acontecimento danoso. Ou seja, é a possibilidade de, com base na ordem jurídica vigente, transferir-se o dano da esfera do lesado para outrem<sup>3</sup>.

É, pois, vínculo obrigacional que decorre da lei e não da

---

<sup>2</sup> LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959, t. I, p. 190.

<sup>3</sup> LEITÃO, Luís de Menezes. *Direito das Obrigações*. 6ed. Coimbra: Almedina, 2007, v. I, p. 283.

vontade das partes, ainda que o responsável tenha agido intencionalmente na produção do evento danoso<sup>4</sup>, sendo fonte de obrigação baseada no princípio geral do ressarcimento dos danos<sup>5</sup>. Justamente por isso é que, constituindo em hipótese de imputação a terceiro de dever jurídico decorrente de um prejuízo sofrido por outrem e, por isso, exceção à regra geral de que o lesado suporta o dano (*casum sentit dominus*)<sup>6</sup>, a fim de que nasça, exige a presença de todos os seus pressupostos, isto é, daqueles “requisitos cuja verificação conjunta seria necessária para desencadear as estatuições da responsabilidade”<sup>7</sup>.

## 1 O JUÍZO DE IMPUTAÇÃO CIVIL E A ILICITUDE ENQUANTO UM DOS SEUS PRESSUPOSTOS

O fato, a ilicitude, a atribuição do fato ao lesante, o dano e o nexo de causalidade entre o dano e a conduta constituem a relação dos pressupostos do dever de indenizar mais frequentemente referidos na literatura jurídica. Parcela da doutrina, contudo, insiste em registrar a existência de acentuada divergência a respeito.

Neste sentido, Fernando Pessoa Jorge<sup>8</sup>, após apresentar síntese do pensamento de diversos doutrinadores, conclui que os pressupostos da responsabilidade civil poder-se-iam reconduzir

---

<sup>4</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito da Obrigações*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 92.

<sup>5</sup> LEITÃO, Luís de Menezes. *Direito das Obrigações*, cit., p. 283.

<sup>6</sup> É bem verdade que diante do incremento cada vez maior da complexidade social, o que implica num adensamento “do entrecruzar de actividades vizinhas” e, por isso, da necessidade de que, em nome da estabilidade do grupo, uma série de danos não possa ficar desprovida de reparação, a regra vem se tornando exceção diante do número alargado de situações ensejadoras de uma obrigação de indenizar. Neste sentido, MONTEIRO, Jorge Sinde. *Estudos sobre a Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 1983, p. 12.

<sup>7</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Direito das Obrigações*. Lisboa: AAFDL, 1986, p. 279.

<sup>8</sup> JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995, reimpressão, pp. 53 e ss.

a dois: (i) o ato ilícito, englobando a ação ou omissão causadora da lesão, a ilicitude e o nexo de imputação (nele se incluindo a culpa), e (ii) o prejuízo reparável, abrangendo o dano e o nexo de causalidade entre este e a conduta.

Não obstante a aparente e frisada ausência de uniformidade acerca do tema, a verificação dos pensamentos doutrinários a respeito permite concluir que se trata apenas de uma diversidade de sistematização, porquanto inclusive quando condensados os pressupostos, ao fim, todos aqueles inicialmente referidos restam por serem mencionados, pelo menos como parte integrante de outros.

Daí porque, nesta linha, António Menezes Cordeiro<sup>9</sup> apresenta sistematização bastante interessante da matéria, referindo que dois são os planos em que se dá a verificação dos pressupostos da responsabilidade civil: um primeiro, de natureza fáctica, no qual concorrerão o fato, o dano e a causalidade entre ambos, dito fáctico em razão de ser perceptível pelos sentidos, e um segundo, de natureza jurídica, o qual permitirá a efetiva formação de um juízo de imputação em relação ao devedor da obrigação de indenizar ou, em outras palavras, “recair sobre o agente o dever de reparar o dano causado”<sup>10</sup>.

Neste plano jurídico, poder-se-á verificar, de regra, em um sistema geral de responsabilidade<sup>11</sup>, dois elementos integrantes, a saber: a ilicitude, enquanto juízo de atuação desconforme

---

<sup>9</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*. Lisboa: Lex, 1997, p. 423.

<sup>10</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Da Responsabilidade Civil...*, cit., p. 423.

<sup>11</sup> Fala-se em sistema geral porque não obstante se possam elencar diversas hipóteses de responsabilidade objetiva, na qual a verificação da culpa do agente resta superada enquanto pressuposto do dever de indenizar, esta – a culpa – ainda continua sendo, enquanto regra geral, requisito do nascimento da obrigação de reparar o dano, salvo quando a lei expressamente a dispense. Neste particular é a disposição expressa, v.g., do artigo 483, n.º 2, do Código Civil português, e do artigo 927 Código Civil brasileiro. A introdução de uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva pelo risco no sistema brasileiro já autorizaria pretender-se uma revisão desta afirmativa, não obstante, contudo, o regime do “caput” do artigo 927 do Código Civil – fundado na culpa – ainda seja a regra geral.

com o direito, e a culpa, enquanto juízo de censurabilidade da conduta geradora do dano. Ditos pressupostos poderão ser objetos de verificação em separado, como é típico do modelo dualista de inspiração alemã, também chamado modelo culpa/ilicitude, no qual se constata a desconformidade da conduta com o direito (ilicitude) e, após, afere-se a sua censurabilidade (culpa); ou em momento único – *rectius*, por meio de pressuposto único –, como é usual no modelo monista de tradição francesa, no qual a culpa e a ilicitude são condensadas no conceito jurídico de *faute*, onde aquela, ao mesmo tempo, apresenta-se “enquanto juízo envolvente, capaz de verificar, no agente, a desconformidade da sua conduta exterior com o exigido pelo Direito e a censurabilidade dessa desconformidade”<sup>12</sup>.

Os ordenamentos jurídicos português e brasileiro, no que toca aos pressupostos da responsabilidade civil aquiliana<sup>13</sup>,

---

<sup>12</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Da Responsabilidade Civil...*, cit., p. 424.

<sup>13</sup> Segundo parte da doutrina, no que toca à responsabilidade obrigacional, nomeadamente à vista da regra dos artigos 798 e 799 do Código Civil português, teria sido mantida a opção pela orientação francesa de pressuposto único alicerçado na noção ampla de *faute*, já que não se verifica, nos referidos preceitos, uma autonomização da ilicitude, nos termos do sistema da responsabilidade delitual previsto no artigo 483 do mesmo Código. Neste sentido, CORDEIRO, António Menezes. *Da Responsabilidade Civil...*, cit., pp. 468-469. Em sentido contrário, dentre outros, reconhecendo, mesmo que de modo genérico, a imprescindibilidade da presença da ilicitude e da culpa enquanto pressupostos autônomos e distintos, seja na responsabilidade contratual, seja na extracontratual, MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações*. Apontamentos. 2ed. Lisboa: AAFDL, 2004, p. 109. À luz do texto normativo vigente, aquele entendimento parece mais adequado à realidade da ordem jurídica portuguesa, podendo, da mesma forma, ser transposto à ordem jurídica brasileira, em especial porque o artigo 389 do Código Civil de 2002, ao contrário do que faz o artigo 927 no campo da responsabilidade delitual, também nada fala sobre a ilicitude, apenas estabelece que “[n]ão cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”; dita regra deve ser lida em conjunto com aquela do artigo 392, segundo a qual “[n]os contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei”. Ou seja, tanto na ordem jurídica portuguesa quanto na brasileira, no que toca à responsabilidade contratual, a razão está com António Menezes Cordeiro quando identifica uma presunção de ilicitude decorrente do descumprimento, o que se

seguem a tradição dualista alemã. Chega-se a tal conclusão pelo fato de a ilicitude ser identificada como pressuposto autônomo do dever de indenizar, respectivamente, nos artigos 483, n.º 1, e 927 dos atualmente vigentes Códigos Civis de Portugal e do Brasil<sup>14</sup>.

