



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Thiago Santos da Motta

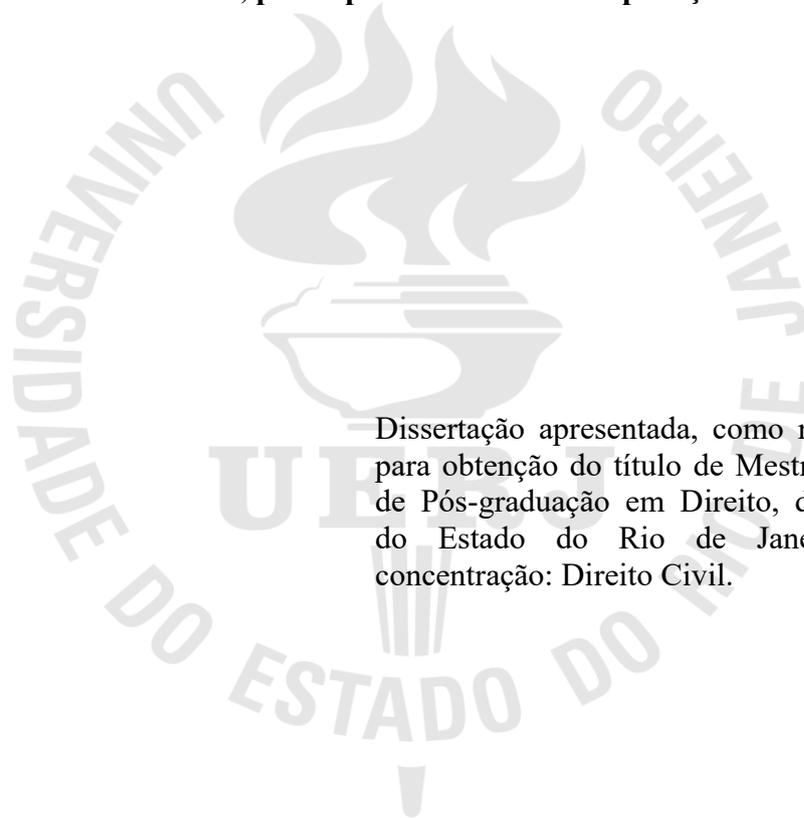
**A responsabilidade civil por ato lícito no direito brasileiro:
fundamento, pressupostos e âmbito de aplicação**

Rio de Janeiro

2024

Thiago Santos da Motta

**A responsabilidade civil por ato lícito no direito brasileiro:
fundamento, pressupostos e âmbito de aplicação**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Nunes de Souza

Rio de Janeiro

2024

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

M921 Motta, Thiago Santos da

A responsabilidade civil por ato lícito no direito brasileiro: fundamento, pressupostos e âmbito de aplicação / Thiago Santos da Motta. – 2024. 159f.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Nunes de Souza.
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Responsabilidade civil - Teses. 2. Atos lícitos - Teses. 3. Indenização pelo sacrifício - Teses. I. Souza, Eduardo Nunes de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.51

Bibliotecária: Fabiana das Graças Fonseca CRB7/6358

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Thiago Santos da Motta

**A responsabilidade civil por ato lícito no direito brasileiro:
fundamento, pressupostos e âmbito de aplicação**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Aprovada em 28 de maio de 2024.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Eduardo Nunes de Souza (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof^a. Dra. Gisela Sampaio da Cruz Guedes

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Marcelo Junqueira Calixto

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2024

AGRADECIMENTOS

Cursar o mestrado em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) sempre foi um desejo que eu nutria desde à época em que cursava a graduação. Em 2022, para minha felicidade, comecei a realizar o que considero um projeto de vida: a academia. O percurso trilhado até o final do curso de mestrado, que tem como seu último ato a apresentação do presente trabalho, somente foi possível por ter ao meu lado pessoas inspiradoras e que acreditaram em mim ao longo do caminho.

No percurso que me trouxe até aqui, a UERJ me proporcionou inúmeros amigos, em especial os que começaram a trilhar comigo essa curta mas intensa jornada, desde o primeiro semestre de 2022. Faço questão de agradecer a cada um deles, pois são pessoas que serei sempre grato pelos momentos que partilhamos juntos no PPGD. São eles: Alessandra Slerca, Anderson Motta, Beatriz Costa, Bernardo Accioli, Daniel Delatorre, Gabriela Feitoza, Mateus Reis, Naomi Zagarodny, Nino Oliva, Pedro Salarini, Renata Kingston e Simone Dana. Que mesmo após o fim do mestrado possamos continuar partilhando da amizade construída ao longo desses dois anos.

Ao amigo Daniel Delatorre, devo ainda o agradecimento nas diversas vezes que compartilhamos momentos memoráveis no Maracanã, nos jogos do Fluminense, e para outros aspectos que vão além da vida acadêmica. Ao amigo Anderson Motta, devo os mais profundos agradecimentos pelas incontáveis horas que trocamos de conversa sobre os mais diversos assuntos, sejam da vida acadêmica como dos nossos projetos futuros. Ao Bernardo Accioli, sou grato ainda pela troca de material acadêmico, em especial com a ajuda na tradução de algumas obras em língua francesa, além pela indicação de artigos e decisões que ajudaram na construção da dissertação. À Alessandra Slerca, devo especiais agradecimentos pela parceria, principalmente na reta final do mestrado, momento em que compartilhamos nossas angústias e receios com a elaboração das nossas dissertações.

A UERJ me proporcionou ainda beber do conhecimento dos melhores professores de Direito Civil no Brasil. Somente a UERJ poderia dar tanto em material humano. Por isso, devo agradecer a todos os professores com quem tive a fortuna de conviver ao longo do curso de mestrado e que acompanharam, em diversas etapas, o início da minha formação acadêmica. Todos são professores que, com suas obras, me inspiram a trilhar um Direito Civil focado na pessoa humano, sem deixar de lado o necessário rigor científico que deve permear a

construção doutrinária. Pela minha maior admiração a todos eles, faço questão de agradecer-nos nominalmente: Aline Terra, Carlos Edison, Carlos Konder, Eduarno Nunes, Gisela Sampaio, Gustavo Tepedino, Milena Donato Oliva e Paula Greco.

Pela minha absoluta gratidão, dois professores merecem mais algumas linhas neste singelo espaço dedicado aos agradecimentos: à professora Gisela Sampaio, devo registrar meus agradecimentos por sempre ter acreditado em mim e ter ajudado a construir pontes que foram muito além da UERJ. Sempre fui um apreciador das obras e textos da professora Gisela, e depois de ter sido seu aluno no PPGD, essa admiração se estendeu para o aspecto pessoal, transpondo em muito do perfil acadêmico. Que sorte possuem os alunos da Gisa em poder conviver com uma pessoa tão maravilhosa, cheia de alegria e professora do melhor gabarito.

Falar e agradecer ao professor Eduardo Nunes é uma tarefa difícil. Talvez até mais difícil do que foi o processo de escrita desta dissertação. Faltam palavras, e talvez elas ainda não existam, que possam traduzir minha gratidão ao Eduardo, que ao longo desses dois anos de mestrado me acompanhou prestando suas orientações com afincamento e rigorosidade acadêmica que lhe são peculiares. Na reta final, Eduardo foi muito mais que um orientador para mim. Em momentos difíceis, em que nem eu mesmo acreditava mais que seria possível a realização do trabalho, mas Eduardo estava lá para oferecer um abraço acolhedor e um incentivo, pessoal e acadêmico, que ninguém mais pode fazer. A influência do Eduardo ultrapassa as linhas escritas neste trabalho e se reflete no âmbito pessoal, que assim possibilitou que esta dissertação tenha chegado ao seu termo com alguma qualidade. De forma que todos os méritos, se existente na presente dissertação, se devem ao Eduardo como orientador e ser humano que é. À ele, registro a minha eterna gratidão por tudo que fez por mim e ainda continua fazendo. Ter sido seu orientando é o maior orgulho da minha trajetória no mestrado da UERJ. Sempre soube da admiração acadêmica profunda que todos cultivam por você. Nos últimos anos, à admiração acadêmica, somaram-se uma admiração pessoal e uma gratidão que um dia espero poder retribuir. Sem nenhum exagero, nada disso teria sido possível sem você.

Ao professor Marcelo Junqueiro Calixto registro meus sinceros agradecimentos por ter aceito compor a banca de dissertação. Meu primeiro contato com o professor Calixto ocorreu na época em que eu frequentava o curso de especialização em direito civil-constitucional. A partir de então virei um grande admirador do professor Calixto, que encantava a turma com sua didática inconfundível, além de se mostrar uma pessoa acolhedora.

A UERJ me proporcionou ainda mais do que a experiência de poder frequentar seus corredores. Ela abriu possibilidades que me levaram à Itália, na prestigiosa Universidade de

Bolonha (UNIBO), para um período de estudos e pesquisa. No breve período em que lá fiquei, em novembro de 2023, viver no exterior permitiu-me entender em um nível mais profundo e a ver o mundo de uma perspectiva diferente, ajudando a encarar a vida de maneira diferente. Na UNIBO, tive a oportunidade de frequentar uma biblioteca com um acervo sem igual, que foi de extrema valia para a elaboração da dissertação. Agradeço, na pessoa do professor Luigi Balestra, *Ordinario di Diritto Civile*, por ter aceitado-me receber na prestigiosa UNIBO. Agradeço à Professora Carlotta Ippoliti pela calorosa recepção e indicação de bibliografia sobre o tema da dissertação. Ainda em Bolonha, registro meus agradecimentos ao professor Massimo Franzoni, que gentilmente me convidou para uma conversa sobre o meu tema de pesquisa em seu escritório. Ele, mesmo sendo defensor de ideia contrária daquela defendida no presente trabalho, praticamente me deu uma aula particular sobre o tema, ouviu meus questionamentos e dúvidas, e ao final ainda me apresentou com um livro de sua autoria, com uma dedicatória feita especialmente para mim (preciosidade que guardo em local privilegiado na minha modesta biblioteca).

Transpondo o âmbito acadêmico, este trabalho é dedicado aos meus pais, Gleyre e Sérgio, que sempre buscaram-me prover de oportunidades de aprendizagem, transmitiram valores e contribuíram com o suporte necessário para que eu pudesse-me tornar um ser humano melhor a cada dia. Ao meu pai, tenho certeza que em breve estaremos novamente tendo que nos preocupar somente com as vitórias do Fluminense. À minha mãe, espero que eu possa ajudar, ainda que de alguma forma, com as suas batalhas diárias que a vida lhe impôs. À minha avó Glauce, que sempre foi uma das maiores incentivadoras do meu sucesso, tanto acadêmico como profissional, e que nunca mediu esforços para contribuir com a minha formação, tanto pessoal quanto acadêmica. A conclusão do mestrado se deve muito à ela.

Ao meu irmão de vida e um dos meus maiores incentivadores, Thiago Venturi, dedico igualmente este trabalho. As horas furtadas dos nossos encontros se materializam em boa parte para a elaboração da dissertação. Somente uma amizade sincera pode sobreviver ao tempo. Tenho certeza, no atual estágio de nossas vidas, que a nossa irá perdurar para sempre.

No âmbito profissional, devo ainda registrar meus agradecimentos a pessoas que tornaram a realização deste projeto possível. Desde o início da minha jornada para ingressar no mestrado tive amigos que sempre estiveram ao meu lado, torceram e me incentivaram a percorrer esse caminho. Devo à eles muito do que foi feito aqui. Aos amigos Camila Rosa, Mariana Oliveira, Thiago Guidine e Jordana Gullo (*in memoriam*).

Aos amigos do Hospital Semiu e Prontonil, que hoje formam uma grande família que me enche de orgulho de pertencer a ela. As dificuldades diárias com vocês ficam mais leves.

Serei eternamente grato pelo apoio incondicional que me deram ao longo desses dois anos, inclusive com o incentivo da minha ida à Itália. Registro, assim, meus agradecimentos nas pessoas da Karine Alvim, João Gabriel, Sancler Miranda e Paulo Cura. Trabalhar com vocês é um privilégio. À Dr.^a Juliane Souza agradeço pela parceria e amizade que desenvolvemos em tão pouco tempo. Ela, além de profissional exemplar, é fonte inspiradora de ser humano e professora. Que possamos continuar juntos na superação das dificuldades diárias dos nossos desafios profissionais e pessoais. Quer sorte a minha ter você ao meu lado.

Como tudo na vida, o caminho que me trouxe até aqui foi percorrido, principalmente no final dele, por percalços e dificuldades, que tornaram a conclusão da dissertação ainda mais especial para mim. Dedico este trabalho à minha filha de quatro patas, Chayane, que deixou este plano para evoluir a um nível superior ao que vivemos. Ainda que sua falta tenha tornado a elaboração do presente trabalho ainda mais difícil, sua energia transmitida ao longo do nosso tempo de convivência me tornou uma pessoa melhor, deixando a certeza de que um dia voltaremos a conviver. Aos meus filhos de quatro patas que ainda estão comigo no plano terrestre, Pipoca e Chiara, também merecem todos os agradecimentos cabíveis nesta sede, por alegrarem os meus dias sem pedirem nada em troca. Se as pessoas fossem como vocês, certamente o mundo seria um lugar muito melhor de se viver.

E, por último, mas não menos importante, agradeço às mulheres da minha vida. À minha maravilhosa esposa, companheira de vida, Tayssa, por ter entendido e suportado minha ausência por diversos momentos em que o mestrado exigiu. À minha filha, Ana Júlia, que me ensina diariamente a amar sem cobrar, um amor incondicional; que devemos generalizar o amor, espalhar para outros, abrir o coração para outras diferenças. Vocês são a razão e a origem de tudo. Só tenho a agradecer por serem tudo o que eu preciso, sempre que eu preciso. Esta conquista é nossa!

RESUMO

MOTTA, Thiago Santos da. *A responsabilidade civil por ato lícito no direito brasileiro: fundamento, pressupostos e âmbito de aplicação*. 2024. 159f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2024.

O presente trabalho tem como objeto central investigar, dentro do vasto campo da responsabilidade civil, sobre uma fonte específica do dever de indenizar, ainda não sistematizada no âmbito do direito brasileiro, qual seja, a indenização de danos cometidos por atos lícitos. Também denominada de responsabilidade pelo sacrifício, a hipótese se revela quando o dano não pode ser juridicamente inibido ou cessado, mas deve ser reparado e/ou compensado. Como decorrência de um ato em conformidade com os requisitos de legalidade, surge um dever de indenizar, situação excepcional e somente compreensível quando observado o dever de suportar determinado dano acompanhado com o respectivo direito a ser compensado pelo sacrifício exigido, segundo análise dos interesses tutelados pelo ordenamento. Serão abordadas as fundamentações do dever de indenizar previstas no direito civil brasileiro, a fim de focar a admissão na legalidade constitucional da compensação de danos oriundos de atos lícitos, e ainda a identificação das situações consagradas expressamente pelo Código Civil, bem como perquirir o cabimento da indenizabilidade desses danos para além da sua taxatividade legal. O trabalho pretendeu esclarecer se se pode reconhecer uma cláusula geral de indenização de danos gerados por atos lícitos e quais os critérios que devem guiar o interprete na qualificação do dever de reparar e na quantificação do dano. O estudo desenvolvido adota deliberadamente uma leitura funcional dos institutos jurídicos, em especial da responsabilidade civil, como imperativo metodológico decorrente da constitucionalização do direito privado, com claro objetivo de tutela da vítima.

Palavras-chave: responsabilidade civil; atos lícitos; indenização pelo sacrifício; excludentes de ilicitude; direito civil-constitucional.

RIASSUNTO

MOTTA, Thiago Santos da. *La responsabilità civile per atto lecito nel diritto brasiliano: fondamenti, presupposti e ambito di applicazione*. 2024. 159f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2024.

Il presente lavoro ha come obiettivo centrale indagare, nell'ambito vasto campo della responsabilità civile, su una fonte specifica dell'obbligo di risarcimento, non ancora sistematizzata nell'ambito del diritto brasiliano, vale a dire il risarcimento dei danni commessi per atti leciti. Chiamata anche responsabilità di sacrificio, l'ipotesi si configura quando il danno non può essere giuridicamente inibito o arrestato, ma deve essere riparato e/o risarcito. Come risultato di un atto conforme ai requisiti di legalità, sorge un dovere di risarcimento, situazione eccezionale e comprensibile solo se si osserva il dovere di sopportare un danno determinato accompagnato dal rispettivo diritto ad essere risarcito del sacrificio richiesto, secondo un'analisi di gli interessi tutelati dall'ordinamento. Verranno affrontate le motivazioni dell'obbligo di risarcimento previsti dal diritto civile brasiliano, al fine di focalizzarsi sull'ammissione della legittimità costituzionale del risarcimento dei danni derivanti da atti leciti e ancora l'individuazione di situazioni espressamente previste dal Codice Civile nonché indagare sull'adeguatezza del risarcimento di tali danni al di là della loro tassazione legale. Il lavoro ha inteso chiarire se possa essere riconosciuta una clausola generale di risarcimento dei danni cagionati da fatto lecito e quali criteri dovrebbero guidare l'interprete nella qualificazione dell'obbligo di riparazione e nella quantificazione del danno. Lo studio sviluppato adotta volutamente una lettura funzionale degli istituti giuridici, in particolare della responsabilità civile come imperativo metodologico derivante dalla costituzionalizzazione del diritto privato, con un chiaro obiettivo di tutela della vittima.

Parole chiave: responsabilità civile; atti leciti; compensazione del sacrificio; esclusione dell'antigiuridicità; diritto civile costituzionale.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Apelação Cível
ADIs	Ações Diretas de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AI	Arguição de Inconstitucionalidade
ATS	Ato do Presidente do Senado
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF/88	Constituição da República de 1988
CFM	Conselho Federal de Medicina
CPC	Código de Processo Civil
CJF	Conselho de Justiça Federal
CP	Código Penal
CPA	Companhia Paulista de Aniagem
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
Rcl	Reclamação
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios
TJGO	Tribunal de Justiça do Estado de Goiás
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	12
1	A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO LÍCITO.....	16
1.1	O papel do ato ilícito e do ato lícito no sistema de responsabilidade civil brasileiro e os demais elementos para a configuração do dever de indenizar.....	18
1.1.1	<u>A ilicitude, culpa e risco.....</u>	25
1.1.2	<u>O dano, a injustiça e a antijuridicidade.....</u>	37
1.2	As teorias sobre a responsabilidade por atos lícitos.....	42
1.2.1	<u>A experiência portuguesa.....</u>	43
1.2.2	<u>A experiência italiana.....</u>	46
1.2.2.1	<u>A responsabilidade por ato lícito como figura autônoma. Sua excepcionalidade.....</u>	47
1.2.2.2	<u>Premissas gerais para superação da excepcionalidade sobre a responsabilidade por ato lícito.....</u>	49
1.2.2.3	<u>Princípio da solidariedade social e responsabilidade por ato lícito.....</u>	50
1.2.2.4	<u>A responsabilidade por ato lícito como figura não excepcional.....</u>	52
1.2.2.5	<u>A responsabilidade por ato lícito em direção à atipicidade.....</u>	54
1.2.2.6	<u>A recondução da responsabilidade por ato lícito ao ilícito.....</u>	57
1.2.2.7	<u>A recondução da responsabilidade por ato lícito ao abuso do direito.....</u>	60
1.2.2.8	<u>A recondução da responsabilidade por ato lícito ao enriquecimento sem causa.....</u>	62
1.3	Análise crítica dos entendimentos estrangeiros apresentados e sua contribuição para o sistema brasileiro.....	63
2	CASOS TÍPICOS DE RESPONSABILIDADE POR ATO LÍCITO PREVISTOS PELO CÓDIGO CIVIL.....	69
2.1	Hipóteses previstas expressamente pelo Código Civil.....	72
2.1.1	<u>As excludentes de ilicitude.....</u>	72
2.1.2	<u>Regra do art. 378.....</u>	80
2.1.3	<u>Responsabilidade por imissão ou intromissão permitida.....</u>	81
2.2	Algumas previsões no Direito Público.....	94
2.3	Conclusões.....	101
3	CASOS ATÍPICOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS	

	LÍCITOS.....	103
3.1	Juízo de merecimento de tutela: contribuição da metodologia civil-constitucional para identificação de casos de responsabilidade por atos lícitos.....	112
3.2	Rompimento do noivado.....	124
3.3	Conflito entre liberdade de expressão x privacidade.....	131
3.4	Transfusão de sangue em testemunhas de Jeová.....	136
3.5	Arbitramento da indenização.....	140
	CONCLUSÃO.....	145
	REFERÊNCIAS.....	148

INTRODUÇÃO

A ideologia liberal, individualista e patrimonialista que permeou as grandes codificações que se seguiram a partir da era inaugurada pós-1804 consagrou a responsabilidade civil (ou o dever de indenizar) sobre o tripé “responsabilidade – culpa – ilicitude”. Segundo essa visão, o fundamento da responsabilidade civil residiria na própria noção de ato ilícito, que seria a fonte primária e única da deflagração dos mecanismos de indenização. Em doutrina, era comum se colher a afirmação de que a responsabilidade civil tinha como gatilho precisamente um ato ilícito, dando nascimento a uma obrigação de indenizar.¹

Dessa forma, o sistema da responsabilidade civil, na sua origem, sempre esteve atrelado à noção de conduta culposa do agente causador do dano. A construção da noção da culpa, nos moldes concebidos nas primeiras codificações possuía um viés profundamente individualista e moral, viés esse intimamente atado à noção de livre arbítrio. A culpa funcionaria como um critério de imputação a ser imposto em razão do mau uso da liberdade.² No Brasil, o influxo dessas ideias encontrou campo fértil quando na elaboração do código Bevilacqua. Como era de se esperar, o código de 1916 foi fruto da ideologia de seu tempo.

Por essas razões é que, à primeira vista, somente os atos praticados sob o manto da ilicitude seriam capazes de ensejar o dever de reparar. Afinal, se o ato é lícito, ou seja, permitido pelo Direito, o agente causador do dano, em tese, não teria o dever de ressarcir o prejuízo causado. Trata-se de construção apoiada na máxima nenhuma responsabilidade sem culpa.

A análise histórica do desenvolvimento da responsabilidade civil nos mostra que o elemento culposos logo se mostrou insuficiente. Com o passar do tempo, observou-se o multiplicação das possibilidades de riscos. Assim é que, se a responsabilidade fundada na culpa se mostrou importante em um primeiro momento, ela sucumbiu ao dar resposta para diversos casos que demandavam tutela em razão de danos sofridos na sociedade dinâmica das sociedades industriais.

¹ Segundo Sérgio Cavalieri, o ato ilícito é o fato gerador da responsabilidade civil. (CAVALIERI, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 7).

² De acordo com Mário Júlio de Almeida Costa: “(...) a noção da responsabilidade constitui um corolário do princípio de que o homem, sendo livre, deve responder pelos seus actos. Portanto, a condição essencial da responsabilidade civil, nesta óptica, incide na culpa (...)”. (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 528).

Toda essa gama de novas situações mostrou que o contato incessante faz com que os diversos interesses sofram constantes atentados. O ambiente social levanta questões relativas à adequada reparação do dano que não se satisfazia nos moldes tradicionais.

Dessa forma, assistiu-se progressivamente a um claro movimento que buscou garantir a reparação dos chamados danos anônimos, independentemente do caráter culposo do agente que o produziu.³ É nesse contexto que surge o sistema da responsabilidade objetiva, baseada principalmente na teoria do risco. A teoria do risco deixa de analisar o elemento culposo, deixando de lado qualquer perquirição em torno da existência ou não da culpa. O dever de indenizar emerge, por esse critério de imputação, não do ato ilícito, mas pelo risco gerado. O sistema objetivo, portanto, em uma perspectiva marcada fortemente pela solidariedade social, é uma evolução natural da teoria da responsabilidade civil que visa à reparação da vítima, pois se percebeu que se a vítima tivesse que provar a culpa do causador do dano, em numerosos casos, ficaria sem indenização.⁴

Com a adoção da teoria do risco como sucedâneo ao dever de indenizar, que passou a figurar conjuntamente com a responsabilidade subjetiva, a doutrina brasileira começou a cogitar da responsabilidade civil por atos lícitos produtores de danos nos casos em que houvesse expressa previsão legal de responsabilidade objetiva, conforme previsão legal do art. 927, parágrafo único, do Código Civil (CC) de 2002.

O que se percebe é que a evolução da responsabilidade civil, como meio de se atender a necessidades sociais através de um viés solidarista, mudou o foco da análise do problema. A escola do direito civil-constitucional ensina que a leitura da responsabilidade civil que possui como centro de ocupação a pessoa da vítima constitui imperativo lógico da constitucionalização dos direito civil, com particulares efeitos sob o instituto, de modo que, se a responsabilidade subjetiva tratava o problema por uma visão individualista, a teoria da responsabilidade objetiva fixa-se na necessidade de se reparar o dano. Com isso, o centro de

³ Sobre o tema, veja-se a obra clássica: SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

⁴ Ensina Gustavo Tepedino, à luz da experiência brasileira que: “(...) os princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, capitulados no art. 3º, incisos I e III, da Constituição, segundo os quais se constituem em objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, não podem deixar de moldar os novos contornos da responsabilidade civil. Do ponto de vista legislativo e interpretativo, retiram da esfera meramente individual e subjetiva o dever de repartição dos riscos da atividade econômica e da autonomia privada, cada vez mais exarcebados na era da tecnologia. Impõem, como linha de tendência, o caminho da intensificação dos critérios objetivos de reparação e do desenvolvimento de novos mecanismos de seguro social” (TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 204).

atenção se volta para a vítima, recaindo a responsabilidade no sujeito que tira proveito do risco.

Tal alteração de paradigma demonstra que é a partir da qualificação do dano, a ser considerado injusto, que se deve deflagrar o dever de reparar. A partir da qualificação do dano, e não da conduta, a ser qualificada como ilícita ou de risco, é que se deve dar a responsabilidade do agente causador do dano. Assim sendo, o dano representa a base fundamental da responsabilidade civil, constituindo-se na própria justificativa para o dever de indenizar. Vista sob esse ângulo, verifica-se que o instituto da responsabilidade civil revela a sua verdadeira natureza na axiologia constitucional de tutela da pessoa humana, inspirada pela necessidade de se garantir reparação pelos danos que, de acordo com a solidariedade social, não devem ser exclusivamente suportados pela vítima.⁵

Inserido nesse contexto, o presente trabalho tem como objeto central a pesquisa em torno da indenização de danos cometidos por atos lícitos no direito civil brasileiro. Se pretendeu investigar, portanto, as potencialidades de todo esse arcabouço teórico especificamente no que tange aos casos de indenização cometidos por condutas lícitas, de modo que esse renovado panorama metodológico surge como valioso mecanismo de promoção da dignidade da pessoa humana.

O trabalho pretendeu responder algumas perguntas centrais, tais como se a responsabilidade por ato lícito no Direito Civil brasileiro estaria compreendida apenas pelas hipóteses legais compreendidas pelo rigor literal do Código Civil, ou, ao revés, se cogitaria dessa responsabilidade para além da expressa previsão legal? Além disso, investigou-se qual seria o próprio fundamento da responsabilidade por atos lícitos, a identificação dos seus pressupostos e, por fim, o arbitramento da indenização.

Atendo-se a tais propósitos, o presente estudo foi organizado em três capítulos, seguidos por uma síntese conclusiva. O primeiro busca analisar os elementos fundamentais da responsabilidade civil através da análise do ato ilícito e do ato lícito para deflagração do dever de reparar. Ainda no primeiro capítulo, procedeu-se a uma análise envolvendo o conceito de dano, de injustiça e de antijuridicidade (e as possíveis utilidades em torno de variações terminológicas). O capítulo finaliza realizando uma exposição acerca das teorias sobre a responsabilidade por atos lícitos, em particular com a contribuição das experiências e, principalmente a italiana, onde há produção doutrinária mais robusta frente ao caso brasileiro.

⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 31.

O segundo capítulo do trabalho demonstra que o direito brasileiro, em especial no campo do direito privado, admite hipóteses expressas de reparação de danos causados pela prática de atos lícitos danosos. São hipóteses esparsas e que já eram previstas junto ao Código Civil de 1916, por isso, a doutrina tratou de analisar esses casos de forma isolada, sem cogitar de um tratamento geral da figura. Dentre os casos típicos analisados, destacam-se, por exemplo, as excludentes de ilicitude, os casos de responsabilidade por imissão ou intromissão permitida e algumas hipóteses previstas no campo do Direito Público.

Por fim, o último e derradeiro capítulo tratou da possibilidade dos casos atípicos de responsabilidade civil por atos lícitos, ou seja, os que escapam da previsão expressa do legislador de indenização por condutas permitidas e legítimas. Destacou-se com particular ênfase a inovadora e importante noção envolvendo o juízo de merecimento de tutela para identificação de casos de responsabilidade por atos lícitos. Cogitou-se, em seguida, de alguns exemplos que ilustram os casos atípicos de indenização por atos lícitos. O trabalho finaliza analisando, brevemente, o arbitramento da indenização nesses casos.

Dessa forma, espera-se que o presente trabalho, ainda que modestamente, possa contribuir ao debate jurídico nacional de maneira a demonstrar que a melhor metodologia jurídica foge da noção clássica de aplicação silogística, estática e de função repressiva do direito. Assim, recorre-se à uma metodologia que ressalta a importância do intérprete na construção da justa solução do caso concreto, através de uma complexa ponderação de valores à luz dos princípios constitucionais.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO LÍCITO

Os sistemas codificados de responsabilidade civil não precisam necessariamente de uma legislação exaustiva; no entanto, é fundamental que seus dispositivos sirvam como ponto de partida, fornecendo critérios claros e objetivos para orientar o desenvolvimento doutrinário e aprimorar as decisões proferidas por juízes e tribunais.⁶

No contexto brasileiro, essa clareza e objetividade na legislação sobre responsabilidade civil parecem estar aquém do desejado. A implementação das disposições normativas sobre responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro é notadamente caracterizada por inegável flexibilidade⁷ e incerteza.⁸ É evidente que a responsabilidade civil atual está consideravelmente distante do estado da arte que prevalecia nos anos setenta do século XX, quando foi elaborado o Código Civil atual. Não se trata apenas de um intervalo de 50 anos, mas sim de meio século de evolução, transformações e adaptações nas concepções jurídicas e sociais que moldam esse campo do direito. Talvez, por isso, a responsabilidade civil seja o setor em que se verificam as maiores contribuições da jurisprudência no árduo esforço de atualizar as defasagens normativas e consolidando interpretações.

Desenvolveu-se, paulatinamente, um sistema de responsabilidade civil que já não se sustenta mais pelos tradicionais pilares da ilicitude e da culpabilidade. É incontestável hoje o reconhecimento da insuficiência da culpa como critério exclusivo e determinante do dever de indenizar. Muito embora o risco também tenha surgido como um adequado fundamento para resolução de um amplo grupo de casos, a análise prática e histórica demonstra que ele é apenas mais uma das formas de se justificar o dever de indenizar, de modo que no momento atual, se reconhecem variados fundamentos para explicar tal dever.

⁶ ALPA, Guido. *Tratatto di diritto privato*. Responsabilità Civile. Milano: Giuffrè, 1999, p. 84.

⁷ “Quanto ao aumento das hipóteses de ressarcimento, sabe-se que a responsabilidade civil é um dos instrumentos jurídicos mais flexíveis, dotado de extrema simplicidade (...). Mas isto somente ocorre porque o mecanismo da responsabilidade civil é composto, em sua maioria, por cláusulas gerais e pos conceitos vagos e indeterminados” (MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: _____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 323-324).

⁸ Anderson Schreiber bem retrata o estado de incerteza que ronda o instituto: “O resultado das ações judiciais de reparação desafiam, diariamente, as previsões de advogados e especialistas. As cortes distanciam-se, cada vez mais, das bases teóricas do instituto. A aleatoriedade dos julgados converte o ensino da responsabilidade civil em uma espécie de fábula; ao mesmo tempo em que o misonéismo dos manuais conserva estudantes e professores em um isolamento inaceitável do cotidiano judicial. O diálogo entre doutrina e jurisprudência lembra, nesta matéria, uma babel de idiomas desconexos, em que não se chega a qualquer resposta por total desacordo sobre as perguntas” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 3).

Uma análise da doutrina e dos julgados mais atuais demonstra que, a despeito do silogismo clássico pelo qual o nexo de causalidade entre um ato ilícito e um dano gera o dever de indenizar, observam-se outros critérios que guiam o intérprete na resolução do caso concreto. Nota-se um descompasso entre a teoria forjada na ilicitude, no dano e no nexo de causalidade, e a prática judicial em si, em que muitas das vezes é atenuada a relação de causalidade e, em outras, amplia-se a noção de dano jurídico. Na visão do julgador, o objetivo é não deixar a vítima que sofreu um dano injusto sem indenização. De modo que apresenta-se, nos dias atuais, um sistema que não recusa, como outrora se recusava, a existência de um dano injusto, por isso indenizável, decorrente de conduta lícita.

Apesar dessa característica, o problema parece adquirir contornos mais cruciais no momento atual, em grande parte devido às mudanças drásticas nos próprios limites reconhecidos à atividade hermenêutica ao longo dos anos. Por vezes, a interpretação sistemática e unitária do ordenamento jurídico dentro da legalidade constitucional é equivocadamente percebida como uma espécie de autorização irrestrita à criatividade do intérprete ou como uma oportunidade para a invocação genérica e pouco fundamentada de valores para justificar decisões arbitrárias. Especialmente no âmbito da reparação civil, surgem várias propostas doutrinárias que defendem a imputação do dever de indenizar a certos agentes, apesar da clara ausência dos requisitos necessários para a responsabilidade civil.

É imperioso reconhecer que a proteção prioritária da vítima e a reparação integral do dano, duas consequências inafastáveis da cláusula geral de tutela da pessoa humana, não implicam, de forma alguma, que se possa atribuir o dever de indenizar a qualquer pessoa, mesmo que faltem os requisitos previstos em lei para o surgimento desse dever. A análise aprofundada do sistema de responsabilidade civil, assim, deve levar em consideração seus requisitos ou pressupostos. Sem eles, não seria possível contemplar o efeito central do instituto e que lhe confere sua função, que é o nascimento do dever de indenizar.

Dentro do imenso campo da responsabilidade civil, o presente capítulo se debruça sobre uma fonte específica do dever de indenizar, ainda não sistematizada pela doutrina nacional: o ato lícito. Com os olhos voltados para a tradição brasileira, e com apoio do direito estrangeiro, este capítulo procura demonstrar, dentre as várias causas do dever de indenizar, o papel do ato ilícito e do ato lícito no sistema de responsabilidade civil, assim como dos demais elementos necessários para a configuração do dever de indenizar.

1.1 O papel do ato ilícito e do ato lícito no sistema de responsabilidade civil brasileiro e os demais elementos para a configuração do dever de indenizar

Os juristas, em geral, empregam termos específicos, conceitos e expressões ao conduzirem suas atividades nas diversas áreas disciplinares.⁹ As palavras com as quais os operadores do Direito trabalham estão manifestadas pelo legislador a um sistema de modelos, quer dizer, a um conjunto normativo estruturado em vista de certos fatos, valores, fins e funções.¹⁰

Os conceitos e categorias jurídicas¹¹ que compõem as disposições normativas não são vistos como elementos isolados, mas sim como partes integrantes de um conjunto coeso e interconectado, posto que o juízo de validade material de uma norma exige seu exame com outras normas do ordenamento. As palavras que as normas empregam devem, portanto, ser manejadas segundo regras previamente estabelecidas pela dogmática jurídica, a qual nada tem de estática: é construída e reconstruída permanentemente.

Um outro fator a ser considerado é que o Direito padece, nas suas diversas áreas, da questão da ambiguidade e da imprecisão das palavras e expressões da linguagem jurídica.¹² Isso é visível pela forma com a qual esse incessante itinerário de (re)construção dogmática é perpassado pela tensão entre, de um lado, a necessidade de estabilidade conceitual que

⁹ Sobre o papel da linguagem no Direito, veja-se o apêndice “A linguagem dos conceitos jurídicos” em: GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 135-155. Sobre o papel contemporâneo das categorias no sistema jurídico, veja-se: LIPARI, Nicolò. *Le categorie del diritto civile*. Milano: Giuffrè, 2013, p. 11-43.

¹⁰ “Esses modelos jurídicos, que funcionam como ‘diretivas para a ação’ fins ou valores a realizar, formalizam-se em estruturas jurídicas, compreendendo os princípios, as normas, os institutos, as instituições, os conceitos, as categorias, enfim, todos os elementos que, de natureza essencialmente técnica e formal, constituem o sistema de direito” (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 7).

¹¹ “Conceitos e categorias jurídicas são instrumentos que o jurista utiliza no seu trabalho de elaboração jurídica, isto é, na sua atividade de criação de normas e de elaboração dos sistemas e da própria terminologia da ciência do direito” (Ibid).

¹² A questão é bem problematizada por boa doutrina portuguesa: “As fórmulas jurídicas correspondem a abstrações. A sua aprendizagem e a sua comunicação não se fazem em termos de pensamento puro: os seres humanos são obrigados, pelas suas limitações, a operar através da linguagem, isto é, através de figurações fonéticas com correspondência escrita e das subsequentes combinações estudadas pela gramática e pela semântica. Um conceito jurídico é, assim, uma fórmula linguisticamente condicionada ou melhor: ontologicamente linguística. Comunicar um conceito é transmitir a figuração linguística que lhe corresponda. Pensar nesse conceito é, antes de mais, invocar essa mesma figuração. O jurista não ‘pensa’ em termos puros: estes são suscetíveis, apenas, de dar corpo a sentimentos básicos ou a estruturas muito genéricas e indiferenciadas” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. I. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 190), e arremata o autor: “A linguagem, em Direito, deve ser técnica, precisa, simples e correta. Quando se possa exprimir um pensamento ou uma ideia em termos simples, nenhuma vantagem há de fazê-lo de forma complicada. De outro modo, além de um mau serviço cultural, poderemos criar situações que ponham em causa a bondade e a natureza científica das soluções que se alcancem. Cumpre ainda acentuar o seguinte. A linguagem comum, particularmente quando se trate de línguas latinas, é muitas vezes imprecisa: ambígua, vaga ou polissêmica” (Ibid, p. 192).

assegura a segurança do discurso jurídico e, de outro, o risco inerente que envolve a ambiguidade e imprecisão das palavras.

O instituto da responsabilidade civil, não consistindo em um fenômeno da natureza, como qualquer outra categoria jurídica, não se caracteriza por uma estrutura ontológica, nem seus requisitos decorrem de uma verdade universal. Por essa razão, é preciso compreender o significado dos conceitos que traduzem seus pressupostos com o máximo de precisão e clareza, a fim de evitar a plurivocidade, cabendo, por isso, buscar um critério para a sua identificação.

A metodologia adotada no presente trabalho, deliberadamente, para tal fim é a do direito civil-constitucional. Essa metodologia tem permitido a reordenação de todo o sistema do Direito Civil a partir dos princípios tutelados pelo ordenamento e consagrados pela tábua axiológica constitucional¹³ por meio de análise funcional dos institutos, permitindo, assim, restaurar a unidade teórica-dogmática dos elementos da responsabilidade civil.¹⁴

A importância do perfil funcional em identificar o instituto ao qual devem ser conotadas as palavras utilizadas é da maior relevância porque, muitas das vezes, um mesmo resultado como, por exemplo, o pagamento de uma indenização, é obtido por meio de institutos jurídicos diversos.¹⁵ Uma mesma e única palavra - indenização - estará reportada a causas, regras e institutos distintos entre si, observando sua localização dogmática, estrutura, funções e finalidades.¹⁶ A especificação da função do instituto releva em importância, por

¹³ Dessa forma, “abre-se para o civilista um vasto e sugestivo programa de investigação, que propõe a realização de objetivos qualificados: individuar um sistema do direito civil mais harmonizado com os princípios fundamentais e, em particular, com as necessidades existenciais da pessoa; redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos, especialmente os civilísticos, destacando os seus perfis funcionais, em uma tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um renovado juízo de valor; verificar e adequar as técnicas e as noções tradicionais (...)” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 591).

¹⁴ Todo instituto jurídico é finalista e voltado a lograr determinadas funções práticas. A tarefa consiste na identificação da função principal a que voltado o instituto em causa. Em outras palavras todo instituto jurídico é composto por estrutura e função, mas a função determina a estrutura, a qual segue - e não precede - a função. Nesse sentido, conforme leciona Pietro Perlingieri: “O fato jurídico, como qualquer outra entidade, deve ser estudado nos dois perfis que concorrem para individuar sua natureza: a estrutura (como é) e a função (para que serve). [...] Na identificação da função dever-se-á considerar os princípios e valores do ordenamento que a cada vez permitem proceder à valoração do fato. Ao valorar o fato, o jurista identifica a função, isto é, constrói a síntese global dos interesses sobre os quais o fato incide. A função do fato determina a estrutura, a qual segue – não precede – a função” (Ibid, p. 643).

¹⁵ Como, por exemplo, o seguro.

¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A linguagem da responsabilidade civil. In: BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça; ARRUDA ALVIM, Teresa (Orgs.). *Jurisdição e direito privado*: Estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 392.

fim, para viabilizar a sua qualificação jurídica, isto é, a atribuição do regime jurídico que lhe é aplicável.¹⁷

Ao tempo em que este presente trabalho é escrito¹⁸, parece ainda seguro afirmar que é função primordial da disciplina da responsabilidade civil, no sentido de sua finalidade e singularidade como instituto jurídico, a de determinar, por meio de pressupostos de configuração, quais são os eventos danosos que devem ser transferidos da vítima ao autor do dano, e quem por eles deve responder. Em outras palavras, é a recomposição dos interesses lesados, através da reparação dos danos, que visa o instituto da responsabilidade civil.¹⁹ Fala-se, por isso, na sua função reparatória ou compensatória.²⁰

¹⁷ “Qualificação é determinação da relevância jurídica do fato, isto é, determinação da normativa” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 658). E ainda: “Com o procedimento de qualificação se identificam os efeitos caracterizadores do instituto, efeitos essenciais que, na sua síntese, na sua particular interligação, qualificam a *fattispecie*. Portanto, é possível deparar-se também com *fattispecie* que produzam o nascimento do pagamento de uma soma de dinheiro e a transferência de um direito sem que sejam definíveis como compra e vendas, uma vez que tais efeitos, em vez de estarem ligados incindivelmente de forma correspectiva, são o resultado de uma outra síntese (ou função) prático-jurídica (Ibid, p. 661).

¹⁸ O alertar ao leitor é importante, pois ao tempo de escrito do presente trabalho está em trâmite no Congresso Nacional os trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil, criada pelo Ato do Presidente do Senado (ATS) nº 11, de 2023. Segundo se lê do relatório apresentado junto ao parecer nº 1 pela Subcomissão de Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem Causa, composta pelos juristas Nelson Rosenvald (sub-relator), pela Ministra do STJ Isabel Gallotti e pela juíza do Tribunal de Justiça de Goiás Patrícia Carrijo, o instituto mudaria radicalmente de função, ostentando uma tríade de funções desempenhadas pela responsabilidade civil: reparatória de danos, preventiva e punitiva. Conforme se colhe da justificativa, “As referidas funções interagem e se dinamizam permitindo que um sistema de responsabilidade civil desempenhe a sua função social, atuando como instrumento de redução dos custos dos acidentes e de promoção do bem-estar-social” (BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil: relatórios parciais. *Senado Federal*, s.d. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/comissoes/arquivos?ap=7935&codcol=2630>> Acesso em: 13 jan. 2024). Transformar a responsabilidade civil, instituto voltado fundamentalmente à reparação de danos injustamente causados a alguém, em uma técnica de imputação de garantia contra riscos, ou emprestar-lhe feição distributivista ou punitiva, a nosso ver é algo que a desnaturaria e a deixaria irreconhecível como um instituto do Direito Civil. Para uma crítica contundente, veja-se: RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para acrítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 8, 2016, p. 115-127, e ainda MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. In: _____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 343-380.

¹⁹ A reparação do dano pode se dar tanto pela restituição natural, ou *in natura*, como pela indenização em pecúnia, ou pelo equivalente. No primeiro caso, busca-se recompor a situação mediante a eliminação do próprio evento lesivo. Já no segundo caso, converte-se o resultado lesivo em uma soma pecuniária, cujo pagamento equivale à compensação dos danos sofridos, apresentando uma função substitutiva e indenizatória.

²⁰ Sobre a função reparatória e seu fundamento constitucional, ensina a doutrina da escola civil-constitucional que: “pouco a pouco separa-se a responsabilidade civil da criminal. A ideia de responsabilidade civil deixa, gradativamente, de se vincular à punição do agente ofensor, e passa a se relacionar ao princípio elementar de que o dano injusto, assim entendida a lesão a interesse jurídico merecedor de tutela, deve ser reparado, consagrando a função precípua que se passou a atribuir ao instituto: a reparação patrimonial do dano sofrido. Na atualidade, o afastamento da função sancionatória da responsabilidade civil se torna ainda mais contundente à luz da Constituição da República de 1988 que, além de ratificar sua função reparatória, consolida o papel central da reparação civil na proteção à vítima ao prever, em seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, e consagrar, no art. 3º I, o princípio da solidariedade social. Desloca-se, em definitivo, o foco da responsabilidade civil do agente causador do dano para a vítima, revelando que seu escopo fundamental não é a repressão de condutas negligentes, mas a reparação de danos” (TEPEDINO,

Como forma de estabelecer um acordo semântico entre leitor e autor, o presente trabalho passa a analisar os pressupostos os quais, uma vez reunidos, identificam aquele que é o principal e mais característico efeito da responsabilidade civil: o dever de indenizar. E o faz com o alerta de que doutrina e jurisprudência que tratam do instituto em nada refletem um articulado e coerente modelo jurídico, de forma que pode-se afirmar que, no Direito brasileiro, a falta de uma padronização terminológica mais rigorosa constitui um obstáculo substancial para a racionalidade do debate envolvendo a própria responsabilidade civil.

Ao assumir que a disciplina legal da responsabilidade civil e seus elementos são fruto de uma escolha político-jurídica, e não proveniente de um fato natural que possa ser objetivamente apreensível, esse tópico do estudo busca tão somente evidenciar a atual dificuldade hermenêutica em que boa parte da doutrina e jurisprudência incorrerem ao tentar transpor as categorias tradicionais para o modelo vigente, fundado na injustiça do dano.

De uma forma geral, pode-se dizer que os pressupostos ou requisitos que compõem a estrutura da responsabilidade civil, cuja existência há de estar comprovada para que o instituto desempenhe os fins a que está voltado, são: a antijuridicidade ou ilicitude, o dano e o nexo causal. Como regra geral, a presença cumulativa desses três elementos é imprescindível para que se configure o dever de indenizar, de forma que devem estar presentes tanto na responsabilidade contratual quanto na extracontratual, assim como na responsabilidade subjetiva e na responsabilidade objetiva.

Contudo, antes de avançarmos no exame dos pressupostos da responsabilidade civil, é importante conhecer as bases históricas do passado para responder às questões do presente, e entender o porquê das coisas serem como são (ou como deveriam ser). Para o escopo do presente trabalho, as influências das primeiras grandes codificações e nas escolas modernas, especialmente a Escola Iluminista,²¹ parecem configurar o momento privilegiado para iniciar nossa investigação.²²

Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 2). Sob a ótica do Direito Português, ensina Mário Júlio de Almeida Costa que “A responsabilidade civil [...] Ocorre quando uma pessoa deve reparar o dano sofrido por outra. A lei faz surgir uma obrigação em que o responsável devedor e o lesado credor. [...] Está subjacente à responsabilidade civil a ideia de reparação patrimonial de um dano privado, pois o dever jurídico infringido foi estabelecido directamente no interesse da pessoa lesada. O que verdadeiramente importa nas sanções civis é a restituição dos interesses lesados” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. Ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 517-521).

²¹ CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2. ed. São Paulo: Martin Fontes, 1999, p. 161.

²² De uma forma geral, como acontece com a maior parte dos institutos de Direito Civil, buscar as suas respectivas raízes na tradição romana resulta quase sempre como uma curiosidade histórica, conforme atentamente observado por boa doutrina: “Embora se trate do ramo mais antigo do Direito, o auge do desenvolvimento teórico do direito civil conforme é concebido atualmente encontra-se nos séculos XVIII e XIX.

Foi com o advento do Código Civil de Napoleão na França, a partir de 1804, que se passou a cogitar dos elementos da responsabilidade civil (ao menos da forma como conhecemos atualmente),²³ em especial do ato ilícito e da culpa como requisitos do dever de indenizar. Nessa esteira, os demais Códigos filiados ao sistema romano-germânico que tiveram o modelo francês de responsabilidade civil como fonte direta foram os casos da Itália, com o *Codice Civile* de 1942 (art. 2.043), e do Brasil, com o art. 159 do Código de 1916.

O sistema francês acabou por gravitar em torno do conceito da *faute*, figura que acaba por compreender o aspecto culposo através do comportamento negligência ou imprudente,²⁴ como também a própria conduta de descumprimento de um dever jurídico pré-existente.²⁵ Em outras palavras, quando o Código Civil Francês previa junto ao antigo artigo 1.382²⁶ que todo ato humano que cause dano a outrem obriga aquele por cuja culpa ocorreu a indenizar a vítima, é designado como *faute*, além do elemento culposo (ou seja, a culpa *lato sensu*), o próprio comportamento ilícito, vale dizer, a própria conduta por descumprimento de um dever jurídico pré-existente.²⁷

O resultado prático dessa ordem de ideias foi uma grande confusão conceitual nos requisitos ensejadores da responsabilidade civil, os quais se confundiam em uma análise única da *faute* como fonte de responsabilidade civil subjetiva.²⁸ Essa dificuldade conceitual

Naquela altura, foram formulados os seus conceitos e criados os seus institutos mais importantes – ou, ao menos, conferiu-se a eles o molde pelo qual os identificamos até hoje. Como, porém, o Direito é sempre fruto do contexto social e histórico no qual se origina, cumpre identificar os valores que então predominavam e que, portanto, ficaram impregnados nas construções jurídicas que herdamos daquela época” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a interpretação-aplicação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*, v. 14, n. 56, out/dez 2013, p. 15).

²³ “A História moderna da responsabilidade civil é relativamente tardia: ela iniciou-se com as grandes codificações. Estas levaram a sistematizar os seus pressupostos, sob uma linguagem minimamente uniforme” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. VIII. Coimbra: Almedina, 2020, p. 317).

²⁴ Conforme Cordeiro observa (Ibid, p. 322): “O artigo 1383º prossegue, dispondo que cada um seja responsável pelo dano que tenha causado, não apenas pelo seu feito, *mas ainda pela sua negligência ou pela sua imprudência*. De todo modo, a *faute* estava lançada: se bem se atentar no texto do artigo 1382º, ela acabava por surgir como pressuposto único de imputação delitual. A doutrina e a jurisprudência posteriores, marcadas, aliás, por um positivismo de tipo exegético, ver-se-iam na contingência de reconduzir, à *faute*, todo o sistema de imputação delitual e, mais tarde, obrigacional” (grifo nosso).

²⁵ “(...) um critério geral da *faute* costuma ser proposto partindo-se, seja de uma obrigação preexistente, seja sobretudo da ilicitude do ato” (AYNÈS, *Laurent*; MALAURI, Philippe; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Droit des obligations*. Paris: LGDJ, 2016, p. 42, tradução nossa).

²⁶ Artigo 1.382: “Qualquer ato do homem que cause dano a outrem obriga aquele por cuja culpa ocorreu a repará-lo” (tradução nossa). O texto em língua estrangeira é: “Article 1382. Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer”.

²⁷ SOUZA, Eduardo Nunes de. Em defesa do nexos causal: culpa, imputação e causalidade na responsabilidade civil. In: _____; SILVA, Rodrigo da Guia (Coords.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 45.

²⁸ É o que aponta António Menezes Cordeiro: “Os cem primeiros anos de vigência do Código Napoleão mostraram que o sistema de responsabilidade civil, simplesmente baseado na *faute*, era funcional. Além disso, ficou claro que se tratava de um sistema responsivo, claramente capaz de acompanhar uma realidade em permanente mutação, sem sobressaltos nem necessidade de alterações formais. A simplicidade e a indenificação da *faute* traduziam a chave do êxito. *Procurando, com recurso a conceitos gerados numa Ciência Jurídica*

importada do direito francês acabou por “contaminar” a figura que desempenharia o mesmo papel da *faute* nos demais sistemas: o ato ilícito.

No sistema do Código Civil Brasileiro de 1916, a figura do ato ilícito brasileiro possuía natureza central, sendo tratado pela doutrina e jurisprudência com a mesma unidade conceitual que envolveu a *faute* francesa,²⁹ o que acabou por gerar uma verdadeira confusão teórica envolvendo seus requisitos autorizadores.

Elevada ao centro do sistema de responsabilidade civil juntamente com a figura da culpa por meio do regime de responsabilidade civil subjetiva, os requisitos do dever de indenizar foram atrelados na mesma figura. No Código Civil de 1916, do ponto de vista estrutural, esse “estado da arte” encontrou lugar nas disposições da Parte Geral do Código, referente aos Atos Ilícitos, em que a cláusula geral de responsabilidade civil aquiliana do artigo 159,³⁰ apresentava, no mesmo enunciado, as figuras da ilicitude, da culpa e o dever de indenizar.³¹

Como sublinhado, esse contexto acarretou a redução da noção de ilicitude ao comportamento culposo produtor de danos, somando-se ainda aos demais elementos ou requisitos do dever de indenizar, quais sejam, o dano e o nexo de causalidade.³² Além da imprecisa ligação conceitual que fundia a noção de ilicitude com a de culpa, estendia-se tal entendimento a um outro elemento da responsabilidade civil, o dano - em outra imprecisão

*diversa – e, portanto, com toda a reserva que tal procedimento implica – exprimir o conteúdo de *faute*, podemos considerar que ela abrange, no seu funcionamento, a ilicitude, a culpa e o nexo causal”* (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. VIII. Coimbra: Almedina, 2020, p. 324, grifo nosso).

²⁹ De acordo com Caio Mário da Silva Pereira: “Foi no Código Civil francês de 1804 que se inspirou a noção de culpa na estrutura da responsabilidade civil, e foi sob inspiração dos arts. 1.382 a 1.385 que o nosso Código Civil assentou a noção fundamental do ato ilícito (art. 186) [antigo art. 159]. Assim procedendo, confirma o nosso legislador a assertiva dos Mazeaud de que, ‘elegendo a superioridade do princípio da culpa’, a quase unanimidade das legislações a ele se ligam. Não satisfazendo ao direito moderno mencionar os tipos casuísticos de fatos delituais e quase-delituais, tornou-se necessário formular uma categoria genérica, rotulada como *ato ilícito*, e nela assentar o princípio da responsabilidade civil” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 89, grifos do autor).

³⁰ Art. 159: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

³¹ Comentando o artigo 159 do Código Civil de 1916, Clóvis Bevilacqua já denunciava esta imprecisão conceitual: “No projeto primitivo, o ato ilícito aparecia somente como causa geradora de obrigações no livro respectivo. A comissão revisora revisora destacou-o, porém, na parte geral, sem atender a que lhe faltava para isso a necessária amplitude conceitual, e alterando, assim, o sistema do Projeto. *A alteração mais profunda proveio da emenda do Senado, que introduziu no conceito do ato ilícito a menção da culpa, estranha ao Projeto primitivo* e que a Câmara não julgara necessário acrescentar ao dispositivo. Tal como resulta dos termos do art. 159, ato ilícito é a violação do direito ou o dano causado a outrem por dolo ou culpa” (BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, Vol. I. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, p. 426).

³² “A doutrina subjetiva, na sua essência, faz repousar a responsabilidade civil no ato ilícito, e não em um ‘fato qualquer do homem’. Assentada então a responsabilidade civil subjetiva no conceito de ato ilícito (...), e evidenciado os seus três elementos – o dano, culpa e relação de causalidade (...)” (PEREIRA, op. cit., p. 90).

conceitual. Não raro o ato ilícito era conceituado, pois, como a própria produção culposa do dano,³³ o que não parece correto, conforme se demonstrará mais a seguir.

Para além das consequências mencionadas dessa conexão entre ilicitude e culpa e, de outro lado, entre ilicitude e dano, essa concepção não deixava espaço à percepção das variadas hipóteses em que ocorre o nascimento do dever de indenizar independentemente da prática de um ato ilícito e nem às hipóteses de ilicitude sem dano indenizável. Ao considerar o dano como requisito para a configuração do ilícito, não era possível reconhecer a presença de ilícitos remediados por meios de tutela diferentes que não a ressarcitória, como aquelas voltadas para a remoção do ilícito.³⁴

A compreensão de que, em algumas situações, é mais crucial prevenir ou eliminar o ilícito do que reparar o dano, possibilitou a (re)construção conceitual da categoria de ilicitude civil.³⁵ Isso abriu caminhos para a busca de tutela jurídica contra condutas contrárias ao direito, não restrita exclusivamente aos atos danosos.³⁶

Entretanto, é ainda predominante na doutrina civilista, ainda que contemporânea, a ideia de que a culpa, dano e nexo de causalidade parecem ser, ainda, conceitos inseparáveis. Tanto na doutrina quanto na jurisprudência, não se observa um tratamento que distinga de maneira clara e funcional a ilicitude, culpa e dano. Além dos inconvenientes dogmáticos

³³ Como se nota, a título de exemplo: “Não interessa ao Direito Civil a atividade ilícita de que não resulte prejuízo. Por isso, o dano integra-se na própria estrutura do ilícito civil” (GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 63). E ainda: “Ato ilícito é, portanto, o que praticado sem direito, causa dano a outrem” (BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do Direito Civil*. Campinas: Servanda Editora, 2007, p. 376). Na doutrina atual, vale o alerta feito por Judith Martins-Costa: “É bem verdade que, na doutrina antiga, consequente à prevalência absoluta do paradigma da responsabilidade civil subjetiva, tanto se confundia a ilicitude com a culpa, vista como o seu ‘elemento’, quanto se amarrava a noção de ilicitude com a de dano, em outro deslize conceitual, pois o dano não é intrínseco à ilicitude, conquanto seja o efeito mais corriqueiro de uma conduta violadora de direito alheio” (MARTINS-COSTA, Judith. A linguagem da responsabilidade civil. In: BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça; ARRUDA ALVIM, Teresa (Orgs.). *Jurisdição e direito privado: Estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 397).

³⁴ A associação direta entre ilícito e dano, conforme apontado por Marinoni, resultou na negligência em relação a outras formas potenciais de sanção civil para a infração. Do autor, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica* – arts. 461, CPC e 84, CDC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 27.

³⁵ A metodologia do direito civil-constitucional possui contribuição fundamental nesse trabalho, com a necessária denúncia da insuficiência dos modelos repressivos/sancionatórios para tutela da dignidade humana. Conforme alerta de longa data de Gustavo Tepedino: “(...) A tutela da pessoa humana, além de superar a perspectiva setorial (direito público e direito privado), não se satisfaz com as técnicas ressarcitória e repressiva (binômio lesão-solução), exigindo, ao reverso, instrumentos de promoção do homem (...)” (TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 52).

³⁶ “(...) há mais atos ilícitos ou contrários a direito que atos ilícitos de que provém obrigações de indenizar. Por outro lado, há obrigação de indenizar sem ilicitude do ato ou de conduta”. E, ainda: “A contrariedade a direito sem o elemento culpa pode dar ensejo à tutela jurídica (...)”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, Tomo II. Rio de Janeiro: Borsó, 1954, p. 201 e 209, respectivamente).

decorrentes dessa confusão conceitual,³⁷ que atrapalham a aplicação prática dos elementos da responsabilidade civil,³⁸ esse entendimento acabou se consolidando ao passar dos anos, vindo a permanecer mesmo quando da promulgação do Código Civil de 2002.

Dessa forma, conforme entendimento relativamente assente, “a responsabilidade por ato ilícito depende da verificação do dolo ou culpa por parte do agente, que é um dos elementos dogmáticos do ato ilícito.³⁹ De fato, observa-se na linguagem do texto legal a presença de mais de um conceito. O artigo 186 explicita de maneira clara a ilicitude, o dano e a culpa, destacando três conceitos que podem ser analiticamente diferenciados.

1.1.1 A ilicitude, culpa e risco

Empreendo esforços em esclarecer em que consiste o ilícito civil, verifica-se do dado legislativo que a escolha do legislador brasileiro foi a de restringir o termo ilicitude a duas *fattispecie* específicas: a dos artigos 186 e 187 do Código Civil. Ato ilícito, no sentido empregado pelo legislador, pode ser tido como o conjunto de pressupostos necessários para preencher o suporte fático das normas supramencionadas.

³⁷ Considerando que umas das premissas do presente trabalho se fixa na ideia que o tratamento dos requisitos da responsabilidade civil são frutos de uma escolha político-jurídica, e não de um dado natural, é absolutamente essencial para que se possa perquirir a legitimidade, na legalidade constitucional, das propostas que buscam dispensar esses requisitos.

³⁸ Denunciando bem essa dificuldade conceitual que ainda perdura na doutrina contemporânea acerca dos elementos da responsabilidade civil, expõe Flávio Tartuce, que: “não há unanimidade doutrinária em relação a quais são os elementos estruturais da responsabilidade civil ou pressupostos do dever de indenizar. (...) Maria Helena Diniz aponta a existência de três elementos, a saber: a) existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa como fundamento da responsabilidade civil há o risco; b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima; c) nexo de causalidade entre o dano e a ação, o que constitui o fato gerador da responsabilidade (...). Na estrutura de sua obra, Carlos Roberto Gonçalves leciona que são quatro os pressupostos da responsabilidade civil: a) ação ou omissão; b) culpa ou dolo do agente; c) relação de causalidade; d) dano (...). Para Sérgio Cavalieri Filho, são três os elementos: a) conduta culposa do agente; b) nexo causal; c) dano (...). Pois bem, a primeira conclusão é que, tradicionalmente, a doutrina continua considerando a culpa genérica ou *lato sensu* como pressuposto do dever de indenizar, em regra. Porém, existem doutrinadores que apontam ser a culpa genérica um elemento acidental da responsabilidade civil, como é o caso de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (...). De qualquer forma, ainda prevalece o entendimento pelo qual a culpa em sentido amplo ou genérico é sim elemento essencial da responsabilidade civil, tese à qual este autor se filia. Desse modo, pode ser apontada a existência de quatro pressupostos do dever de indenizar, reunindo os doutrinadores aqui destacados: a) conduta humana; b) culpa genérica ou *lato sensu*; c) nexo de causalidade; d) dano ou prejuízo” (TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*, vol. 2. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 514).

³⁹ Vide, por todos: BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 337.

Dessa forma, o Código Civil de 2002 veio prever na sua Parte Geral, junto ao Livro III (Dos Fatos Jurídicos), Título III (Dos Atos Jurídicos Ílicitos), em seu artigo 186 que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Nesse contexto, persistindo no equívoco de caracterizar a ilicitude associando-a aos elementos da responsabilidade civil subjetiva (culpa, dano e nexos),⁴⁰ em entendimento bastante criticável, o legislador brasileiro de 2002, por meio do artigo 186, instituiu como requisitos do ato ilícito: a culpa, o dano e o nexo de causalidade.⁴¹ Pode-se acrescentar ainda um quarto requisito do ato ilícito como decorrência do próprio enunciado normativo do artigo 186, qual seja, a contrariedade à ordem jurídica ou comportamento contrário ao direito, que se verifica da passagem “violar direito” do texto legal.⁴²

A principal consequência pela transgressão ao preceito seria o surgimento do dever de indenizar, na forma do *caput*. do artigo 927 do Código Civil,⁴³ por meio da chamada cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva.⁴⁴

Na forma regulada junto ao artigo 186 do Código, o ato ilícito resulta da desobediência direta à estrutura das situações jurídicas que, vale dizer, é considerado aqui como uma violação estrutural em que o seu titular excede as prerrogativas que lhe foram conferidas.⁴⁵ Os pressupostos necessários para preencher o suporte fático do dispositivo seriam a conduta culposa contrária à norma jurídica, dano e o nexo de causalidade.

Esse primeiro juízo de (i)licitude, baseado na repressão ao ato ilícito como uma violação estrutural de um direito com potencial de causar dano a outrem, revelou-se

⁴⁰ “Dos conceitos acima enunciados, extraem-se os elementos da responsabilidade civil, que na doutrina subjetiva são considerados conjuntamente (...): 1) um dano; 2) a culpa do agente; 3) o nexo de causalidade entre o dano e a culpa” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 50).

⁴¹ Nesse sentido, TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a Teoria do Risco na perspectiva do Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 365.

⁴² Segundo Orlando Gomes, “O conceito de ato ilícito implica a conjugação dos seguintes elementos: a) a ação, ou omissão, de alguém; b) a culpa do agente; c) violação de norma jurídica de Direito Privado; d) dano a outrem” (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20. ed., revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginaldo Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 378).

⁴³ Art. 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

⁴⁴ “(...) o Código de 2002 não poderia deixar de prever uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva. E essa cláusula é encontrada no seu art. 927, combinado com o art. 186” (CAVALIERI, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 23).

⁴⁵ Conforme colhe da doutrina: “as situações jurídicas subjetivas apresentam dois aspectos distintos — o estrutural e o funcional. O primeiro identifica a estruturação de poderes conferida ao titular da situação jurídica subjetiva” (TEPEDINO, Gustavo. *Notas Sobre a Função Social dos Contratos*. In: _____; FACHIN, Luiz Edson. *O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas*. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 400).

inadequado ao longo do tempo. Alegar que a atividade privada estava restrita apenas à licitude em seu aspecto estrutural, ou seja, à obediência às disposições legais expressas, significava, por conseguinte, afirmar que nenhum outro limite além da própria lei se aplicava a ela.

A vivência evidenciou que algumas condutas estruturalmente permitidas iam de encontro ao espírito (o próprio fim) da lei no momento de sua execução. Seguindo esse influxo, ao lado da forma mais tradicional de ilicitude (o ato ilícito visto como desconformidade estrutural ao direito), o legislador brasileiro positivou a figura do abuso do direito,⁴⁶ junto ao artigo 187 do atual Código,⁴⁷ dispondo que “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.” Assim, a opção brasileira foi pela reunião da figura sob a rubrica “Dos Atos Ilícitos”.

Enquanto o ato ilícito estipulado na forma do artigo 186 deriva da desobediência direta à estrutura das situações jurídicas, indicando a ausência de direito por parte do agente, o abuso é avaliado em um segundo nível de controle dessas situações:⁴⁸ ocorre se, embora obedecida a estrutura (o titular não excede as prerrogativas que se lhe conferem), a posição jurídica é exercida em finalidade diversa daquela que justifica sua existência.⁴⁹

⁴⁶ Segundo noticia Heloisa Carpena, “O instituto do abuso do direito é construção doutrinária e jurisprudencial do século XX, embora sua origem seja comumente identificada nos atos emulativos do direito medieval, sendo também encontrados vestígios da teoria no direito romano. A história registra que somente em 1912, com o caso Clement Bayard, julgado pela Corte de Amiens, a teoria do abuso do direito tornou-se amplamente conhecida. Consta que o proprietário de um terreno vizinho a um campo de pouso de dirigíveis construiu, sem qualquer justificativa, enormes torres no vértice das quais instalou lanças de ferro, colocando em perigo as aeronaves que ali aterrizavam. A decisão considerou abusiva a conduta, responsabilizando o proprietário. Com efeito, foi no Direito das Coisas que primeiro se cogitou de impor limites ao exercício de direitos, além daqueles estabelecidos na própria lei, criando ‘entre o permitido e o proibido’, uma nova categoria de atos jurídicos” (CARPENA, Heloisa. O abuso do Direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 401-402).

⁴⁷ O Código de 1916 não contava com a figura de forma expressa e autônoma. Tal fato, contudo, não acarretou que a doutrina reconhecesse a positivação do abuso do direito no seio da codificação. Neste sentido: “O abuso do direito não recebeu do codificador de 1916 a acolhida que teve em outros ordenamentos, tendo sido adotada modestamente – e de forma negativa –, a proibição dos atos irregulares” (Ibid, p. 409).

⁴⁸ Fala-se em segundo nível de controle na medida em que se reconhece na autonomia privada um princípio basilar do direito privado, de forma que seu controle pode se dar de forma negativo, através de um primeiro juízo repressivo, o ato ilícito, com a demonstração de que determinada situação jurídica cause uma afronta ao ordenamento, por meio de uma análise estrutural, ou por um segundo juízo de controle, por uma análise funcional, através da figura do abuso, nos casos de violação funcional no exercício das situações subjetivas. Fala-se, ainda, em um terceiro controle de controle da autonomia privada, tema que será objeto do capítulo 3 do presente trabalho, a qual se remete o leitor.

⁴⁹ Nas palavras de Heloisa Carpena: “O que diferencia as duas espécies de ato 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 lógicos-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” (Ibid, p.405).

Dessa forma, pode-se afirmar que a concepção de abuso foi fundamental para introduzir no direito civil uma nova abordagem das prerrogativas individuais, não mais estáticas e estruturais, como presumida pela ilicitude na sua forma mais clássica, mas, ao revés, funcional, sendo aplicada no momento do exercício das situações jurídicas subjetivas. Em suma, a ilicitude do ato segundo o artigo 186 é avaliada através do aspecto lógico-formal (estrutural) da situação jurídica, ao passo que a ilicitude correspondente ao abuso do direito (*rectius*: das situações jurídicas subjetivas) disciplinada no artigo 187 é tida pelo seu aspecto ético-social (funcional).

A infeliz opção do legislador em tratar do abuso do direito como um forma específica de ato ilícito poderia levar a induzir na figura os mesmos equívocos conceituais que foram verificados em torno dos elementos da responsabilidade civil e do ato ilícito positivado no artigo 186. Na prática, a opção legislativa poderia levar a crer que seria possível condicionar a figura do abuso do direito à comprovação da culpa, uma ideia quase intrínseca ao conceito tradicional de ilicitude.⁵⁰ Por essa razão, a melhor doutrina defende que a figura do abuso do direito deve ser objetivada através de um critério objetivo de valoração da conduta do sujeito: o exercício contrário à função da específica situação jurídica, que pode ser traduzido no seu exercício disfuncional.⁵¹ Ademais, ressaltando as diferenças entre as figuras, observa-se que, diferentemente do ato ilícito do artigo 186, o abuso do direito independe da ocorrência de dano para sua ocorrência,⁵² hipótese em que a ilicitude não resultará no dever de indenizar, mas sim na cessação do ato, configurando-se a sua invalidade. Além disso, fala-se que para a caracterização do abuso do direito, independe-se da intenção do sujeito em prejudicar a outrem, de modo que, para a apreciação da abusividade, o intérprete não deverá

⁵⁰ De forma crítica, assinala-se que “A concepção do abuso de direito como espécie de ato ilícito, permita-se insistir, além de obscurecer seus contornos, caminha no sentido da responsabilidade subjetiva, sendo a culpa elemento quase indissociável do conceito de ilicitude. Trata-se de concepção absolutamente anacrônica, pois a efetiva aplicação da teoria exige que a aferição de abusividade no exercício de um direito seja objetiva, revelada no simples confronto entre o ato praticado e os valores tutelados pelo ordenamento civil-constitucional” (CARPENA, Heloisa. O abuso do Direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 416).

⁵¹ Leciona Pietro Perlingieri que: “O abuso é o exercício contrário ou de qualquer modo estranho à função da situação subjetiva. Se o comportamento concreto não for justificado pelo interesse que impregna a função da relação jurídica da qual faz parte a situação, configura-se o seu abuso” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 683).

⁵² Conforme Enunciado nº 539 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF): “O abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano”. Pode haver abuso sem dano e, portanto, sem responsabilidade civil, assim como se verifica na figura do ato ilícito do artigo 186, hipótese que poderá ser atacada igualmente pela declaração de invalidade (BRASIL. Conselho de Justiça Federal. *Enunciado nº 539. VIII Jornada de Direito Civil*, Brasília, DF, 2018. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/150>>. Acesso em: 7 mai. 2024).

considerar o elemento volitivo, já que o critério distintivo desta forma de ilicitude não está na intenção de causar danos, mas no seu exercício disfuncional.⁵³

Fato é que, não obstante as diferenças apontadas pela sistemática adotada pelo Código, tanto o ilícito do artigo 186 quanto o abuso do artigo 187 são considerados espécies do gênero "ato ilícito". Dessa forma, a tentação ao impulso classificatório da doutrina fez com que se cunhasse o termo *antijuridicidade* para apartar as duas figuras compreendidas pela mesma alcunha da ilicitude.⁵⁴ Fala-se assim, à título de exemplo, que ao “se referir a ato ilícito no artigo 187, aludiu o legislador à ilicitude *lato sensu*, isto é, à antijuridicidade que não se confunde com o ilícito *stricto sensu*, previsto no artigo 186 do Código Civil”.⁵⁵

Pode-se afirmar que as situações delineadas nos artigos 186 e 187 são categorias distintas dentro de um conceito mais amplo, o de ilicitude. Em ambos os casos, evidencia-se claramente a mesma sistemática, cabendo substituir o termo antijurídico pelo conceito de ilícito. A suposta divergência terminológica, portanto, conduz a uma controvérsia doutrinária apenas aparente,⁵⁶ em que nada ajuda o interprete. Por isso, o presente trabalho irá adotar ambos os termos como sinônimos.

⁵³ CARPENA, Heloisa. O abuso do Direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 415.

⁵⁴ Não obstante, o termo *antijuridicidade* não é utilizado em nenhuma passagem pelo atual Código Civil, tratando-se de fato de construção doutrinária.

⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena. *Fundamentos do direito civil: teoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 379. No mesmo sentido ora apresentado, veja-se: CARPENA, op. cit., p. 416.

⁵⁶ O tema é magistralmente enfrentado por conceituada doutrina: “A rigor, bem examinadas as coisas, tem-se de convir em que, no atual ordenamento, o ato ilícito passa a constituir um gênero, com duas espécies, a do art. 186 (violação de direito alheio) e a do art.187 (abuso de direito próprio). Cada espécie tem seus pressupostos. Para apurar a ocorrência da segunda figura, a do ilícito consistente em abuso do direito, o essencial é verificar a presença dos pressupostos enumerados no art. 187, não a dos arrolados no art. 186. Se assim não fosse [...] tornar-se-ia inútil o art. 187. Haveria, não equiparação, mas identificação, ou melhor, subsunção da figura do abuso de direito na do ato ilícito, segundo o art. 186” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Abuso do Direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 4, n.13, jan./mar. 2003, p. 104). Tanto é assim que a ressarcibilidade dos danos causados por abuso não apresenta fundamento muito diverso da reparação dos danos causados por ilícito. As duas categorias distinguem-se em sua configuração, mas não no mecanismo de reparação dos danos que delas possam advir. Contudo, a distinção conceitual ainda permanece viva, já que existe boa doutrina que faz sua diferenciação: “O termo *antijuridicidade*, por sua vez, é apresentado por muitos autores como um dos requisitos da culpa, correspondendo, assim, ao *ato contrário ao direito*. Tomado nessa acepção, pode ser dito que o diploma nacional a ele faz referência no artigo 186, quando afirma que comete ato ilícito aquele que ‘violar direito’. Aqui, justamente, coloca-se a questão da possível distinção entre *ilicitude* e *antijuridicidade*. A leitura do mesmo artigo 186 do Código Civil Brasileiro parece não deixar dúvidas de que a *ilicitude* é mais ampla do que a *antijuridicidade*, uma vez que, além desta, exigiria o requisito subjetivo da *culpa* ou do *dolo*. Entende-se, assim, a razão pela qual referido dispositivo exige, além do ato contrário a direito, a negligência, imprudência ou imprudência para a configuração do *ato ilícito*. Também faz referência à ação ou omissão *voluntária*, que só pode significar o comportamento *doloso*, sob pena de repetição das modalidades da culpa, sempre voluntárias” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 163, grifo do autor). O tema é igualmente controverso na doutrina italiana. Especificamente em relação ao aspecto terminológico, notam-se autores como Carlo Castronovo, utilizando-se dos dois termos, “ilicitude” e “antijuridicidade”, mas com preferência para o termo *antigiuridicità* (CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 2006, p. 17). E, também, para Massimo Bianca, em texto em língua

Uma última observação cabe ser feita sobre a figura do abuso do direito. A mencionada objetivação do abuso não implica, por si só, seu enquadramento na hipótese fático dos casos abrangidos pela cláusula geral de responsabilidade objetiva prevista pelo art. 927, parágrafo único do Código Civil. A responsabilidade objetiva nesse dispositivo abarca os danos resultantes de atividades estatisticamente arriscadas ou capazes de ocasionar prejuízos em larga escala. Pelo contrário, o abuso do direito configura um exercício ilícito, jamais lícito. Dessa forma, a fundamentação para a reparação dos danos causados pelo abuso não difere substancialmente da reparação dos danos causados pelo ilícito estrutural previsto pelo artigo 186.⁵⁷

De forma geral, pode-se dizer que existem duas formas específicas e restritas de ilicitude, moldadas pelo Código Civil Brasileiro, que se traduzem: a) pela a violação (estrutural) de um direito, ou melhor, de uma situação jurídica subjetiva (art. 186, CC), e; (b) pelo exercício de situações jurídicas subjetivas de maneira manifestamente contrárias à boa-fé, aos bons costumes e aos objetivos econômicos e sociais do direito (art. 187, CC).