Na prática, contudo, não obstante no plano teórico reconheça-se a adoção de um sistema dual no que toca aos requisitos da responsabilidade civil delitual, parcela da doutrina tem vacilado, em especial no Brasil<sup>15</sup>, na perfeita delimitação do papel da ilicitude como pressuposto autônomo do dever de indenizar, nomeadamente quando posto em confronto com a culpa.

Esta confusão pode ser verificada em graus distintos, indo desde a identificação da culpa como fenômeno jurídico amplo o suficiente a abarcar a ilicitude<sup>16</sup> até uma aparente evolução

---

assemelha ao modelo da *faute* francesa.

<sup>14</sup> O revogado Código Civil brasileiro de 1916, ao contemplar em suas disposições típica cláusula geral de responsabilidade civil, em seu artigo 159, não fazia referência expressa à ilicitude como pressuposto autônomo do dever de indenizar, na medida em que se limitava a referir que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Não há dúvidas, porém, que o seu conteúdo e a sua autonomia pudessem ser justificados na expressão “violar direito”, mesmo que isso representasse um conceito limitado de ilicitude. A doutrina brasileira, todavia, não obstante algumas imperfeições metodológicas, costumava extrair de forma autônoma deste dispositivo o pressuposto da ilicitude, dando-lhe conceito bastante semelhante àquele trazido pela doutrina portuguesa. A propósito, AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 533; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. I, p. 420. Eventual controvérsia a respeito da autonomia da ilicitude como requisito do dever de indenizar foi solvida em definitivo pela codificação levada a cabo em 2002, a qual lhe fez referência expressa no aludido artigo 927, segundo o qual “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

<sup>15</sup> Em Portugal, este recurso a um regime próximo da *faute* pode ser mais facilmente encontrado na jurisprudência do que na doutrina que, em razão de uma forte influência da pandectística alemã, tem conferido a devida atenção ao tema. Assim, para aprofundamento sobre esta “indiferenciação dos pressupostos”, em especial por parte do Supremo Tribunal de Justiça português, ver CORDEIRO, António Menezes. *Da responsabilidade Civil...*, cit., p. 463, com farta referência a precedentes judiciais devidamente sistematizados.

<sup>16</sup> Tal pode ser verificado na doutrina brasileira dita mais tradicional. A propósito,

para a bipartição do conceito desta em dois<sup>17</sup>, desenvolvendo-se uma contraposição entre uma acepção objetiva, consistente na desconformidade com o direito vigente (ilicitude *stricto sensu*), e uma acepção subjetiva, consubstanciada em um juízo de censura, de desvalor em relação ao agir do agente, próxima do conceito de culpa *lato sensu*<sup>18</sup>.

---

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, cit., v. I, pp. 416 e 418-419. É curioso que o autor, após tecer considerações genéricas sobre os pressupostos do “ato ilícito” – *rectius*, do dever de indenizar –, bem identifica a ilicitude como “a violação do ordenamento jurídico, caracterizada na contraposição do comportamento à determinação de uma norma”, diferenciando-a de outro pressuposto que nomina de “*imputabilidade*, ou seja, a atribuição do resultado antijurídico à consciência do agente”. Mais adiante, todavia, quando trata da culpa, associa-a à antijuridicidade, definindo aquela como a “quebra do dever a que o agente está adstrito” ou, ainda, como “toda espécie de comportamento contrário ao direito, seja intencional ou não, porém imputável por qualquer razão ao causador do dano”, recorrendo, em última análise, ao conceito de *faute*. A explicação para isso, talvez, possa ser encontrada nas referências bibliográficas utilizadas. Em um primeiro momento, quando bem delimita o campo da ilicitude, o autor alicerça seus estudos no pensamento de Enneccerus, ao passo em que, quando recorre à noção próxima da *faute*, faz referência à obra de Savatier, induzindo concluir que não se tenha, em verdade, naquele momento histórico, na doutrina brasileira, consciência bem delimitada acerca da diversidade entre os modelos alemão e francês de pressupostos da responsabilidade civil e, por consequência, os reflexos disso das doutrinas respectivas de cada país. No mesmo norte, com identidade conceitual aparentemente ajustada à *faute* francesa, MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações. 2ª Parte. Contratos. Declarações Unilaterais de Vontade. Obrigações por Atos Ilícitos*. 9ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 389, para quem “[c]ulpa *extracontratual* ou *aquilliana* é a resultante da violação de dever fundado num princípio geral de direito”. Assim também RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. 19ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4, p. 13; este autor vai ainda mais longe no que concerne à aceitação do modelo do *Code*, não só quando, mesmo já na vigência da lei civil de 2002, deixa de incluir a ilicitude como pressuposto autônomo do dever de indenizar, mas, principalmente, quando sustenta que a fonte de inspiração do artigo 186 do atual Código Civil foi o artigo 1.382 do Código Napoleão, lastreado no modelo da *faute*.

<sup>17</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 31 e ss. No mesmo norte, afirmando expressamente que “a antijuridicidade subjetiva pressupõe a existência de culpa”, PAZZOLO, Paulo Ricardo. *Ato Ilícito Civil*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a. 32, v. 17, mar./2000, p. 242.

<sup>18</sup> Esta última linha de pensamento não é de todo estranha à realidade portuguesa, podendo ser encontrada, v.g., em JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., p. 69, para quem “[o] *aspecto objectivo* é o que podemos chamar de *omissão do comportamento*

Este último entendimento poderia ser visto já como a gênese da efetivação de um sistema dual no que toca aos elementos do dever de indenizar, com a fragmentação do pressuposto amplo da ilicitude, mesmo que ainda com nomenclatura única, em dois: um de natureza objetiva, a ilicitude propriamente dita, e outro de natureza subjetiva, a culpa.

Associações desta natureza, todavia, não obstante possam ser consideradas já como uma evolução conceitual, merecem ser vistas com ressalva, sendo imperioso, em ambos os sistemas em exame, à vista do direito positivo neles vigente, que a ilicitude seja indiscutivelmente identificada como pressuposto autônomo do dever de indenizar e não como uma decorrência da culpa, ou vice-versa.

E isso porque o aprimoramento do pensamento jurídico permitiu não só a construção de uma acepção normativa de culpa, em detrimento daquela inicialmente psicológica e, por isso, essencialmente subjetiva, como a percepção de que a própria ilicitude contém também elementos de matriz subjetiva, fazendo com que, hoje, a diferenciação entre culpa e ilicitude seja “mais complexa do que a mera contraposição entre fatores objetivos e subjectivos”<sup>19</sup>.

---

*devido*” ao passo em que o aspecto subjetivo “consiste na *atribuição ou imputação da falta de cumprimento à vontade do agente*, de forma a poder formular-se a respeito da sua conduta o referido juízo de reprovação; numa palavra, exige-se a *culpabilidade*” (*grifos do original*). Na jurisprudência, também, não raro, podem ser encontrados precedentes neste sentido, quando a culpa vem nominada de ilicitude subjetiva. A propósito, exemplificativamente, cumpre registrar acórdão do Supremo Tribunal Administrativo que, quando da vigência do Decreto-lei n.º 48.051, de 21 de novembro de 1967, relativo à responsabilidade civil da administração pública, entendeu que “[f]ace à definição ampla de ilicitude constante do aludido art. 6º do DL 48051, torna-se difícil estabelecer uma linha de fronteira entre os requisitos de ilicitude e da culpa, sucedendo-se não raras vezes que a culpa se dilui na ilicitude assumindo-se como seu elemento subjetivo” (PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. Recurso Jurisdicional n.º 04447. 2ª Subsecção do Contencioso Administrativo. Rel. Cons. João Belchior. Julgado em: 11 jan. 2001. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>).

<sup>19</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Da Responsabilidade Civil...*, cit., pp. 458-459. E prossegue o autor afirmando que “seja qual for a orientação prosseguida quanto à noção de culpa. Temos de ser claros num ponto: a sua contraposição, perante a ilicitude,



Daí entender a ilicitude como um mero fator objetivo em contraponto à culpa subjetiva, ambos como manifestações de um mesmo fenômeno, ou, em outras palavras, dizer que o ato ilícito é formado por uma ilicitude objetiva aliada a uma ilicitude subjetiva é demasiado simplista, sendo oportuno que ambos os pressupostos sejam identificados com autonomia substancial entre si e não com interdependência, como mera oposição de um em relação ao outro.

Por essas considerações é que a diferenciação preconizada por Claus-Wilhelm Canaris<sup>20</sup> no sentido de que a ilicitude diria o porquê e em que circunstâncias o lesado recebe a proteção do ordenamento jurídico ao passo em que a culpa o porquê e em que circunstâncias ao agente é imposto o ônus de suportar o prejuízo sofrido por terceiro ainda parece ser a que melhor atende a esta necessidade de um tratamento particular para cada um dos pressupostos em jogo. E tal se justificará na circunstância de que, mesmo quando em algumas hipóteses esta diferenciação não seja crucial, haverá outras em que, dada a origem dos pressupostos centrar-se em “fatos diversos, realidades diferentes e normas próprias”, não possam as implicações dum no outro serem fatais<sup>21</sup>.

Assim se apresenta a problemática quando contrapostas culpa e ilicitude, num regime de responsabilidade subjetiva. Ainda mais viva é a controvérsia sobre a autonomia e a imprescindibilidade da ilicitude quando aferida em um regime de imputação objetiva, com frequência justificado no risco (mesmo que tal represente uma perspectiva reducionista).

Para uma parcela da doutrina, nos casos de responsabilidade objetiva, sendo diversa a estrutura do juízo de imputação civil, restaria dispensada não só a aferição da culpa, mas também

---

só sobrevive se a culpa traduzir algo de substancialmente diverso”.

<sup>20</sup> Discorrendo acerca do pensamento de Claus-Wilhelm Canaris sobre o tema, em língua portuguesa, ver CORDEIRO, António Menezes. *Da Responsabilidade Civil...*, cit., pp. 459 e ss.

<sup>21</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Da Responsabilidade Civil...*, cit., p. 463.

da ilicitude. O fundamento para tanto estaria no fato de que o agravado risco de causar prejuízos a terceiros presente em certas atividades contraposto à sua utilidade pública faz com que não sejam elas proibidas por lei, mas seja imposta ao seu autor a obrigação de reparar independentemente de culpa, o que é feito quase que como uma compensação pelas vantagens que dela retira<sup>22</sup>. Daí que com fundamento nestas convicções é que a mesma parcela da doutrina costuma assinalar que na responsabilidade que encontra fundamento no risco não se pressupõe a ilicitude<sup>23</sup>.

Tal, contudo, não é consenso, havendo quem sustente que a ilicitude adquire contornos de relevância em qualquer juízo de imputação civil, mesmo naqueles fundados no risco. O fundamento para tanto seria que, mesmo nestes casos, há sempre a violação de um dever jurídico preexistente, seja ele de incolumidade ou de segurança; assim é que o incumprimento desta obrigação originária é que bastaria a caracterizar a ilicitude<sup>24</sup>.

Respeitada a posição em contrário e não obstante o tema ainda aparente carecer de uma abordagem autônoma e mais profunda, a razão parece apontar no sentido de que, realmente, seja hipótese de responsabilidade objetiva, seja de responsabilidade subjetiva, a ilicitude é pressuposto autônomo do dever de indenizar, não devendo ser vinculada à culpa. Ou ao menos que não se pode dizer, em linhas gerais, que a ilicitude é irrelevante enquanto pressuposto da imputação de danos sem culpa.

---

<sup>22</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções de Direito Civil*. 3ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 110.

<sup>23</sup> Neste sentido, ver as observações de MONTEIRO, Jorge Sinde. *Estudos...*, cit., p. 10, nota 7. Igualmente, entendendo no sentido da prescindibilidade da ilicitude quanto pressuposto da responsabilidade civil objetiva, LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*, cit., t. II, p. 663; TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 7ed. Reimp. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 216; FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e Deveres de Proteção*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 131; dentre outros.

<sup>24</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Da Responsabilidade Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. XIII, p. 56.

Especialmente na ordem jurídica brasileira, tal constatação decorre da regra do artigo 187 do Código Civil, segundo a qual “[t]ambém 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”. Ou seja, introduziu-se dispositivo que, a par de prever hipótese de ilicitude por abuso de direito, dispensa o requisito da culpa para fins de imposição de dever de indenizar, quando combinado com o preceito do artigo 927 do mesmo Código, bem demonstrando a possibilidade daquela (ilicitude) existir sem esta (culpa).

Daí porque, com efeito, deve-se atentar com mais atenção e precisão para o fato de a ilicitude ser reconhecida como pressuposto intransponível do dever de indenizar, não mais se sustentando a tese, ao menos de modo geral, de que a culpa seria elemento integrante do conceito de “ato ilícito”, o qual deve ser identificado como a contrariedade ao direito que decorre da transgressão de um dever jurídico<sup>25</sup>.