Uma vez esclarecida em que consiste a ilicitude sem seu sentido mais estrito, à luz do Código Civil, faze-se alusão agora ao conceito de ilicitude em seu sentido amplo. Pode-se dizer que antijuridicidade ou ilicitude significa, em seu sentido mais amplo, a contrariedade ao direito.⁵⁸ Assim, ao se considerar que o ilícito consiste na contrariedade ao direito, a confusão entre ilicitude e culpa é incorreta, embora não seja uma situação incomum. O ato ilícito nada mais seria, então, do que as condutas cujos os efeitos jurídicos são contrários ao ordenamento jurídico.⁵⁹ Portanto, ilícito e culpa, nessa acepção, seriam conceitos que não se confundem.

estrangeira: “L’illiceità designa l’antigiuridicità dell’atto imputabile al responsabile” (BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la responsabilità*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 2021. v. 5, p. 531).

⁵⁷ É o que ensina boa doutrina: “(...) forçoso compreender que se trata de responsabilidade subjetiva por culpa normativa, não já de responsabilidade objetiva,¹³⁴ no que o abuso do direito não difere, afinal, fundamentalmente do próprio ato ilícito. As duas categorias, como se expôs, distinguem-se em sua configuração, mas não no mecanismo de reparação dos danos que delas possam advir” (SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 50, abr./jun. 2012, p. 75-76).

⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 69. A partir da metodologia civil-constitucional, mais correto seria dizer que antijuridicidade ou ilicitude consiste na conduta contrária à legalidade constitucional.

⁵⁹ Demarcando as duas espécies de ilicitude expostas no presente trabalho, afirma Humberto Theodoro Júnior que: “O direito se constitui como um projeto de convivência, dentro de uma comunidade civilizada (o estado), no qual se estabelecem os padrões de comportamento necessários. A *ilicitude* ocorre quando *in concreto* a pessoa se comporta fora desses padrões. Em sentido lato, sempre que alguém se afasta do programa de comportamento idealizado pelo direito positivo, seus atos voluntários correspondem, genericamente, a atos ilícitos (atos do homem atritantes com a lei). Há, porém, uma idéia mais restrita de ato ilícito, que se prende, de um lado ao comportamento injurídico do agente, e de outro ao resultado danoso que dessa atitude decorre para outrem. Fala-se, então, em ato ilícito em sentido estrito, ou simplesmente ato ilícito, como se faz no art. 186 do atual Código

Além disso, é crucial evitar a submissão da ilicitude em seu sentido estrito à responsabilidade civil.⁶⁰ O Código Civil de 2002, ao incluir o dano como um dos elementos do ato ilícito do art. 186, prestou um grande desserviço ao rigor conceitual dos institutos inerentes à teoria geral da responsabilidade civil; por outro lado, a estrutura do Código atual revela que a obrigação de indenizar conquistou autonomia e se encontra em um título específico. Isso permite a reconfiguração do conceito de ilicitude, abrangendo não apenas aquela derivada do exercício jurídico sem consequência indenizatória, mas também outras formas de tutela. A título comparativo, o art. 186 do Código atual não reproduziu, em sua parte final, o disposto no art. 159 do Código de 1916: “fica obrigado a reparar o dano”. A obrigação de indenizar ganhou autonomia, sendo tratada em título próprio junto ao art. 927, distinto, na estrutura da codificação atual do tratamento da ilicitude.⁶¹

Com a superação conceitual entre ilicitude e culpa, a doutrina começou a cogitar da distinção entre o ilícito culposo e o ilícito não-culposo,⁶² e isso só foi possível com a superação conceitual entre ilicitude e culpa.

Civil. Nesse aspecto, a ilicitude não se contentaria com a ilegalidade do comportamento humano, mas se localizaria, sobretudo, no dano injusto a que o agente fez a vítima se submeter” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, Vol. 3, Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 20).

⁶⁰ “Porque o ato ilícito é enfocado pela ordem jurídica como fato gerador da obrigação de indenizar, costuma-se confundir sua figura com a da responsabilidade civil, ou, pelo menos, subordinar, entre si, as duas entidades jurídicas. O certo, porém, é que há duas realidades distintas a considerar, que, em princípio, se conectam uma à outra, mas que, às vezes, podem existir, pelo menos uma delas, sem o pressuposto da outra” (Ibid, p. 20).

⁶¹ Como consequência, Judith Martins-Costa ressalta que “Ao operar a separação estrutural entre ilicitude e dever de indenizar, não aludindo diretamente nem ao elemento subjetivo (culpa), nem ao dano, nem à responsabilidade civil, o Código Civil determinou uma nova metodologia para o tratamento da ilicitude, seja ao abrir ensejo à sua maior inserção no campo do Direito de Personalidade, possibilitando visualizar novas formas de tutela, para além da obrigação de indenizar (por exemplo, tutelas e garantias previstas em outros estatutos normativos, como a Constituição, o Código de Processo Civil, formas penais ou mesmo, se for o caso, regulamentos administrativos); e, b) à compreensão de que pode haver ilicitude sem dano e dano reparável sem ilicitude” (MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 74). Quanto a este ponto, mais uma vez cabe o alertar ao leitor acerca dos trabalhos da Comissão de Juristas responsáveis pela revisão e atualização do Código Civil, que junto ao parecer nº1 da subcomissão de Parte Geral, composta pelos juristas Rodrigo Mudrovitsch (Subrelator), Ministro João Otávio de Noronha, Rogério Marrone e Estela Aranha, propôs, em acordo com a comissão de Responsabilidade Civil, “o deslocamento dos artigos 186 a 188 do Código Civil para o Título IX [Dos Atos Ilícitos e da Responsabilidade Civil], com o devido acréscimo em sua denominação. Isso porque, considerando que o ato ilícito gera o dever de responsabilização, há maior pertinência que a conceituação do instituto fique junto à disciplina de suas consequências” (BRASIL. Senado Federal. *Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil: relatórios parciais*. Senado Federal, s.d. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/comissoes/arquivos?ap=7935&codcol=2630>> Acesso em: 13 jan. 2024).

⁶² Ao tratar dessas manifestações da ilicitude, a doutrina teve que operar uma análise dogmática que resultou na distinção entre ilicitude subjetiva, isto é, aquela ainda amarrada ao elemento culpa, e ilicitude objetiva, identificando-a à contrariedade a direito, sem cogitação do elemento culpa. Sobre o tema, cuja análise foge ao objeto do presente trabalho, ensina Raffael Peteffi da Silva, para quem: “No ordenamento brasileiro, os elementos subjetivo e objetivo somente podem estruturar o ato ilícito, que é uma das outras traduções admitidas para a *faute* francesa. Com efeito, por seu ‘enunciado e por sua posição estrutural na arquitetura codificada’, o artigo 159 do Código Beviláqua, naturalmente, guiou a melhor doutrina brasileira, que entende que a violação do direito de outrem, somada à ação ou omissão culposa, não são elementos da culpa, mas, ao contrário,

Se tais considerações forem válidas, como de fato parecem, então nem sempre o ato ilícito será culposos e/ou causador de dano. A ocorrência de dano e a presença de culpa são cruciais para o surgimento da obrigação de indenizar com base no ato ilícito do artigo 186. Porém, não são determinantes para a configuração da ilicitude em seu sentido mais abrangente.⁶³

Já a definição do regime jurídico ao qual o dever de indenizar está sujeito obedece a determinados fatores de imputação. No âmbito da responsabilidade civil, imputar significa atribuir ou designar; ou, mais precisamente: atribuir o dever de indenizar a alguém. Em outras palavras, imputar significa associar à pessoa responsável pela obrigação de indenizar aos critérios autorizadores da responsabilidade civil, seja sob a perspectiva da cláusula geral de responsabilidade subjetiva, seja de acordo com a cláusula geral ou as disposições legais específicas da responsabilidade objetiva.⁶⁴

compunham o suporte fático do artigo 159 do Código Beviláqua, que tinha por missão precípua estruturar o conceito operacional de ato ilícito. Essa realidade deu causa às duas acepções do termo ilicitude aceitas no Direito brasileiro. Primeiramente, a 'ilicitude subjetiva', sustentada por uma das acepções da *faute* e pela possibilidade semântica de se considerar que a consequência jurídica imediata da verificação de todos os requisitos do ato ilícito positivado em nosso ordenamento (art. 159, CC/1916) geraria ilicitude. Com a tradição jurídica alicerçada na norma contida no art. 159 do antigo Código Civil, ilicitude subjetiva estaria, sempre, vinculada ao ato voluntário e culposos do agente que contraria o direito. A chamada ilicitude objetiva, por seu turno, vincular-se-ia à noção de antijuridicidade (...). Como corolário lógico da dupla acepção da ilicitude temos a dupla acepção do próprio ato ilícito: i. ato ilícito entendido como o conjunto de pressupostos sários para preencher o suporte fático das normas supratranscritas (arts. 159, CC/1916; 186 e 187, CC/2002) e ii. ato ilícito como conduta antijurídica, ou seja, com o qualificativo ilícito sendo polarizado para a ilicitude objetiva, restringindo-se a categoria à ação contrária ao Direito" (PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, ano 6, jan./mar. 2019, p. 178). E, ainda, sobre a distinção referida, ensina Fernando Noronha que: "Em rigor, a expressão 'ato ilícito' pode ser entendida em duas acepções, uma ampla e outra restrita, ambas com muito uso na linguagem jurídica, ainda que sejam profundamente diferentes. Infelizmente as duas acepções muitas vezes são usadas indiscriminadamente, como se fossem uma só e a mesma coisa. É importante saber distingui-las, para não incorrer em erros que são muito comuns. (...) De acordo com a acepção ampla, também designada de ilicitude objetiva, ato ilícito significa qualquer ação humana que não seja conforme com o direito. (...) Conforme a acepção restrita, ou ilicitude subjetiva, atos ilícitos são somente as ações de violação de direitos de outrem que sejam subjetivamente reprováveis" (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 383).

⁶³ Uma cláusula contratual nula, por exemplo, por violar norma de ordem pública, é ilícita (em sua acepção ampla), ainda que não enseje reparação civil. Exemplo retirado de SOUZA, Eduardo Nunes de. Em defesa do nexos causal: culpa, imputação e causalidade na responsabilidade civil. In: _____; SILVA, Rodrigo da Guia (Coords.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 47.

⁶⁴ "O nexos de imputação é o vínculo que se estabelece entre determinado fato e sua atribuição a certa pessoa, podendo a imputação ser delitual (culpa *lato sensu*) ou objetiva (risco)" (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 152). Como se nota da referida passagem, o autor utiliza o termo "nexos de imputação" para se referir ao papel desempenhado pela culpa e pelo risco no sistema de responsabilidade civil. No entanto, o emprego do termo "nexos" apresenta a desvantagem de ser mais comumente utilizado no contexto do nexos de causalidade, razão pela qual se prefere fazer referência neste trabalho ao termo "fatores de imputação".

Em nosso sistema, os principais fatores de imputação, mas não os únicos,⁶⁵ são: a culpa, através da cláusula de responsabilidade subjetiva (art. 186 c/c art. 927, caput.), e o risco,⁶⁶ critério geral da responsabilidade objetiva⁶⁷ (parágrafo único do art. 927),⁶⁸ de modo que é pelo fator de imputação que se dirá se determinada conduta foi negligente ou arriscada, caso se esteja perante um caso de responsabilidade subjetiva ou objetiva, respectivamente. Dessa forma, enfatiza-se a coexistência não hierarquizada das regras de responsabilidade subjetiva e objetiva.⁶⁹

Na sua concepção clássica, a culpa é definida como a quebra de um dever previamente estabelecido⁷⁰ exigindo, para sua configuração, um elemento subjetivo

⁶⁵ Pode-se lembrar ainda um terceiro nexo de imputação da obrigação de indenizar, que inclui o abuso do direito (art. 187 c/c art. 927, caput.). Especificamente sobre o abuso como fonte do dever de indenizar, cabe observar que não há dúvida quanto à possibilidade de surgimento da responsabilidade civil decorrente do exercício abusivo de uma posição jurídica. Por outro lado, também é viável que o exercício abusivo ocorra sem causar qualquer tipo de dano, embora mesmo nesses casos mereça ser vigorosamente coibido por meio de respostas jurisdicionais eficazes. É factível a ocorrência de abuso sem a presença de dano, e, conseqüentemente, sem que haja responsabilidade civil. A aplicação do abuso como fundamento para o dever de indenizar será rara, sendo mais pertinente considerá-lo como uma base para restringir o exercício abusivo. Nesse sentido, foi aprovado o Enunciado nº 539 na VI Jornada de Direito Civil, organizada pelo CJF: “O abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano” (BRASIL. Conselho de Justiça Federal. *Enunciado nº 539*. VI Jornada de Direito Civil, Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/150>>. Acesso em: 7 mai. 2024).

⁶⁶ Embora tenha prevalecido e se estabelecido como o contraponto à culpa como base para a imputação do dever de indenizar, o risco, tão-somente, revela-se, na realidade, um fundamento inadequado para a vasta gama de situações de responsabilidade objetiva. Algumas delas não se vinculam à noção de atividade arriscada, como a responsabilidade indireta dos pais pelos atos dos filhos. Conforme reconhecido pela doutrina civil-constitucional, o fundamento valorativo verdadeiramente capaz de justificar os diversos casos de responsabilidade objetiva reside no princípio da solidariedade social, cf. RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile: ristampa inalterata con prefazione di Guido Alpa*. Milano: Giuffrè, 2023, p. 173, e ainda SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 28.

⁶⁷ Entretanto, não se trata de basear exclusivamente a responsabilidade objetiva na atividade de risco. Além da atividade de risco, existem várias outras circunstâncias que podem gerar responsabilidade sem culpa, como é o caso da responsabilidade do tutor pelos atos do tutelado.

⁶⁸ “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”.

⁶⁹ Pode-se dizer, com relativa segurança, que o leque de situações que foram contempladas com a edição do Código de Defesa do Consumidor na década de 90, e posteriormente com o advento do Código Civil de 2002, que instituiu uma cláusula geral de responsabilidade objetiva no parágrafo único do artigo 927, impera hoje no autal cenário jurídico brasileiro um sistema dualista de responsabilidade civil, em que coexistem o sistema subjetivo e objetivo. Nesse sentido, conforme boa doutrina: “A orientação foi absorvida pelo Código Civil Brasileiro de 2002, que, além de prever novas hipóteses específicas de responsabilidade objetiva, instituiu, no parágrafo único do seu artigo 927, uma cláusula geral de responsabilidade objetiva para atividades de risco. Consolida-se, assim, o modelo dualista que já se delineava no sistema anterior, convivendo lado a lado a norma geral de responsabilidade civil subjetiva, do atual artigo 186, que tem como fonte o ato ilícito, e as normas reguladoras da responsabilidade objetiva para determinadas atividades, informadas por fonte legislativa específica e agora também pela cláusula geral contida na nova codificação civil” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 205).

⁷⁰ Nesse sentido, a lição de Clóvis Bevilacqua, para quem: “a culpa é a negligência ou imprudência do agente, que determina violação do direito alheio ou causa prejuízo a outrem. Na culpa, há sempre a violação de um dever

evidenciado pela expressão de vontade consciente e livre do agente, associada à previsibilidade do resultado.⁷¹ Essa noção clássica de culpa, também dita psicológica ou subjetiva,⁷² é reflexo da ideologia liberal e individualista que caracterizou os códigos civis da modernidade, que foram assentados no uso indevido da liberdade individual.⁷³

A culpa em um sentido amplo se refere ao julgamento de reprovação em relação à conduta humana⁷⁴ seja por negligência, imprudência ou imperícia (culpa em sentido estrito), ou pela intenção deliberada de causar dano (dolo). Essa noção clássica de culpa, tão arraigada em nossa experiência, foi sendo paulatinamente desconstruída e substituída por uma concepção objetiva de culpa.

Pode-se dizer que as críticas à noção clássica de culpa⁷⁵ conduziram à elaboração de um conceito objetivo da figura, como instrumento de avaliação de comportamentos, no qual a conduta de um sujeito será culposa quando se afasta de um parâmetro preestabelecido, desconsiderando apreciações anímicas do agente, mas levando em conta o comportamento exigível. Por isso, alguns autores passaram a exergar na culpa um erro de conduta.⁷⁶

preexistente. Se esse dever se funda em um contrato é contratual; se no princípio geral do direito que manda respeitar a pessoa e os bens alheios, a culpa é extracontratual, ou aquiliana” (BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, Vol. I. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, p. 426). Essa abordagem tem o mérito de oferecer um conceito unificado de culpa, aplicável tanto no contexto contratual quanto no extracontratual. No entanto, ela está sujeita a críticas por não especificar claramente o dever violado, uma vez que, em algumas situações, a determinação desse dever pode ser complexa e desafiadora.

⁷¹ Para Sérgio Cavalieri, a culpa pode ser definida como “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível” (CAVALIERI, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 34).

⁷² Diz-se subjetiva porque haverá culpa quando da violação do dever preexistente, estando presentes a vontade de agir associado à previsibilidade do resultado. A culpa seria um nexo psíquico entre o autor e o dano.

⁷³ Ensina Mário Júlio de Almeida Costa que: “(...) a noção da responsabilidade constitui um corolário do princípio de que o homem, sendo livre, deve responder pelos seus actos. Portanto, a condição essencial da responsabilidade civil, nesta óptica, incide na culpa (...)” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 528).

⁷⁴ Conforme se verifica: “Concebida nesses termos, a culpa revela juízo moral de censura à conduta do agente, uma vez que pressupõe a verificação de comportamento reprovável por parte do autor do dano para que se lhe imponha o dever de indenizar. A constatação torna-se ainda mais contundente quando à ideia de culpa se equipara a atuação negligente, imprudente ou imperita” (TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 123).

⁷⁵ A aplicação da concepção moral da culpa, relacionada aos impulsos emocionais do agente e à previsibilidade dos resultados de sua conduta, impunha à vítima o desafio significativo de comprovar o elemento subjetivo. Isso demandava a demonstração, nem sempre factível, do estado psicológico do indivíduo, sendo por isso mesmo denominada de prova diabólica. Nessa esteira, confira-se os ensinamentos de Anderson Schreiber: “Em sua versão de falta moral, vinculada aos impulsos anímicos do sujeito e à previsibilidade dos resultados de sua conduta, a culpa mostrava-se um elemento de difícil comprovação” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 17).

⁷⁶ Na melhor doutrina, veja-se, por todos, a definição de Caio Mário da Silva Pereira, para quem a culpa “um erro de conduta, cometido pelo agente que, procedendo contra direito, causa dano a outrem, sem a intenção de prejudicar, e sem a consciência de que seu comportamento poderia causá-lo” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 97). Sobre a evolução do conceito da culpa, ensina Anderson Schreiber que: “gradativamente, foi perdendo espaço a

Não se trata de comparar o ofensor ao "bom pai de família", uma vez que, em comunidades tão plurais e heterogêneas como são as atuais, não há um único paradigma de comportamento correto estabelecido.⁷⁷ Igualmente equivocada será qualquer associação de padrões sociais de conduta com a noção do "homem médio". Por outro lado, apenas em teoria se mostra viável considerar um modelo objetivamente puro, que desconsidere a realidade específica do caso concreto e a diversidade de padrões de diligência conforme as contingências espaciais e temporais.

O significado da culpa no momento atual requer que se identifique o agir no caso concreto com o proceder esperado e em abstrato, de uma comparação com situações semelhantes, e assim devem ser consideradas as circunstâncias de tempo, lugar e demais condicionantes, tais como a formação acadêmica e a experiência profissional das partes.⁷⁸ De

concepção da culpa como *stato d'animo* do agente. Preocupações como a consciência da lesão ao direito, com a previsibilidade do dano e com a reprovabilidade moral da conduta praticada esmoreceram diante das dificuldades de concreta demonstração destes aspectos, culminando com a consagração da chamada *culpa objetiva*. Sob tal designação, a culpa passou a ser entendida como o 'erro de conduta', apreciado não em concreto, com base nas condições e na capacidade do próprio agente que se pretendia responsável, mas em abstrato, isto é, em uma objetiva comparação com um modelo geral de comportamento. A apreciação em abstrato do comportamento do agente, imune aos aspectos anímicos do sujeito, justifica a expressão *culpa objetiva*, sem confundi-la com a responsabilidade objetiva, que prescinde da culpa. Para evitar confusões, contudo, parte da doutrina passou a reservar tal concepção a denominação de *culpa normativa*, por fundar-se em juízo normativo entre a conduta concreta do sujeito e o modelo abstrato de comportamento" (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 35, grifo do autor).

⁷⁷ Nesse sentido, alerta Marcelo Junqueira Calixto: "Esta concepção doutrinária, como se percebe, tem como grande virtude afastar a necessidade de se demonstrar o dever jurídico violado, mas tem igualmente, como grande desafio, estabelecer o *padrão de conduta* que deveria ter sido observado pelo agente. Retoma-se, então, o padrão de diligência proposto pelo Direito Romano, qual seja, a conduta que adotaria o *bom pai de família* (*bonus pater familias*); mas, para evitar a crítica de que tal padrão é irreal ou atemporal, admite-se a sua contextualização com a referência às *circunstâncias do caso concreto*" (CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 11, grifo do autor).

⁷⁸ A avaliação dos elementos que devem ser levados em conta quando da apreciação da conduta para se configurar a culpa é igualmente controverso em doutrina. Conforme noticiado em boa sede: "Também aqui existe uma bipartição da doutrina, sendo corrente falar em apreciação *em abstrato* (*in abstracto*) e apreciação *em concreto* (*in concreto*) da culpa. Esta última levaria em conta, na apreciação da conduta do agente, elementos mais *subjetivos*, como a própria conduta do agente em negócios anteriores, - quando se tratar de responsabilidade civil contratual -, ou ainda elementos ditos *internos*, tais como a intenção do agente ao praticar o ato danoso. Merece, por isso, o elogio de estar mais próximo de sua realidade para que se possa fazer, com vantagem, uma análise sobre a reprovabilidade de sua conduta. Já na apreciação *em abstrato* é dispensada a referência à própria diligência do agente em seus negócios e toma-se o padrão, abstrato, do bom pai de família. Mas a consideração deste padrão, especialmente em âmbito extracontratual, não se dá sem uma nova controvérsia acerca dos elementos a serem considerados nesta mesma apreciação. Em verdade, percebe-se que a referência genérica ao *bom pai de família* pode simplesmente inviabilizar qualquer apreciação, uma vez que se considere este um padrão único, válido para todos os quadrantes do globo e para todas as épocas. Assim é que, mesmo os defensores da apreciação em abstrato, passaram a admitir a consideração de elementos mais concretos, de certa forma *subjetivando* o padrão *objetivo* representado pela referência genérica ao bom pai de família. Entretanto, não cessa a controvérsia doutrinária, centrando-se na disputa nos elementos que devem ser tomados em consideração para o juízo acerca da conduta do agente. Neste sentido, admitem os autores que somente elementos *externos*, tais como *tempo* e *lugar*, devem ser levados em consideração, ao passo que outra ilustre doutrina admite fatores *internos* possam ser considerados, tais como idade do *agente* e sua *compleição física* ou sua *formação intelectual*. Deste modo, não parece equivocado afirmar uma aproximação entre as duas formas de

forma geral e sintética, pode-se dizer que a culpa passou a ser associada à inobservância de parâmetros ou *standards* de conduta.

Por fim, quanto ao risco, fator de imputação de responsabilidade civil objetiva contida na cláusula geral do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, o dispositivo não pode ser visto como uma autorização à imposição do dever de indenizar por danos derivados de ato lícito,⁷⁹ pois se refere especificamente ao dever de indenizar os danos decorrentes de uma atividade geradora de risco. Não há equivalência automática entre atividade geradora de risco e a obrigação de indenizar, da mesma forma que não há, como já visto, correspondência conceitual entre culpa e ilicitude. O dispositivo afasta a exigência de culpa,⁸⁰ mas não a ausência de ilicitude (em seu sentido geral).⁸¹ Daí, ter-se que a regra é a da indenizabilidade apenas dos danos causados em virtude de um ato ilícito, mesmo na responsabilidade objetiva, no qual o fator de imputação é o risco e não a culpa.

A organização dos fatores de imputação da responsabilidade civil concede maior racionalidade e coerência à obrigação de indenizar. Ao não se verificar, em tese, a licitude como um desses fatores, daí argumenta-se que os atos lícitos não poderiam gerar responsabilidade civil. Alega-se, nesse sentido, que seria “paradoxal responsabilizar, de forma geral, aquele que atua de modo conforme ao Direito, ainda que haja dano. Quando ocorre essa responsabilização (...) é preciso que a lei se encarregue de prever a hipótese específica. A responsabilidade por ato lícito é sempre excepcional”.⁸²

Seria, então, à primeira vista, incompatível com o sistema impor a obrigação de indenizar a quem age em conformidade com o direito, de modo que se inexistisse ilicitude (ainda quem em seu sentido amplo), não haveria, em regra, o dever de indenizar. Esse raciocínio leva a crer que a responsabilidade por ato lícito é sempre excepcional e carece de uma

apreciação da conduta sem que se possa, nos dias que correm, sustentar a adesão total a uma ou outra concepção, tal como originariamente formulados” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 13-17, grifo do autor).

⁷⁹ Em que pese a grande maioria da doutrina assim considerar, inclusive autores vinculados à escola civil-constitucional: “O dispositivo alude à atividade, isto é, uma série contínua e coordenada de atos. Atividade de risco não equivale, portanto, a atos isoladamente perigosos. *Cuida-se, ao reverso, de atividade que, apesar de lícita*, ostenta potencialidade lesiva de grau superior ao normal, sendo por isso considerada de risco, de modo a atrair a incidência da cláusula geral” (TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 135, grifo nosso).

⁸⁰ Reitere-se que em nosso sistema os principais fatores de imputação são a culpa, através da responsabilidade subjetiva, e o risco, critério geral da responsabilidade objetiva.

⁸¹ Conforme Judith Martins-Costa observa: “Os pares conceituais em antinomia são lícito/ilícito e culpa/risco; não há relação de identidade entre ilícito/culpa” (MARTINS-COSTA, Judith. A linguagem da responsabilidade civil. In: BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça; ARRUDA ALVIM, Teresa (Orgs.). *Jurisdição e direito privado: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 399).

⁸² *Ibid*, p. 399-400.

previsão minuciosamente recortada. Logo, praticar o ato conforme ao Direito não daria ensejo ao dever de indenizar, salvo quando a lei desse modo o prever. As hipóteses de indenização por danos derivados de atos lícitos seriam, então, específicas, e não gerais,⁸³ ou então, não indenizáveis.⁸⁴

Após a análise dos elementos que consistem a ilicitude, culpa e o risco, cumpre agora analisar os outros dois elementos para o nascimento do dever de indenizar: o dano e o nexo de causalidade.

1.1.2 O dano, a injustiça e a antijuridicidade

Pressuposto para o surgimento do dever de indenizar no contexto da responsabilidade civil, o dano apresenta-se como elemento central e fundamental. Toda a construção teórica em torno da responsabilidade civil se deu em torno da figura do dano, através de mecanismos de reparação dos prejuízos causados por condutas ilícitas. De fato, quando se trata de responsabilidade civil, pode-se afirmar que se não há dano, não há o que reparar.⁸⁵ Funcionalmente, a responsabilidade civil consiste justamente no mecanismo apto a atribuir um evento danoso a um sujeito determinado, que ficará obrigado a indenizar a vítima do dano.

Em um primeiro momento, a definição de dano estava relacionada à ideia de diminuição do patrimônio, refletindo uma concepção meramente naturalista e patrimonialista de prejuízo, baseada na teoria da diferença. De acordo com essa teoria, o dano seria

⁸³ Como se vê, por exemplo, na seguinte passagem: “É bastante expressivo o contingente doutrinário que suporta a tese aqui defendida, entendendo a antijuridicidade como elemento fundamental para a caracterização do dever de indenizar nas hipóteses de responsabilidade civil subjetiva e objetiva, *admitindo como única exceção os casos específicos de atos lícitos, cujas eventuais consequências danosas são consideradas, por determinação expressa do ordenamento jurídico, indenizáveis*” (PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, ano 6, jan./mar. 2019, p.206-207, grifos nossos).

⁸⁴ É incontroverso que a convivência humana gera danos. De acordo com Francisco Cavalcante Pontes de Miranda: “porém danos há que são irressarcíveis, ou porque neles se contém regular exercício de direito de outrem (...) ou por serem de ordem que deva ficar fora do mundo jurídico, que há de sempre ser o mínimo ético (...)” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, Vol. 53. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p.13).

⁸⁵ “Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano” (CAVALIERI, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 70).

simplesmente o resultado justamente da diferença entre a situação do lesado antes do evento prejudicial e aquela que ocorre após sua ocorrência.⁸⁶

A despeito de sua importância, esta teoria foi objeto de longas críticas, pois não conseguia explicar todas as categorias de danos, já que existem lesões legalmente permitidas pelo próprio sistema jurídico e que não são tidas como indenizáveis,⁸⁷ além dos casos que gerariam danos extrapatrimoniais. Assim, a doutrina associou à ideia de dano a noção de ilicitude da conduta culposa,⁸⁸ resultando na equivocada equiparação do dano a qualquer prejuízo causado por um ato ilícito, decorrente de uma conduta culposa ou dolosa por parte do agente.

Mais recentemente tem-se associado ao conceito de dano à sua noção normativa, de modo que, dano, na acepção jurídica do termo, não se identificaria com qualquer prejuízo que a vítima possa ou venha a sofrer (onde seria atrelado com qualquer diminuição patrimonial ou mesmo um sentimento de dor ou angústia). A distinção que delimitaria o dano indenizável⁸⁹ de qualquer prejuízo seria fornecido pela ideia de lesão a um interesse juridicamente protegido.⁹⁰

Reconhece-se ainda que o vocábulo "dano", na maioria dos casos, possui duas acepções que por vezes se entrelaçam: pode significar tanto a lesão, seja de natureza material ou moral, quanto a consequência jurídica dessa lesão. Ambas as acepções são pertinentes,

⁸⁶ Ensina Mario Júlio de Almeida Costa que pela teoria da diferença “deve confrontar-se a situação em que o patrimônio do credor da indenização foi posto pela conduta lesiva (situação real) com a situação em que se encontraria se a mesma conduta não houvesse ocorrido (situação hipotética), referindo-se os dois valores ao momento (atual) em que se apura essa diferença” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 596).

⁸⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 175.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Segundo conceituada doutrina, “Determinar sobre quais condições o dano seja produtivo de efeito jurídico é, sem dúvida, uma das mais sérias tarefas do legislador” (DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, Vol. I. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966, p. 9, tradução nossa). O texto em língua estrangeira é: “Determinare sotto quali condizioni il danno sia produttivo di effetto giuridico, è indubbiamente uno dei più gravi compiti del legislatore”.

⁹⁰ Ver: COUTO E SILVA, Clóvis do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera. (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 219-223. Segundo o autor, a importância da noção jurídica de interesse reside no fato de determinar “(...) a extensão do dano que alguém esteja obrigado a indenizar. Se a noção de dano fosse simplesmente um conceito naturalista, seriam as leis da física que dariam as regras próprias para a fixação dos limites do dano indenizável. Entretanto, há uma noção física de dano e uma noção jurídica. Como sucede muitas vezes, a norma jurídica seleciona uma fração do fato social para transformá-lo numa situação jurídica. Alude a esse propósito à noção de interesse violado”. Mais atualmente, vide STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 337-338. No mesmo sentido se admite, exemplificativamente na doutrina italiana: “Il significato qui accolto della espressione ‘danno’ è dunque quello di ‘lesione di interesse’” (VISINTINI, Giovanna. *I Fatti Illeciti*. Ingiustizia del danno. Imputabilità. Padova: Cedam, 1987, p. XIX).

pois o direito não apenas se ocupa da atribuição de responsabilidade (quem responde), mas também da determinação do *quantum* indenizatório (quanto se responde).⁹¹

Por inspiração da doutrina italiana, desde da década de 1980 autores brasileiros vêm destacando outro elemento qualificador, capaz de verdadeiramente de operar uma mudança de perspectiva pela qual passou a responsabilidade civil nos últimos anos. Já se tornou célebre a menção ao “giro conceitual”, do ato ilícito para o dano injusto.⁹² Esse conceito foi elaborado sob a alcunha de *ingiustizia del danno* no direito italiano, em adaptação de uma expressão utilizada pelo legislador de 1942.⁹³

O legislador brasileiro não utiliza explicitamente o termo *dano injusto*. Na realidade, a referência expressa a esse conceito provém do Código Civil italiano, o qual exerceu uma influência significativa sobre a codificação brasileira de 2002 e da própria doutrina nacional, de modo que essa designação acabou sendo adotada por boa parte da doutrina brasileira. Entretanto, no contexto nacional, essa mudança paradigmática ocorreu mediante o processo de constitucionalização e despatrimonialização do direito civil,⁹⁴ mediante a incidência da cláusula geral de tutela da pessoa humana sobre a responsabilidade civil.

Com essa mudança de perspectiva a discussão em torno da reparação civil deixou de lado exclusivamente o descumprimento estrutural ou funcional da lei e passou a se concentrar

⁹¹ Conforme desenvolvido por MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016, p. 130.

⁹² Expressão cunhada por Orlando Gomes, em passagem que se tornou conhecida: “Hoje, mudou o ângulo de visão dessa teoria no tratamento dos problemas. O regime da responsabilidade está passando por uma revisão importante, e manifestam-se tendências que o renovam significativamente. A mais interessante mudança de ângulo visual é o giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto” (GOMES, Orlando. *Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil*. In: FRANCESCO, José Roberto Pacheco Di. (Org.). *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 293).

⁹³ A expressão foi utilizada junto ao artigo 2.043 do Código de 42, *verbis*: “Art. 2.043. Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”. Merece ser registrado, por lealdade acadêmica, que não obstante importante parte da doutrina italiana ter passado a entender que a injustiça não se relacionava com a conduta danosa, mas com o próprio dano, ainda há boa doutrina, com defesas importantes da antijuridicidade situada no fato causador do dano, como, por exemplo, notícia Massimo Bianca, em texto em língua estrangeira: “La concezione tradizionale ravvisa il danno ingiusto nella violazione di un diritto soggettivo assoluto (...). Al diritto soggettivo assoluto si è poi parificato il diritto di credito (...). Secondo un altro orientamento l’ingiustizia del danno non sarebbe un attributo del danno ma il riflesso dell’antigiuridicità del fatto danoso: il danno è ingiusto se causato da un atto antigiuridico o non autorizzato” (BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la responsabilità*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 2021, p. 560, grifo nosso).

⁹⁴ Vide, por todos, MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: _____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 331: “A constitucionalização do direito dos danos impôs, como se viu, a releitura da própria função primordial da responsabilidade civil. O foco que tradicionalmente recaía sobre a pessoa do causador do dano, que por seu ato reprovável deveria ser punido, deslocou-se no sentido da tutela especial garantida à vítima do dano injusto, que merece ser reparada. A punição do agente pelo dano causado, preocupação pertinente ao direito penal, perde a importância no âmbito cível para a reparação da vítima pelos danos sofridos”.

na violação dos valores e interesses protegidos pelo ordenamento jurídico. Com efeito, busca-se verificar concretamente se o interesse lesado será considerado merecedor de tutela, o que determinará o surgimento do dever de indenizar.⁹⁵

Sobressai, então, a passagem do dano atrelado ao ato ilícito, ligado à conduta do ofensor, para o conceito de dano injusto, de modo que o que se indeniza não é o dano puro e simplesmente, e sim o dano qualificado, chamado de dano injusto.⁹⁶ Portanto, será considerado dano injusto todo aquele acontecimento que o ordenamento jurídico caracterize por intolerável e demande sua indenização.⁹⁷ A indenização pelo dano injusto passa a depender, portanto, da materialização de seu conteúdo, a qual é conduzida pelo esforço argumentativo do intérprete ao considerar os interesses em conflito no cenário específico.

O giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto foi, de fato, essencial para a evolução do instituto da responsabilidade civil e sua desvinculação com a ilicitude, de modo que não há que se cogitar do dano pela ilicitude da conduta (culposa ou não), mas pelas consequências geradas, ou seja, pela lesão a interesses tutelados.⁹⁸

É possível inferir que o conceito de dano injusto efetivamente amplia os limites da responsabilidade civil, dando origem ao que a doutrina contemporânea vem denominando

⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 31. E rematam os autores: “Assim, com o progressivo desenvolvimento do Direito Civil e, conseqüentemente, de um novo paorama metodológico, passou-se a sustentar a inconformidade de a reparação civil estar restrita às hipóteses de violação de modelos legais pré-determinados, deflagrando-se o dever de indenizar da injustiça do dano. Amplia-se, portanto, o conceito de dano ressarcível, que passa a ser todo dano injusto” (Ibid). Cabe o alerta, contudo, de que certamente essa evolução pouco sistemática e mais focada na resolução de problemas concretos, longe de ser uma ocorrência recente, parece ter deixado uma marca na própria história da responsabilidade civil brasileira. Basta considerar o reconhecimento indiscriminado de interesses protegidos pela generalização do dano moral, como oportunamente destaca Anderson Schreiber: “(...) a atuação das cortes tem tido menos o papel de tranquilizar inquietações, mais ou menos justificadas, e mais o de disparar os alertas acerca da superproliferação das demandas de ressarcimento, especialmente em face dos contornos ainda imprecisos do dano extrapatrimonial” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 191-192).

⁹⁶ Para haver responsabilidade civil não é necessário que a conduta do agente sej a sempre injusta, o que tem de ser necessariamente injusto é o dano. Na doutrina italiana, veja-se GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. 9. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, p. 692.

⁹⁷ Uma das expoentes no Brasil a defender que a injustiça deve estar presente no dano, e não propriamente na conduta do ofensor, Maria Celina Bodin de Moraes leciona que “O dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irersacida. (...) De fato, não parece razoável, na legalidade constitucional, estando a pessoa humana posta na cimeira do sistema jurídico, que a vítima suporte agressões, ainda que causadas sem intenção nem culpa, isto é, sem negligência, imperícia ou imprudência” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 179).