Tecidas essas digressões de cunho geral acerca dos pressupostos do dever de indenizar, verifica-se que a ilicitude assume contornos de relevância autônoma no que toca ao surgimento do vínculo obrigacional em estudo, porquanto apenas quando a conduta geradora do dano possa ser tida como ilícita na sua acepção técnico-jurídica, poder-se-á imputar ao devedor a obrigação de reparar o dano.

## 2 EM BUSCA DA DETERMINAÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE ILICITUDE

Como dito alhures, a ideia de contrariedade ao direito

---

<sup>25</sup> Sobre a responsabilidade sem culpa decorrente da ilicitude por abuso de direito, ver MARTINS-COSTA, Judith. *Os avatares do Abuso de direito e o rumo indicado pela Boa-Fé*, especialmente as pp. 12 e ss. Disponível em: <<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/CostaJudith.pdf>>.

está ínsita, de um modo geral, à noção de ilicitude<sup>26</sup>. A dificuldade reside, contudo, na delimitação do conteúdo desta contrariedade<sup>27</sup>, devendo-se ter presente como premissa para bem delimitá-lo que a flutuação dos valores sociais no tempo e no espaço implicam numa compreensível alteração dos seus contornos substanciais.

Exatamente por isso é que a amplitude do conceito tem-se alargado com o tempo, o que se tem refletido no campo legislativo. Conforme observa João de Matos Antunes Varela<sup>28</sup>, o Código Civil português de 1867 identificava a ilicitude apenas como violação de direito subjetivo alheio<sup>29</sup>; já o Código de 1967<sup>30</sup>, por sua vez, veio a aprimorar esta regra na medida em que foi além ao acrescentar que a ilicitude decorre não só da violação de um direito subjetivo de outrem, mas também da violação de uma norma jurídica destinada a proteger interesses jurídicos alheios<sup>31</sup>. Neste caso, estar-se-ia a vista de “ofensa de

---

<sup>26</sup> Consoante MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 176, esta contrariedade ao direito encerrada na ilicitude pressupõe sempre a violação de uma norma de conduta, a qual poderá estar precisamente descrita na norma (escrita ou não) ou decorrer do reconhecimento pela ordem vigente de direitos subjetivos dotados de eficácia *erga omnes*.

<sup>27</sup> JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., p. 61.

<sup>28</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 9ed. Coimbra: Almedina, 1991, v. I, p 521.

<sup>29</sup> Consoante regra expressa do artigo 2.361 do Código Seabra, “todo aquele que viola ou ofende os direitos de outrem, constitui-se na obrigação de indenizar o lesado”.

<sup>30</sup> Cumpre registrar que este alargamento conceitual, em verdade, foi introduzido no ordenamento jurídico português já pelo Decreto n.º 32.171, de 29 de julho de 1942, que, ao tratar da responsabilidade civil dos médicos, associou ilicitude a dano injusto, a exemplo do que fizera o artigo 2.043 do Código Civil Italiano de 1942. A evolução dos contornos da ilicitude, contudo, apenas não pôde ter sido considerada como concluída em decorrência da imprecisão semântica da expressão “dano injusto”, não obstante já bastasse a estatuir que mesmo as lesões que não violassem direitos subjetivos propriamente ditos já poderiam ser objeto de tutela pela responsabilidade civil. Neste sentido, VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações...*, cit., p. 521-523.

<sup>31</sup> É oportuno destacar que não obstante estas constituam as hipóteses gerais de verificação da ilicitude, pode-se falar, ainda, na existência de causas outras que não se enquadrariam, ao menos em tese, nesta previsão básica, sendo, pois, ditas especiais, a saber: a ofensa ao crédito ou ao bom nome, a prestação de conselhos, recomendações

deveres impostos por lei que vise a defesa de interesses particulares, mas sem que confira, correspectivamente, quaisquer direitos subjetivos”<sup>32</sup>.

Com isso, amplia a lei civil portuguesa o espectro da ilicitude, permitindo a ela e, por conseguinte, à responsabilidade civil, ir além da tutela da violação de direito subjetivo propriamente dito para o fim de abarcar, de igual modo, hipóteses em que mesmo não se configurando dita categoria jurídica, a vítima vê-se lesada em interesses jurídicos seus que são objeto de proteção legal, desde que isso seja feito de forma direta e não só reflexamente e que a lesão se efetive no próprio bem jurídico ou em interesse privado objeto daquela proteção<sup>33</sup>.

A partir disso é possível verificar que a regulamentação do conceito em estudo, pela lei civil portuguesa, fez-se por meio da descrição de tipos de fato determinados do ilícito relevante para fins de responsabilidade civil; ou seja, “a tipicidade será já a ilicitude se não intervierem circunstâncias justificativas do

---

ou informações e as omissões, previstas, respectivamente, nos artigos 484, 485 e 486 do Código Civil português de 1967; diante da sua especificidade, receberam regulamentação própria. O Código Civil brasileiro não contempla dispositivos semelhantes, exigindo um maior esforço interpretativo do aplicador do direito nestas situações. A respeito, COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções de Direito Civil*, cit., p. 105-106. Da mesma forma, o abuso de direito constitui-se em modo alternativo de ilicitude da conduta do agente apto a gerar dever de indenizar, constituindo-se em verdadeiro “exercício anormal do direito próprio” em razão de se dar “violando a sua afectação substancial, funcional ou teleológica”. Neste particular, VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações...*, cit., p. 535. Sobre o tema, com abordagem acerca dos direitos português e brasileiro, ver MARTINS-COSTA, Judith. *A contribuição do Código Civil português ao Código Civil brasileiro e o abuso de direito: um caso exemplar de transversalidade cultural*. Themis: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2008, edição especial, pp.107-128.

<sup>32</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, cit., p. 488.

<sup>33</sup> Para uma apresentação das hipóteses de verificação da ilicitude em decorrência da violação de normas de proteção ver COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, cit., p. 489. Da mesma forma, com aprofundamento específico sobre o tema, FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e Deveres de Proteção*, cit., pp. 162 e ss; igualmente, LEITÃO, Adelaide Menezes. *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 617 e ss.

ilícito”<sup>34</sup>.

O fez, porém, de uma forma intermédia<sup>35</sup> entre os paradigmas codificatórios que serviram de base à sua geração. Em verdade, o princípio da tipicidade, na esfera delitual civil, é marca dos sistemas de direito antigo, sendo que as primeiras codificações oitocentistas, a partir da elaboração dogmática do jus-racionalismo, optaram por estatuições mais amplas e gerais dos interesses jurídicos, regulando a matéria por meio de cláusulas gerais bastante abertas<sup>36</sup>. O exemplo vivo disto é o até hoje vigente artigo 1.382 do Código Civil francês de 1804<sup>37</sup>.

O Código Civil alemão de 1896, todavia, mesmo sendo ainda fruto do século XIX, mas já como representação de uma codificação tardia, rompeu de certo modo com este paradigma, optando por regulamentação mais específica da responsabilidade delitual. Para tanto, lançou mão de três cláusulas – § 823, n.º 1, § 823, n.º 2, e § 826<sup>38</sup> – nas quais a tipicidade aparece mais

---

<sup>34</sup> FARIA Jorge Ribeiro de. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 1990, v. I, p. 418.