⁹⁸ Ainda segundo Bodin de Moraes: “Daí porque, há mais de duas décadas, O. GOMES qualificava como a ‘mais interessante mudança’ na teoria da responsabilidade civil o que ele chamou de ‘giro conceitual do ato ilícito para o dano injuto’, que permite ‘dectar outros danos ressarciveis que não apenas aqueles que resultam da prática de um ato ilícito. Substitui-se, sem síntese, a noção de ato ilícito pela de dano injuto, mais amplo e mais social’ (Ibid, p. 177).

como *novos danos*.⁹⁹ O reconhecimento desses novos danos decorre da mencionada ampliação do próprio conceito jurídico de dano, vez que o dano injusto, e, portanto, aquele que se considera ressarcível, não será somente aquele que decorrer da conduta ilícita, mas sim todo e qualquer dano que violar bens jurídicos e contrariar os valores tutelados pelo ordenamento jurídico.

De mais a mais, não basta a simples presença de um dano. O dever de indenizar só nascerá se houver relação causal entre o ato do lesante e o dano produzido no lesado. Só é indenizável o dano que, configurando violação ilícita de legítimo interesse, resultou, por nexos direto e imediato, da ação ou da omissão do lesante. Dito de outro modo, são indenizáveis apenas danos diretos e imediatos.¹⁰⁰ Trata-se do terceiro elemento da responsabilidade civil, o nexos de causalidade.¹⁰¹

O itinerário acima traçado envolvendo os elementos da responsabilidade civil revela que em países que adotaram sistemas de cláusulas gerais, como o caso brasileiro,¹⁰² as formas tradicionais de ilicitude clássica (o ato ilícito do artigo 186) e o abuso do direito (contido no artigo 187) são tidas frequentemente como controles negativos no exercício das situações jurídicas, identificando na ilicitude um importante filtro para danos indenizáveis. De modo que, para os autores que entendem que a verificação do *locus* operacional da antijuridicidade

⁹⁹ Os chamados “novos danos”, a inovação parece residir apenas no reconhecimento da possibilidade de lesão injusta a um bem jurídico que não se reputava tradicionalmente passível de tutela ressarcitória. Sobre o tema, veja-se a lição de Pietro Perlingieri: “In una società a tecnologia avanzata, in continua evoluzione, dominata dall’industria e dal commercio, dai servizi e dalle idee, sempre più di frequente si individuano nuovi beni: il software (programmi per gli elaboratori), il know-how (procedimenti e conoscenze aziendali non coperti da privative), l’informazione in sé” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI, 1997, p. 170). O trecho correspondente na tradução é: “Em uma sociedade de tecnologia avançada, em contínua evolução, dominada pela indústria e pelo comércio, pelos serviços e pelas ideias, sempre mais frequentemente se individualizam novos bens: o software (programas para os desenvolvedores), o know-how (procedimentos e conhecimentos comerciais não cobertos por privativos), a informação em si”. Na doutrina nacional, ver: SCHREIBER, Anderson. O futuro da responsabilidade civil: um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 91.

¹⁰⁰ É o enunciado do art. 403 do Código Civil: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”. Como regra, portanto, os danos indiretos não são indenizáveis.

¹⁰¹ Para um estudo aprofundando envolvendo o nexos de causalidade e suas diversas teorias, tema que foge ao objeto restrito do presente trabalho, veja-se na doutrina brasileira: CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

¹⁰² “(...) em matéria de dano ressarcível, os ordenamentos modernos dividem-se em duas vertentes bem definidas: (i) ordenamentos típicos ou fechados, que indicam taxativamente os interesses cuja violação enseja um dano reparável; e (ii) ordenamentos atípicos ou abertos, que não empregam semelhante restrição. (...) Nos ordenamentos atípicos, ao contrário, o legislador prevê tão somente cláusulas gerais, que deixam ao Poder Judiciário ampla margem de avaliação no que tange ao merecimento de tutela do interesse alegadamente lesado. (...) É atípico, por outro lado, o ordenamento brasileiro, em que o legislador não indica os interesses cuja violação origina um dano ressarcível, limitando-se a prever uma cláusula geral de ressarcimento pelos danos patrimoniais ou morais” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 100).

ainda reside no fato causador do dano, a princípio, se se trata de conduta *secundum jus*, não se poderia falar em indenização, salvo por os casos expressamente previsto em lei. A ilicitude seria, portanto, um dos elementos mais importantes para diferenciar os meros prejuízos naturalísticos dos danos efetivamente indenizáveis. Afirma-se que o sujeito que pauta seu proceder pelas normas da licitude não comete ato ilícito. O ato seria lícito porque a lei o aprova e autoriza, de modo que não poderia, na sistemática legal, enquadrar-se na figura do ato ilícito, já que este é justamente a negação de submissão do agente ao comando da lei. Daí adviria o caráter excepcional de desses casos.

Uma vez entendido o papel do ato ilícito dentro do sistema de responsabilidade civil, passa-se então à análise das diversas teorias que levam em conta o ato lícito tido como fonte excepcional do dever de indenizar, e se nessas hipóteses estaríamos diante de casos de danos injustos ou, ao revés, se poderiam ser qualificados como justos, já que autorizados pelo legislador. E mais: será que apenas por expressas exceções legais o dano provocado por conduta lícita importará em dever de indenizar ou se pode reconhecer casos de indenização para além dos casos previstos previamente pelo legislador? Essas instigantes questões carecem de maiores esclarecimentos na doutrina nacional. Diante dessa lacuna, o direito estrangeiro possui valiosos ensinamentos que podem ser absorvidos e enriquecer o debate brasileiro.

1.2 As teorias sobre a responsabilidade por atos lícitos

O caráter excepcional conferido à indenização por ato lícito pela doutrina brasileira justifica a escassez de trabalhos de maior fôlego sobre o tema.¹⁰³ De uma forma geral, também Portugal se ressentia de maiores trabalhos sobre o assunto.¹⁰⁴ Já na Itália há algumas obras que versam sobre a temática de danos causados por condutas permitidas.¹⁰⁵ Talvez pela

¹⁰³ No Brasil, tratou especificamente do tema: USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade civil por ato lícito*. São Paulo: Atlas, 2014. Trata-se da versão comercial de sua tese de doutorado, defendida na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS).

¹⁰⁴ Ainda que os melhores manuais e cursos de Direito Civil português abordem o tema em suas páginas, também em terras lusitanas se recorre a trabalhos mais detidos sobre responsabilidade civil por atos lícitos. A exceção é o trabalho de renomado constitucionalista, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974. Tal fato pode ser explicado se se tiver em mente que os portugueses não contam com a presença de uma cláusula geral ao estilo francês, italiano e brasileiro.

¹⁰⁵ Conforme referências nas notas subsequentes.

progressiva superação por parte da doutrina italiana dos moldes rígidos do ato ilícito clássico como fonte do dever de indenizar o tema tenha sido desenvolvido com mais minúcia pelos autores que se ocuparam de escrever sobre responsabilidade civil. Fato é que ambas as experiências influenciaram diretamente o modelo brasileiro de uma forma geral, tendo o Código Civil de 2002 se inspirado tanto no Código de Civil português quanto no *Codice Civile*.¹⁰⁶

A breve análise do direito estrangeiro desenvolvida no presente trabalho tem como escopo identificar semelhanças, diferenças e, crucialmente, a questionar suposições e preconceitos arraigados em nosso próprio sistema jurídico em tona da indenização por ato lícito. Ao confrontar diversas abordagens a questões jurídicas semelhantes, busca-se identificar alternativas que possam ser aplicadas para aprimorar a compreensão de institutos e figuras jurídicas, especialmente aqueles incorporados pelo sistema nacional e existentes em outros ordenamentos.

1.2.1 A experiência portuguesa

Em Portugal, a responsabilidade por danos causados por atos lícitos é conhecida pela denominação “responsabilidade pelo sacrifício”. A ideia subjacente é a de que, conforme a própria expressão sugere, quando o dano não pode ser juridicamente evitado ou cessado, torna-se necessário repará-lo e/ou compensá-lo.¹⁰⁷ Como decorrência de um ato em conformidade com os requisitos de legalidade, surgiria um dever de indenizar, situação excepcional e somente compreensível se observado o dever da vítima de suportar determinado dano acompanhado com o respectivo direito a ser compensado pelo sacrifício exigido.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Sobre a influência dos Códigos Civis da Itália e de Portugal e no direito brasileiro, esina boa doutrina: “O Código Civil italiano constitui um fruto notável da Ciência jurídica da primeira metade do século XX. Bastante divulgado em Portugal e no Brasil, ele teria uma influência relevante na codificação de 1966 e na de 2002” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, Vol. I. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 148). “A inspiração geral do Código [de 2002], onde é patente onde é patente alguma influência do Código português de 1966, é a do BGB” (Ibid, p. 249).

¹⁰⁷ “Há responsabilidade pelo sacrifício sempre que o Direito admita, como lícita, a prática de determinados danos, mas não obstante, confira ao lesado o direito a uma indemnização. Por isso fala-se, também, em responsabilidade por actos lícitos. A ideia de base é simples: o direito de acordo com critérios nominalmente informados pelo interesse público exige em certos casos sacrifícios seletivos que envolvem a supressão ou a compressão de direitos privados ou o postergar de interesses seus legitimamente protegidos. Qual tal sucede impõe-se compensar o atingido” (Id. *Tratado de direito civil*, Vol. VIII. Coimbra: Almedina, 2020, p. 713).

¹⁰⁸ Segundo João de Matos Antunes Varela: “O acto pode ser lícito e obrigar, todavia, o agente a reparar o prejuízo que a sua prática porventura cause a terceiro. Não há contradição lógica entre as duas ideias. O acto

As características da figura, segundo a doutrina portuguesa, seriam a permissão legal para causar um dano, através da inobservância de direitos subjetivos ou de interesse juridicamente tutelados e a imposição de um dever de indenizar.¹⁰⁹

Em razão da natureza excepcional da permissão de causar dano a um terceiro, a civilística portuguesa entende que uma autorização ampla para causar danos às pessoas, especialmente em áreas sob a tutela jurídica, não se mostraria compatível com uma ideia coesa de Direito. Por isso sustentam que somente se pode falar numa tipicidade de situações de possível imputação pelo sacrifício.¹¹⁰ Curiosamente, quando da preparação do Código Civil Português, seu mentor intelectual, Adriano Vaz Serra, propôs que o tema fosse previsto expressamente através de uma cláusula geral.¹¹¹ O preceito, contudo, não vingou na versão final do Código, na qual em vez de uma previsão geral, optou-se por deixar a disciplina da matéria às diversas previsões legais específicas.¹¹²

Como tentativa de fixar diretivas de ordem geral, a doutrina portuguesa começou a agrupar as diversas hipóteses previstas de indenização pelo sacrifício em categorias. Assim, alguns autores aludem a três blocos de casos: estado de necessidade, lesão ao direito de propriedade e incumprimento de contratos.¹¹³ Outros preferem classificar os casos de responsabilidade por ato lícito em dois grupos: os casos que se reportam à responsabilidade civil extracontratual e os casos remetidos ao regime de responsabilidade contratual.¹¹⁴

(lesivo) pode ser lícito, porque visa satisfazer um interesse colectivo ou o interesse qualificado de uma pessoa de direito privado. Mas pode, ao mesmo tempo, não ser justo (no plano da justiça comutativa ou no da justiça distributiva) que ao interesse colectivo, ou ao interesse qualificado da pessoa colectiva ou singular, se sacrifique, sem nenhuma compensação, os direitos de um ou mais particulares, ou os bens de uma outra pessoa, que sejam atingidos pela prática do acto” (ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. Vol. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 715).

¹⁰⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, Vol. VIII. Coimbra: Almedina, 2020, p. 715.

¹¹⁰ “Em lugar de estabelecer um regime comum aplicável à generalidade das situações deste tipo, a lei preferiu deixar a disciplina de cada uma delas entregue ao seu condicionalismo específico. Elas terão, portanto, o regime que mais lhes convém, de acordo com as normas aplicáveis a cada caso” (Ibid, p. 717).

¹¹¹ Conforme afirma Cordeiro: “1. Se, em benefício de um direito ou um interesse juridicamente protegido de alguém, se lesar, mediante acto lícito, um direito ou interesse juridicamente protegido de outrem, tem este outro um direito de indenização contra o beneficiário, desde que os danos sejam suficientemente graves para merecerem ser reparados, salvo se da lei, ao abrigo da qual a lesão se efectuou, resultar, expressa ou tácitamente, que quis excluir o direito de indemnização. 2. A indenização prevista neste artigo deve ser calculada nos termos gerais ou de acordo com a equidade, conforme as circunstâncias do caso ou o que resultar da lei” (Ibid, p. 715).

¹¹² “Por opção do legislador de 1966, não há um regime geral para a responsabilidade pelo sacrifício. Somos obrigados a considerar cada específica previsão legal, procurando aí determinar a teologia em jogo” (Ibid, p. 719).

¹¹³ Ibid, p. 716.

¹¹⁴ É o caso de Júlio de Almeida Costa, que assim trata: “Observámos que se encontram previstos vários casos do género no Cod. Civ. e em diplomas avulsos. Integram essencialmente dois grupos: Enquandram-se num deles as situações em que a lei permite lesar a propriedade alheia, embora comine o ressarcimento dos danos produzidos. Assim, se verifica com a obrigação de indemnização que resulta dos actos praticados em estado de necessidade (art. 339º, nº 2) e a que resulta dos prejuízos causados em prédio de outrem nas hipóteses de caputra de enxame de abelhas (art. 1322, nº 1), de instalações ou depósitos de substâncias corrosivas ou perigosas (art. 1347, nº 2 e 3), de escavações (art. 1348, nº 2), de passagem forçada ou momentânea (art. 1349, nº 3) ou de apanha de frutos

O direito português adota a teoria da responsabilidade civil amparada na prática de um ato lícito em uma série diversa de situações,¹¹⁵ a saber: o estado de necessidade (339º/1);¹¹⁶ o proprietário de um exame de abelhas, que possui o direito de o perseguir e capturar em prédios alheios, mas é responsável pelos danos que causar (1332º/1);¹¹⁷ o proprietário de prédio onde sejam construídas ou mantidas obras, instalações ou depósitos de substâncias corrosivas ou perigosas, mesmo quando lícitas, deve indenizar os vizinhos pelos danos sofridos (1347º/3);¹¹⁸ o proprietário pode fazer escavações, desde que não prive os prédios vizinhos do apoio necessário para evitar desmoronamentos ou deslocamentos de terra, porém, havendo danos, com as obras feitas, os vizinhos têm direito a ser indenizados pelo autor delas, mesmo que tenham sido tomadas as precauções necessárias (1348º);¹¹⁹ a limitação voluntária, mesmo lícita, aos direitos da personalidade é sempre revogável, mas implica a obrigação de indenizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte (81º);¹²⁰ a revogação do mandato pode implicar o dever de indenizar o mandatário ou o mandante (1172º).¹²¹

(art. 1367). É manifesto que todas as hipóteses referidas se reportam à responsabilidade civil extracontratual ou extra-obrigacional por facto lícito. Diversamente, quanto a um segundo grupo de situações, em que a obrigação de indemnizar se relaciona com o direito atribuído a um contraente de por termo ao contrato. Aqui, a responsabilidade por facto lícito qualifica-se como contratual ou obrigacional. Indicam-se, entre outros, os casos de denúncia do arrendamento para habitação do senhorio, revogação do mandato (art. 1172º) e de desistência do dono da obra na empreitada (art. 1229)” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 657-658).

¹¹⁵ São hipóteses mencionadas por CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, Vol. VIII. Coimbra: Almedina, 2020, p. 716.

¹¹⁶ “É lícita a acção daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo actual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro”.

¹¹⁷ “O proprietário de exame de abelhas tem o direito de o perseguir e capturar em prédio alheio, mas é responsável pelos danos que causar”.

¹¹⁸ “1. O proprietário não pode construir nem manter no seu prédio quaisquer obras, instalações ou depósitos de substâncias corrosivas ou perigosas, se for de recear que possam ter sobre o prédio vizinho efeitos nocivos não permitidos por lei. 2. Se as obras, instalações ou depósitos tiverem sido autorizados por entidade pública competente, ou tiverem sido observadas as condições especiais prescritas na lei para a construção ou manutenção deles, a sua inutilização só é admitida a partir do momento em que o prejuízo se torne efectivo. 3. É devida, em qualquer dos casos, indemnização pelo prejuízo sofrido”.

¹¹⁹ “1. O proprietário tem a faculdade de abrir no seu prédio minas ou poços e fazer escavações, desde que não prive os prédios vizinhos do apoio necessário para evitar desmoronamentos ou deslocamentos de terra. 2. Logo que venham a padecer danos com as obras feitas, os proprietários vizinhos serão indemnizados pelo autor delas, mesmo que tenham sido tomadas as precauções julgadas necessárias”.

¹²⁰ “1. Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública. 2. A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte”.

¹²¹ “A parte que revogar o contrato deve indemnizar a outra do prejuízo que esta sofrer: a) Se assim tiver sido convencionado; b) Se tiver sido estipulada a irrevogabilidade ou tiver havido renúncia ao direito de revogação; c) Se a revogação proceder do mandante e versar sobre mandato oneroso, sempre que o mandato tenha sido conferido por certo tempo ou para determinado assunto, ou que o mandante o revogue sem a antecedência conveniente; d) Se a revogação proceder do mandatário e não tiver sido realizada com a antecedência conveniente”.

O sistema de responsabilidade civil português é reconhecidamente um sistema fechado, sem a presença de uma cláusula geral ao estilo da brasileira e da italiana. Diante da falta de previsão expressa de uma noção como a de dano injusto contido em seu ordenamento, a doutrina portuguesa acorda que a antijuridicidade somente pode ser verificada na conduta ou no fato causador do dano, não se reconhecendo hipóteses de indenização para além das previstas expressamente pelo legislador.¹²² Por essa ordem de razão, se a conduta do agente causou dano, mas foi autorizada previamente pela lei, não se pode pensar em ato ilícito, e via de consequência não haveria que se falar em reparação, caso também não previsto pela hipótese fática.¹²³

1.2.2 A experiência italiana

O histórico da doutrina italiana com o tema, por outro lado, é muito mais rico e construtivo do que se verificou com a experiência portuguesa, em razão das profundas discussões encontradas na doutrina italiana condicionadas principalmente pela presença do conceito do *danno ingiusto*. No Código de 1942, a antijuridicidade foi recepcionada por intermédio da *ingiustizia del danno*, um dos requisitos contidos na norma positivada no art. 2043. Os autores destacam que, várias décadas após a promulgação do diploma civil, uma parcela significativa da doutrina jurídica italiana passou a interpretar que a injustiça não estava mais associada à conduta danosa, mas sim ao dano em si.

É a partir dos anos 1960 que a doutrina começa a dar maior atenção ao tema.¹²⁴ A estreita ligação entre responsabilidade e culpa levou, inicialmente, a doutrina italiana a relegar a questão ao campo das exceções em relação aos princípios gerais e a negar qualquer caráter sistemático. Essa escassa atenção parece residir na natureza anômala e excepcional (e, em

¹²² Ver, por todos, MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 505.

¹²³ Carlos Alberto da Mota Pinto ressalta que a situação é deveras excepcional, "mas não é, de forma alguma, contraditória"; e explica: "Pretende-se em tais casos compensar o sacrifício de um interesse menor valorado na composição de um conflito teleológico, porque uma prevalência absoluta e total do interesse oposto seria injusta (...). A actividade do agente é *secundum jus*, ao contrário do que sucede no acto ilícito em que um comportamento rebelde do agente lesa o interesse que o direito quer fazer prevalecer. Apesar do caráter conforme ao direito da actuação do sujeito, pareceu excessivo não dar à pessoa sacrificada uma reparação" (MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1986, p. 122).

¹²⁴ O estudo de Tucci, de 1967, começa com uma constatação: "A responsabilidade derivada de ato lícito não encontra na doutrina privatística uma tratativa ampla" (TUCCI, Giuseppe. *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*. *Rivista di Diritto Civile*, 1967, p. 229).

última análise, secundária) das previsões de responsabilidade por ato lícito.¹²⁵ Ou seja, salvo exceções, a civilística italiana abordou o tema no âmbito de estudos mais amplos sobre responsabilidade e, pelo menos inicialmente, predominantemente adotou uma abordagem negativa da figura como categoria geral, exceto quando utilizada descritivamente em casos específicos nos quais a lei, de forma totalmente excepcional, prevê a reparação de um dano.

1.2.2.1 A responsabilidade por ato lícito como figura autônoma. Sua excepcionalidade

Os primeiros casos reconhecidos de responsabilidade decorrentes do exercício de um direito se enquadram no âmbito das primeiras reflexões sobre a responsabilidade objetiva.¹²⁶

O primeiro contributo substancial para a construção de uma categoria autônoma abrangendo as "situações produtivas de uma indenização sem que exista uma obrigação violada"¹²⁷ deve-se a Scaduto e Rubino.¹²⁸ A construção da figura parte de uma crítica decidida à tendência de reconduzir a um dever violado e, portanto, ao ilícito, as hipóteses (típicas) de reparações de danos na ausência de uma antijuridicidade objetiva.¹²⁹

Assim, afirma-se, com base no direito positivo e derivando-a da análise de cada uma das previsões específicas, a existência jurídica da categoria *degli atti leciti dannosi*. A *ratio* das disposições individuais revelaria características comuns e um fundamento jurídico unitário, qual seja, a manutenção de um equilíbrio, em que não haveria subordinação dos interesses em jogo, reparando-se os danos ocorridos a um sujeito sem se impor previamente

¹²⁵ Seriam os casos de acesso à propriedade alheia para capturar o gado ou recuperar um objeto caído (art. 843), ou para o exercício da caça (art. 842), para colher seus próprios frutos caídos em propriedade alheia (art. 843), para perseguir a própria colmeia de abelhas (art. 924), ou seus próprios animais domesticados (art. 925); o descumprimento da promessa de casamento (arts. 79-81); a revogação da proposta contratual (art. 1328); a retirada do comércio da obra intelectual pelo autor (art. 2582); a rescisão do contrato de empreitada (art. 1671), do mandato (art. 1725) e da prestação de serviços (art. 2227).

¹²⁶ TUCCI, Giuseppe. La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile. *Rivista di Diritto Civile*, 1967, p. 229.

¹²⁷ RUBINO, Domenico. *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminare*. Milano: Giuffrè, 1939, p. 204. Nas palavras do autor, em língua estrangeira: "(...) abbiamo accenato alla esistenza, nel nostro ordinamento, di una categoria giuridica di fattispecie produttive di un risarcimento senza che preesista un obbligo il quale vengaviolato: e precisamente, senza che si abbia violazione di una delle specifiche obbligazioni preesistente all'illecito contrattuale, nè dell'obbligo preesistente all'illecito extracontrattuale (...)".

¹²⁸ SCADUTO, Giachino; RUBINO, Domenico. Illecito (atto) (Diritto moderno). In: D'Amelio Mariano. *Nuovo digi-gesto italiano*, v.6, 1938, p. 707.

¹²⁹ Ou seja, "(...) onde é admitida um ressarcimento, deve necessariamente existir um dever e um direito subjetivo (ou um interesse legítimo)" é considerada fruto de um rigor no argumento, "de um enrolar-se em uma petição de princípio", e está na base da ideia falsa de "excluir *a priori*, por falsos preconceitos, a categoria do ato lícito prejudicial, que é rigorosamente induzida pelos dados do direito positivo" (RUBINO, op. cit., p. 205, tradução nossa).

ao outro um dever.¹³⁰ Por meio do específico efeito jurídico atribuído ao ato lícito prejudicial, qualificável, de acordo com a abordagem proposta, como dano jurídico e obrigação de reparação, o ato lícito danoso seria, assim, conceitualmente equiparado às outras fontes da obrigação de reparação, ou seja, ao ilícito e à responsabilidade objetiva.¹³¹

De qualquer forma, seriam previsões excepcionais.¹³² E isso não tanto pelo fato de se conceber a responsabilidade mesmo diante da autorização legal à produção do dano, mas porque as previsões de atos lícitos danosos não apenas conectam a obrigação de indenizar a um ato lícito, mas tornam lícito um ato ilícito, vinculando-o, no entanto, à reparação dos danos. Dessa forma, na base da responsabilidade por danos autorizados estaria, portanto, um ato ontologicamente antijurídico, lesivo da esfera jurídica alheia, por vezes também culposos, do qual a norma elimina a antijuridicidade. Ou seja, as *fattispecie* regulamentariam atos que, sem a norma específica que os prevejam, seriam ilícitos perante o ordenamento, daí por serem previsões excepcionais.

No entanto, é outro o sentido em que tal excepcionalidade será então entendida pela doutrina subsequente. Assim, de acordo com uma ordem de ideias apenas parcialmente coincidente com o que foi visto até agora, De Cupis delinea os traços característicos da responsabilidade proveniente de atos lícitos como uma categoria autônoma de responsabilidade, referindo-se ao conflito entre direitos e à escolha do ordenamento jurídico de dar precedência a um interesse sobre outro, estabelecendo ao mesmo tempo consequências destinadas a compensar o sujeito do interesse sacrificado.¹³³ Haveria, nestes termos, um “dano legítimo”, ou seja, um “dano no sentido jurídico independentemente de sua

¹³⁰ Nas palavras do autor, em língua estrangeira: “Come dalla struttura delle singole fattispecie, così anche da ciascuna *ratio* singole norme è possibile enucleare un elemento comune: l'intento legislativo di comporre un conflitto d'interessi, particolarmente equilibrati, in modo da non subordinare del tutto l'uno o l'altro interesse, e da riparare i danni prodottisi per l'un subietto, senza far preventivamente gravare sull'altro un obbligo” (RUBINO, Domenico. *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*. Milano: Giuffrè, 1939, p. 206).

¹³¹ “Il vero è che in questo campo (...) il cammino da fare è ancora molto, e non solo da un profilo meramente sistematico. Volendo tentare un abbozzo riassuntivo, può prendersi come punto di riferimento la fattispecie normale e più complessa, costituita da un obbligo preesistente, da una colpa e da un danno economico (o morale, in quanto anche tale danno sia risarcibile o riparabile). a) Questa fattispecie produce sempre un risarcimento del danno ... b) Un risarcimento può aversi anche come effetto di una fattispecie più semplice della precedente, cioè anche in mancanza di una colpa (responsabilità obbiettiva), c) oppure in mancanza di un obbligo preesistente (atto lecito dannoso)” (Ibid, p.213).

¹³² “Le applicazioni della categoria sono al certo eccezionali: ma ciò non esclude che la categoria esista e che possano esserne delineati i caratteri generali” (Ibid, p. 206).

¹³³ Nas palavras do autor De Cupis, em língua estrangeira: “L'antigiuridicità, ripetiamo, è l'espressione della prevalenza accordata dal diritto ad un interesse oposto. Ma, aggiungiamo ora, può anche avvenire che il diritto consideri un determinato interesse degno di prevalere, preoccupandosi, d'altra parte, di stabilire conseguenza atte a compensare il soggetto dell'interesse sacrificato. Si verifica allora questa precisa situazione: il danno che colpisce l'interesse sacrificato dal diritto non è antigiuridico, e la reazione ad esso corrispondente non è una sanzione, per il semplice motivo che con essa il diritto inverte non già garantire la prevalenza di un interesse, ma, bensì, compensare il soggetto dell'interesse da esso stesso sacrificato” (DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Vol. I. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966, p. 20).

antijuridicidade”.¹³⁴ A reparação dos danos decorrentes de atos lícitos danosos teria a peculiaridade de que sua quantificação é deixada ao juízo equitativo da autoridade judicial.¹³⁵ A excepcionalidade da figura permanece: “o dano, o qual não seja contra *ius*, somente excepcionalmente assume sentido jurídico”; “não existem regiões para uma reação geral contra o dano não antijurídico”. A lógica, portanto, é oposta ao que foi afirmado por Rubino: para De Cupis, a lesão a interesses dignos de proteção não aparece, nesses casos, como um fenômeno antijurídico em si e recebe proteção do ordenamento jurídico apenas em casos excepcionais, como reflexo de uma escolha do legislador.

1.2.2.2 Premissas gerais para superação da excepcionalidade sobre a responsabilidade por ato lícito

As reflexões de Renato Scognamiglio fixaram as bases para a superação de uma leitura da responsabilidade por ato lícito em termos excepcionais.¹³⁶ Na essência, trata-se do abandono mais amplo do fundamento sancionatório da responsabilidade civil, o que permitiria uma construção conceitual desse tipo por meio de uma ressignificação da ideia de ressarcimento do dano como um meio técnico para atribuir a outros o dano, em resposta ao problema “não (...) tanto (...) de reagir com energia adequada ao dano decorrente do ato humano, que se alega ilícito, (...) mas sim de apresentar remédios adequados em relação ao dano como uma lesão a um bem protegido, e na medida em que assume tal relevância para o direito”.¹³⁷

Se deve a Pietro Trimarchi e ao método da análise econômica do direito uma contribuição adicional de natureza conceitual para o problema da responsabilidade por atos lícitos, e também para o afastamento de abordagens éticas e voluntaristas que tornavam inconcebível, salvo exceções motivadas por outras razões éticas, um modelo baseado na aplicação da obrigação indenizatória a um comportamento em conformidade com os preceitos jurídicos.

¹³⁴ DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Vol. I. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966, p. 20.

¹³⁵ Ibid, p. 17.

¹³⁶ SCOGNAMIGLIO, Renato. *Indennità. Novissimo digesto italiano*, Vol. VIII, Torino, 1962, p. 594.

¹³⁷ E conclui o autor: “E, conseqüentemente, o centro de gravidade da responsabilidade civil deve ser reconduzido precisamente ao dano, uma vez que representa o objeto da obrigação de ressarcimento” (Ibid, tradução nossa). O trecho correspondente na tradução é: “E che di conseguenza il baricentro della responsabilità civile va ricondotto proprio al danno in quanto rappresenta l’oggetto dell’obbligo di risarcimento”.

De acordo com essa abordagem, avança-se no método inovador análise dos custos enquanto enfatiza de maneira clara o problema que a responsabilidade civil busca resolver: identificar a quem deve ser atribuído o dano, se à parte causadora, à parte prejudicada ou a um terceiro responsável pelo ressarcimento.¹³⁸ Nessa problemática e pelo método proposto, não haveria espaço para considerações relacionadas à licitude ou ilicitude para determinar o escopo, tanto conceitual quanto operacional, da admissibilidade da responsabilidade civil.

Todavia, Pietro Trimarchi não aborda explicitamente o tema da responsabilidade por atos lícitos em seu estudo sobre risco e responsabilidade objetiva. Apesar de sua reconstrução poder ser considerada, até então, de certa forma excepcional em relação à trajetória de revisão do fundamento geral da responsabilidade civil e à inclusão, por meio dela, da responsabilidade por atos lícitos, a reorganização sistemática proposta parece ser idônea para explicar algumas das situações de atividades lícitas prejudiciais. Estas, geralmente consideradas como tal pela doutrina, referem-se aos casos de responsabilidade objetiva relacionados à condução de atividades que produzem risco.¹³⁹

Ainda segundo essa abordagem, o risco, como critério de imputação de danos atribuíveis, poderia explicar os casos mais relevantes de responsabilidade por atos lícitos. Evidentemente, o risco constitui um critério de imputação da responsabilidade não apenas fundamentado em bases objetivas (e alternativo à culpa), mas também desvinculado da antijuridicidade da conduta: na verdade, geralmente, as atividades para as quais vigora o critério do risco não apenas não são proibidas, mas são atividades que ultrapassam a esfera dos interesses individuais, sendo socialmente úteis.

As críticas dirigidas a esse modelo tratam principalmente em sua incapacidade de explicar as demais hipóteses de responsabilidade objetiva que não se inserem em uma atividade empresarial de risco.

1.2.2.3 Princípio da solidariedade social e responsabilidade por ato lícito

As reflexões de Stefano Rodotà se conectam tanto aos caminhos de superação da concepção sancionatória da responsabilidade quanto às considerações sobre o risco de Pietro

¹³⁸ TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milano: Giuffrè, 1961, p. 16.

¹³⁹ A abordagem do autor se centra na análise da responsabilidade objetiva pelo risco da atividade empresarial. Estes são os caminhos que se cruzam no plano da análise econômica do direito e as reflexões ali desenvolvidas sobre o fundamento e as razões da responsabilidade civil.

Trimarchi, levando a encontrar o fundamento da responsabilidade civil no princípio de solidariedade.

Embora também não haja uma abordagem explícita do problema da responsabilidade por atos lícitos, sua releitura da responsabilidade à luz do princípio da solidariedade proporciona uma contribuição adicional ao tema da responsabilidade por atos lícitos em geral. Na perspectiva dessa leitura proposta, propõe-se o abandono do critério da culpa como fundamento da responsabilidade. Assim, responsabilidade é compreendida aqui no sentido jurídico como "[a] imputação do dano com base em uma análise comparativa de interesses"¹⁴⁰ e não com base em um juízo de culpabilidade do comportamento do ofensor.

Essa é uma reflexão de natureza não apenas teórica, mas sugerida por uma abordagem historicizada que traz consigo a necessidade de superar as ficções e adaptações realizadas pela jurisprudência italiana para conciliar o ilícito culposos com as mudanças nas necessidades históricas. Em muitos casos, observa-se uma aplicação prática desvinculada do requisito da culpa,¹⁴¹ centrada não na avaliação da conduta do causador do dano, mas na vítima, ou melhor, nos interesses em jogo.

Igualmente confirmada é a relativização no sistema da responsabilidade civil da ilicitude e, conseqüentemente, a potencial inclusão, nesse sistema, do ato lícito danoso: o fundamento da responsabilidade civil não deve ser "procurado em referências extrajurídicas, como a justiça ou o interesse social; e tampouco (...) em um ato ilícito" mas "o fundamento da responsabilidade está em um fato jurídico, o fato danoso: um elemento unitário, portanto. Múltiplos, por outro lado, se revelam os critérios para proceder à imputação de tal fato a um sujeito determinado".¹⁴² Rodotà também chega à mesma conclusão para os casos de

¹⁴⁰ RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile: ristampa inalterata con prefazione di Guido Alpa*. Milano: Giuffrè, 2023, p. 74.

¹⁴¹ "Os novos casos de danos, por sua vez, muitas vezes se revelavam bastante resistentes a esse esquema, de modo que em relação a eles surgiam as seguintes possibilidades: ou manter inalterado o antigo princípio, excluindo qualquer compensação; ou tentar a aplicação do mesmo princípio por meio de ficções ou adaptações de outra natureza; ou procurar enquadrar as novas hipóteses em uma das previsões já consideradas excepcionais; ou tentar a construção de um esquema diferente, formalmente respeitador das características próprias das novas situações e capaz, portanto, de regulá-las de maneira mais abrangente" (Ibid, p. 18-19, tradução nossa). O texto em língua estrangeira é: "I nuovi casi di danneggiamento, dal canto loro, si rivelavano molto spesso irriducibili a questo schema, sì che rispetto ad essi si presentavano come possibili gli atteggiamenti seguenti: o mantenere fermo l'antico principio, escludendo ogni risarcimento. o tentare l'applicazione dello stesso principio attraverso finzioni o adattamenti di altro genere; o cercare di far rientrare le nuove ipotesi in una delle previsioni già considerate eccezionali; o tentare la costruzione di un diverso schema, formalmente rispettoso delle caratteristiche proprie delle nuove situazioni e capace, quindi, di disciplinarle in maniera più compiuta".

¹⁴² Nos dizeres do autor, em língua estrangeira: "Sembra essato ritenere che il fondamento della responsabilità civile non debba essere ricercato in riferimenti extragiuridici, come quello della giustizia o dell' interesse sociale; e neppure – ché questa davvero sarebbe una forzatura logica – in un atto illecito dal momento che la qualificazione dell'evento segue, e non preesiste al giudizio di responsabilità. A fondamento della responsabilità sta un fatto giuridico, il fatto danoso: un elemento unitario, dunque. Molteplici, invece, si riveleranno i criteri per procedere all'imputazione di tale fatto ad un soggetto determinato" (Ibid, p.78).

responsabilidade objetiva por meio do critério da solidariedade. Ao reduzir o risco ao plano meramente descritivo de alguns caracteres comuns a diferentes hipóteses normativas, uma vez que o único critério sistemático verdadeiro seria o cânone de solidariedade.

Nessa perspectiva, todos os critérios de imputação do dano, sejam eles baseados na culpa ou nos diversos critérios da responsabilidade objetiva, incluindo o risco, são reconduzidos a uma matriz solidarística. Todos parecem expressar os mesmos valores e o mesmo princípio de solidariedade, mostrando-se suscetíveis à aplicações analógicas e extensivas, com a culpa perdendo qualquer papel preeminente.

A teoria pautada no princípio da solidariedade dedica grande atenção ao dano,¹⁴³ de modo a evitar que danos relevantes sejam privados de um critério de imputação. Em tal contexto, essa chave de leitura parece se conectar com os danos derivados por atos lícitos.

1.2.2.4 A responsabilidade por ato lícito como figura não excepcional

À luz das reflexões de Rodotà, uma contribuição significativa dedicada explicitamente ao tema da responsabilidade por ato lícito é atribuída a Giuseppe Tucci. Prosseguindo no caminho de desvinculação conceitual da responsabilidade civil da culpa e do ilícito, o autor destaca que a responsabilidade por ato lícito não apenas pertence ao âmbito da responsabilidade civil, mas, dentro desse âmbito, constitui uma hipótese não excepcional, respondendo à mesma razão reparadora do dano injusto.¹⁴⁴

Em sentido oposto ao que sustenta De Cupis, para Tucci, a responsabilidade civil é principalmente uma reação ao dano injusto, e daí então, pode-se compreender também a

¹⁴³ Stefano Rodotà enxerga na referência ao dano injusto mencionado pelo artigo 2.043 do Código Italiano um *locus* de incidência do princípio da solidariedade. Nas palavras do autor: “(...) a solidariedade, em verdade, se especifica com referência ao momento do dano: e seria neste aspecto impróprio considerar que a previsão constitucional se exaure toda nesta referência, sem nada modificar em relação aos critérios para a determinação do mesmo dano ressarcível. Aquilo que se retira, de forma igualmente imediata, da norma constitucional, é a extrema amplitude das situações em relação às quais é possível falar de dano em sentido jurídico (...)” (RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile: ristampa inalterata con prefazione di Guido Alpa*. Milano: Giuffrè, 2023, p. 105, tradução nossa). E finaliza o autor: “A uma plena compreensão do sistema de responsabilidade civil, porém, somente se chega quando se considera que a concreta operatividade do princípio da solidariedade é ligada a um requisito previsto pelo art. 2.043: e este requisito é, justamente, a injustiça do dano” (Ibid, p. 107, tradução nossa).

¹⁴⁴ “Anche negli atti leciti dannosi si può ritenere che sussista un danno ingiusto, volendo con ciò indicare che il danno si sostanzia nella lesione di un interesse del danneggiato tutelato dall’ordinamento” (TUCCI, Giuseppe. La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile. *Rivista di Diritto Civile*, 1967, p. 264).

categoria dos atos lícitos danosos, pois o dano pode ser qualificado como injusto ainda que quando ocasionado por um ato permitido pela lei.

O autor avança que o dano ressarcível é “simplesmente aquele que se considera oportuno remover do patrimônio de um sujeito e imputar a outro”¹⁴⁵ e que sua identificação ocorre com base em uma avaliação complexa “(...) que considere a posição no ordenamento do interesse lesado, e ao mesmo tempo o processo de realização do evento danoso”: a imputação da responsabilidade postula, portanto, “uma ligação de várias naturezas entre um sujeito e a ocorrência do dano, com base na qual o ordenamento jurídico pode considerar justa a imputação”.¹⁴⁶

Tucci ressalta também que, somente com base na concepção sancionadora da responsabilidade civil, o exercício do direito pode adquirir uma função de causa de isenção da reparação-sansão semelhante àquela que exerce no âmbito penal e que a reparação pode muito bem ser o efeito jurídico de um ato lícito, pois representa apenas um meio jurídico de proteção da esfera subjetiva a contrapartida em dinheiro de um dano sofrido.¹⁴⁷

O autor critica àqueles que consideraram, na prática, a responsabilidade por ato lícito como uma figura excepcional,¹⁴⁸ pois torna-se evidente que a consideração da responsabilidade por ato lícito como uma figura meramente excepcional ainda estaria condicionada ao apego ao dogma de que a reparação é uma reação a um ato contrário ao direito.¹⁴⁹ Destaca que a afirmação desse caráter excepcional não teria apenas uma relevância teórica, já que dela decorreria, em termos práticos, uma proteção do interesse lesado que não é juridicamente necessária, mas vinculada à razões excepcionais de equidade e à escolha do legislador de considerar o ato lícito como pressuposto de uma compensação de natureza reparatória.

¹⁴⁵ TUCCI, Giuseppe. La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile. *Rivista di Diritto Civile*, 1967, p. 263. O texto em língua estrangeira é: “danno risarcibile è semplicemente quello che si ritiene opportuno rimuovere dal patrimonio di un soggetto e imputare ad un altro”.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Ibid. O texto em língua estrangeira é: “solo in base alla concezione sanzionatoria della responsabilità civile, l’esercizio del diritto può acquistare una funzione di causa di esonero del risarcimento-sanzione similea quella che esplica in sede penalistica (art. 51 c.p.). Avendo accertato invece che col risarcimento non si sanziona una condotta, questo può ben essere l’effetto giuridico di un atto lecito, poiché rappresenta soltanto un mezzo giuridico di protezione della sfera soggettiva (...) il corrispettivo in denaro di una diminuzione (...) súbita”.

¹⁴⁸ Ibid, p. 229. E ainda: “si può sostenere la responsabilità derivante da un atto lecito non è eccezionale, in quanto non deroga alla *ratio* dell’instituto della responsabilità civile. La sua particolarità risiede nel fatto che si riconosce ad un soggetto una situazione giuridica attiva, ma nello stesso tempo si protegge, sul piano del risarcimento ed in presenza di particolari elementi di fatto l’interesse di un altro soggetto, che la condotta lecita necessariamente lede. Di fronte alla specifica facoltà di agire, riconosciuta per superiori finalità dell’ordenamento al danneggiante, non sussiste una pretesa di contenuto opposto del danneggiato, ma soltanto un suo interesse, che l’ordinamento intende tutelare per ragioni diverse col risarcimento” (Ibid, p. 263).

¹⁴⁹ Ibid, p. 234. “(...) pur sempre condizionata dalla fedeltà al principio secondo cui il risarcimento costituisce la reazione ad un atto contrario al diritto”.

Superada a visão da excepcionalidade da responsabilidade por ato lícito danoso, dada a sua conformidade com a função reparadora e, ao mesmo tempo, solidarista da responsabilidade civil, sua característica peculiar seria identificada essencialmente na "tutela dos interesses do sujeito lícitamente prejudicado, pelo qual se garante a reparação do dano sofrido nos limites estabelecidos pelas normas individuais".¹⁵⁰ Sustentar a não excepcionalidade das hipóteses implica, de uma forma geral, a aplicação abrangente das disposições específicas de responsabilidade por ato lícito a casos análogos.

1.2.2.5 A responsabilidade por ato lícito em direção à atipicidade

Na mesma direção de Tucci, Pietro Perlingieri apresenta uma orientação que aborda a ideia da não tipicidade da responsabilidade por ato lícito, a partir de uma reinterpretação da responsabilidade civil em uma chave axiológica, fundamentada no art. 2043 do Código Civil italiano. Essa concepção, de acordo com a perspectiva apresentada por Rodotà, considera a responsabilidade como uma categoria unitária a qual se desagarra da caracterização de lícito ou ilícito da conduta do causador do dano, enquanto ganha destaque o interesse ou, melhor dizendo, os interesses envolvidos na situação prejudicial.

O pressuposto sobre o qual se fundamenta uma abertura desse tipo é a leitura unitária do fenômeno da responsabilidade civil baseada no reconhecimento da primazia da pessoa humana¹⁵¹ dentro dos valores protegidos pelo ordenamento jurídico e na centralidade do interesse do lesado no âmbito do julgamento de responsabilidade. Daí, a afirmação de que "a responsabilidade civil se baseia na injustiça do dano, tanto no caso de atividade ilícita quanto no caso de atividade lícita prejudicial",¹⁵² tendo como referência normativa o art. 2043 c.c., o

¹⁵⁰ TUCCI, Giuseppe. La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile. *Rivista di Diritto Civile*, 1967, p. 264. [Nella] "tutela degli interessi del soggetto lícitamente danneggiato, per cui si garantisce il risarcimento della lesione subita entro i limiti stabiliti dalle singole norme".

¹⁵¹ Segundo o autor, "Il sistema della responsabilità civile deve, cioè, muoversi in una prospettiva unitaria, coerente con il nostro ordinamento costituzionale, nel quale gli interessi non patrimoniali, in particolare gli interessi esistenziali della persona umana, esigono una tutela tanto in via preventiva (nella fase fisiologica di realizzazione), quanto nel momento patologico (ovverosia ogniqualvolta quegli interessi vengano lesi). Così l'art. 2043 e.e. assume valenza centrale" (PERLINGIERI, Pietro. La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento. *Rassegna di diritto civile*, Vol. 4, 2004, p. 1068). Segundo essa ideia, "(...) A tutela da pessoa humana não pode ser fracionada em isoladas *fattispecie* concretas, em hipóteses autônomas não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como problema unitário, dado seu fundamento representado pela unidade do valor pessoa" (Id. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 569).

¹⁵² No original: "la responsabilità civile si fonda sull'ingiustizia del danno, sia nell'ipotesi dell'attività illecita sia nell'ipotesi dell'attività lecita dannosa" (Id, op. cit., nota 152, p. 1066).

qual, segundo uma chave de leitura unitária, é interpretado como uma cláusula geral de valor primário e fundamentada, em uma perspectiva solidarística, no equilíbrio dos interesses e no julgamento do merecimento de tutela deles.¹⁵³ A abordagem crítica se centraliza na injustificada compreensão da tutela de interesses resultante da separação entre responsabilidade por ato ilícito e lícito. Essa distinção, segundo o autor, não seria meramente teórica, mas se reflete na limitação arbitrária da proteção de interesses dignos de tutela.

A imposição da lógica unitária da responsabilidade civil permite, segundo a interpretação proposta, reconhecer uma única resposta plausível ao dano injusto, seja ele decorrente de uma conduta lícita ou ilícita, ou seja, a reparação, “precisamente porque, independente da injustiça do dano, um ato lícito danoso, enquanto tal, exige sempre uma reparação, de modo que não pode deixar de se enquadrar no sistema de responsabilidade civil.”¹⁵⁴

Essa abordagem, ao destacar o interesse lesado e os instrumentos para sua proteção, confirma um esquema de interpretação da responsabilidade civil no qual os limites entre lícito e ilícito perdem seu valor dogmático como elementos, positivos ou negativos, constitutivos da tipificação ou de sua eficácia jurídica, tornando-se elementos do juízo de valoração de merecimento de tutela.¹⁵⁵

Perspectiva semelhante é a de Vincenzo Scalisi. A leitura, como mencionado, é claramente (e declaradamente) axiológico-prática: o critério para reordenar a responsabilidade é o do balanceamento dos interesses envolvidos a ser avaliado considerando a concretude de cada situação de dano individual.

Conforme essa interpretação, o elemento essencial à responsabilidade é, de fato, o dano e a sua injustiça, ou seja, a violação de um interesse protegido ou digno de proteção (e o que tal violação representa em termos de perda de uma utilidade atual ou mesmo potencial, ou

¹⁵³ “Si impone, cioè, una rilettura del sistema compiuta in una nuova prospettiva (che lo sprigioni dai preconcetti quali risarcimento-fatto illecito, da un lato e indennizzo-attività lecita dannosa, dall'altro), e men che meno esclusivamente patrimonialistica (secondo l'ingannevole identificazione della risarcibilità con la patrimonialità ex art. 2043 e.e., non più rispondente all'esigenza moderna)”. Ciò comporta maggiore rispetto degli interessi e dei valori in gioco e, in particolare, del profilo funzionale al quale le singole previsioni normative (codicistiche, di legislazione speciale e comunitarie) si collegano” (PERLINGIERI, Pietro. La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento. *Rassegna di diritto civile*, Vol. 4, 2004, p. 1063).

¹⁵⁴ *Ibid*, p. 1078.

¹⁵⁵ PERLINGIERI, Pietro. Riflessioni sul danno risarcibile per lesione di interessi legittimi. *Rivista Giuridica del Molise e del Sanio*, quadrimestrale diretta, 2004, p.118: “(...) che La problematica va allora rivista in chiave di rimedi. Occorre riconoscere quei rimedi necessari per la tutela degli interessi che sono appunto degni di essere protetti (...). È finita l'epoca della tassatività dei rimedi. Quando un interesse va tutelato occorre individuare nell'ambito dell'ordinamento – anche processuale – gli strumenti che lo possono realizzare”. E ainda, conforme afirmado em outra sede: “Uma vez considerada a personalidade humana como um interesse juridicamente protegido e relevante para o ordenamento, a responsabilidade civil se estende também a todas as violações dos comportamentos subjetivos nos quais pode se realizar a pessoa” (Id. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 766).

em termos de sacrifício de um valor da pessoa humana), que se revela injusta ao final de um juízo valorativo, realizado levando em consideração todos os interesses em jogo, concorrentes ou incompatíveis, envolvidos no evento prejudicial, incluindo também o interesse do autor do dano, e conduzido à luz do sistema jurídico e de todas as circunstâncias específicas do caso concreto.

Nessa perspectiva, destaca Vincenzo Scalisi, os casos de responsabilidade por ato lícito parecem ser caracterizados por uma particular intensificação do conflito aquiliano, que atinge “o ápice de sua problemática”:¹⁵⁶ aqui, “a atividade lesiva do agente se apresenta como uma expressão coerente e correta da posição de poder ou dever reconhecida a ele pelo ordenamento”.¹⁵⁷

No entanto, mesmo reconhecendo que a conduta do causador do dano não pode ser considerada desprovida de justificação, tampouco pode ser sustentado que a simples realização correta das faculdades inerentes ao ato autorizado ou o cumprimento seguro e exato do ato deve, por si só, ser indicativo de garantia de ausência ou falta de injusta lesão.¹⁵⁸

A problemática é assim reconduzida ao conflito de direitos em que existem mais direitos de igual relevância, todos capazes, em teoria, de encontrar uma expressão integral, mas com a impossibilidade prática de que todos sejam realizados e, portanto, com a consequente necessidade de que a realização de um leve ao sacrifício total ou parcial de um e dos outros.¹⁵⁹

O problema, então, da determinação da injustiça é resolvido, nesses casos, no “da instituição de uma ordem axiológica de prevalência entre as posições subjetivas opostas do agente e da vítima, através da identificação de critérios decisivos e resolutivos do conflito”.¹⁶⁰ E, então, na identificação dos necessários critérios de qualificação com base nos quais realizar a indispensável integração do interesse lesado no sistema de valores positivos do

¹⁵⁶ SCALISI, Vicenzo. Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile. *Rivista di diritto civile*, v. 1, 2004, p. 54.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Ibid: “(...) neppure può sostenersi che la semplice corretta realizzazione delle facoltà insite nell’atto autorizzato o il sicuro esatto adempimento dell’atto dovuto siano di per sé indici di garanzia di assenza o mancanza di ingiusta lesione”.

¹⁵⁹ Ibid, p. 54. O texto em língua estrangeira é: “(...) in cui si danno più diritti di uguale rilevanza e tutti in astratto capaci di trovare integrale esplicazione, ma con la impossibilità in fatto che tutti vengano realizzati e quindi con la conseguente necessità che la realizzazione dell’uno porti al sacrificio totale o parziale dell’uno e degli altri” (Ibid, p. 55-56).

¹⁶⁰ “(...) della istituzione di un ordine assiologico di prevalenza tra le contrapposte posizioni soggettive dell’agente e della vittima attraverso la individuazione di precisi critério decisori, risolutori del conflitto” (Ibid, p. 54).

ordenamento, com o objetivo de verificar a sua prevalência em relação ao interesse oposto do causador do dano como condição indispensável para sua reparação.¹⁶¹

A fonte para extrair interesses e critérios de injustiça é de natureza normativa: o sistema, questionado e explorado na totalidade e globalidade de seus valores e princípios, de seus padrões avaliativos, de suas regras e normas gerais, bem como de suas disposições específicas e eventuais, conforme é possível deduzir também da prática de implementação e adaptação do mesmo direito.¹⁶² Com a ressalva de que tais critérios não são determináveis *a priori* e de uma vez por todas, mas apenas *a posteriori*, deve-se levar em consideração a natureza específica dos bens e serviços afetados, a condição específica das partes envolvidas e a importância dos interesses subjacentes a toda situação.¹⁶³

1.2.2.6 A recondução da responsabilidade por ato lícito ao ilícito

Ao lado da tendência de afirmar a responsabilidade por ato lícito, encontram-se vozes contrárias à esse caminho. Algumas delas, autorizadas e recentes, afirmaram que "a qualificação dogmática incerta da figura",¹⁶⁴ reconduz, de acordo com as visões da doutrina

¹⁶¹ SCALISI, Vicenzo. Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile. *Rivista di diritto civile*, v. 1, 2004, p. 51. E remata o autor: "O sistema é o critério último para a decisão de todo e qualquer efeito jurídico e, portanto, a injustiça, como fonte necessária e causa direta do surgimento da obrigação de reparação, só pode se apresentar como resultado obrigatório de uma avaliação realizada levando em consideração todos os interesses em jogo, concorrentes ou incompatíveis, envolvidos no evento prejudicial, incluindo também o interesse do autor do dano" (Ibid, p. 50, tradução nossa). O texto em língua estrangeira é: "Il sistema è il criterio ultimo di decisione di ogni effetto giuridico e perciò l'ingiustizia, quale necessaria fonte e causa diretta dell'insorgere dell'obbligo risarcitorio ... non può che proporsi quale esito obbligato di un giudizio valutativo effettuato tenendo conto ... di tutti gli interessi in gioco, concorrenti o incompatibili, coinvolti dall'evento lesivo, tra cui anche l'interesse dell'autore del danno".

¹⁶² "(...) il sistema, interrogato ed esplorato nella totalità e globalità dei suoi valori e principi, dei suoi standards valutativi, delle sue regole e norme generali, come pure delle sue disposizioni particolari e casuali, quali è possibile desumere anche dalla prassi attuativa e adeguatrice dello stesso diritto" (Ibid, p. 54).

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ ALPA, Guido. *Tratato di diritto privato*. Responsabilità Civile. Milano: Giuffrè, 1999, p. 353. E ainda a posição de BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la responsabilità*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 2021, p. 540, para quem, em língua estrangeira: "La responsabilità da atto lecito designa gli obblighi legali di indennizzo derivanti da fatti dannosi non vietati dall'ordinamento giuridico. (...) Questi fatti si caratterizzano essenzialmente per l'assenza di anti-giuridicità e per la loro conseguente liceità. (...) L'idea di una 'responsabilità' da fatto lecito appare intimamente contraddittoria, in quanto il compimento di un atto autorizzato dalla legge non giustifica alcuna conseguenza in termini di responsabilità, che è nozione essenzialmente attinente all'illecito. (...) Fondamento della c.d. responsabilità da atto lecito è l'esigenza che l'esercizio di un diritto comporti la compensazione delle conseguenze economiche negative subite da altri in conseguenza di tale esercizio". Analogamente é a posição de Carlo Maiorca, que "appare chiaro che il corrente assunto di una possibile responsabilità da atto lecito sia una contraddizione in termini. In tale prospettiva vengono in considerazione fattispecie nelle quali è previsto, come onere per l'uso di un certo diritto, il pagamento di una 'indennità', la quale nulla ha a che vedere con il

mais tradicionais, a indenização do dano causado por um ato lícito à disposições normativas expressas, “em que a parte prejudicada é obrigada a suportar o dano, mesmo que seja reconhecido um paliativo, ou seja, uma indenização. Em todos os outros casos não expressamente disciplinados pelo legislador, o exercício do direito não acarreta nenhum dano juridicamente relevante”.¹⁶⁵

Há autores que ao negarem a admissibilidade da categoria têm associado ao ilícito civil tanto as situações específicas previstas pela lei quanto, mais geralmente, a própria questão da responsabilidade por ato lícito. Essas últimas interpretações parecem de particular interesse para esta pesquisa, pois, embora cheguem a negar essa categoria, simultaneamente também privilegiam sua atenção para a fronteira entre lícito e ilícito, o que permite identificar uma abordagem diferente para a proteção dos direitos nos casos de lesões geradas pelo exercício de poderes alheios.

Em particular, a recusa da categoria dos atos lícitos danosos e da correspondente responsabilidade por ato ou fato lícito é evidente nos trabalhos de Giovanni Torregrossa e Massimo Franzoni. Nos escritos de Torregrossa, a não aceitação da categoria de responsabilidade por ato lícito é totalmente centrada na reafirmação dos conceitos tradicionais que há muito tempo estavam em debate: por um lado, tal recusa decorre da "incompatibilidade lógica e jurídica" entre responsabilidade por danos e "exercício do direito", concebido dogmaticamente como agir lícito;¹⁶⁶ por outro lado, acompanha o entendimento pela afirmação da concepção responsabilidade-culpa-antijuridicidade e da injustiça, entendida como violação de direitos subjetivos e não apenas de interesses, distintos dos direitos, dignos de merecimento de tutela por parte do ordenamento jurídico, como estava sendo afirmado naquele período pela doutrina.¹⁶⁷

A abordagem teórica é a de que a denominada responsabilidade por atos lícitos teria uma "incompatibilidade terminológica". As diferentes hipóteses típicas são vistas como casos de absoluta prevalência de um direito sobre o outro na perspectiva de agir lícitamente. Portanto, as indenizações previstas pelo legislador não dizem respeito ao exercício legítimo, mas seriam verdadeiras indenizações por ato ilícito, ou seja, por danos causados além da

‘risarcimento del danno’ nella prospettiva della responsabilità civile” (MAIORCA, Carlo. *I fondamenti della responsabilità*, Milano: Giuffrè, 1990, p. 462).

¹⁶⁵ ALPA, Guido. *Tratato di diritto privato*. Responsabilità Civile. Milano: Giuffrè, 1999. O texto em língua estrangeira é: “nelle quali il danneggiato è costretto a subire il danno, anche se gli si riconosce un palliativo, cioè un indennizzo. In tutti gli altri casi non espressamente disciplinati dal legislatore, l’esercizio del diritto non comporta alcun danno giuridicamente rilevante”.

¹⁶⁶ TORREGROSSA, Giovanni. *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano: Giuffrè, 1964, p. 194.

¹⁶⁷ Como afirma, por exemplo, RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile: ristampa inalterata com prefazione di Guido Alpa*. Milano: Giuffrè, 2023.

autorização normativa. Na verdade, quando haveria "um conflito entre o comportamento de quem causa o dano e o direito subjetivo do prejudicado (...) é necessário concluir pela ilicitude do próprio comportamento".¹⁶⁸ Dessa forma, essa leitura chega a refutar que a indenização possa assumir uma função equitativa nesses casos. Desse modo, o autor chega a negar implicitamente o princípio de tipicidade dos danos indenizáveis causados por agentes no exercício de seus próprios direitos, pois se trata de danos por atos ilícitos, o que então necessariamente seriam reconduzidos à cláusula geral de responsabilidade civil italiana.

Essa linha de pensamento também é compartilhada, na conclusão, por Massimo Franzoni, que associa a figura ao sistema das fontes da obrigação (conforme o art. 1173 do *Codice Civile*) ao ato ilícito.¹⁶⁹ No entanto, o marco teórico inicial é completamente diferente de Torregrossa e adere às revisões críticas mais atuais do ilícito civil, de seus traços essenciais e de suas funções, agora desvinculados tanto da antijuridicidade quanto da culpa, sendo coessenciais apenas ao dano injusto, entendido aqui como a lesão de um interesse digno de proteção de acordo com o ordenamento jurídico. Assim, na perspectiva adotada, é a injustiça do dano e não um atributo da conduta lesiva que serve como critério para selecionar o dano indenizável.¹⁷⁰

Portanto, nessa perspectiva, não há mais as incongruências sistemáticas da categoria de responsabilidade pelo ato lícito: o conceito de responsabilidade civil adotado poderia muito bem suportar a figura. No entanto, não se encontra nela o fundamento, mas, de acordo com o que já fora sustentado por Torregrossa, não parece correto atrair para a esfera do lícito "um comportamento e todas as suas consequências, apenas pelo fato de uma norma autorizar expressamente o comportamento."¹⁷¹

Dessa maneira, muda-se a maneira de entender a fronteira entre lícito e ilícito. Esta não reside tanto na conduta e, portanto, na sua juridicidade ou antijuridicidade. A diferença crucial residiria no resultado: "uma vez admitida a existência de um poder excepcional

¹⁶⁸ TORREGROSSA, Giovanni. *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano: Giuffrè, 1964, p. 201.

¹⁶⁹ FRANZONI, Masimo. *L'illecito. Trattato della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 1251. Nas próprias palavras do autor, em língua estrangeira: "Ai nostri fini l'indagine su questa figura merita attenzione, poiché, nel sistema delle fonti (art. 1173 c.c.), questa potrebbe trovare collocazione nel fatto illecito, oppure negli altri fatti fonte di obbligazione secondo l'ordinamento giuridico; ciò dipende dalla qualificazione degli elementi che compongono la fattispecie".

¹⁷⁰ *Ibid*, p. 45. Como exemplo, o autor cita que, em língua estrangeira: "È legittimo il comportamento del proprietario che recupera le cose proprie e gli animali nel fondo altrui, mas nel contempo è illecito il medesimo comportamento, ed è fonte di responsabilità civile, qualora quello stesso comportamento cagioni danno al vicino. È ben vero che con queste norme è stata legittimata una certa condotta sul presupposto di un certo bilanciamento di interessi compiuto dal legislatore, tuttavia questa legittimazione non va oltre lo scopo della norma. Il danno cagionato da quella condotta, dunque, è fonte di responsabilità, perchè costituisce un illecito, poco importa se vi sai o non vi sai riprovevolezza nell'esercizio del diritto" (*Ibid*, p. 1251-1252).

¹⁷¹ *Ibid*, p. 1251. "L'ambiguità della figura origina dal fatto che non si può considerare lecito um comportamento e tutte le sue conseguenze, per il solo fatto che una norma espressamente lo autorizza".

atribuído a um sujeito, posteriormente deve-se avaliar o uso feito pelo sujeito. A avaliação em termos de ilicitude não deve ser realizada em relação à existência do poder de agir, previsto por lei, mas sim com base no resultado final da ação".¹⁷² Portanto, é o dano injusto, ou seja, a lesão a um interesse protegido, que determina a atração para a esfera do ilícito nos casos chamados de responsabilidade por ato lícito.

Nessa perspectiva, afirma-se uma legitimidade que "não vai além do propósito da norma", pois é fundamentada "na suposição de um certo equilíbrio de interesses realizado pelo legislador". A solução do conflito não poderia ultrapassar o que é expressamente previsto, "com a consequência de que, na ocorrência de um dano lesivo a um interesse diferente e não disciplinado pela norma, deve-se admitir a compensação integral".¹⁷³

Todos os casos tradicionalmente definidos como atos lícitos prejudiciais, "quando o seu exercício seja causa de um prejuízo econômico", são reinterpretados como "atos ilícitos comuns, em relação aos quais, por vezes, está previsto um ressarcimento de valor mais limitado".¹⁷⁴ O resultado ilícito do evento não é prejudicado nem mesmo pela "diferença na extensão do dano causado em comparação com o que deve ser compensado", que é encontrada nos casos típicos: nessas disposições, o excepcional não é "a responsabilidade por ato lícito danoso, mas sim a previsão de uma indenização (...) já que a regra é o ressarcimento integral do dano". Daí, e nesse novo sentido, a afirmação da taxatividade dessas figuras, já que não contemplam indenização integral.¹⁷⁵

1.2.2.7 A recondução da responsabilidade por ato lícito ao abuso do direito

Uma parte da doutrina italiana tentou explicar certas hipóteses de chamada responsabilidade por ato lícito, aquelas relacionadas a relações contratuais, recorrendo à

¹⁷² FRANZONI, Masimo. *L'illecito. Trattato della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 2010. O texto em língua estrangeira é: "Una volta ammessa l'esistenza di un potere eccezionalmente attribuito ad un soggetto, successivamente deve valutarsi l'uso fattone dal soggetto. La valutazione in termini di illiceità non va effettuata con riguardo alla sussistenza del potere di agire, previsto per legge, bensì sul risultato ultimo dell'azione".

¹⁷³ Ibid, p. 1255.

¹⁷⁴ Ibid, p. 1253.

¹⁷⁵ "Le considerazioni appena ricordate sulla natura dell'illecito portano a ritenere che eccezionale non sia la responsabilità da atto lecito danoso, bensì la previsione di una indennità in siffatte ipotesi, posto che la regola è il risarcimento integrale del danno. Pertanto, è corretta l'opinione di chi afferma essere tassativa la previsione legale di queste figure, posto che contemplano soltanto un indennizzo e non un risarcimento integrale". E conclui o autor: "In conclusione, tutti i casi definiti tradizionalmente come atto o fatto lecito danoso, quando il loro esercizio sai causa di un pregiudizio economico, costituiscono comuni fatti illeciti, rispetto i quali, talvolta, è previsto un risarcimento di un importo più limitato, con la previsione di un indennizzo" (Ibid, p. 1255).

figura (que estabelece a mesma antinomia fundamental entre o exercício do direito e o dano) do abuso do direito e à violação dos deveres de boa fé.¹⁷⁶

O abuso evidencia, em contraposição a uma conformidade aparente com a lei, a violação dos limites funcionais, objetivamente considerados, relacionados ao poder da autonomia privada: "O não exercício ou o uso segundo critérios diferentes daqueles impostos pela natureza da função pode ser considerado abuso em relação a esse poder".¹⁷⁷ Isso ocorre seja sob a forma de alteração do fato causal que repercute na estrutura do ato em si, seja sob a forma de conduta contrária à boa fé ou de alguma maneira prejudicial à boa fé alheia:¹⁷⁸ se explicariam assim o dever de indenização relacionados, por exemplo, à quebra da promessa de casamento, à revogação da proposta contratual, à rescisão do contrato de empreitada ou mandato.¹⁷⁹ O exercício abusivo de um direito determinaria, no conflito entre os direitos, uma situação de ilicitude, estabelecendo, assim, a obrigação de reparação.¹⁸⁰

A tentativa de resolver, por meio da noção de abuso do direito, a questão da responsabilidade por ato lícito, que nunca foi estendida a toda a categoria, foi posteriormente abandonada durante reflexões subsequentes.

O debate sobre o abuso do direito permitiu, além de abordagens funcionalistas, destacar a existência de limites gerais inerentes à autonomia privada e ao exercício das situações jurídicas. Esses limites decorrem do conflito com outros direitos e são fundamentados, de acordo com as interpretações mais recentes, nos princípios gerais do ordenamento jurídico, de modo que ao lado da identificação de deveres de proteção nas diferentes fases da relação jurídica, surgiu a afirmação de um controle sobre a autonomia privada realizado por meio da comparação entre os interesses conflitantes e da avaliação da proporcionalidade entre os benefícios buscados pelo titular do direito e os sacrifícios impostos à outra parte.

Embora o abuso do direito e a responsabilidade por ato lícito tenham seguido caminhos distintos, as questões parecem de alguma forma manter pontos de interferência e contato, pelo menos no plano teórico, no problema fundamental da fronteira entre o exercício do direito e o ilícito. Isso porque evidencia como o conflito entre interesses opostos está perdendo sua chave de resolução na composição realizada pela lei com a atribuição de um

¹⁷⁶ Conforme ROMANO, Salvatore. Abuso del diritto. *Enciclopedia del diritto*, Vol I. Milano: Giuffrè, 1958, e Id. *La buona fede nel diritto privato*, Milano: Giuffrè, 1959. E ainda: RESCIGNO, Pietro. L'abuso del diritto. *Rivista di diritto civile*, 1965, p. 263.

¹⁷⁷ ROMANO, op. cit., p. 828-829.

¹⁷⁸ Ibid, p. 828.

¹⁷⁹ Situações que são reconduzidas por outros autores à figura do ato lícito.

¹⁸⁰ Ver: RESCIGNO, Pietro. *L'abuso del diritto*, Bologna: Mulino, 1998.

direito ou poder. As tendências atuais mostram que o exercício lícito do direito não se define mais, em termos abstratos e formais, considerando o equilíbrio entre posições opostas operado pela lei, mas se especifica concretamente, à luz dos deveres constitucionais de solidariedade e respeito aos direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos. Esses deveres emergem também no direito privado como limites adicionais e inerentes ao exercício dos poderes jurídicos.

1.2.2.8 A recondução da responsabilidade por ato lícito ao enriquecimento sem causa

Uma observação conclusiva deve ser feita a respeito de uma tentativa adicional de enquadrar o ato lícito prejudicial fora dos limites da responsabilidade, evidenciando, por um lado, a ampla percepção de um problema de reparação dos interesses prejudicados por atividades lícitas e, por outro, a dificuldade de resolver o problema fora dos trilhos da responsabilidade. A referência é ao enquadramento do dano por ato lícito por meio da invocação do instituto do enriquecimento sem causa, regulamentado pelo artigo 2.041 do *Codice*.¹⁸¹

Segundo a proposta de reconstrução, o enriquecimento injustificado seria a base de todas as previsões típicas de atos lícitos prejudiciais, e, na ausência de uma norma explícita regulamentando o conflito, poderia ser invocado como um princípio geral adequado para fundamentar a obrigação de reequilíbrio das posições em conflito (por meio da *actio de in rem verso*). Com isso, cairia toda a questão de tipicidade na proteção dos direitos em face de atos lícitos prejudiciais.

Em apoio a essa tese, é apresentado o fundamento ético comum, derivado da justiça substancial, da proteção contra danos causados por ato lícito e da ação de enriquecimento. Esta última, em particular, "visa principalmente evitar o empobrecimento do prejudicado"¹⁸² e encontra sua base "na necessidade de reparar um desequilíbrio que se manifestou sem fundamento adequado de justiça".¹⁸³

¹⁸¹ Que possui a seguinte redação: "Aquele que, sem uma justa causa, enriqueceu à custa de outra pessoa é obrigado, dentro dos limites do enriquecimento, a indenizar esta última pela correspondente diminuição patrimonial". O texto em língua estrangeira é: "chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale".

¹⁸² TRABUCCHI, Alberto. Arricchimento. *Enciclopedia del diritto*, Vol. III. Milano: Giuffrè, 1968, p. 64.

¹⁸³ Ibid, p. 67.

Evidente é a distância dessa abordagem em relação a uma interpretação sob a ótica da responsabilidade civil ou do abuso do direito. Com o enriquecimento, não se chegaria a compensar um dano, mas sim a desfazer os efeitos de uma transferência patrimonial sem causa. Essa construção, embora busque fornecer uma resposta às demandas de proteção geradas por atos lícitos prejudiciais, está sujeita a várias objeções.

Uma primeira objeção se relaciona ao plano teórico, no qual não se encontra uma explicação clara do porquê o exercício de um direito não pode ser considerado uma causa justificadora do enriquecimento de um sujeito em prejuízo de outro. Outras objeções dizem respeito às repercussões práticas, e aqui, uma primeira diz respeito ao âmbito de aplicação do enriquecimento. Em nem todas as hipóteses da chamada responsabilidade por ato lícito, encontram-se os elementos que fundamentam a ação de enriquecimento. Em particular, apenas em alguns casos a lesão à esfera do prejudicado corresponde ao enriquecimento do causador do dano.

Uma segunda objeção se refere aos limites do conteúdo da ação restitutória. A ação com base no artigo 2.041 *Codice* está relacionada não apenas ao empobrecimento de uma esfera jurídica, mas também está limitada ao enriquecimento da outra parte, entendido estritamente no sentido patrimonial. A falta de correspondência entre reparação e dano parece, no entanto, desprovida de justificativa exatamente no plano equitativo no qual se pretende colocar a aplicação do enriquecimento sem causa à chamada responsabilidade por ato lícito. Isso ocorre especialmente quando a coletividade se beneficia do dano, muitas vezes através de benefícios não quantificáveis economicamente e, portanto, inadequados para fundamentar a ação de enriquecimento.

1.3 Análise crítica dos entendimentos estrangeiros apresentados e sua contribuição para o sistema brasileiro

Diante da análise das experiências portuguesa e italiana sobre os principais caminhos do ato lícito prejudicial, surge uma linha dominante e característica: a percepção dele como um problema, e não apenas como um problema relacionado à interpretação de hipóteses específicas, mas como um problema geral. Essa percepção está vinculada à rejeição da ideia, de natureza formalista, de que a disciplina estabelecida pela lei para equilibrar os interesses

por meio da previsão de direitos e deveres seja adequada para evitar que o exercício do direito de um sujeito possa resultar na lesão (juridicamente relevante) do direito de outro sujeito.

O alto grau de conflitualidade das situações jurídicas, a frequente agressão aos direitos da pessoa no âmbito de atividades novas e lícitas que apresentam perfis por vezes inéditos e risco (pense-se nos atuais conflitos entre evolução tecnológica e direitos à privacidade e à saúde, que o critério do risco serve apenas parcialmente como parâmetro de imputação de responsabilidade), e o contínuo surgimento de novos interesses e valores elevados, em um clima de sensibilidades jurídicas e culturais mais aguçadas em relação aos direitos, contribuem para a crise de um sistema fechado, de relações moldadas pelo rigor da letra da lei formal.

Daí o surgimento do dano relacionado ao conflito entre direitos e, na ausência de legislação específica, a predominante abordagem da questão no contexto de uma responsabilidade civil atualmente conceitualmente ancorada não na punição do comportamento ilícito, mas sim na reparação do dano injusto,¹⁸⁴ ou seja, na lesão de um interesse digno de proteção, independentemente da antijuridicidade da conduta do causador do dano. Na verdade, diante desse conflito, o que emerge é a redefinição da fronteira do lícito, que parece se delinear concretamente em relação à dinâmica dos interesses em jogo, em vez de se basear em composições normativas abstratas.

Dessa forma, afirma-se a ideia de que o exercício de um direito, assim como o cumprimento de um dever, por si só não justifica a lesão dos interesses alheios. Portanto, tal lesão, quando se apresenta como merecedora de proteção, gera uma obrigação de reparação. O que se dilui nessa situação é a fronteira entre lícito e ilícito e a própria diminuição da relevância da questão.¹⁸⁵

Falar de ilicitude, nessas situações, em que uma vez que a lesão de interesses merecedores de proteção não pode ser compreendida no âmbito dos poderes reconhecidos pelo ordenamento, ou quando se afirma um princípio de responsabilidade por ato lícito, ou ainda, simplesmente ao falar de responsabilidade civil entendida como abrangendo o lícito e o ilícito, são variações lexicais sobre um tema comum e compartilhado principalmente na doutrina italiana e brasileira: o reconhecimento *prima facie* da injustiça do dano na presença

¹⁸⁴ O texto em língua estrangeira é: "(...) la funzione della responsabilità civile è quella di reagire al danno ingiusto, e non di reprimere una condotta anti-giuridica" (FRANZONI, Massimo. *L'atto lecito danoso. Le obbligazioni*. Torino: Utet, 2005, p. 622).

¹⁸⁵ Assim, por exemplo, observa Carlo Castronovo: "A lesão aos direitos alheios, se realmente existir, não pode deixar de ser anti-jurídica", acrescentando, no entanto, que "talvez não seja anti-jurídica quando está associada a um elemento adicional capaz de justificá-la", abrindo assim um espaço problemático para o conflito entre direitos entre vários sujeitos (CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 2006, p. 20).

de uma lesão que, à luz de um equilíbrio concreto dos interesses em conflito conduzido de acordo com o ordenamento jurídico, pareça intolerável.

É claro, no entanto, que as diferentes opções teóricas não estão isentas de implicações práticas: a injustiça do dano por si só pode não justificar, se a responsabilidade pelo ato lícito danoso for atribuída ao ilícito, a imputação da responsabilidade, devendo, além do nexos causal, existir também a culpa, ou outro critério de imputação. Mesmo em relação à necessária fundamentação culposa da obrigação de reparação, estabelecida pela maior parte dos ordenamentos e ainda proclamada na teoria e na prática aplicativa, é preciso considerar a abordagem pragmática da jurisprudência que a relativiza, quando não a supera na prática por meio de ficções jurídicas (como presunções e inversões do ônus da prova), conforme destacado por Castronovo ao representar o diálogo entre norma, linguagem e realidade do sistema de responsabilidade civil.¹⁸⁶

O impasse da culpa, ou a busca por outro critério de imputação, é superado nas abordagens que, mesmo incluindo a situação do ato lícito prejudicial na responsabilidade civil de forma unificada, preservam suas especificidades, destacando especialmente a delicadeza do equilíbrio dos interesses: nas situações em que a atividade danosa constitui a "explicação coerente e correta" de um poder ou dever "o conflito aquiliano atinge o ápice de sua complexidade",¹⁸⁷ e exige uma consideração especial não apenas em relação à concretude do conflito, mas também ao sistema e à juridicidade do padrão de avaliação adotado pelo intérprete.