<sup>35</sup> MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade por Conselhos...*, cit., p. 175. Em sentido um pouco diverso, OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Sobre o conceito de ilicitude do art. 483.º do Código Civil*. In: AAVV. *Estudos em Homenagem a Francisco José Velozo*. Braga: Universidade do Minho, 2002, separata, p. 524. Para este autor, o modelo de ilicitude português, quanto à técnica legislativa, estaria muito próximo do alemão, pois ambos constituiriam um meio termo entre a amplitude da cláusula geral francesa e a rigidez da tipicidade verificada nos sistemas de *Common Law*. A razão, contudo, parece estar com Jorge Sinde Monteiro, pois, como adiante se verá, o modelo português não apresenta estatuição tão rigorosa como aquela verificada nos congêneres dispositivos do BGB, onde se pode encontrar uma enumeração dos bens absolutamente protegidos, restringindo, ao menos em tese, o campo de criação da atividade pretoriana.

<sup>36</sup> MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade por Conselhos...*, cit., p. 175.

<sup>37</sup> Consoante tradução do referido dispositivo encontrada em SERRA, Adriano Vaz. *Causas de justificação do fato danoso*. Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa, n.º 85, abr. 1959, p. 13, “todo o fato do homem que causa um dano a outrem obriga o culpado a repará-lo”.

<sup>38</sup> § 823/1. Aquele que dolosa ou culposamente lesiona injustamente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou qualquer outro direito de outra pessoa, está obrigado para com ela ao ressarcimento do dano causado. § 823/2. A mesma obrigação consiste aquele que infringe uma lei que tem por objetivo a proteção de outro. Se no âmbito do conteúdo da lei é também possível uma infração desta sem culpa, só se

evidente se comparada ao congêneres dispositivo do *Code*<sup>39</sup>. Tais preceitos, porém, inobstante gerais, “não cobrem todo o universo delitual possível”<sup>40</sup>, na medida em que trazem uma enumeração dos bens jurídicos objeto de proteção pela via aquiliana.

À vista destes dois modelos, é forçoso concluir que o legislador português de 1967, inegavelmente, aproximou-se quanto aos pressupostos do sistema de tradição germânica, uma vez que previu as situações em que a ilicitude restará configurada<sup>41</sup>, fugindo de uma transposição irrestrita do paradigma aberto da *faute* francesa<sup>42</sup>. Não o fez, do ponto de vista da técnica legislativa, de forma tão taxativa quanto a verificada nos antes aludidos preceitos do BGB, a permitir, com isso, algum espaço

---

produz a obrigação de ressarcimento em caso de culpa. § 826. Aquele que dolosamente causa dano a outro de forma contrária aos bons costumes, fica obrigado para com ele ao ressarcimento do dano. Versão para o português dos dispositivos do BGB contidos na tradução espanhola da obra de MEDICUS, Dieter. *Tratado de las Relaciones Obligatorias*. Trad. Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1995, v. II, p. 974.

<sup>39</sup> ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Atipicità dell'illecito*. Parte prima: i profili dottrinali. 2ed. Milano: Giuffrè, 1980, p. 305.

<sup>40</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997, reimpressão, pp. 636-637.

<sup>41</sup> No que toca ao conteúdo da regra de ilicitude do Código de 1967, quando comparada ao BGB, ver as observações de MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade por Conselhos...*, cit., p. 178, para quem a diferença de redação entre os dispositivos não implica estar-se diante de “dois mundos diferentes”. Reconhece, contudo, no que toca à cláusula residual de ilicitude do § 826 do Código germânico (causação de danos em decorrência de violação dolosa dos bons costumes), que o congêneres português foi mais feliz na regulação da matéria, fazendo-o por meio da consagração expressa, na sua parte geral, da teoria do abuso de direito, para o qual não exige o dolo. Em sentido um tanto contrário, sustentando uma diferença mais significativa entre os sistemas delituais alemão e português, ver CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa Fé...*, cit., pp. 638 e ss.

<sup>42</sup> Ao contrário, neste particular, do artigo 2.043 Código Civil italiano que, ao referir apenas a expressão “dano injusto” para fins de delimitação do conceito de ilicitude, encerra cláusula geral de contornos bastante abrangentes, em decorrência da vagueza do termo empregado, dando à doutrina e à jurisprudência papel muito mais relevante na sedimentação da amplitude do conceito em exame. Sobre o tema, CASTRONOVO, Carlo. *La responsabilità civile. Esperienze europee a confronto*. In: AAVV. I Cento Anni del Codice Civile Tedesco in Germania e nella Cultura Giuridica Italiana. Padova: CEDAM, 2002, pp. 396 e ss.

de criação à atividade jurisdicional sem, contudo, estatuir preceito de todo genérico. Daí porque precitado artigo 483 do Código Civil português seja denominado pela doutrina de cláusula geral limitada<sup>43</sup>.

No direito brasileiro, ao menos do ponto de vista legislativo, a questão não se encontra tão bem assentada. O artigo 186 do Código de 2002, ao traçar os contornos do conceito de ato ilícito, lançou mão apenas das expressões “violar direito e causar dano a outrem”<sup>44</sup>, sem fazer qualquer menção à infringência de normas de proteção, o que poderia dar a entender que a ilicitude decorreria, tão-só, da violação de direitos subjetivos, tal qual ocorria na legislação portuguesa quando da vigência do Código Seabra<sup>45</sup>.

Não obstante a expressa letra da lei que, aliás, mantém a

---

<sup>43</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*, cit., p. 290.

<sup>44</sup> A doutrina brasileira tem feito ponderações acerca da impropriedade das expressões empregadas pelo legislador de 2002 para demarcar as hipóteses de ocorrência do ato ilícito. Isso porque ao referir “violar direito e causar dano”, ligando as duas hipóteses com a conjunção aditiva “e”, deu a entender que a ocorrência de dano é pressuposto imprescindível à ocorrência de ato ilícito, o que não corresponde à verdade. Como observa VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. 6ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. IV, p. 4, “o ato ilícito existe com ou sem dano. Em outros termos, não há necessariamente dano no ato ilícito”. A confusão terminológica deve-se, por certo, ao emprego da expressão “ato ilícito” como sinónimo de “dever de indenizar”, a qual também representa um equívoco, consoante já referido. O mesmo autor, contudo, traz projeção bastante otimista a respeito, asseverando que esta imperfeição, dada a necessidade de conjugação do referido preceito com aquele contido no artigo 927 do mesmo Código para fins de nascimento do dever de indenizar, não trará maiores conseqüências. É, contudo, inegavelmente, uma falha na técnica legislativa. Com uma visão menos crítica acerca da substituição empregada, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, 2010, v. II (direito das obrigações), t. III, p. 383.