Portanto, na lacuna entre as perspectivas teóricas e o âmbito de atividades novas que geram um contínuo surgimento de novos interesses e valores a serem tutelados, o que parece ser claramente extraído do debate civilista, independentemente das diferentes abordagens, é, por um lado, uma visão da responsabilidade civil não limitada ao ilícito tradicionalmente entendido e, ao mesmo tempo, uma leitura funcional da situação contemporânea do dano na perspectiva da comparação concreta dos interesses em conflito.¹⁸⁸

Essa é uma conclusão deliberadamente antiformalista que, para além das noções e em contraposição às dificuldades de ordem classificatória, insiste hoje na necessidade de reconsiderar as questões de proteção em termos de remédios, reconduzindo a responsabilidade civil a uma perspectiva, precisamente, remediativa do dano merecedor de tutela. E

¹⁸⁶ CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 2006, p. 284-285.

¹⁸⁷ SCALISI, Vicenzo. Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile. *Rivista di diritto civile*, v. 1, 2004, p. 54.

¹⁸⁸ RUSSO, Tommaso Vito. La responsabilità da atto lecito dannoso. In: RUBINO, Domenico. *A cura di Pietro Perlingieri e Stefano Polidori*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 654.

entregando-a, assim, a uma abordagem que permite, por meio do equilíbrio dos interesses conduzido na perspectiva do ordenamento jurídico, de superar as barreiras tradicionais dos institutos e a rígida concepção das categorias jurídicas próprias do formalismo, por meio da atenção aos efeitos das ações individuais, e "estabelecer um diálogo constante entre posições substantivas e meios de proteção", sem, no entanto, legitimar abordagens unilaterais, muito menos empiristas, ou substituir a objetividade das normas.

Assim, pode-se afirmar, até o momento, que nem todos os atos lícitos são iguais, inócuos e indiferentes em relação a terceiros. Reconhece-se que os atos lícitos podem ser de três tipos: os que não produzem consequências jurídicas¹⁸⁹ prejudiciais para terceiros (e são a maioria - que não significa dizer que são desprovidos de qualificação jurídica); os que, diversamente, são idôneos a produzir consequências prejudiciais na esfera de terceiros, e; os atos lícitos que são idôneos a produzirem consequências prejudiciais merecedoras de tutela nos confrontos com interesses de terceiros, sobre os quais recaem inicialmente os efeitos do ato. Nesse último caso o dano, se merecedor de reparação, deverá ser tutelado mediante uma indenização que seja suficiente para reestabelecer o equilíbrio de interesses em jogo. “Entre a área do ilícito e a área do lícito emerge assim um *tertium genus*, constituído pelo lícito relevante”.¹⁹⁰

Fato é que nem mesmo a doutrina que sustenta a concepção de que a ilicitude deva residir no dano, e não na conduta do ofensor, consegue dar uma explicação conceitualmente coerente em torno da qualificação dos danos indenizáveis que são autorizados pelo legislador. Como visto, os autores que se baseiam na ideia de que mesmo nos casos de danos causados por atos lícitos, esses danos só seriam indenizáveis caso se reconhecesse a sua injustiça, a partir de uma ponderação dos interesses envolvidos. Contudo, não se pode concordar com tal premissa.

Nas hipóteses de indenização dos danos causados por atos lícitos, pode-se dizer que não há interesses contrários ao Direito, exatamente porque a previsão hipotética do dano vem inserida em norma permissiva. Nesses casos, os danos provocados não violam valores e interesses protegidos pelo ordenamento jurídico. Ao revés, o próprio legislador, através de um juízo de valor prévio feito em abstrato, autoriza a realização desses danos, impondo um sacrifício a terceiros, o que determinará o surgimento do dever de indenizar. Não se pode,

¹⁸⁹ A ausência de consequência jurídica não pode ser confundida com a irrelevância do fato jurídico. Ilustrativamente, afirma-se que não existe “fato que não receba uma valoração expressa ou implícita no âmbito do ordenamento” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 640).

¹⁹⁰ MAZZOLA, Marcello Adriano. *Responsabilità Civile da atti leciti danosi*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 77.

portanto, considerar dano injusto todo aquele acontecimento que o ordenamento jurídico caracterize por tolerável, mas demande sua indenização. Assim, o argumento de que danos causados por atos lícitos, quando indenizáveis, seriam qualificados igualmente como danos injustos, não parece refletir um ideia conceitualmente legítima. A renúncia à injustiça do dano nessas circunstâncias específicas resulta em uma clara quebra sistêmica, baseada na sua indenizabilidade. Mesmo os fatores de atribuição clássicos, como a culpa e o risco, parecem não dar conta da justificação dessa rara categoria indenizatória.

Ganha relevo, nesse cenário, a figura do dano legítimo, ou seja, um dano no sentido jurídico independentemente de sua antijuridicidade (injustiça), conforme cunhado por De Cupis. A injustiça do dano é uma construção artificial da doutrina a fim de circunscrever os casos os quais o dano possa ser considerado injusto, no intento de dar rigorosa aplicação aos eventos danosos passíveis de indenização. No entanto, percebeu-se como até mesmo o dano desprovido de antijuridicidade (injusto) pode ter relevância para o direito.¹⁹¹ Enfatiza-se, nesta direção, um aspecto muito importante para delinear os limites da responsabilidade civil moderna, cujo caráter sancionatório fica totalmente de lado: o que modernamente reclama a justa atenção ao problema da responsabilidade civil é a oportunidade de conferir reparação ao dano merecedor de tutela, que não é somente o dano qualificado como injusto, não obstante a injustiça do dano ser a regra do nosso sistema.

De Cupis se refere aos tantos e variados casos de atos lícitos danosos previstos pelo legislador no *Codice Civile*, quando não é solicitado que o dano seja injusto, exatamente porque autorizados pelo legislador, como por exemplo a propósito do artigo 924,¹⁹² que trata na sua parte inicial da hipótese em que o proprietário de enxames de abelhas possui o direito de persegui-las em no prédio alheio, mas deve pagar uma indenização pelo dano causado à terra. De maneira geral, o autor afirma que o prejuízo suportado pelo proprietário do terreno onde ocorre a perseguição é legítimo. Contudo, por um juízo de merecimento de tutela, a legislação considera a devida compensação ao proprietário do terreno.¹⁹³ Nesse caso, assim como em outros, o dano é juridicamente relevante, mesmo não sendo injusto. Falar, nessas situações, de injustiça do dano ou que esses prejuízos são juridicamente relevantes, são,

¹⁹¹ “ (...) un atento esame della legge ci rivela che anche il danno non anti-giuridico può avere, sia pure eccezionalmente, rilevanza giuridica” (DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Vol. I. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966, p. 20).

¹⁹² Art. 924. “Il proprietario di sciami di api ha diritto di inseguirli sul fondo altrui, ma deve indennità per il danno cagionato al fondo; se non li ha inseguiti entro due giorni o ha cessato durante due giorni di inseguirli, può prenderli e ritenerli il proprietario del fondo”.

¹⁹³ DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Vol. I. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966, p. 20. Em verdade, o autor não faz menção ao termo merecimento de tutela, mas sim “superiori fini di equità”.

portanto, variações lexicais sobre um tema comum: o reconhecimento de que não parece razoável, na legalidade constitucional, estando a pessoa humana posta no centro do sistema jurídico, que a vítima suporte agressões indevidas, ainda que causadas por atos que não possuem em seu interior a ilicitude. São danos que, de acordo com a solidariedade social, não devem ser exclusivamente suportados pela vítima, e por isso devem ser indenizados, ainda que autorizados.

Pode-se dizer, contudo, que nesses casos, mais corretamente seria falar não em um dano legítimo, mas sim em um dano legitimado, na medida em que o legislador previu a possibilidade – e ressalta-se, a mera possibilidade, já que o dano pode acontecer ou não, uma vez que à atividade permitida não necessariamente deve seguir a realização de um dano – que do ato permitido derive um dano. E somente onde surja um dano juridicamente relevante, que deverá ser rigorosamente demonstrado, que surgirá a obrigação de indenização.

Assim, feitas essas considerações principalmente à luz das experiências examinadas, o presente estudo passa analisar o tratamento dado pelo direito civil brasileiro às hipóteses em que se permite um agente de cometer um ato lícito causador de danos.

2 CASOS TÍPICOS DE RESPONSABILIDADE POR ATO LÍCITO PREVISTOS PELO CÓDIGO CIVIL

No presente capítulo, o trabalho passa a demonstrar que o Direito brasileiro, em especial no campo do Direito Privado, admite hipóteses expressas de reparação de danos causados pela prática de atos lícitos danosos. São hipóteses esparsas e que já eram previstas junto ao Código Civil de 1916. E, justamente por isso, a doutrina tratou de analisar esses casos de forma isolada, sem cogitar de um tratamento geral da figura.

Há autores que não admitem a abordagem da figura dentro do campo sistemático da responsabilidade civil, uma vez que condicionam os limites deste ramo do Direito Privado às condutas ilícitas. Logo, quando caracterizada a licitude de uma conduta e o reconhecimento do dever de indenizar, teríamos outro fenômeno que não a responsabilidade civil. Afirmam que se a lei aprovar ou autorizar a ação daquele que causa algum prejuízo a outrem, não se pode considerar sua conduta antijurídica, nem, por conseguinte, surgirá obrigação de indenizar, pois “[e]m regra, não havendo ilicitude, o dano correspondente ao exercício normal de um direito, ainda que voluntário, não corresponde a delito civil e não enseja responsabilidade civil”.¹⁹⁴ Para essa parte da doutrina, essas hipóteses se afastam de um caso verdadeiro de responsabilidade civil na medida que enxergam na responsabilidade, em seu sentido jurídico, “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente de violação da violação de um dever jurídico originário”.¹⁹⁵

¹⁹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, Vol. 3, Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 131.

¹⁹⁵ CAVALIERI, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 2. Como fica claro, esta corrente se apoia numa concepção meramente estruturalista da responsabilidade civil, em que o instituto é visto como um dever jurídico sucessivo, decorrente da violação de um dever jurídico primário, uma obrigação, *verbis*: “Embora não seja comum nos autores, é importante distinguir a obrigação da responsabilidade. Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. (...) Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto que na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo. (...) Devemos à Alois Brinz essa importante essa importante distinção entre obrigação e responsabilidade, o primeiro a visualizar dois momentos distintos na relação obrigacional: o débito (*Schuld*), consistente na obrigação de realizar prestação e dependente de ação ou omissão do devedor; e o da responsabilidade (*Haftung*), na qual se faculta ao credor atacar e executar o patrimônio do devedor a fim de obter a correspondente indenização pelos prejuízos causados em virtude do descumprimento da obrigação originária” (Ibid, p. 2-3).

A reparação seria devida, então, estando embasada por uma noção de equidade.¹⁹⁶ Há ainda renomada doutrina que entende que nos casos de responsabilidade por atos lícitos, “como a reparação não está conexionada com a produção antijurídica de um dano, o ressarcimento é mais conversão de direitos do lesado no seu equivalente pecuniário que uma verdadeira reparação”.¹⁹⁷

Em que pese o renome dos autores que assim pensam, o presente trabalho se distancia dessa linha doutrinária, pois como ressaltado no primeiro capítulo, aceita-se aqui que o cerne da ideia de responsabilidade civil é a atribuição de danos dignos de ressarcimento entre as partes envolvidas, cujo sistema permite diversas formas de imputação, incluindo a figura da antijuridicidade como uma das principais, mas não a única e exclusiva.¹⁹⁸ Em outras palavras, nem todo dano pode ou deve ser reparado, de forma que o cerne da responsabilidade civil passou a ser o estabelecimento do critério, ou dos critérios,¹⁹⁹ que justificam a

¹⁹⁶ “Muitas são as hipóteses em que a lei concede um direito mas condiciona o seu exercício, apesar de legítimo, à reparação dos eventuais prejuízos sofridos por terceiros. Assim, por exemplo, na desapropriação, na servidão e no estado de necessidade. Em casos tais não há, a rigor, que se falar em responsabilidade civil porque, como já ressaltado, o agente não viola qualquer dever jurídico; antes, pelo contrário, age conforme o Direito. Há, sim, reparação do dano fundada na equidade” (CAVALIERI, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 536). Em apoio a este entendimento, Sergio Cavaliere cita ainda a posição de Luiz Roldão de Freitas Gomes: “Pensamos que no Direito Brasileiro, a partir mesmo da conceituação ato ilícito no art. 159, [atual 186] a responsabilidade civil é consequência dele e da responsabilidade objetiva, prevista em textos especiais. Eventuais direitos que assistam a pessoas prejudicadas em decorrência de atos que não se revestem do rótulo da ilicitude nem só por isso devem ser havidos como de responsabilidade civil, mas de sua restauração por ausência mesmo de causa para serem suas consequências suportadas, sem contrapartida. E a vedação do enriquecimento sem causa, princípio que pode inspirá-la, não se confunde com a responsabilidade civil” (FREITAS GOMES, Luiz Roldão de. *Curso de Direito Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 271 apud CAVALIERI, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 536-537). Posição semelhante parece ser defendida também por autores da metodologia civil-constitucional: “ (...) é correta a assertiva de que o ato lícito pode ensejar obrigação de indenizar – dever jurídico primário –, mas ao contrário do ato ilícito, não é fonte direta de responsabilidade civil – dever jurídico sucessivo” (CRUZ, Gisela Sampaio da. As excludentes de Ilícitude no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 439).

¹⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A responsabilidade do Estado por actos lícitos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 65.

¹⁹⁸ Em posição no mesmo sentido, veja-se a opinião de Carlos Alberto da Mota Pinto, para quem “a responsabilidade civil consiste, por conseguinte, na necessidade imposta pela lei a quem cause prejuízos a outrem de colocar o ofendido na situação em que estaria sem a lesão” (MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 128). No mesmo sentido, na doutrina francesa: “l’expression ‘responsabilité civile’ designe, dans le langage juridique actuel l’ensemble des règles qui obligent l’auteur d’un dommage causé à autrui à réparer ce préjudice en offrant à la victime une compensation” (VINEY, Geneviève. *Traité de Droit Civil: introduction a la responsabilité*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1996, p. 1). O trecho correspondente na tradução é: “A expressão ‘responsabilidade civil’ designa, no atual linguajar jurídico, o conjunto de regras que obrigam o autor de um dano causado a outrem a reparar esse prejuízo oferecendo à vítima uma compensação”.

¹⁹⁹ Karl Larenz elencava, à luz do Direito Alemão, que os principais fundamentos jurídicos pelos quais pode-se derivar a obrigação de indenizar danos são: “1. Actos ilícitos, (...). 2. Violaciones de créditos, (...). 3. Violaciones de deberes especiales que la ley impone a aquellos que está en una determinada relación jurídica respecto de otra persona, relación que no es precisamente obligatoria (...). 4. Deber de responder, impuesto por la ley, en especial los derivados de la propia declaración (§§ 122) o de ciertos riesgos objetivos o de empresa (responsabilidade por riesgos, p. ej., §833, inciso 1.º). 5. Deberes legales de compensación, que afectan a aquellos a cuyo favor otra persona há de tolerar o soportar excepcionalmente un perjuicio (p. ej., §§ 904, 917 y

transferência a outrem do prejuízo sofrido pela vítima em virtude da lesão a um bem jurídico seu.²⁰⁰

Como ressaltado em passagem anterior deste trabalho, reconhece-se que os atos lícitos podem ser de três tipos: aqueles que não geram consequências jurídicas prejudiciais para terceiros (sendo a maioria); aqueles que, ao contrário, são capazes de gerar consequências prejudiciais para terceiros; e os atos lícitos que têm potencial para gerar consequências prejudiciais merecedoras de proteção em relação aos interesses de terceiros, sobre os quais recaem inicialmente os efeitos do ato. Somente nesse último caso, se o dano for merecedor de reparação, deverá ser tutelado por meio de uma indenização que seja suficiente para restabelecer o equilíbrio dos interesses em jogo.

Dessa forma que, para o presente trabalho, o sistema brasileiro também autoriza a recepção da figura dos atos lícitos danosos no campo da responsabilidade civil. Em suma, também os atos lícitos podem dar ensejo à responsabilidade civil.²⁰¹ Entre a área do ilícito e a área do lícito, surge um terceiro gênero, constituído pelo lícito relevante.²⁰² Acontece que o Código atual, assim como seu antecessor, não se ocupou em destacar uma norma geral quanto à responsabilidade civil decorrente de ato lícito. A solução a ser buscada em nosso sistema deve ter como ponto de partida, em grande medida, a análise de situações específicas, previstas pelo legislador previamente, a fim de ser adotada uma teoria sobre a figura. Dessa forma, o Código Civil brasileiro de 2002 disciplina algumas hipóteses de indenização de danos em decorrência da prática de atos lícitos, o que demonstra a desvinculação necessária entre o dever de indenizar e a ilicitude.

A seguir serão abordadas algumas situações típicas, e sem qualquer pretensão de exaustão da matéria, em que se reconhecem a autorização para a prática de um dano provenientes de condutas lícitas. Serão abordadas, igualmente, algumas figuras construídas

962). 6. Deber contractual de responder, que deriva, p. ej., de un contrato de seguro o de garantía” (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, Tomo I, trad. de Jaime Santos Briz. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1958, p. 192).

²⁰⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Prefácio. In: SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. xi.

²⁰¹ A respeito do atual Código Civil, ressaltava Miguel Reale que “outro aspecto que poderia ter sido melhor disciplinado diz respeito à tratativa dos atos unilaterais. O projeto se preocupa em disciplinar apenas a obrigação de indenizar decorrente de ato ilícito, quando se sabe que também os atos lícitos podem dar ensejo à responsabilidade civil” (REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 167).

²⁰² Um alerta necessário cabe ao leitor: tanto o ato fisiológico quanto o patológico são relevantes para o Direito. Os atos lícitos, como todos os demais atos jurídicos, via de regra, são relevantes juridicamente, na esteira do que já fora ressaltado na nota nº 188, ou seja, de que a ausência de consequência jurídica não pode ser confundida com a irrelevância do fato jurídico.

para além dos confins do direito privado, a fim de perquirir igualmente a *ratio* subjacente à essas hipóteses legais.

2.1 Hipóteses previstas expressamente pelo Código Civil

2.1.1 As excludentes de ilicitude²⁰³

As excludentes de ilicitude são os casos mais conhecidos e reconhecidos pela doutrina nacional de hipóteses previstas pelo legislador em que não há ato ilícito, muito embora possa existir dano provocado voluntariamente por um determinado sujeito por meio de um ato lícito.²⁰⁴ São as chamadas causas de justificação, que excluem a ilicitude da conduta do agente.²⁰⁵ São atos que normalmente seriam qualificados de ilícitos, mas em razão de certas circunstâncias deixam de ser em razão das hipóteses elencadas expressamente.

Dispõe o *caput*. do artigo 188 do Código Civil que os atos não são considerados ilícitos quando ocorrem em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido e/ou envolvem a deterioração; ou destruição de coisa alheia ou a lesão a uma pessoa com o propósito de eliminar um perigo iminente. As excludentes de ilicitude já eram previstas pelo Código de 1916, em seu artigo 160.

Nessas circunstâncias, o código avalia a conduta com base em sua conformidade com a lei. Agir de acordo com a lei impede que uma ação seja considerada ilícita. “Quem, pois, pautar seu proceder pelas normas da licitude não pode cometer ato ilícito”.²⁰⁶ Dentro das hipóteses previstas pelo art. 188, fala-se, então que “a atividade do agente, não obstante o

²⁰³ As exclusões de ilicitude não se limitam às situações aqui discutidas. Este trabalho se concentra na análise das exclusões previstas no artigo 188 do Código Civil vigente. Portanto, optou-se por não abordar o estrito cumprimento do dever legal e o consentimento do ofendido.

²⁰⁴ Para Menezes Cordeiro, à luz do Direito Civil Português, “Causa de justificação será, assim, a eventualidade que torne permitida a implicação de um dano” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, Vol. VIII. Coimbra: Almedina, 2020, p. 483).

²⁰⁵ Alguns autores incluem as excludentes de ilicitude entre as causas que afastam a responsabilidade civil, como se vê em Caio Mário da Silva Pereira, que denomina essas hipóteses de “escusativas de responsabilidade” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, Vol. I. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 669). Em outra sede, o mesmo autor trata das excludentes de ilicitude em capítulo intitulado “excludentes de responsabilidade” (Id. *Responsabilidade civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 387). Mas, a rigor, o que é afastado nesses casos e a ilicitude da conduta do agente. O que afasta a responsabilidade de forma direta é a ausência de um de seus elementos essenciais, como o nexo causal.

²⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, Vol. 3, Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 132.

dano que venha a causar, é de acordo com a lei – e, portanto, lícita”.²⁰⁷ Em que pese a excludente de ilicitude que recai sobre o ato, não significa que diante do dano, *de per se* não haverá a imputação da obrigação de indenizar.

A primeira excludente de ilicitude prevista pelo Código Civil junto ao art. 188 diz respeito aos atos praticados em *legítima defesa*. Como se sabe, a regra geral e a de que a defesa dos direitos deve ser confiada à decisão do Poder Judiciário.²⁰⁸ Em circunstâncias excepcionais, a lei concede o direito ao indivíduo de usar a força para defender a si mesmo ou a outros contra agressões de terceiros nos casos em que a intervenção das autoridades estatais não é possível em tempo hábil. A esta faculdade o direito denomina de *legítima defesa*.²⁰⁹

A lei civil não define a *legítima defesa* porque é na lei penal que encontramos seu conceito. Com efeito, dispõe o art. 25 do Código Penal que: “entende-se em *legítima defesa* quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. A doutrina civilista, contudo, não deixa de enunciar os pressupostos para que ocorra a *legítima defesa*: i) que a agressão seja injusta, isto é, que constitua um ato contrário ao direito (ilícita ou abusiva); ii) que a agressão seja atual e não uma apreensão do que possa ou vá acontecer, e muito menos o receio de um mal já consumado; iii) que a agressão seja inevitável e seja impossível que o socorro à tempo da autoridade pública; e iv) que a repulsa não exceda o necessário para efetuar a defesa.²¹⁰

Se depreende por meio da descrição de seus elementos ou requisitos que a defesa excessiva sai do campo da licitude e se torna um ato ilícito por todo o dano acarretado além

²⁰⁷ CAVALIERI, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 18.

²⁰⁸ “No direito moderno, em que o Estado detém o monopólio da força, a justiça pelas próprias mãos perde qualquer pretensão legitimidade e passa inclusive a configurar delito, reprimido pela lei penal sob o tipo do exercício arbitrário das próprias razões (CP, art. 345)” (BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 348).

²⁰⁹ Como ressaltado Clóvis Bevilacqua, “(...) por mais aperfeiçoado que seja o aparelho social protetor do direito, não poderá atender a todas as ameaças de violação, e é forçoso confiar ao indivíduo a faculdade de defender a sua pessoa e os seus bens jurídicos, em casos inadiáveis, como outrora ele os defendia, a todo momento, antes que a organização jurídica se consolida-se” (BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, Vol. I. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, p. 428).

²¹⁰ *Ibid*, p. 428-429. No mesmo sentido, BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 348. Para Caio Mário da Silva Pereira, são “extremos da *legítima defesa*: 1) a iniciativa da agressão por parte de outrem, isto é, que do agente não tenha partido a provocação; 2) que a ameaça de dano seja atual ou iminente; 3) que a reação não seja desproporcional à agressão – *moderamen inculpatae tutelae*” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 388-389). Há quem colha os elementos constitutivos da *legítima defesa* no art. 1210, § 1.º do CC: “injusta agressão: possuidor esbulhado; atual ou iminente: contanto que o faça logo; atos não podem ir além do indispensável: meios moderados” (NERY JUNIOR, Nelson; MARIA DE ANDRADE NERY, Rosa. *Código Civil Comentado*. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2014, p. 1.035).

do necessário para repelir a agressão injusta. Quanto à legítima defesa putativa,²¹¹ a doutrina civilista não é unânime quanto ao seu enquadramento, se se equipara à legítima defesa real para efeito de excluir a ilicitude da reação,²¹² ou se configura como uma conduta ilícita nos moldes do art. 186.²¹³

Em linhas gerais, essas são as principais características da legítima defesa, de modo que o agente que reage à agressão alheia, causando dano a outrem, em sua pessoa ou bens, para defender direito seu ou de terceiro, age licitamente. Por essa razão, o agente, a princípio, não responde pelos danos causados ao agressor.²¹⁴

Segunda excludente de ilicitude prevista pelo art. 188 do Código Civil, o *exercício regular de um direito* se configura como a antítese ao ato ilícito do art. 186 e ao abuso do direito contido no art. 187.²¹⁵ Ele consiste na utilização de situação jurídica subjetiva de acordo com a finalidade axiológica que justifica a sua tutela pelo ordenamento jurídico.²¹⁶ Não existe um ato ilícito precisamente porque uma conduta em conformidade com a lei não

²¹¹ Na legítima defesa putativa, o agente acredita que está defendendo direito próprio, o que não ocorre realmente no plano fático. Marco Aurélio Bezerra de Melo cita o exemplo “daquela em que uma pessoa atropela outra que se aproxima em um semáforo à noite, pois imagina estar na iminência de ser assaltado, quando na verdade o lesado se aproximara apenas para pedir uma carona ou perguntar as horas” (MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*, Vol. IV. São Paulo: Atlas, 2015, p. 34).

²¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, Vol. 3, Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 138.

²¹³ “(...) Na *legítima defesa putativa*, no erro de fato sobre a existência da situação de legítima defesa, que não está presente, eis que os elementos excludentes do suporte fático do ato ilícito só foram supostos por erro de conduta, o que não configura autêntica legítima defesa. (...) Tal situação nada tem em comum com a legítima defesa real, e, portanto, não podem ser consideradas como situações idênticas. Na primeira, a conduta é lícita, eis que objetiva afastar uma agressão real contra a vítima ou um terceiro. Há efetiva reação do ofendido contra ato de um agressor. Diverso é o que ocorre na legítima defesa putativa, que se funda em um erro, não existindo agressão alguma, mas apenas equívoco do *pseudoagredido*. Logo, sua conduta é ilícita, podendo ser até, penalmente irrelevante, o que não ocorrerá com a configuração da ilicitude nos moldes do art. 186” (MACHADO DE MELO, Diogo Leonardo. Arts. 186 a 188. In: NANNI, Giovanni Ettore. *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 275, grifo do autor). Nesse sentido, há tempos vêm entendendo os nossos Tribunais, inclusive o Superior Tribunal de Justiça: “Civil – Dano moral – Legítima defesa putativa. A legítima defesa putativa supõe negligência na apreciação dos fatos, e por isso não exclui a responsabilidade civil pelos danos que dela decorram. Recurso Especial conhecido e provido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 513.891/RJ, Processo nº 2003/0032562-7*, Rel. Ministro Ari Pargendler, 3ª Turma, Brasília, DF, julgado em: 20/3/2007, publicado em: 16/4/2007).

²¹⁴ “Não sendo ilícito, a consequência seria que não fica obrigado a reparar o dano quem o cause por ter agido em legítima defesa”. (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20. ed., revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginaldo Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 381).

²¹⁵ “Regular será o exercício que se contiver nos limites objetivos e subjetivos, formais e materiais, impostos pelos próprios fins do direito” (CRUZ, Gisela Sampaio da. As excludentes de ilicitude no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 430).

²¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 83-84.

pode ser considerada como contrária à si mesma.²¹⁷ Com efeito, “o dano oriundo do exercício regular do direito, assim, não é ressarcível (ausência de dano injusto)”.²¹⁸

A referência ao exercício regular do direito se mostrou importante na vigência do Código de 1916, já que na ausência de previsão expressa do abuso de direito, era dela que se extraía, a *contrario sensu*, a repressão ao exercício abusivo do direito.²¹⁹ Por outro lado, a referência ao exercício regular do direito no Código de 2002 como excludente de ilicitude mostra-se tautológica e de pouca importância prática, já que o Código atual prevê norma expressa tanto para os casos em que o comportamento do agente atinge os limites lógico-formais como os limites axiológico-materiais.

Por fim, terceira e última hipótese de excludente de ilicitude regulada pelo art. 188 do Código, tem-se o *estado de necessidade*. Em algumas circunstâncias, uma pessoa pode se encontrar na posição de danificar a propriedade de outra ou causar prejuízo a um terceiro sem que isso constitua um ato ilícito. Caracteriza-se, assim, o estado de necessidade pela autorização a se provocar deterioração ou destruição da coisa alheia ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente. Da mesma forma que a legítima defesa, o estado de necessidade encontra sua conceituação no campo penal. Dispõe o art. 24 do Código Penal que: “considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.

O ato realizado em estado de necessidade será considerado legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário para evitar um perigo iminente, desde que não ultrapasse os limites do indispensável para essa finalidade, conforme estipulado pelo parágrafo único do artigo 188. Consequentemente, é reconhecido que a lesão à pessoa só será legítima para prevenir um perigo iminente a um bem extrapatrimonial de valor igual ou superior, não sendo permitido infligir tal lesão para evitar danos patrimoniais.²²⁰

²¹⁷ “Não constituem, igualmente, atos ilícitos aqueles decorrentes do exercício normal de um direito. É a aplicação do velho brocardo romano, segundo o qual *neminem laedit qui suo jure utitur*, isto é, não causa dano a outrem quem utiliza um seu direito” (RODRIGUES, Silvío. *Direito Civil*, Vol. 1 - Parte Geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 319).

²¹⁸ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena. *Fundamentos do direito civil: teoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 377.

²¹⁹ Conforme se vê das lições de Clóvis Bevilacqua: “*Abuso de direito*. Estatue o art. 160, I, que não constitui ato ilícito o praticado no *exercício regular de um direito reconhecido*. A *contrario sensu*, o praticado exercício não regular de um direito, é ilícito. Eis aí a condenção do abuso do direito” (BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, Vol. I. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, p. 431, grifo do autor).

²²⁰ “O legislador fez constar expressamente do art. 188, inciso II, a expressão ‘ou a lesão à pessoa’, ampliando a excludente de ilicitude para a hipótese de lesão à pessoa humana nos casos em que se objetive a proteção de bens extrapatrimoniais de igual ou maior valor. Caberá ao magistrado, portanto, verificar se a lesão à pessoa foi

Existem semelhanças entre o estado de necessidade e a legítima defesa, pois em ambas as situações o agente age com suas próprias forças para afastar o perigo de si mesmo, de seus bens ou de terceiros, mediante o cometimento de dano justo a outra pessoa ou a seus bens.²²¹ Contudo, apesar das semelhanças, existem diferenças significativas entre as duas figuras. “Enquanto, na legítima defesa, apenas um dos interesses em conflito é legítimo e se contrasta a uma agressão injusta; no estado de necessidade, entrecrocaram-se dois interesses lícitos”.²²² Ademais, enquanto na legítima defesa quem reage ofende seu agressor, isto é, o responsável da agressão, no estado de necessidade quem se salva sacrifica o direito pessoal ou patrimonial de terceiros, que são inocentes e nada fizeram para provocar o perigo contra aquele que se defendeu.²²³

Para que o estado de necessidade seja configurado, é necessário verificar a existência dos seguintes requisitos: i) perigo atual, não provocado pelo agente; ii) impossibilidade de evitar o perigo por outro modo que não seja sacrificar o bem alheio; iii) o direito ameaçado

perpetrada para remover perigo iminente a bem de valor igual ou superior ao atingido, não sendo lícito provocar intencionalmente lesão à pessoa para evitar dano a bem patrimonial” (BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 349).

²²¹ “Encontra, também, justificativa para o mal causado a outrem a deteriorização ou destruição de coisa alheia, a fim de remover perigo iminente. Esboça-se, nesta hipótese, um conflito de direitos ou de interesses. Um indivíduo, ante a perspectiva de lesão a um direito seu, ofende direito alheio. Na iminência de perigo a que se vê exposta a coisa sua, o agente causa dano a coisa alheia. A situação é análoga à legítima defesa, embora ofereça alguns aspectos diferenciais” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 390).

²²² MACHADO DE MELO, Diogo Leonardo. Arts. 186 a 188. In: NANNI, Giovanni Ettore. *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 275. Salvo melhor juízo, essa também parece ser o entendimento de Menezes Cordeiro perante o Direito Civil Português: “A exigência de perigo de um dano, para o agente ou para terceiros, constitui a base do estado de necessidade. Por aqui já se vê a flagrante diferença em face da legítima defesa: não se lida, aqui, com uma agressão ilícita nem, consequentemente, com a necessidade de preservar a ordem jurídica, perante tal eventualidade” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, Vol. VIII. Coimbra: Almedina, 2020, p. 494). Por essa razão, o autor ensina que contra uma atuação em estado de necessidade, não pode haver legítima defesa, por faltar o pressuposto básico da agressão ilícita (Ibid, p. 496). Já para Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes e Gustavo Tepedino, as figuras se diferenciam “(...) pelo fato de que na legítima defesa há uma agressão humana dirigida a uma pessoa ou aos seus bens. Já no estado de necessidade, não se vislumbra uma agressão humana, mas uma situação fática que efetivamente ameaça a integridade de um bem jurídico (uma coisa ou um direito)” (BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 349).

²²³ “(...) no estado de necessidade, o agente atua mediante ataque a outrem ou a seu bem ; já na legítima defesa, ‘a tutela do direito se exerce mediante reação do ofendido’; na legítima defesa, ‘o perigo nasce de injusta agressão’; no estado de necessidade, ‘o perigo resulta de acontecimento fortuito, natural ou acidental, criado pelo próprio prejudicado ou por terceiro’” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, Vol. 3, Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 145). Na perspectiva do Direito Português, ensina nesse sentido Mario Júlio de Almeida Costa que “(...) na legítima defesa, se reage contra quem criou a situação de perigo e, no estado de necessidade, se salvaguarda o bem jurídico através da lesão de interesses de terceiro que nada contribuiu para a situação de perigo” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. Ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 576).

deve ser de valor igual ou superior ao sacrificado; e iv) não ter o agente o dever legal de enfrentar o perigo.²²⁴

Diante da análise feita das excludentes de ilicitude pelo Código Civil de 2002, o que parece ser o traço característico de todas as hipóteses analisadas é que elas pretendem regular casos em que se verificam a colisão de situações jurídicas subjetivas, traduzidas em uma permissão excepcional de causar danos a terceiros. Como pôde-se observar, são situações de imputação de danos por atos lícitos. No contexto da vida social, não raramente acontece que um determinado sujeito disponha de um direito (ou qualquer outra situação jurídica subjetiva), cujo exercício vá causar danos a outrem, contradizendo posições jurídicas do lesado por meio da violação de um direito alheio. A solução desses conflitos deve ser procurada, então, à luz das regras sobre essas colisões de direitos e deveres.²²⁵ No Código Civil atual, essas regras podem ser encontradas, *prima facie*, justamente no artigo art. 188, por meio da disciplina das excludentes de ilicitude.²²⁶

Por meio de uma ponderação prévia feita pelo legislador, o Código Civil considera lícitas as condutas dos atos praticados sem excesso, em legítima defesa, no exercício regular de um direito e em estado de necessidade, não obstante a possibilidade de verificar a ocorrência de dano, inicialmente parece que nenhum ato realizado nessas circunstâncias poderia resultar em responsabilidade civil.

O fundamento da licitude dessas ações danosas decorreria, portanto, da presença de um direito legalmente reconhecido a um sujeito de sacrificar bens ou interesses jurídicos de outrem, os quais seriam avaliados de forma inferior pela ordem jurídica.²²⁷

²²⁴ CRUZ, Gisela Sampaio da. As excludentes de ilicitude no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 434.

²²⁵ Comentando o artigo 1.519 do Código de 1916, correspondente ao atual artigo 929 do Código de 2002, Clóvis Bevilacqua assim reconhecia a hipótese: “O dispositivo supõe dois direitos em conflito, e declara que, se for absolutamente necessário, para a subsistência de um deles, o titular do mais valioso do ponto de vista social, poderá sacrificar o outro, não excedendo os limites do indispensável” (BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, Vol. I. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, p. 665).

²²⁶ Para fins comparativos, o Código Civil de Portugal possui uma regra geral sobre o tema, junto ao art. 335.º (Colisão de direitos), *verbis*: “1. Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do 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”. Os artigos seguintes regulam as figuras da “Acção directa” (artigo 336.º), “Legítima defesa” (artigo 337.º e 338.º), “Estado de necessidade” (artigo 339.º) e “Consentimento do lesado” (artigo 340.º).

²²⁷ CRUZ, Gisela Sampaio da. As excludentes de ilicitude no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 441. Por sua vez, Luis Manuel Teles Menezes Leitão, na identificação de novos fatores de atribuição de danos, utiliza-se do estado de necessidade como exemplo mais importante da categoria do sacrifício: “Verifica-se a responsabilidade pelo sacrifício sempre que a lei preveja o direito à indenização a quem viu os seus direitos sacrificados em resultado de uma actuação lícita destinada a fazer prevalecer um direito ou

Não obstante, o próprio Código Civil, a despeito de reconhecer a licitude da conduta praticada em estado de necessidade, impõe ao autor do dano o dever de reparar a vítima, sempre que ela, a vítima, não for responsável pela situação de perigo criada. De acordo com o art. 929: “se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram”.²²⁸ A *contrario sensu*, se aquele que ocasionou o estado de necessidade foi a própria vítima do dano, esta não terá direito à indenização.

Dessa forma, o ato praticado em estado de necessidade pode acarretar o dever de indenizar, mesmo sendo lícita a conduta do ofensor, caso o titular da coisa destruída ou deteriorada ou a pessoa lesada com o ato – a vítima, não tenha ela própria dado causa ao perigo.²²⁹ O causador do dano possui, a teor do art. 930, *caput*, do Código Civil, direito de regresso em face daquele que gerou o perigo, na hipótese de o estado de necessidade ter sido provocado por terceiro.²³⁰

um interesse de valor superior” (MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 415-416).

²²⁸ Notícia Clóvis Bevilacqua (BEVILAQUA, op. cit., p. 429) que na época das discussões parlamentares sobre o Código Civil de 1916, o senador João Luiz levantou uma possível contradição entre a legalidade do ato e a obrigação de indenizar, especialmente do artigo 1.519, correspondente ao atual artigo 929. Essa argumentação foi refutada pelo deputado Justiniano de Serpa, que seguia a doutrina que defendia a indenização de qualquer dano, mesmo que resultante de uma ação lícita. A única inovação relevante do atual artigo 929 com relação ao art. 1.519 do Código anterior foi a inclusão da partícula “pessoa lesada”, e não apenas o titular de bens lesados como legitimada ativa para a reparação.

²²⁹ Tem razão Diogo Leonardo Machado de Melo quando afirma que o preceito se baseia no princípio da solidariedade social, *verbis*: “O agente que deteriora a coisa alheia (ou lesa outrem), a fim de remover perigo eminente, não comete ato ilícito. Estará sob o manto da juridicidade. Todavia, forte no princípio da *solidariedade social* (art. 3º, I, Constituição Federal), para não se desamparar a vítima do perigo, prescreve o dispositivo que o indivíduo, mesmo agindo em estado de necessidade, indenize a vítima que não seja a responsável pela situação de perigo, garantindo-lhe, obviamente, o *regresso* do que pagou contra quem causou, eventualmente, a situação perigosa (...)” (MACHADO DE MELO, Diogo Leonardo. Arts. 186 a 188. In: NANNI, Giovanni Ettore. *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 1047).

²³⁰ “O art. 930 assegura ao causador do dano o direito de obter do terceiro que provocou a situação de perigo o ressarcimento pelo que houver pagado ao lesado, por força do dispositivo anterior. A razão da norma está no fato de que aquele que gerou o estado de necessidade, em última análise, provocou o dano, de modo que por ele deve responder” (BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, Vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 824*). Confira-se interessante julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ): “Apelação cível. Seguradora. Ação de regresso. Acidente de trânsito. Situação de perigo causado por terceiro que levou o condutor (segundo apelado) do veículo de propriedade da primeira apelada a realizar manobra com o escopo de evitar uma colisão de maior dimensão e gravidade, vindo, no entanto, a abalroar o veículo do segurado da ora apelante. Sentença de improcedência calcada na ausência de culpa do condutor do veículo, uma vez que configurado fato de terceiro. Pretensão recursal objetivando reforma do julgado com base na regra do art.930 do código civil. Acervo probatório que revela que, de fato, o acidente ocorreu em razão de situação de perigo causada por terceiro, circunstância essa, no entanto, que não exime os ora apelados de repararem os danos provocados no veículo do segurado. *O estado de necessidade, em que pese retirar a ilicitude da conduta lesiva, não exime o agente causador do dano da respectiva reparação, assegurando-se ao mesmo, no entanto, direito de regresso contra o causador do estado de perigo. Hipótese de indenização por atos lesivos lícitos*. Inteligência dos arts.929 e 930 do código civil. Provimento do recurso” (RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação Cível AC nº*

Também para as hipóteses de legítima defesa o Código prevê, junto ao parágrafo único do art. 930, que a mesma ação regressiva competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano. Trata-se da legítima defesa de terceiro, que se verifica quando alguém causa dano a outra pessoa que não o agressor, ficando por isso obrigado a ressarcir o prejuízo causado licitamente à semelhança do que ocorre no estado de necessidade.²³¹ Como já visto, via de regra, na legítima defesa não há dano a ser ressarcido. O indivíduo que se defende de uma injusta agressão contra si ou contra terceiros, dentro dos limites necessários para afastar o perigo, não deveria, em princípio, ser obrigado a pagar indenização.²³² Todavia, se em legítima defesa de outrem alguém causar dano a pessoa diversa do agressor, fica obrigado a ressarcir-lhe o prejuízo, mas tem regresso em face daquele em benefício de quem o ato danoso foi praticado.

Embora o parágrafo único faça referência apenas à legítima defesa para permitir ao autor do dano buscar regresso perante o beneficiário, deve-se estender essa possibilidade também ao estado de necessidade, devido à similaridade de razão.²³³ Dessa maneira, aquele que, agindo em legítima defesa ou estado de necessidade, tenha compensado a vítima pelo dano causado, poderá buscar ressarcimento da pessoa em favor de quem o ato danoso foi praticado. O direito ao regresso, portanto, é garantido contra o agressor, contra aquele que deu causa ao estado de necessidade, ou contra a pessoa em benefício de quem o dano foi causado.

A licitude de tais ações danosas resultaria, pois, da existência de um direito legalmente reconhecido a um sujeito de sacrificar bens ou interesses jurídicos de outrem, os quais estaria valorados de forma inferior pela ordem jurídica. Afirma-se que nessas hipóteses, embora o ato cometido em legítima defesa ou estado de necessidade seja lícito, ao mesmo tempo provoca um dano injusto.²³⁴

0006913-04.2016.8.19.0205. Relator Des. Álvaro Henrique Teixeira de Almeida. 2ª Câmara Cível, Rio de Janeiro, julgado em: 30/10/2019, grifos nossos).

²³¹ Nesse sentido, “assim é que, se em legítima defesa de terceiro, alguém causa dano a outra pessoa que não o agressor, fica obrigado a ressarcir o prejuízo, à semelhança do que ocorre no estado de necessidade. Nesta hipótese, o Código Civil de 2002, tal qual o Código Civil de 1916, atribui ao que agiu em legítima defesa ação regressiva contra aquele que foi beneficiado pelo ato, ou seja, aquele que foi defendido” (CRUZ, Gisela Sampaio da. As excludentes de ilicitude no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 448).

²³² “No caso de legítima defesa, em regra, não há dano a ressarcir. O agredido repele o agressor, o possuidor repele o autor do esbulho; se não praticou excesso, nada tem que indenizar” (BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, Vol. I. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, p. 666).

²³³ BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 825.

²³⁴ CRUZ, Gisela Sampaio da. As excludentes de ilicitude no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 440.

À luz do Direito Civil italiano, que igualmente prevê hipóteses de excludentes de ilicitude, De Cupis, ao tratar do estado de necessidade, aduz que ainda nessa hipótese não se verifica uma alteração na natureza jurídica do ato realizado: a conduta e o dano daí decorrente permanecem não antijurídicos.²³⁵ Apesar de sua não antijuridicidade, o dano em questão ainda provocaria uma reação jurídica em favor do prejudicado, caracterizada pela atribuição ao juiz de um poder especial de apreciação equitativa.²³⁶

2.1.2 Regra do art. 378

Outro caso em que se verifica a possibilidade do surgimento de indenização derivada de um fato ilícito pode ser visto junto ao artigo 378 do Código Civil. Inserido no Capítulo referente ao instituto da compensação, o art. 378 do Código Civil estipula que quando duas dívidas não são pagáveis no mesmo lugar, não se pode compensá-las sem a dedução das despesas necessárias à operação.

Quando o local de pagamento das duas obrigações é diverso, a lei não obsta a compensação, mas estipula que devem ser deduzidas as despesas “necessárias à operação”. O dispositivo trata da possibilidade da compensação entre dívidas cujas prestações se devam efetivar em locais diferentes. Como é sabido, a uniformidade entre as dívidas a serem compensadas é um dos requisitos essenciais. No entanto, isso não implica necessariamente que o local de cumprimento seja idêntico. A divergência no local de execução da obrigação pode resultar em despesas adicionais para uma das partes, como custos de transporte,

²³⁵ DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, Vol. I. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966, p. 24. Ainda no Direito italiano, para Marcello Adriano Mazzola, a figura do estado de necessidade e a legítima defesa putativa chamam a atenção pela sua estrutura de responsabilidade decorrente de um ato considerado lícito, e até necessário, do qual resultam danos. Para esse autor, ambas figuras descrevem perfeitamente a dinâmica de um ato lícito danoso: “atto lecito + danno privo di antigiuridicità + obbligazione indenitória + valutazione equitativa e meritano pertanto grande considerazione” (MAZZOLA, Marcello Adriano. *Responsabilità Civile da atti leciti danosi*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 307-308).

²³⁶ MAZZOLA, Marcello Adriano. *Responsabilità Civile da atti leciti danosi*. Milano: Giuffrè, 2007. Remata o autor: “Recorrendo ao estado de necessidade, a eficácia da norma jurídica é suspensa, e portanto quem causa o dano não viola a norma. Assim, o interesse normalmente protegido é sacrificado pelo ordenamento jurídico; porém, para compensar o sujeito do interesse sacrificado, para reequilibrar de alguma forma a situação comprometida, vale o remédio da indenização prevista pelo artigo 2045” (Ibid). O texto em língua estrangeira é: “Ricorrendo lo stato di necessità, la efficacia della norma giuridica è sospesa, e quindi chi arreca il danno non viola la norma. È sacrificato, dunque, dall' ordinamento giuridico l'interesse normalmente protetto; ma a compensare il soggetto dell' interesse sacrificato, a riequilibrare in qualche modo la situazione compromessa, vale il rimedio dell' indennità prevista dall' art. 2045). Sobre a particular questão envolvendo a quantificação dos danos cometidos por atos lícitos, remeta-se o leitor ao item 2.3 do presente capítulo.

expedição ou questões cambiais, causando prejuízos. “Trata-se, é bem verdade, de dano derivado de fato lícito. Mesmo assim, surge o dever de indenizar”.²³⁷

2.1.3 Responsabilidade por imissão ou intromissão permitida

A premissa de que apenas ato ilícito gera obrigação de indenizar é desfeita igualmente no contexto dos direitos reais. Nesse campo, encontramos o maior número de situações mencionadas pela doutrina como sendo de indenização por atos lícitos, sendo a responsabilidade por imissão ou intromissão na propriedade seu exemplo mais notável.²³⁸ Passemos, então, em revista as referidas hipóteses.

O artigo 1.285, *caput*,²³⁹ prevê a hipótese de pagamento de indenização ao vizinho que é constrangido a dar passagem ao dono do prédio que não tiver acesso a via pública, nascente ou porto. O direito de passagem forçada é reconhecido ao dono do prédio encravado, seja ele rústico ou urbano. É uma das mais fortes limitações derivadas das relações de vizinhança. “Ela desemboca em incômodo e prejuízo ao dono do prédio por onde se estabelece, apresentando-se como uma espécie de desapropriação restrita e condicional, em benefício de um prédio particular, mas assentada na utilidade comum”.²⁴⁰

²³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil*, Volume V, Tomo 1: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 632-633). Para a autora, “a regra do art. 378 apresenta-se, ao nosso ver, como expressão da justiça comutativa” (Ibid).

²³⁸ Carlo Buonauro afirma que a responsabilidade por atos lícitos no Direito Italiano possui significativo campo de aplicação no âmbito dos direitos reais. Segundo o autor, em citação em língua estrangeira: “Il modello legislativo della responsabilità da atto lecito, attraverso l’insorgere di un obbligo indenit ario in capo all’ autore di un pregiudizio non anti-giuridico all’ altrui sfera giuridica, rinviene significative applicazioni normative e pretorie nel settore dei diritti reali, in considerazione soprattutto della fequente evenienza che l’ attivit  conessa allo sfruttamento della propriet  si risolva in un svantaggio per un altro proprietario, pur al di fuori di condotte *stricto sensu* illecite” (BUONAURO, Carlo. *Responsabilità da atto lecito danoso*. Milano: Giuffr , 2012, p. 192). O texto em língua estrangeira  : “O modelo legislativo da responsabilidade por ato lícito, através do surgimento de uma obriga o indenizatória pelo autor de um prejuízo não anti-jurídico   esfera jurídica alheia encontra aplica es normativas e jurisprudenciais significativas no campo dos direitos reais, especialmente considerando a frequente ocorrência de que a atividade relacionada   explora o da propriedade resulte em desvantagem para um outro proprietário, mesmo fora de condutas estritamente ilícitas”.

²³⁹ “Art. 1.285. O dono do prédio que não tiver acesso a via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indeniza o cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário”.

²⁴⁰ VIANA, Marco Aurelio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil*, Vol. XVI: dos direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 237.

Prédio encravado é caracterizado por não ter acesso direto a uma via pública, fonte ou porto.²⁴¹ Esse encravamento deve ser natural e completo.²⁴² Se o encravamento é resultado de ações do próprio proprietário, como, por exemplo, quando ele vende uma parte do terreno que proporcionava acesso, ele não tem o direito de responsabilizar os vizinhos e deve procurar o adquirente para resolver a questão. Se o proprietário ainda possui algum tipo de acesso, mesmo que seja difícil ou complicado, o direito de passagem não existe.²⁴³

O direito do proprietário do prédio encravado é oneroso, pois o direito de passagem fica na dependência do pagamento de “indenização cabal”. Ou seja, o exercício do direito de passagem constitui-se em ato lícito, permitido pelo *caput* do art. 1.285, prevendo uma indenização a ser paga ao vizinho. A indenização, na hipótese em exame, antecede ao exercício do direito de passagem.²⁴⁴ Não pode o dono do prédio encravado, utilizar a

²⁴¹ Conforme asseveram Heloisa Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes e Gustavo Tepedino, “a propriedade a que se refere encontra-se desprovida de conteúdo econômico em razão da impossibilidade de acesso, e, por isto, exige-se, segundo os princípios da solidariedade social e da função social da propriedade, que o confinante forneça o acesso necessário para que a efetiva utilização do imóvel encravado se torne viável. Trata-se da função precípua do instituto, o qual visa a ‘assegurar a solidariedade entre vizinhos e garantir o interesse social da exploração econômica do prédio encravado’” (BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, Vol. III. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 600*). No mesmo sentido, veja-se as lições de Clóvis Bevilacqua: “Para se tornar acessível e utilizável, o prédio encravado necessita de ter passagem através do vizinho. A solidariedade social assim o exige. É uma questão de interesse público, manifestando-se debaixo da aparência de interesse particular” (BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado, Vol. I. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, p. 1039*).

²⁴² Nas lições de Caio Mário da Silva Pereira: “Para ter direito à passagem forçada, exigível diretamente ou em Juízo, é requisito básico o *encravamento*. Somente o prédio sem saída para a via pública, nascente, ou porto o tem. Não bastam razões de comodidade, nem o vizinho tem de suportar o encargo da passagem para melhoria das condições de acesso àquelas serventias. Assim, pois, se o prédio for dotado de saída, por muito má que seja, não se qualifica como ‘encravado’” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil, Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 187*). A questão, contudo, não é pacífica. A boa doutrina observa que “há amplo debate nos tribunais pátrios, a fim de apurar qual a solução correta em hipóteses muitas semelhantes à do encravamento, quando há alguma passagem, mas essa é quase inacessível. Questiona-se senessas hipóteses se considera ou não viável a utilização da passagem forçada. Classicamente a doutrina e jurisprudência se inclinam pela resposta negativa, considerando que a passagem forçada impõe uma restrição à propriedade privada do vizinho. Somente na medida em que o prédio não encontre qualquer possibilidade de saída é que haveria direito de passagem. Apenas, portanto, quando literalmente encravada é que teria direito à passagem forçada. Tal entendimento, no entanto, tem sido relativizado para fazer abrcar, no espectro da passagem forçada, situações em que o acesso se revele insuficiente” (TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do direito civil: direitos reais. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 213-214*). Na I Jornada de Direito Civil, organizada pelo CJF, foi aprovado o enunciado nº 88 sobre o tema: “O direito de passagem forçada, previsto no art. 1.285 do CC, também é garantido nos casos em que o acesso à via pública for insuficiente ou inadequado, consideradas, inclusive, as necessidades de exploração econômica” (BRASIL. Conselho de Justiça Federal. *Enunciado nº 88. I Jornada de Direito Civil, Brasília, DF, 2012*. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/716>>. Acesso em: 7 mai. 2024).

²⁴³ VIANA, Marco Aurelio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil, Vol. XVI: dos direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 237*.

²⁴⁴ “Apelação – Direito de passagem – Sentença de procedência do pedido principal e da reconvenção – Apelo da parte ré – 1- Direito de passagem – Argumentos da ré, ora apelante, que não convencem – Alegação de cerceamento de defesa – Inocorrência – Conjunto probatório formado suficiente para a correta compreensão dos fatos sob exame – Alegação de imóvel encravado – Provas contundentes e reconhecimento pericial – Necessidade do imóvel encravado obter passagem forçada pelo imóvel superveniente (art. 1.285 do CC) –

passagem antes de se fixar a indenização. O legislador fala em indenização “cabal”. Ao que parece, pretendeu o legislador ser enfático, dizendo ao intérprete que a indenização alcançará todos os danos, de modo que se reclama que o prejudicado seja integralmente ressarcido.²⁴⁵ A indenização inclui ainda quaisquer danos suplementares que o vizinho possa sofrer, como a necessidade de remover árvores ou quaisquer inconvenientes decorrentes da passagem, como restrições na utilização do terreno que resultem em despesas extras para reparos e melhorias.²⁴⁶ Nada obstante nada impede, outrossim, que o vizinho admita a passagem e, por acordo, abra mão de indenização.

Na lógica da menor onerosidade, o parágrafo 1º do artigo 1.285 trata da situação em que um imóvel encravado pode acessar a via pública através de várias propriedades vizinhas. Nesse caso, será prejudicado o vizinho cujo terreno natural e facilmente permita a passagem. O legislador estabelece uma regra de relevância prática para determinar qual propriedade suportará a passagem forçada.²⁴⁷

Pode-se afirmar que, mesmo na situação de passagem forçada, não ocorre uma mudança na natureza jurídica do ato praticado e do dano resultante, de modo que a conduta e o dano permanecem não contrários à lei. Apesar da não contrariedade à lei, o dano em questão ainda acarretaria uma resposta jurídica em favor do prejudicado, caracterizada pela concessão de uma indenização “cabal”, na linguagem do Código.

Pode-se dizer que o mesmo espírito que inspirou o art. 1.285 se mostra presente no artigo 1.286,²⁴⁸ que trata da passagem de cabos e tubulações. O avanço das novas tecnologias e a ascensão da sociedade em rede têm gerado demandas por serviços adicionais relacionados

Fundamento do instituto na preservação da função social da propriedade. 2- Rateio para conservação e manutenção da estrada – Termo inicial – *Sentença confirmou a medida antecipatória concedida no início da lide e, não há razão justa ou jurídica para que entre tal momento e o sentenciamento a parte autora pudesse se utilizar da passagem gratuitamente* – Apelo, no ponto, provido. Recurso parcialmente provido” (SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação 1000605-51.2014.8.26.0320*, Rel. Sergio Gomes, São Paulo, julgado em: 08/03/2017, grifos nossos).

²⁴⁵ “Ao direito de passagem forçada contrapõe-se o dever do beneficiário de indenizar aquele que a suporta pelos prejuízos causados. Trata-se, por conseguinte, de direito de vizinhança oneroso. A reparação, nos moldes do *caput* do artigo em estudo, deve abranger todos os danos causados pela passagem à propriedade vizinha, isto é, compreender não só a utilidade subtraída do imóvel, como a desvalorização que tal subtração lhe acarretou”.

²⁴⁶ VIANA, Marco Aurelio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil*, Vol. XVI: dos direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 238.

²⁴⁷ Nas lições de Caio Mário da Silva Pereira: “Se por mais de um prédio for possível o acesso, terá de admiti-lo o proprietário daquele que mais naturalmente e com maior facilidade for viável” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 188).

²⁴⁸ “Art. 1.286. Mediante recebimento de indenização que atenda, também, à desvalorização da área remanescente, o proprietário é obrigado a tolerar a passagem, através de seu imóvel, de cabos, tubulações e outros condutos subterrâneos de serviços de utilidade pública, em proveito de proprietários vizinhos, quando de outro modo for impossível ou excessivamente onerosa. Parágrafo único. O proprietário prejudicado pode exigir que a instalação seja feita de modo menos gravoso ao prédio onerado, bem como, depois, seja removida, à sua custa, para outro local do imóvel”.

ao uso da propriedade imóvel, indo além dos serviços tradicionais de abastecimento de água e eletricidade. Isso é evidente no caso da telefonia, televisão a cabo, fornecimento de sinais de internet e outros serviços que surgem com a evolução tecnológica.²⁴⁹ Essas circunstâncias têm impacto na demanda por conexões a esses serviços através de cabos, tubulações e dutos subterrâneos, muitas vezes exigindo a passagem por edifícios vizinhos para o acesso a essas redes.

A disposição do artigo 1.286 estabelece a obrigação dos vizinhos de permitir ou tolerar a passagem dessas vias em suas propriedades em benefício de seus vizinhos, cujos direitos e obrigações podem ser afetados devido à forma de ocupação do solo, especialmente em áreas urbanas. A passagem de cabos e tubulações só pode ser requerida no caso de serviços de utilidade pública, ou seja, serviços que são fornecidos para toda a comunidade com o objetivo de facilitar e melhorar o uso da propriedade. Portanto, serviços de natureza particular estão excluídos devido à limitação imposta ao vizinho. Tais serviços são aqueles que atendem precipuamente ao interesse do indivíduo, como particular. Não se confunde com o serviço público, cujo escopo é atender a necessidades gerais da coletividade, permitindo-lhe a subsistência e o desenvolvimento.²⁵⁰

O exercício do direito de passagem de cabos e tubulações requer a impossibilidade de acesso ao imóvel por outro meio além da passagem pela propriedade vizinha, ou ainda, a existência de uma excessiva onerosidade na busca de outra rota. Dessa forma, não é necessário que o imóvel beneficiado esteja encravado, como é exigido no caso da passagem forçada.²⁵¹

O exercício do direito de vizinhança de passagem de cabos e tubulações é, assim como no caso de passagem forçada, condicionado ao pagamento de indenização que

²⁴⁹ “A previsão da passagem forçada de cabos e tubulações por propriedade particular visa a atender ao abastecimento urbano e rural de água, energia elétrica, saneamento básico, linhas telefônicas, processamento de dados e outros serviços de utilidade pública. Trata-se de feliz inovação trazida pelo legislador de 2002, haja vista, diante do intenso desenvolvimento tecnológico contemporâneo, a hipótese disciplinada pelo artigo em questão ter-se tornado ainda mais comum. Cite-se, a título de exemplificativo, a passagem de água, provida, de ordinário, de grandes reservatórios de tratamento para posterior distribuição à população” (BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, Vol. III. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014*, p. 603).

²⁵⁰ VIANA, Marco Aurelio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil*, Vol. XVI: dos direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 246. Para este autor, “no mundo moderno são os serviços de água, luz, telefonia, gás, apenas para citar alguns. Geralmente são prestados por concessionárias, que recebem delegação da Administração Pública. Nessa linha, não é qualquer serviço que autoriza, aos vizinhos, exigir a passagem, mas apenas aqueles de utilidade pública” (Ibid).

²⁵¹ TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do direito civil: direitos reais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 215.

contemple o dano sofrido, os prejuízos emergentes no local atravessado, e a desvalorização da área remanescente.²⁵²

Outros casos em que se prevêm uma indenização por atos lícitos é retirada do artigo 1.289 do Código Civil,²⁵³ que trata da acumulação artificial de águas. A água é essencial para a vida humana e tem recebido cada vez mais atenção em virtude da obrigatoriedade da proteção de reservas e garantia de acesso a todos. Há ampla legislação acerca do tratamento jurídico da água, sendo a de maior relevância o Código de Águas, instituído por meio do Decreto nº 24.643 de 10/07/1934, bem como as disposições do Código Civil constantes dos arts. 1.288 a 1.296.

Primeiramente, é crucial destacar que o Código Civil regula as questões envolvendo as águas, considerando-as um elemento que pode gerar conflitos entre vizinhos. Esta regulamentação é específica e não tem a mesma amplitude do Código de Águas, que concentra-se totalmente no interesse coletivo, buscando assegurar ao Poder Público um maior controle sobre os recursos hídricos.²⁵⁴ O regime estabelecido pelo Código Civil aborda o tema sob a perspectiva das relações civis restritivas, com o intuito de proteger os vizinhos em suas interações individuais.²⁵⁵ Pode-se dizer, de forma geral, que as disposições do Código Civil não são conflitantes com as previsões do Código de Águas.

²⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 188. Na jurisprudência, veja-se: “Civil e processual civil – Passagem forçada de cabos, tubulações e outros condutos subterrâneos de serviços de utilidade pública – Regulamentação – Art. 1.286 do CCB – Comprovação de impossibilidade ou extrema onerosidade de caminho alternativo ao imóvel da ré – Prova pericial atestando a inexistência dos pressupostos autorizadores – *Nos termos da norma do artigo 1.286 do CCB, mediante indenização, o proprietário é obrigado a tolerar a passagem, através de seu imóvel, de cabos, tubulações e outros condutos subterrâneos de serviços de utilidade pública, em proveito de proprietários vizinhos, quando de outro modo for impossível ou excessivamente onerosa.* Compete ao autor da ação, que pretende seja determinada a passagem forçada da referida tubulação pelo imóvel vizinho, a comprovação de que é impossível ou extremamente oneroso caminho alternativo ao imóvel do réu. Produzindo-se nos autos prova pericial atestando que não há qualquer impossibilidade ou onerosidade excessiva para se concretizar a ligação das tubulações de fornecimento de água e captação de esgoto diretamente no imóvel da autora, bem como o fato de que a manutenção da atual ligação enseja riscos ao réu, com a possibilidade de exposição de esgoto a céu aberto em sua propriedade, é patente o descabimento de se manter a referida ligação”. (MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 1.0452.08.041923-0/002*, Rel. Cabral da Silva, Belo Horizonte, julgado em 17/5/2017, grifos nossos).

²⁵³ “Art. 1.289. Quando as águas, artificialmente levadas ao prédio superior, ou aí colhidas, correrem dele para o inferior, poderá o dono deste reclamar que se desviem, ou se lhe indenize o prejuízo que sofrer. Parágrafo único. Da indenização será deduzido o valor do benefício obtido”.

²⁵⁴ VIANA, Marco Aurelio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil*, Vol. XVI: dos direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 253.

²⁵⁵ “Os arts. 1.288 – 1.296 disciplinam as limitações impostas à propriedade decorrentes do uso e aproveitamento das águas localizadas em propriedades particulares” (BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Vol. III. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 606).

O artigo 1.288 do Código Civil²⁵⁶ inaugura o tratamento das questões relacionadas à água no direito de vizinhança, estabelecendo que o proprietário ou possuidor do terreno inferior é obrigado a receber as águas que fluem naturalmente do terreno superior, não podendo realizar obras que obstruam seu curso.²⁵⁷ Essa disposição justifica a instituição da passagem obrigatória de tubulações, conforme previsto no artigo 1.286 do Código Civil de 2002.

O fato de o prédio inferior estar obrigado a receber as águas que fluem naturalmente não confere a ele o direito a qualquer indenização. Isso ocorre porque não se trata de água que alcança sua propriedade por intervenção humana, mas sim por força da natureza.²⁵⁸ Nesse sentido, o legislador apenas reconhece e sanciona juridicamente uma condição imposta pela natureza.²⁵⁹ O art. 69, *caput*, do Código de Águas tem a mesma prescrição, prevendo que “Os prédios inferiores são obrigados a receber as águas que correm naturalmente dos prédios superiores”.

No entanto, é viável que a água que flui do edifício superior não seja de origem natural, conforme analisado anteriormente. Pode ocorrer que as águas sejam direcionadas para o edifício inferior de forma artificial devido à intervenção humana. Isso acontece com águas provenientes de poços, cisternas, reservatórios, açudes criados no terreno superior, nascentes

²⁵⁶ “Art. 1.288. O dono ou o possuidor do prédio inferior é obrigado a receber as águas que correm naturalmente do superior, não podendo realizar obras que embarquem o seu fluxo; porém a condição natural e anterior do prédio inferior não pode ser agravada por obras feitas pelo dono ou possuidor do prédio superior”.

²⁵⁷ O escoamento das águas pluviais ou de nascente deve ocorrer de forma natural, sem intervenção humana para modificar seu fluxo. Esse princípio tem origem no direito romano, conforme observam MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Droit civil: le biens*. Paris: Defrénois, 2010, p. 351.

²⁵⁸ “(...) não é a água, mas a natureza do terreno que causa o prejuízo – *non aqua sed loci natura nocet*” (BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, Vol. III. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 608*).

²⁵⁹ Conforme aduzido por VIANA, Marco Aurelio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil*, Vol. XVI: dos direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 256. Na jurisprudência: “Civil – Direito de vizinhança – Ação Cominatória – Condomínio – Condômino – Unidade Autônoma – Obrigação de tolerar a instalação de cabos e tubulações na área privativa – Sistema de captação e escoamento – Acúmulo de águas pluviais na área comum do condomínio – Prescindibilidade da obra – Existência de outras alternativas – Obrigação de permissão – Ausência de imperativo legal – 1- O proprietário de prédio inferior é obrigado a tolerar a passagem de tubulações no imóvel da sua titularidade, em proveito dos proprietários vizinhos, destinados ao fornecimento de serviços de utilidade pública, como a captação e escoamento de águas pluviais, somente quando não houver outra alternativa para a realização e materialização das obras e prestação desse serviço ou, havendo, for excessivamente onerosa, e, de outro lado, está obrigado a receber no seu imóvel particular somente as águas que correm naturalmente do prédio superior (CC, arts. 1.286 e 1.288). 2- Conquanto receba o prédio inferior o fluxo natural das águas pluviais, ante o fato de o condomínio estar situado em área de declive, de modo que as águas pluviais captadas são conduzidas por força da gravidade dos locais mais elevados para os mais baixos, não pode ser o proprietário do imóvel inferior condenado a tolerar a realização de obras de instalação de tubulações volvidas à captação e escoamento das águas pluviais acumuladas na área comum do condomínio quando subsiste outras alternativas para o deságue, não afigurando – Se razoável que suporte, por mera comodidade e conveniência do condomínio, a passagem da tubulação em sua propriedade privativa. 3- Apelação conhecida e desprovida. Unânime. (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. *Proc. 20130610148923 – (894563)*, Rel. Des. Teófilo Cactano, Brasília-DF, julgado em: 23/09/2015).

artificiais e outras fontes semelhantes. Não se exige do proprietário ou possuidor que aceite águas que fluam em direção ao seu imóvel, uma vez que não há a mesma justificativa que embasa a regra do artigo 1.288. Em outras palavras, não se trata de uma imposição da natureza, mas sim de uma ação humana realizada em seu próprio interesse e conveniência.²⁶⁰ Portanto, é o próprio indivíduo que deve arcar com as consequências do ônus que criou.²⁶¹ Nessa situação, não há imposição de obrigação ao proprietário ou possuidor do edifício inferior. Dessa maneira, é permitido ao edifício inferior exigir: a) o desvio das águas; ou b) o pagamento de uma indenização pelos danos que venha a sofrer. O parágrafo único estabelece que da indenização seja deduzido o valor do benefício obtido.²⁶²

Ainda no âmbito das questões relacionadas às águas sob a perspectiva das relações civis restritivas, temos a previsão do artigo 1.292.²⁶³ com o intuito de proteger os vizinhos em suas interações individuais, e que igualmente preveem a indenização por um ato lícito. O artigo estabelece que o dono de uma propriedade tem permissão para construir barragens, açudes ou outras estruturas para represar água em sua propriedade. Se a água represada acabar inundando a propriedade de outra pessoa, o proprietário da barragem será responsável por

²⁶⁰ VIANA, Marco Aurelio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil*, Vol. XVI: dos direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 260.

²⁶¹ “Direito civil – Direito de vizinhança – Obrigação de fazer – Desobstrução de bueiro – Escoamento de águas pluviais – Desvio para o prédio inferior – Agravamento das condições naturais – Obrigação inoponível ao proprietário do prédio inferior – Ressalva legalmente estabelecida (CC, arts. 1.288 e 1.289) – 1- Se o dono ou o possuidor do prédio inferior é obrigado a receber as águas que correm naturalmente do superior, não podendo realizar obras que embarquem seu fluxo, a recíproca impõe que, por outro lado, não está obrigado a suportar as águas que foram artificialmente desviadas, já que a condição natural e anterior do prédio inferior não pode ser agravada por obras realizadas pelo dono ou possuidor do prédio superior (CC, art. 1288). 2- Não é relevante, para a norma de vizinhança, que as obras feitas pelo dono ou possuidor do prédio superior tenham sido autorizadas pelos órgãos competentes da administração pública, notadamente porque a obtenção das licenças para construir, ambientais e urbanísticas, consubstanciando legítima restrição ao direito de propriedade, qualifica pressuposto à realização de qualquer obra, não afastando o licenciamento, contudo, a incidência do artigo 1.288 do Código Civil, cujo alcance, obviamente, não se limita às obras irregulares e ilícitas. 3- Se as obras de escoamento das águas pluviais fossem irregulares as normas do direito de vizinhança sequer precisariam ser evocadas, bastando sua denúncia às autoridades administrativas competentes para que fossem desfeitas, mas, sendo regulares, pois realizadas em conformidade com as normas técnicas ambientais, mas desconformes com os princípios e direitos inerentes à boa vizinhança, o dono ou o possuidor do prédio inferior não estará obrigado a suportá-las. 4- Apelação conhecida e desprovida. Unânime. (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. *Proc. 20120810072098 – (888807)*, Rel. Des. Teófilo Caetano, Brasília-DF, julgado em: 26/8/2015).

²⁶² Salvo melhor juízo, parece ser um caso previsto expressamente pelo legislador da figura da *compensatio lucri cum damno*. Sobre o tema, veja-se na doutrina brasileira o trabalho de: SILVA, Rodrigo da Guia. *Compensatio lucri cum damno: problemas de quantificação à luz da unidade e complexidade do dano patrimonial*. *Revista de Direito Privado*, ano 19, v. 90, p.91-145, jun. 2018; E ainda PETEFFI DA SILVA, Rafael; LUIZ, Fernando Vieira. *A compensatio lucri cum damno: contornos essenciais do instituto e a necessidade de sua revisão nos casos de benefícios previdenciários*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 13, p.281-312, 2017.

²⁶³ “Art. 1.292. O proprietário tem direito de construir barragens, açudes, ou outras obras para represamento de água em seu prédio; se as águas represadas invadirem prédio alheio, será o seu proprietário indenizado pelo dano sofrido, deduzido o valor do benefício obtido”.

compensar os danos causados, com a ressalva de que será deduzido qualquer benefício que ele tenha obtido com a situação.²⁶⁴

A última disposição prevista pelo Código Civil a ensejar reparação por ato lícito, dentro do âmbito das questões relacionadas às águas sob a perspectiva do direito de vizinhança é prevista pelo artigo 1.293.²⁶⁵ O aproveitamento de uma propriedade imóvel, especialmente aquela localizada em zona rural, é essencialmente dependente do acesso à água para alcançar todo o seu potencial. É necessário gerenciar o recebimento e/ou o escoamento das águas de acordo com as características do terreno. A falta de acesso adequado à água pode resultar na exclusão ou na restrição das possibilidades de uso da propriedade pelos proprietários. O recebimento ou drenagem de águas muitas vezes depende da cooperação entre propriedades vizinhas, sejam elas contíguas ou não. É essencial conciliar os interesses de todas as partes envolvidas para garantir um convívio harmonioso e adequado para todos os envolvidos. O artigo 1.293, juntamente com as disposições complementares dos artigos 1.294, 1.295 e 1.296, aborda a construção de aquedutos, estabelecendo as normas legais pertinentes. Essas regras visam garantir um equilíbrio nas relações entre vizinhos, levando em consideração o interesse social na otimização do uso das propriedades imóveis.

Dessa forma, o Código Civil permite a construção de aquedutos para receber ou escoar águas por meio de propriedades alheias, desde que sejam observados os seus requisitos (necessidade primária, a ausência de prejuízo para os vizinhos e a prévia indenização). A construção do aqueduto deve ser realizada de modo a não impedir a utilização dos imóveis

²⁶⁴ “Cuida-se do direito de represamento de água. O proprietário está autorizado a edificar em seu imóvel, construindo barragens, açudes, ou qualquer outra obra que persiga o represamento de água em seu prédio. No art. 119 do Código de Águas temos assegurado, também, o direito de fazer represas e açudes, quando cuida da servidão legal de aqueduto. Mas no exercício desse direito não pode prejudicar os vizinhos. Por isso, se houver invasão de prédio alheio, está obrigado a indenizar o prejudicado, deduzindo-se do valor da indenização o benefício obtido pelo prédio alheio. Cuida-se de aplicação de regra de equidade, estabelecendo-se perfeito equilíbrio entre os direitos em confronto” (VIANA, Marco Aurelio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil*, Vol. XVI: dos direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 266). Salieta Heloisa Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes e Gustavo Tepedino que “apesar de garantir o direito ao represamento, o artigo em análise [1.292] não confere ao proprietário o direito de obstar o curso natural das águas, impedindo seu aproveitamento pelo prédio vizinho (RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70026040899*, Rel. Des. Nelson José Gonzaga, , 18ª Câmara Cível, Porto Alegre, julgado em: 25/6/2009 apud BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, Vol. III. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014*, p. 614).

²⁶⁵ “Art. 1.293. É permitido a quem quer que seja, mediante prévia indenização aos proprietários prejudicados, construir canais, através de prédios alheios, para receber as águas a que tenha direito, indispensáveis às primeiras necessidades da vida, e, desde que não cause prejuízo considerável à agricultura e à indústria, bem como para o escoamento de águas supérfluas ou acumuladas, ou a drenagem de terrenos. §1º. Ao proprietário prejudicado, em tal caso, também assiste direito a ressarcimento pelos danos que de futuro lhe advenham da infiltração ou irrupção das águas, bem como da deterioração das obras destinadas a canalizá-las. §2º. O proprietário prejudicado poderá exigir que seja subterrânea a canalização que atravessa áreas edificadas, pátios, hortas, jardins ou quintais. § 3º. O aqueduto será construído de maneira que cause o menor prejuízo aos proprietários dos imóveis vizinhos, e a expensas do seu dono, a quem incumbem também as despesas de conservação”.

pelos quais passa, garantindo que sua exploração agrícola ou industrial não seja prejudicada. O critério legal não é a completa ausência de prejuízo, uma vez que sempre haverá algum impacto, o qual deve ser compensado por meio do pagamento de indenização. No entanto, o critério principal é a proporcionalidade, buscando maximizar a utilização do imóvel beneficiado enquanto minimiza o prejuízo para aquele que suportará a passagem do aqueduto.²⁶⁶

Caberá ao beneficiado assumir todos os custos relacionados à construção e manutenção do aqueduto, garantindo que isso ocasione o menor impacto possível nos vizinhos. O exercício desse direito está condicionado à prévia indenização dos prejuízos que os vizinhos sofrerão, com o objetivo de minimizar os transtornos causados pela construção dos aquedutos e, principalmente, reparar os danos que suportarão devido ao exercício do direito em questão.²⁶⁷ Além disso, igualmente, será necessário reparar quaisquer danos futuros resultantes de infiltração ou irrupção das águas. Os parágrafos do artigo em questão detalham as situações estabelecidas na regra geral contida no parágrafo principal, especialmente no que se refere à reparação de danos futuros, construções subterrâneas e manutenção das estruturas - responsabilidade financeira que recai sobre o beneficiado.