<sup>45</sup> Esta é a impressão de MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade Civil: o novo Código Civil do Brasil face ao direito português, às reformas recentes e às actuais discussões de reforma na Europa*. In: CALDERALE, Alfredo (org.). *Il nuovo Codice Civile brasiliano*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 310. Seria preferível que, ao menos, tivesse lançado mão de disposição mais genérica para referir a ilicitude, tal qual fez o Código Civil italiano de 1942 ao aludir à ilicitude por meio da expressão “danno ingiusto”, sem demarcações sobre o seu conceito.



tradição do Código de 1916, de inspiração redacional francesa<sup>46</sup>, a interpretação que lhe vinha sendo dada pela doutrina e pela jurisprudência indicava, ao contrário, não só no sentido da identificação da ilicitude como elemento autônomo do dever de indenizar, nos moldes do sistema dual alemão, como também uma grande possibilidade de alargamento dos seus contornos, a abranger situações outras que não apenas a lesão a direito subjetivo propriamente dito.

Diante disso, é notória a falha da lei civil brasileira neste particular, na medida em que, mesmo regulando a matéria por meio de preceito geral – com amplitude comparável a das cláusulas gerais dos Códigos Civis francês e italiano –, lançou mão de estatuição demasiado rígida para demarcar o conteúdo da ilicitude<sup>47</sup>, o que impescindirá de atuação doutrinária e jurisprudencial afim de permitir construir-se o necessário alcance da ilicitude em tema de responsabilidade civil, sob pena de ineficiência do sistema jurídico a vista da riqueza fática da vida atual.

Assim é que, hoje, a par das imperfeições legislativas ainda presentes, a ilicitude extraível do Código Civil de 2002 já é associada à “contrariedade às regras de dever-ser postas no Ordenamento jurídico compreendido como uma dinâmica e complexa totalidade de regras, princípios e modelos jurídicos

---

<sup>46</sup> CALDERALE, Alfredo. *Diritto Privado e Codificazione in Brasile*. Milano: Giuffrè, 2005, p. 100.

<sup>47</sup> Neste sentido, IUDICA, Giovanni. *Profili della responsabilità extracontrattuale secondo il nuovo Código Civil brasiliano*. In: CALDERALE, Alfredo (org.). *Il nuovo Codice Civile brasiliano*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 296. O autor, ao comparar as leis civis italiana e brasileira, critica a aparente restritividade conceitual desta, lembrando a alteração jurisprudencial do conceito de “dano injusto”, contido no artigo 2.043 do *Codice Civile* de 1942, a partir da sentença n.º 500/1999, da *Corte di Cassazione*, que permitiu o reconhecimento da ilicitude e, assim, da indenizabilidade dos danos decorrentes da violação de “posizioni giuridiche soggettive non assimilabili al diritto soggettivo”, o que “difficilmente avrebbe potuto verificarsi se la formulazione dell’art. 2043, cod. civ., fosse stata rígida come quella del nuovo art. 186 del codice brasiliano”.

derivados das quatro fontes de produção de normatividade”<sup>48</sup> (lei, jurisprudência, doutrina e costume).

Nesta linha, a verificação das hipóteses previstas na lei, tanto no artigo 483 quanto no artigo 186 dos vigentes Códigos Civis português e brasileiro, consistirá apenas em indício de ilicitude da conduta.

Até porque hipóteses haverá em que, mesmo constatada a violação de um direito subjetivo alheio ou de uma norma destinada a proteger interesse de outrem, a ilicitude restará afastada, fazendo com que dado ato não seja considerado contrário ao direito. Tratam-se das causas de justificação do fato danoso que, diante da relevante importância da ilicitude ao juízo de imputação civil, também merecem um exame particular em perspectiva comparatista.

### 3 AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE COMO CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO DO FATO DANOSO

Na linha até aqui seguida, considerando a possibilidade de que a ilicitude que se apresenta como pressuposto da obrigação indenizatória reste afastada por causas de justificação – também denominadas excludentes, o comportamento ao qual se liga o dano pelo nexos causal deverá comportar um exame concreto, a impor-lhe, por isso, uma noção puramente relativa<sup>49</sup>. Isso porque a decisão final sobre a existência ou não de uma contrariedade ao direito e, bem assim, da viabilidade da imposição de uma obrigação de reparar danos, pressuporá a verificação, no caso concreto, da existência ou não de uma causa de justificação<sup>50</sup>.

Por definição, ditas causas constituem-se nas hipóteses em que, mesmo verificada a antijuridicidade indiciária que

<sup>48</sup> MARTIS-COSTA, Judith. *Os avatares do Abuso de direito...*, cit., p. 14.

<sup>49</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Direito das Obrigações*, cit., p. 303.

<sup>50</sup> SERRA, Adriano Vaz. *Causas justificativas...*, cit., p. 14.

decorre do tipo, a sua concretização restará elidida pela verificação de pressupostos fáticos que não autorizam impor-lhe a pecha de desconformidade com o direito. Nas palavras de Fernando Pessoa Jorge, são “as circunstâncias que tornam lícita (ou justa) a omissão do comportamento que, não existindo elas, seria devido”<sup>51</sup>.

O regime da exclusão da ilicitude, para fins didáticos, pode ser dividido em dois<sup>52</sup>.

Um primeiro, decorrente de causas gerais justificadoras do fato, sem necessária disciplina expressa na lei civil, representados pelo regular exercício de um direito e pelo cumprimento de um dever jurídico. Nestas hipóteses, não obstante o agente possa ir contra interesses de terceiros, como atua legitimado pela ordem jurídica vigente, resta excluída a ilicitude.

Um segundo, fundado no exercício e na tutela dos direitos, notadamente na tutela privada, no qual se consagrarão figuras típicas<sup>53</sup> – como a legítima defesa, a ação direta e o estado de necessidade – nas quais o direito autoriza o titular de determinado interesse juridicamente protegido a agir por contra própria na sua defesa, sem que isso revista o agir de conotação ilícita. Neste grupo é usual agregar-se, ainda, não obstante possua “uma lógica aparentemente diferente”<sup>54</sup>, o consentimento do lesado.

Relativamente ao primeiro grupo, haveria certo consenso sobre a irrelevância da existência ou não de uma regulação expressa sobre a viabilidade do exercício regular de direito excluir a ilicitude. Isso porque tal justificação decorreria, a

---

<sup>51</sup> JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., p. 154.

<sup>52</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, cit., p. 492.

<sup>53</sup> A doutrina penal tem reconhecido – o que, de igual forma, tem sido transposto ao direito civil – o caráter exemplificativo das causas de justificação contidas nos códigos, não havendo óbices a que outras sejam reconhecidas, inclusive por analogia. Neste norte, BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito Penal*. Lisboa: AAFDL, 1980, v. 2, p. 445-446; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. A nova parte geral. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 184, dentre outros tantos.

<sup>54</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado...*, cit., tomo IV, p. 401.

*contrario sensu*, da previsão do abuso de direito como fonte de ilicitude contida, respectivamente, nos artigos 187 e 334 dos Códigos Civis brasileiro e português<sup>55</sup>, de modo que só haveria contrariedade ao direito – e, portanto, ilicitude apta a ensejar uma obrigação de reparar danos – quando o seu exercício fosse abusivo<sup>56</sup>.

Mesmo diante de dita aparente irrelevância da expressa regulação, o Código Civil brasileiro de 2002 refere, em seu artigo 188, inciso I, *in fine*, que não constituem atos ilícitos os praticados “no exercício regular de um direito reconhecido”. Independentemente desta menção expressa, consoante referido, o artigo em nada acrescenta diante da importante regra – essa sim uma inovação do legislador de 2002 a ser festejada – do artigo 187 do Código Civil, que deve, inclusive, constituir-se em vetor à interpretação dos limites justificativos da precitada parte final do inciso I do artigo 188.

Da mesma forma, no que toca à excludente geral do cumprimento de dever, o limite a ela imposto advirá da figura da colisão de deveres segundo a qual, recaindo sobre o mesmo agente a obrigação de cumprir dois deveres e sendo eles incompatíveis, caber-lhe-á dar prevalência ao mais importante<sup>57</sup>. Para a exclusão da ilicitude, contudo, não basta a simples colisão, devendo ocorrer um efetivo cumprimento do dever<sup>58</sup>, resolvendo-se a controvérsia, no mais das vezes, através de um juízo de ponderação<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> Sobre o tema, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, 2007, v. I (parte geral), t. IV, reimpressão, pp. 239 e ss., especialmente as conclusões apresentadas nas pp. 374-376.

<sup>56</sup> Tem-se assinalado, aliás, uma crescente restrição de tal causa de justificação, exatamente em decorrência da funcionalidade dos direitos, de modo que se mostra bastante produtivo a sua concretização por meio da figura do abuso de direito. A este respeito, LEITÃO, Luís de Menezes. *Direito das Obrigações*, cit., p. 305.

<sup>57</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, cit., p. 493.

<sup>58</sup> LEITÃO, Luís de Menezes. *Direito das Obrigações*, cit., p. 306.

<sup>59</sup> Em paralelo ao silêncio do Código Civil brasileiro a respeito, a matéria vem regulada no artigo 335 do congêneres português, com o seguinte teor: “1 - Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do

Especial interesse suscita, nesta linha, o segundo grupo de causas justificadoras, no qual se insere uma série de figuras já de longa data previstas e reguladas pelo direito penal, mas que, na esfera civil, tem por vezes desdobramentos diversos.

Daí a inviabilidade de se analisar o regime de cada uma delas<sup>60</sup>, mas apenas a conveniência de, num estudo relegado a tratar da centralidade da ilicitude enquanto pressuposto da imputação de danos, aferir-se a pertinência do seu expresso tratamento na lei civil.

Sobre o tema, o Código Civil português prevê, nos artigos 336, 3337, 338, 339 e 340 da sua parte geral, que excluem a ilicitude a ação direta, a legítima defesa, o estado de necessidade e o consentimento do lesado. No Brasil, o mesmo ocorre quanto à legítima defesa e o estado de necessidade (mesmo que este não seja expressamente assim nominado), que vêm referidos nos incisos I e II do artigo 188, com os seus reflexos quanto à responsabilidade civil melhor aprofundado nos artigos 929 e 930, todos do Código Civil, que silencia quanto às demais figuras.

Uma primeira nota de relevo sobre a matéria diz respeito à sua topografia nos Códigos. São muito felizes as iniciativas portuguesa e brasileira de incluir as causas de justificação nas suas partes gerais, pois, efetivamente, a ilicitude não é um conceito exclusivo da responsabilidade civil, mas uma diretriz de todo o sistema de direito privado. Daí que não obstante, por vezes, o seu tratamento reste apropriado pela disciplina do direito das obrigações – tanto que o seu regime vem, consoante referido, melhor aprofundado no Código Civil brasileiro no capítulo

---

necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes. 2 - Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior”. Neste aspecto, não aparenta que a omissão brasileira seja fruto de expressivo prejuízo, já que, consoante referido, os juízos de ponderação empregados pela jurisprudência tem sido suficientes a resolver as controvérsias decorrentes do tema que, registre-se, são inúmeras, especialmente aquelas relacionadas a informação vs. privacidade.

<sup>60</sup> Para uma abrangente análise da dogmática de cada uma das figuras em questão, ver especialmente JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., pp. 167 e ss.

dedicado à obrigação de indenizar –, o seu reforço enquanto disciplina geral de direito civil resta bastante fortalecido por meio de uma consagração na parte geral.

Quanto à previsão legal das figuras em si, mostra-se sobremaneira carente o sistema brasileiro de uma expressa referência à ação direta e, principalmente, ao consentimento do lesado.

A primeira figura, a par da ausência de uma indicação expressa na parte geral, não é desconhecida do direito civil brasileiro, sendo o seu mais célebre exemplo a regra do artigo 1210, § 1º, do Código Civil<sup>61</sup>, que garante ao possuidor a possibilidade de, por desforço próprio, manter-se ou restituir-se na posse quando turbado ou esbulhado. Nesta situação – tal qual nas demais abrangidas pela ação direta –, a ação por força própria vem justificada, não havendo que se falar em ilicitude.

Já a segunda, por vezes, pode suscitar certa controvérsia, não apenas quanto à sua aceitação, mas especialmente quanto aos seus limites, não obstante o pouquíssimo tratamento que venha recebendo da doutrina que, nas oportunidades que a refere, costuma reconhecê-la como causa supralegal de justificação do dano<sup>62</sup>. A jurisprudência<sup>63</sup>, contudo, tem maiores dificuldades na

---

<sup>61</sup> O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

<sup>62</sup> Neste sentido, GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 9ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 419, AMARAL, Francisco. *Direito Civil*, cit., p. 535; STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 223, dentre outros. Para uma abordagem mais pontual da dogmática que envolve a justificação pelo consentimento, ver TEIXEIRA NETO, Felipe. *Responsabilidade civil e consentimento do lesado: um contributo da experiência portuguesa à ordem jurídica brasileira*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – PPGDir/UFRGS, Porto Alegre, n. VII e VIII, v. VI, pp. 32-48, mai. 2007. Ainda, na doutrina penal, exemplificativamente, ver FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, cit., p. 192; e TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilícitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 128.

<sup>63</sup> Podem ser citadas como situações reconhecidas pela jurisprudência de justificação pelo conhecimento o caso do paciente que aceita submeter-se a tratamento experimental com determinado medicamento e, em decorrência, termina por sofrer alguma

sua concretização, especialmente quanto ao alcance da limitação de responsabilidade, o que seria deveras facilitado caso contasse o Código Civil brasileiro com um dispositivo com redação semelhante a do artigo 340 do congênere português<sup>64</sup>.

A partir deste breve panorama, é possível verificar a precariedade como a exclusão da ilicitude civil vem regulada na ordem jurídica brasileira, o que demanda um suprimento por parte da doutrina da construção conceitual de um conteúdo que de suporte à jurisprudência na solução das controvérsias que lhe são postas.

Não obstante esta possibilidade, a certeza jurídica que decorrente de uma alteração legislativa do artigo 188 seria bastante oportuna a uma melhor estruturação das hipóteses de justificação civil.

Neste cenário é que se mostraria plenamente justificável, objetivando manter a opção feita pela tradição codificadora brasileira já desde 1916, preservar-se a redação do *caput* do precitado dispositivo, referindo que não constituem atos ilícitos aqueles elencados nos seus incisos. Na sequência, no primeiro dos seus itens, poder-se-ia fazer menção às hipóteses gerais de justificação (exercício regular de um direito e cumprimento de um dever) e, nos seguintes, às figuras da legítima defesa, do estado de necessidade, da ação direta e do consentimento do lesado.

---

sequela em razão disso (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70020090346. 9ª Câmara Cível. Rel. Des. Odone Sanguiné. Julgado em: 26 set. 2007). Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 18 dez. 2007) e do jogador que resta lesionado ao participar de esportes que, por natureza, possam conter alguma violência (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70011788148. 9ª Câmara Cível. Rel. Des. Odone Sanguiné. Julgado em: 24 ago. 2005). Para um exame mais aprofundado, inclusive com outras referências a decisões jurisprudenciais a respeito, ver TEIXEIRA NETO, Felipe. *Responsabilidade civil e consentimento do lesado...*, cit., pp. 40 e ss.

<sup>64</sup> (Consentimento do lesado) 1. O acto lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão. 2. O consentimento do lesado não exclui, porém, a ilicitude do acto, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes. 3. Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível.

## CONCLUSÃO

À vista das considerações dogmáticas que se pôde apresentar na presente explanação, é possível identificar que, à vista das opções feitas pelo Código Civil de 2002, o sistema jurídico brasileiro tende a seguir, em matéria de pressupostos do regime geral da responsabilidade civil subjetiva, um modelo nos moldes alemão, com autônoma verificação da culpa e da ilicitude, cada qual com o seu conteúdo normativo autônomo.

De igual sorte, é viável antever-se que, no atual estágio da ciência jusprivatística, a ilicitude não mais pode ser associada à simples violação de direitos subjetivos propriamente ditos, demandando o seu reconhecimento, de igual modo, em razão da violação de normas de proteção, tal qual, aliás, vem sendo feito por expressiva parcela da doutrina e por grande parte dos Tribunais brasileiros.

O mesmo ocorre com as causas de justificação que, diante da centralidade da ilicitude na formação do juízo de imputação civil, adquirem importante relevo.

Neste cenário é que deve reconhecer não apenas a impropriedade redacional do artigo 186 do Código Civil de 2002, que refere apenas a violação de direitos subjetivos como fonte de ilicitude (sem prejuízo do abuso de direito previsto no artigo 187), mas também a do seu artigo 188, que se furta em referir a ação direta e o consentimento do lesado como causas de justificação, não obstante, por vezes, o faça no seu próprio corpo (v.g., artigo 1.210, § 1º, relativamente à ação direta) ou o façam a doutrina e, principalmente, a jurisprudência (tal qual ocorre com o consentimento do lesado).

Ocorre que uma retificação destas imperfeições, sem prejuízo do valoroso trabalho já realizado pela doutrina e pelos Tribunais no seu reconhecimento, seria de grande contribuição à clarificação de uma série de questões e, mais do que isso, a



superar em definitivo eventuais interpretações mais ortodoxas que ainda persistam em não reconhecer estas realidades.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Atipicità dell'illecito*. Parte prima: i profili dottrinali. 2ed. Milano: Giuffrè, 1980.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito Penal*. Lisboa: AAFDL, 1980, v. 2.
- CALDERALE, Alfredo. *Diritto Privado e Codificazione in Brasile*. Milano: Giuffrè, 2005.
- CASTRONOVO, Carlo. *La responsabilità civile. Esperienze europee a confronto*. In: AAVV. I Cento Anni del Codice Civile Tedesco in Germania e nella Cultura Giuridica Italiana. Padova: CEDAM, 2002.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Da Responsabilidade Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. XIII.
- \_\_\_\_\_. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CORDEIRO, António Menezes. *Direito das Obrigações*. Lisboa: AAFDL, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*. Lisboa: Lex, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997, reimpressão.

- \_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, 2007, v. I (parte geral), t. IV, reimpressão.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, 2010, v. II (direito das obrigações), t. III.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito da Obrigações*. Coimbra: Almedina, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Noções de Direito Civil*. 3ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- FARIA Jorge Ribeiro de. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 1990, v. I.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e Deveres de Proteção*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. A nova parte geral. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 9ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- IUDICA, Giovanni. *Profili della responsabilità extracontrattuale secondo il nuovo Código Civil brasiliano*. In: CALDERALE, Alfredo (org.). *Il nuovo Codice Civile brasiliano*. Milano: Giuffrè, 2003.
- JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995, reimpressão.
- LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959, t. I.
- LEITÃO, Adelaide Menezes. *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*. Coimbra: Almedina, 2009.
- LEITÃO, Luís de Menezes. *Direito das Obrigações*. 6ed. Coimbra: Almedina, 2007, v. I.
- MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações*. Aparentamentos. 2ed. Lisboa: AAFDL, 2004.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A contribuição do Código Civil português ao Código Civil brasileiro e o abuso de direito: um caso exemplar de transversalidade cultural*. Themis: Revista da Faculdade de Direito da

- Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, edição especial, pp.107-128, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Os avatares do Abuso de direito e o rumo indicado pela Boa-Fé*. Disponível em: <<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/CostaJudith.pdf>>.
- MEDICUS, Dieter. *Tratado de las Relaciones Obligatorias*. Trad. Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1995, v. II.
- MONTEIRO, Jorge Sinde. *Estudos sobre a Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*. Coimbra: Almedina, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidade Civil: o novo Código Civil do Brasil face ao direito português, às reformas recentes e às actuais discussões de reforma na Europa*. In: CALDERALE, Alfredo (org.). *Il nuovo Codice Civile brasiliano*. Milano: Giuffrè, 2003.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Direito das Obrigações. 2ª Parte. Contratos. Declarações Unilaterais de Vontade. Obrigações por Atos Ilícitos. 9ed. São Paulo: Saraiva, 1973.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Sobre o conceito de ilicitude do art. 483.º do Código Civil*. In: AAVV. *Estudos em Homenagem a Francisco José Velozo*. Braga: Universidade do Minho, 2002, separata.
- PAZZOLO, Paulo Ricardo. *Ato Ilícito Civil*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a. 32, v. 17, p. 241-251, mar./2000.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Responsabilidade Civil. 19ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4.
- SERRA, Adriano Vaz. *Causas de justificação do fato danoso*.

- Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa, n 85, pp. 104-109, abr. 1959.
- STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- TEIXEIRA NETO, Felipe. *Responsabilidade civil e consentimento do lesado: um contributo da experiência portuguesa à ordem jurídica brasileira*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – PPGDir/UFRGS, Porto Alegre, n. VII e VIII, v. VI, pp. 32-48, mai. 2007.
- \_\_\_\_\_. *Dano Moral Coletivo*. Curitiba: Juruá, 2014.
- TELLES, Inocência Galvão. *Direito das Obrigações*. 7ed. Coimbra: Coimbra, 2010, reimpressão.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 9ed. Coimbra: Almedina, 1991, v. I.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Responsabilidade Civil. 6ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. IV.