O parágrafo único do artigo 1.311²⁶⁸ é outra disposição normativa no campo dos direitos reais a prever uma indenização decorrente de uma conduta lícita. Inserido na Seção

²⁶⁶ Na VII Jornada de Direito Civil, promovida pelo CJF, foi aprovado o Enunciado nº 598, dispondo que “na redação do art. 1.293, ‘agricultura e indústria’ não são apenas qualificadores do prejuízo que pode ser causado pelo aqueduto, mas também finalidades que podem justificar sua construção” (BRASIL. Conselho de Justiça Federal. *Enunciado nº 598*. VII Jornada de Direito Civil, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/856>>. Acesso em: 7 mai. 2024). Além disso, foi aprovado o Enunciado nº 245 na III Jornada de Direito Civil, com a seguinte redação: “embora omisso acerca da possibilidade de canalização forçada de águas por prédios alheios, para fins industriais ou agrícolas, o art. 1.293 não exclui a possibilidade da canalização forçada pelo vizinho, com prévia indenização aos proprietários prejudicados” (Id. *Enunciado nº 245*. III Jornada de Direito Civil, Brasília, DF, 2004. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/475>>. Acesso em: 7 mai. 2024).

²⁶⁷ “O direito de aqueduto, contudo, para ser exercido, impõe ao interessado a obrigação de indenizar previamente os proprietários prejudicados. Nada impede que as partes convençam que o pagamento se faça em momento posterior. Aos interessados, é possível celebrar acordo disciplinando a espécie, fixando o valor da indenização. Se não há solução amigável, cabe ao juiz a solução para controvérsia. O critério para fixação da indenização é ditado pelo Código de Águas, que estatui não compreender na indenização o valor do terreno, mas se constitui unicamente do justo preço do uso do terreno ocupado pelo aqueduto, e de um espaço de cada um dos lados, da largura que for necessária, em toda a extensão do aqueduto (Art. 120, § 3º). Não se restringe a esses limites a indenização, uma vez que no parágrafo primeiro é assegurado, ainda, o direito de ressarcimento pelos danos que de futuro advenha ao prédio onerado, que decorra da infiltração ou irrupção das águas, assim como da deterioração das obras destinadas a canalizá-las. Obviamente que não se tem como aferir, no momento em que se constitui a servidão, que danos virão no futuro, ou se eles ocorrerão, efetivamente. O que se faz é ressaltar o direito, deixando claro que a indenização prévia que foi paga envolve somente o preço pelo uso do terreno ocupado e do espaço de cada um dos lados” (VIANA, Marco Aurelio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil*, Vol. XVI: dos direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 268-269).

²⁶⁸ “Art. 1.311. Não é permitida a execução de qualquer obra ou serviço suscetível de provocar desmoronamento ou deslocamento de terra, ou que comprometa a segurança do prédio vizinho, senão após haverem sido feitas as

VII, que versa sobre o direito de construir, o artigo estipula que não é permitida a realização de qualquer obra ou serviço que possa causar desmoronamento, deslocamento de terra ou comprometer a segurança do prédio vizinho, a menos que medidas preventivas tenham sido tomadas anteriormente. Contudo, mesmo com a realização dessas medidas preventivas, o proprietário do prédio vizinho tem direito a ser ressarcido por quaisquer danos que venha a sofrer.

A realização de qualquer obra ou serviço que possa resultar em desmoronamento, deslocamento de terra ou comprometimento da segurança do prédio é proibida. Essa restrição não se limita apenas ao risco de desmoronamento ou deslocamento de terra, independentemente de sua causa, mas também se estende à segurança geral do prédio. Em suma, todas as atividades que possam resultar em danos à estrutura do edifício, perturbar o solo, causar infiltrações, implicar em explosões violentas, ou gerar trepidações perigosas devem ser evitadas. Isso inclui qualquer ação que represente uma ameaça física ao prédio ou aos seus ocupantes. A regra engloba todas as situações decorrentes de obras ou serviços realizados no prédio vizinho que possam comprometer a segurança da vizinhança ou envolver movimentos de terra.²⁶⁹

A proibição legal é levantada quando são realizadas obras preventivas para mitigar os riscos associados às atividades que poderiam comprometer a segurança dos vizinhos ou envolver movimentos de terra. Mesmo que obras preventivas tenham sido realizadas, se ocorrer algum dano ao vizinho, este tem o direito de exigir a indenização pelos prejuízos sofridos, conforme previsão do parágrafo único.²⁷⁰

obras acautelatórias. Parágrafo único. O proprietário do prédio vizinho tem direito a ressarcimento pelos prejuízos que sofrer, não obstante haverem sido realizadas as obras acautelatórias”.

²⁶⁹ VIANA, Marco Aurelio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil*, Vol. XVI: dos direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 315-316.

²⁷⁰ “Ação de obrigação de fazer cumulada com reparação de danos. Sentença de procedência. Interposição de apelação pelo réu. Matéria controvertida da demanda versa sobre o suposto nexos de causalidade entre a construção realizada pelo apelante e os danos constatados no imóvel da apelada. Controvérsia dos autos consiste em questão estritamente técnica, de tal sorte que a realização de prova pericial era imprescindível para a sua elucidação. Perito judicial atestou que a obra executada pelo apelante causou danos ao imóvel da apelada. Antes de iniciar o serviço de aterramento, havia a necessidade de construir um muro de arrimo devidamente impermeabilizado, o que impediria que a unidade do solo se transferisse para o imóvel da apelada e causasse diversos danos. Observância do artigo 1.311, caput, do Código Civil. Incerteza sobre a capacidade do muro de divisa construído pelo apelante evitar a ocorrência de novos danos. Condenação do apelante à obrigação de fazer, consistente na construção de muro de arrimo atendendo às exigências técnicas, inclusive serviço de impermeabilização. Condenação do apelante à reparação dos danos que a sua obra causou na propriedade da apelada. Inteligência do artigo 1.311, parágrafo único, do Código Civil. Apelada apresentou orçamento elaborado por engenheiro particular, o qual estimou em R\$ 12.576,00 os custos para reparação dos danos causados ao seu imóvel. Apelante não impugnou especificamente o valor indicado pela apelada, tampouco indicou o montante indenizatório que entendia apropriado. Valor indicado pela apelada deve ser tido como adequado e suficiente para ressarcir os danos causados ao seu imóvel. Manutenção da r. sentença. Apelação não

A doutrina enxerga no dispositivo uma hipótese de responsabilidade objetiva, não se cogitando do elemento da culpa do construtor ou executor de serviço que provocou o desmoronamento ou a deslocação de terra, de forma que seria suficiente que haja vínculo entre o dano e a obra ou serviço para que o vizinho seja ressarcido.²⁷¹

A nosso sentir, o enquadramento da hipótese é melhor tido dentro da teoria do ato lícito danoso, já que a ilicitude inicial prevista pelo *caput* do artigo é superada quando são realizadas obras preventivas para mitigar os riscos associados às atividades que poderiam comprometer a segurança dos vizinhos ou envolver movimentos de terra. Assim, melhor seria dizer que tais ações danosas, se existentes, resultariam, pois, de um ato lícito reconhecido pela própria *fattispecie*. Nessas hipóteses, embora o ato seja lícito, ao mesmo tempo provocaria um dano não antijurídico; mas, apesar de não ser injusto, o dano em questão ainda provocaria uma reação jurídica em favor do prejudicado, caracterizada pelo “direito a ressarcimento pelos prejuízos que sofrer”, na forma do parágrafo único do art. 1.311.

Ainda no campo do direito de construir, o Código Civil prevê o direito à indenização ao proprietário em cujo imóvel dá-se o direito de ingresso do vizinho por qualquer dano daí decorrente. Na forma do artigo 1.313, o proprietário ou ocupante de um imóvel é obrigado a permitir que o vizinho entre no prédio, mediante aviso prévio, para temporariamente utilizá-lo quando for indispensável para reparar, construir, reconstruir ou limpar sua casa ou o muro divisório. Isso inclui também o direito de o vizinho tomar posse temporária de seus pertences, incluindo animais que porventura estejam lá. O parágrafo único estabelece que, se o exercício desse direito de entrada causar algum dano, o prejudicado terá direito a ser ressarcido.²⁷²

Trata-se de uma restrição ao direito de propriedade, que é garantida como forma de atender aos interesses dos demais membros da comunidade, os quais podem necessitar desse acesso para proteger seus próprios imóveis. Daí a obrigação de permitir a entrada no prédio,

provida” (SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação 0014244-43.2011.8.26.0132*, Rel. Carlos Dias Motta, São Paulo, julgado em: 22/3/2017).

²⁷¹ Sustentando esta posição, com apoio da jurisprudência, veja-se: “Se a construção comprometer a segurança dos prédios lindeiros, o construtor só poderá realizá-la depois de fazer as obras ou medidas acautelatórias necessárias para impedir o dano. A prevenção, contudo, não elide o dever de indenizar (...), de natureza objetiva. Com efeito, o par. ún. [do art. 1.311] comentado assegura indenização ao proprietário não obstante adote o construtor ações acautelatórias. A responsabilidade surge independentemente da prova de culpa, decorrente apenas do nexo de causalidade entre a construção e os prejuízos suportados pelo vizinho” (BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, Vol. III. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014*, p. 646-647).

²⁷² “Art. 1.313. O proprietário ou ocupante do imóvel é obrigado a tolerar que o vizinho entre no prédio, mediante prévio aviso, para: I - dele temporariamente usar, quando indispensável à reparação, construção, reconstrução ou limpeza de sua casa ou do muro divisório; II - apoderar-se de coisas suas, inclusive animais que aí se encontrem casualmente. §1º. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de limpeza ou reparação de esgotos, goteiras, aparelhos higiênicos, poços e nascentes e ao aparo de cerca viva. §2º. Na hipótese do inciso II, uma vez entregues as coisas buscadas pelo vizinho, poderá ser impedida a sua entrada no imóvel. §3º. Se do exercício do direito assegurado neste artigo provier dano, terá o prejudicado direito a ressarcimento”.

mediante aviso prévio, para os fins e dentro dos limites estabelecidos pelos incisos e parágrafos do artigo 1.313. O proprietário ou ocupante só está obrigado a permitir a presença do vizinho em seu prédio nos casos previstos pela lei e mediante aviso prévio. Se não obtiver consentimento, pode buscar seus direitos por meio de ação judicial. A obrigação de tolerar a presença do vizinho implica tanto o acesso quanto o uso para o propósito consentido.

Se impõe a obrigação de consentir quando for indispensável à reparação, construção, reconstrução ou limpeza de sua casa ou do muro divisório; apoderar-se de coisas suas, inclusive animais que aí se encontrem casualmente; nos casos de limpeza ou reparação de esgotos, goteiras, aparelhos higiênicos, poços e nascentes e ao aparo de cerca viva.²⁷³⁻²⁷⁴ É claro que o uso é temporário e restrito ao necessário para atingir o objetivo desejado. Sua duração é passageira e não se estende além do necessário para alcançar esse objetivo. Se um vizinho entrega itens procurados por outro, inclusive animais que estavam lá por acaso, isso pode resultar na proibição da entrada. Se o exercício do direito de entrada no prédio vizinho causar danos àquele que estava obrigado a tolerar a presença, então surge o direito à indenização.²⁷⁵

Também aqui a doutrina advoga pela sua inclusão na doutrina objetiva.²⁷⁶ A nosso sentir, a hipótese regulada no parágrafo 3º do art. 1.313 desafia esse entendimento. Seria mais apropriado enquadrar essa situação dentro da teoria dos danos causados por atos lícitos, uma vez que não se pode considerar o ato ilícito quando o próprio *caput* do artigo prevê o direito

²⁷³ VIANA, Marco Aurelio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil*, Vol. XVI: dos direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 321.

²⁷⁴ “Ação de obrigação de fazer – Direito de vizinhança – Petição inicial que preenche os requisitos previstos nos arts. 282 e 283 do CPC/1973, vigente à época. Adoção do rito sumário que admite o pedido contraposto. Compreensão do § 1º do art. 278 do mesmo Diploma. Apelante que não comprovou a necessidade de realização de obra de isolamento acústico entre os imóveis, ônus que lhe incumbia nos termos do art. 333, I, do CPC/1973 - . Art. 373, I, do CPC/2015 – Rejeição do pedido contraposto que se impõe – Obrigação do proprietário de tolerar que o vizinho entre em seu imóvel, temporariamente, para realizar reparos necessários. Dicção do art. 1.313, I, do Código Civil. Acervo probatório que confirma a necessidade de ingresso no imóvel da apelante para a realização do serviço de contenção de infiltração na parede de divisa das propriedades. Agravo retido não conhecido, por não ter sido reiterado. Apelação desprovida”. (SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação 0004737-04.2011.8.26.0441*, Rel. Dimas Rubens Fonseca, São Paulo, julgado em: 05/8/2016).

²⁷⁵ VIANA, op. cit., p. 321.

²⁷⁶ “O §3º assegura ao proprietário em cujo imóvel dá-se o ingresso do vizinho direito de ser indenizado por qualquer dano daí decorrente. Cuida-se de responsabilidade objetiva, independente de culpa, embora incidam as excludentes relacionadas à inexistência de dano ou de nexo de causalidade (...). Por isso mesmo, não haverá dever de reparar, ou este será mitigado, se o dano resulta de culpa exclusiva ou concorrente ou do proprietário. Assim, por exemplo, no caso em que o proprietário, embora antecipadamente avisado, não toma as providências necessárias para evitar danos previsíveis, como a retirada de móveis ou peças de decoração do local onde realiza a obra ou serviço, os quais acabam danificados com a ação do vizinho. Nesses casos, exclui-se a responsabilidade do vizinho que adentrou o imóvel (...). No que tange à liquidação dos danos, vale a regra geral segundo a qual à indenização deve ser fixada de acordo com o dano efetivamente sofrido, sob pena de enriquecimento sem causa” (BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Vol. III. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 652).

de ingresso em prédio alheio. Nessa hipótese, embora o ato de ingresso seja lícito e legítimo, o dano causado poderia ainda desencadear uma reação jurídica em favor do prejudicado, caracterizada pelo “direito a ressarcimento”. Ao que parece, a falta de uma maior divulgação envolvendo a teoria dos atos lícitos danosos no âmbito jurídico nacional faz com que se reconduzam as hipóteses de indenizações por condutas lícitas ao âmbito da responsabilidade objetiva, em que para a maior parte da doutrina seria um *locus* de incidência de responsabilidade por atos lícitos.

Por fim, visualiza-se uma última previsão junto ao Código Civil acerca da adoção da teoria dos atos lícitos danosos que ensejam reparação. Trata-se do regramento do parágrafo 3º do artigo 1.385,²⁷⁷ que estabelece que o exercício da servidão estará limitado às necessidades do prédio dominante, com o objetivo de evitar, na medida do possível, aumentar o encargo sobre o prédio serviente. Se as necessidades da cultura ou da indústria do prédio dominante exigirem uma extensão maior da servidão, o dono do prédio serviente é obrigado a aceitá-la. Todavia, ele tem o direito de ser indenizado pelo excesso.

Quando uma servidão é estabelecida por ato voluntário, nem todos os detalhes do seu exercício podem ser fixados, principalmente devido à complexidade resultante da expansão da utilidade de um imóvel à custa da diminuição do uso do outro. O artigo 1.385 estabelece no *caput* e nos dois primeiros parágrafos “um princípio no sentido de que a interpretação e a integração do negócio jurídico que constitui a servidão devem ser realizadas de maneira restritiva, com o objetivo de não aumentar a carga sobre o prédio serviente”.²⁷⁸ Diante disso, em caso de dúvida sobre o exercício ou a extensão da servidão, deve-se interpretar ou integrar o título que constitui a servidão de maneira restritiva, buscando limitar ao máximo o ônus imposto ao prédio serviente.

Contudo, o parágrafo terceiro do art. 1.385: “excepciona o princípio restritivo, permitindo a ampliação da servidão na especificidade da situação tratada. Como se sabe, a utilização da propriedade é estimulada pela função social da propriedade, repercutindo em benefícios a toda a sociedade”.²⁷⁹ Nessa linha, excepcionalmente, se a exploração econômica do imóvel utilizado para fins rurais ou industriais impuser a necessidade de ampliação da servidão, isso será possível independentemente da vontade do titular do direito real sobre o

²⁷⁷ “Art. 1.385. Restringir-se-á o exercício da servidão às necessidades do prédio dominante, evitando-se, quanto possível, agravar o encargo ao prédio serviente. §1º. Constituída para certo fim, a servidão não se pode ampliar a outro. §2º. Nas servidões de trânsito, a de maior inclui a de menor ônus, e a menor exclui a mais onerosa. §3º. Se as necessidades da cultura, ou da indústria, do prédio dominante impuserem à servidão maior largueza, o dono do serviente é obrigado a sofrê-la; mas tem direito a ser indenizado pelo excesso”.

²⁷⁸ BENACCHIO, Marcelo. *Arts. 1196 a 1418*. In: NANNI, Giovanni Ettore (Org). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p.1437.

²⁷⁹ *Ibid.*

prédio serviente. Todavia, caberá pagamento de indenização na forma do parágrafo terceiro.²⁸⁰

Pode-se dizer que diante das hipóteses normativas analisadas, essas fórmulas previstas pelo legislador demonstram que as relações de vizinhança em sua grande maioria produzem uma limitação ao direito de propriedade, impondo aos proprietários um sacrifício por meio de imissão ou intormissão permitidas, cabendo aos vizinhos que sofrem as repercussões de tais atos uma medida indenizatória diante da ocorrência de danos.²⁸¹ Os casos analisados parecem, de fato, poderem ser reconduzidos à teoria dos atos lícitos danosos que ensejam reparação civil, pois se está diante de casos que, pela sua estrutura de responsabilidade decorrente de um ato considerado lícito (e até necessário) do qual resultam danos, expresso pela fórmula já concebida em linhas atrás: ato lícito + dano em que se mostra ausente a sua injustiça + acompanhados de uma previsão de indenização.²⁸²

Não raro a doutrina se refere a essas hipóteses como sendo uma espécie de expropriação²⁸³ nos moldes do que se verifica no direito público, mas em prol de interesses privados. E essa ligação ocorre porque a figura dos atos lícitos danosos que ensejam indenização surgiu inicialmente no campo do Direito Público, conforme se passa a analisar.

2.2 Algumas previsões no Direito Público

A concepção de uma responsabilidade pelo sacrifício, na qual o Direito reconhece genuinamente como aceitável a ocorrência de certos prejuízos, proporcionando ao prejudicado uma indenização, teve origem primeiramente no âmbito do Direito Público, especialmente nos

²⁸⁰ BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. III. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 791.

²⁸¹ “Fondamento della c.d. responsabilità da atto lecito è l’esigenza che l’esercizio di un diritto comporti la compensazione delle conseguenze economiche negative subite da altri in conseguenza di tale esercizio” (BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*, Vol. 3, 2. ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 542).

²⁸² “I fatti leciti dannosi non sono fatti antiggiuridici ma fatti autorizzati dalla legge. Ciò comporta l’inammissibilità dell’esercizio dei poteri di autotutela da parte danneggiato. (...) Se i fatti leciti dannosi non sono fatti antiggiuridici deve riconoscersi che essi rientrano nella categoria dei fatti che in conformità della legge sono idonei a produrre effetti obbligatori” (Ibid, p. 541).

²⁸³ No direito italiano, Massimo Bianca assim se refere: “Fatti leciti che comportano l’obbligo di indennizzo sono gli atti di espropriação e di requisizione della pubblica Amministrazione”, para quem “Questi fatti si caratterizzano essenzialmente per l’assenza di antiggiuridicità e per la loro conseguente liceità” (Ibid, p. 540).

casos de intervenção estatal na propriedade, durante o período das leis liberais do século XIX. A partir desse ponto, o conceito se expandiu para as esferas do Direito Civil.²⁸⁴

No âmbito do Direito Público, especialmente no Direito Administrativo,²⁸⁵ é reconhecido que, para garantir o uso e gozo dos bens e riquezas privadas, o Poder Público estabelece normas e limites, e quando o interesse público o exige, intervém na propriedade privada através de atos de império, tendentes a satisfazer as exigências coletivas frente a iniciativa privada. Nessa intervenção estatal, o Poder Público pode chegar a retirar a propriedade privada para atribuir-lhe uma finalidade pública ou de interesse social, recorrendo a diversas formas legais, como a *desapropriação*, ou para lidar com uma situação de perigo público, por meio de *requisição*. Em outras circunstâncias, pode-se limitar seu uso socialmente, através de *limitações* e *servidões administrativas*, ou ainda utilizar temporariamente o bem privado por meio de *ocupação temporária*.²⁸⁶

Certamente, essa intervenção não ocorre de forma arbitrária, e é baseada em critérios pessoais das autoridades públicas. Particularmente, ela é estabelecida pela Constituição e regulada por leis federais que disciplinam as medidas intervencionistas e estabelecem o modo e a forma de sua execução. Essas medidas estão sempre condicionadas ao reconhecimento do interesse público, princípio tido como basilar no direito público por décadas,²⁸⁷ e ao respeito aos direitos individuais garantidos pela própria Constituição. Assim, os fundamentos da intervenção na propriedade privada residem em uma necessidade de proteção dos interesses da comunidade pelo Estado. Os interesses coletivos representariam os direitos da maioria e, portanto, quando entram em conflito com os interesses individuais, devem prevalecer sobre estes.²⁸⁸

²⁸⁴ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil*, Vol. VIII. Coimbra: Almedina, 2020, p. 713. Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho anota que “A obrigação e reparar o dano licitamente causado constituía da chamada responsabilidade por atos lícitos, comum ao direito privado e ao direito público, se bem que a presunção da superior valia do interesse público garanta ao instituto uma maior importância neste último ramo de direito” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A responsabilidade do Estado por actos lícitos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 65).

²⁸⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que “ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinados ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 697).

²⁸⁶ Conforme ensina na doutrina publicista MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 603.

²⁸⁷ Para José dos Santos Carvalho Filho, “o dilema moderno se situa na relação entre o Estado e o indivíduo. Para que possa atender aos reclamos globais da sociedade e captar as exigências do interesse público, é preciso que o Estado atinja alguns interesses individuais. E a regra que atualmente guia essa relação é a da supremacia do interesse público sobre o particular. É, na verdade, esse postulado que constitui um dos fundamentos políticos da intervenção do Estado na propriedade” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 840).

²⁸⁸ MEIRELLES, op. cit., p. 603.

Segundo doutrina clássica, “entende-se por intervenção na propriedade privada todo ato do Poder Público que, fundado em lei, compulsoriamente retira ou restringe direitos dominiais privados ou sujeita o uso de bens particulares a uma destinação de interesse público”.²⁸⁹

Dentre os atos de intervenção estatal na propriedade, destaca-se a figura da *desapropriação*, sendo considerada a mais drástica das formas de manifestação do poder de império estatal.²⁹⁰ Prevista no artigo 5º, XXIV da Constituição Federal,²⁹¹ seu objetivo é a transferência do bem desapropriado para o acervo estatal, caracterizando-se como forma originária de aquisição da propriedade. Daí se conceitua a desapropriação como o “procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social”.²⁹²

Observa-se que o próprio texto constitucional que prevê a desapropriação instituiu que deverá haver uma justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos na própria Constituição. A doutrina especializada entende que, na fixação da indenização, a ser considerada justa, como pretende o dispositivo constitucional, “todos os aspectos devem ser levados em conta (...). Contempla o real valor do bem, danos emergentes, lucros cessantes, juros compensatórios e moratórios”.²⁹³ Além disso, a indenização deve ser prévia, de forma que o valor deve ser pago antes da aquisição da propriedade do vem pelo expropriante.²⁹⁴

²⁸⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 607.

²⁹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 242. Para o autor, “são casos em que, por expressa autorização constitucional (art. 5º, XIV, CF), os interesses coletivos se tornam inconciliáveis com o privado” (Ibid).

²⁹¹ “A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

²⁹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 886. Hely Lopes Meirelles conceitua a figura da seguinte forma: “Desapropriação ou expropriação é a transferência compulsória da propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para a superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública ou, ainda, por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (CF, art. 5º, XXIV) (...)” (MEIRELLES, op. cit., p. 608).

²⁹³ ARAGÃO, op. cit., p. 257, para quem “a indenização não deve apenas repor o valor do bem expropriado, mas ressarcir todos os prejuízos que o particular teve com a desapropriação (desvalorização de área remanescentes etc.)” (ARAGÃO, op. cit., p.257). No mesmo sentido, entende Hely Lopes Meirelles: “Indenização justa é a que cobre não só o valor real e atual dos bens expropriados, à data do pagamento, como, também, os danos emergentes e os lucros cessantes do proprietário, decorrentes do despojamento do seu patrimônio. Se o bem produzia renda, essa renda há de ser computada no preço, porque não será *justa* a indenização que deixe qualquer desfalque na economia do expropriado. Tudo que compunha seu patrimônio e integrava sua receita há de ser repostado em pecúnia no momento da indenização; se o não for, admite pedido posterior, por ação direta, para complementar-se a *justa indenização*. A justa indenização inclui, portanto, o *valor do bem*, suas *rendas*, *danos emergentes* e *lucros cessantes*, além dos *juros compensatórios* e *moratórios*, *despesas judiciais*, *honorários de advogado* e *correção monetária*” (MEIRELLES, op. cit., p. 623, grifo do autor).

²⁹⁴ “Indenização prévia significa que o expropriante deverá pagar ou depositar o preço antes de entrar na posse do imóvel” (Ibid, p. 624). Destaques no original. Para José dos Santos Carvalho Filho, [a] “indenização prévia significa que deve ser ultimada antes da consumação da transferência do bem. Todavia, o advérbio *antes* tem o sentido de uma verdadeira fração de segundos. Na prática, o pagamento da indenização e a transferência do bem

Aliás, ao lado da desapropriação, outras formas de intervenção estatal sobre a propriedade caracterizam o dever de sacrifício, como a *servidão administrativa*. Trata-se de uma forma de intervenção do Estado na propriedade que é menos intrusiva do que a desapropriação. Ela é aplicada em situações em que o Estado não necessita adquirir a propriedade do bem para utilizá-lo em prol do interesse público, mas apenas precisa de acesso parcial a ele com esse propósito.²⁹⁵ Por ser uma forma menos agressiva de intervenção na propriedade, considera-se que a sua indenização somente é devida com a demonstração de efetivo prejuízo por parte do proprietário.²⁹⁶ A mesma lógica segue a *requisição administrativa*,²⁹⁷ prevista pelo artigo 5º, XXV da Constituição Federal, que dispõe que “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

Por fim, faz-se uma breve alusão à *ocupação temporária*. Trata-se de “utilização transitória, remunerada ou gratuita de bens particulares pelo Poder Público, para a execução de obras, serviços ou atividades públicas ou de interesse público (CF, art. 5º, XXV)”.²⁹⁸ A ocupação temporária e coativa de terreno não edificados está prevista, mediante remuneração, no art. 36 do Decreto-lei nº 3.365/41, que estabelece ser “(...) permitida a ocupação temporária, que será indenizada, afinal, por ação própria, de terrenos não edificados, vizinhos às obras e necessários à sua realização”.

As hipóteses de intervenção estatal na propriedade revelam que nos sacrifícios de direito, a indenização deve ser prevista, normalmente, de forma prévia, justa e em dinheiro. Além disso, o sacrifício imposto aos titulares pressupõe a ocorrência de um dano legítimo, ou seja, permitido e por vezes querido pela ordem jurídica, sendo que a sua reparação possui natureza eminentemente reparatória.

se dão (...) no mesmo momento. Só por mera questão de causa e efeito se pode dizer que aquele que se operou *antes* desta. De qualquer forma, deve entender-se o requisito como significando que não se poderá considerar transferida a propriedade antes de ser paga a indenização” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 925-926).

²⁹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 269. Helly Lopes Meirelles define a servidão administrativa como “ônus real de uso imposto pela Administração à propriedade particular para assegurar a realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 631).

²⁹⁶ “(...) [A] servidão administrativa não rende ensejo à indenização se o uso pelo Poder Público não provoca prejuízo ao proprietário. Segue-se daí que, se o direito real de uso provocar prejuízos ao *dominus*, deverá este ser indenizado em montante equivalente ao mesmo prejuízo. É bom lembrar que o ônus da prova cabe ao proprietário. À ele, cabe provar o prejuízo; não o fazendo, presume-se que a servidão não produz qualquer prejuízo” (CARVALHO FILHO, op. cit., p. 853).

²⁹⁷ “Requisição é a utilização coativa de bens ou serviços particulares pelo Poder Público por ato de execução imediata e direta da autoridade requisitante e indenização ulterior, para atendimento de necessidades coletivas urgentes e transitórias” (MEIRELLES, op. cit., p. 635).

²⁹⁸ *Ibid*, p. 637.

Outro caso no campo do direito público que pode ser ventilado ainda nesta sede, especialmente em tempos recente de pós-pandemia da Covid-19, envolve o caso de vacinação obrigatória, a teor do que dispõe o art. 3º, III, da lei 13.979 de 2020.²⁹⁹ A lei prevê no seu artigo terceiro que para o enfrentamento da emergência de saúde pública, de importância internacional, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, a determinação de realização compulsória de vacinação. No julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587 – ³⁰⁰ que tratam unicamente de

²⁹⁹ Dispõe o mencionado dispositivo: “Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: I - isolamento; II - quarentena; III - determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas (...)”.

³⁰⁰ “AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19PREVISTA NA LEI 13.979/2020.PRETENSÃO DE ALCANÇAR A IMUNIDADE DE REBANHO. PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE, EM ESPECIAL DOS MAIS VULNERÁVEIS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE. PROIBIÇÃO DE VACINAÇÃO FORÇADA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CONSENTIMENTO INFORMADO DO USUÁRIO. INTANGIBILIDADE DO CORPO HUMANO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA, LIBERDADE, SEGURANÇA, PROPRIEDADE, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. VEDAÇÃO DA TORTURA E DO TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE. COMPULSORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO A SER ALCANÇADA MEDIANTE RESTRIÇÕES INDIRETAS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E ANÁLISES DE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SEGURANÇA E EFICÁCIA DAS VACINAS. LIMITES À OBRIGATORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO CONSISTENTES NA ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOSPARA CUIDAR DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA PÚBLICA. ADIS CONHECIDAS E JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES. I – A vacinação em massa da população constitui medida adotada pelas autoridades de saúde pública, com caráter preventivo, apta a reduzir a morbimortalidade de doenças infecciosas transmissíveis e a provocar imunidade de rebanho, com vistas a proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis. II – A obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expreso consentimento informado das pessoas. III – A previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas às quais se sujeitam os refratários observem os critérios constantes da própria Lei 13.979/2020, especificamente nos incisos I, II, e III do § 2º do art. 3º, a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao “pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas”, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a não ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes. IV – A competência do Ministério da Saúde para coordenar o Programa Nacional de Imunizações e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunização não exclui a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para estabelecer medidas profiláticas e terapêuticas destinadas a enfrentar a pandemia decorrente do novo coronavírus, em âmbito regional ou local, no exercício do poder-dever de “cuidar da saúde e assistência pública” que lhes é cometido pelo art. 23, II, da Constituição Federal. V - ADIs conhecidas e julgadas parcialmente procedentes para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: (A) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contra-indicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (B) tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência”

vacinação contra a Covid-19 – o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o Estado pode determinar aos cidadãos que se submetam, compulsoriamente, à vacinação contra a Covid-19, prevista na Lei nº 13.979/2020. De acordo com a decisão, o Estado pode impor aos cidadãos que recusem a vacinação medidas restritivas previstas em lei (multa, impedimento de frequentar determinados lugares, fazer matrícula em escola etc.), mas não pode fazer a imunização à força. A obrigatoriedade da vacinação, em si um ato lícito, autorizado pela lei, poderia dar ensejo ao dever de reparar?

O tema já foi enfrentado, de certa forma, pelos tribunais. A responsabilidade civil do Estado por efeitos adversos causados por vacina administrada no âmbito do Programa Nacional de Vacinação está assentada em precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos quais foi reconhecido o direito à ampla indenização, abrangente de danos materiais, inclusive pensão vitalícia, e danos morais.³⁰¹ No julgamento do REsp 1388197/PR, o Ministro

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6586*, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Brasília-DF, julgado em: 17/12/2020, publicado em: 7/4/2021).

³⁰¹ “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. OCORRÊNCIA DE DANO ESTÉTICO E FUNCIONAL DE NATUREZA GRAVÍSSIMA E IRREVERSÍVEL, COMPROVADO NAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS CUMULADOS COM PENSÃO VITALÍCIA. CAMPANHA NACIONAL DE VACINAÇÃO CONTRA INFLUENZA PROMOVIDA PELA UNIÃO FEDERAL. INCAPACIDADE TOTAL DA VÍTIMA, POR EVENTO PÓS-VACINAL, VINCULADO AO ATO DA VACINAÇÃO E DELE DIRETAMENTE DECORRENTE. SÍNDROME DE GUILLAIN-BARRÉ. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENTE PÚBLICO CLARAMENTE DEFINIDA. INÉRCIA PROCESSUAL DA UNIÃO: NÃO APELOU, NÃO CHAMOU NEM DENUNCIOU À LIDE O LABORATÓRIO FABRICANTE E A EMPRESA CONTRATANTE, NÃO AGRAVOU, NÃO RECORREU DA CONDENAÇÃO JUDICIAL QUE LHE FOI IMPOSTA, NEM SUSTENTOU ORALMENTE NESTE JULGAMENTO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE PENSÃO VITALÍCIA. RESIGNAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL QUANTO AOS TERMOS DA CONDENAÇÃO. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO À EXTENSÃO DO DANO CAUSADO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. Consoante se depreende dos autos, a Recorrente, após ser vacinada em meados de maio de 2008, durante a Campanha Nacional de Vacinação contra a influenza promovida pela UNIÃO FEDERAL, foi acometida de polineuropatia desmielinizante inflamatória pós-vacinal, não havendo dúvidas acerca donexo de causalidade entre a vacina e o dano que lhe fora causado; este ponto é pacífico, porque definido em termos conclusivos nas instâncias ordinárias. 2. Diante de tal quadro, encontra-se em condição paraplégica, necessitando de ajuda para realizar todas as atividades do seu dia a dia, inclusive beber água e se alimentar, impossibilitada de realizar as tarefas mais básicas do seu antigo cotidiano, como cuidar da sua filha, ainda em tenra idade infantil, exercer seu trabalho e realizar as demais atividades que antes faziam parte de sua vida, tendo manifestado quadro de depressão em razão dessa circunstância em que se encontra. 3. Reconhecida a responsabilidade civil do Ente Público, pelo Tribunal de origem, a UNIÃO FEDERAL ficou inerte: não apelou daquela decisão, não chamou nem denunciou à lide o Laboratório fabricante e a Empresa contratante, não agravou bem como não recorreu da condenação judicial que lhe foi imposta, pois se resignou com a rejeição de seguimento aos seus Recursos Extraordinário e Especial; como também não sustentou oralmente em sua defesa neste julgamento. Com efeito, somente a parte Autora recorreu a esta Corte, postulando o aumento do valor da indenização por danos morais e a implantação de pensão vitalícia, que não fora reconhecida pelo Tribunal Sergipano. 4. O art. 950 do Código Civil dispõe que se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu. 5. Conforme jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a vítima do evento danoso, que sofre redução parcial e permanente da sua capacidade laborativa, tem direito ao pensionamento previsto no dispositivo legal acima transcrito, independentemente da existência de capacidade para o exercício de outras atividades, em razão do maiorsacrifício para a realização do serviço (AgRg no AREsp. 636.383/GO,

Herman Benjamin ressaltou que uma das conquistas mais notáveis da medicina contemporânea e da saúde pública são as vacinas, que representam uma bênção para todos. Entretanto, em alguns casos, elas podem provocar reações adversas que têm o potencial de incapacitar e, em casos extremos, até mesmo levar à morte. É fundamental reconhecer que, ao Estado, que tem o dever de promover a imunização em massa, cabe também o compromisso de amparar os poucos indivíduos que possam sofrer com efeitos colaterais.³⁰²

As considerações feitas em torno dos casos envolvendo indenizações por atos lícitos no direito público demonstram que nesse ramo do direito a doutrina vem trabalhando em torno da figura com um certo avanço frente ao direito privado. Contudo, não se pretende transpor a teoria do Direito Administrativo ao Direito Civil, e nem seria conveniente fazê-lo. O que se pretende sublinhar, portanto, foi que com o significativo crescimento da responsabilidade civil objetiva no final do século passado, inicialmente com o aumento da responsabilidade estatal, e após com o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), ganharam relevo as incongruências conceituais que imperavam em torno dos elementos da responsabilidade civil no regime baseado exclusivamente na culpa. É que em matéria de responsabilidade estatal, por danos causados pelo próprio Estado, a doutrina teve desde cedo desvincular-se das concepções envolvendo a ilicitude da conduta do ofensor, para reconhecer

Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 10.9.2015); REsp. 1.344.962/DF, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, DJe 2.9.2015; REsp. 1.292.728/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 2.10.2013; EDcl no REsp. 1.269.274/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 13.3.2013).6. Nas hipóteses em que se verificar patenteada a desproporcionalidade entre a indenização e a extensão do dano causado, é permitido afastar-se a incidência da Súmula 7 desta Corte para adequação do respectivo quantum.7. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, mormente o grau de ofensa causada à honra da Recorrente, altera-se a indenização por dano moral de R\$ 50.000,00 para o valor de R\$ 100.000,00, atentando-se especialmente para o princípio da equidade e para os valores indenizatórios que esta Corte Superior tem arbitrado em casos de evidente menor gravidade. (...)10. Recurso Especial da vítima do dano a que se dá provimento para determinar a concessão de pensão vitalícia a ser fixada em liquidação de sentença e alterar o valor da indenização por danos morais de R\$ 50.000,00 para R\$100.000,00” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1514775/SE*, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, Brasília-DF, julgado em 23/8/2016, publicado em 10/11/2016).

³⁰² “ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ACIDENTE DE CONSUMO. ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. ART. 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CAMPANHA NACIONAL DE VACINAÇÃO DE IDOSOS CONTRA VÍRUS INFLUENZA-GRIPE. REAÇÃO VACINAL. DESENVOLVIMENTO DA SÍNDROME DE GUILLAIN-BARRÉ. CASO FORTUITO NÃO CONFIGURADO. DANO MORAL PRESUMIDO. INDENIZAÇÃO. 1. Hipótese em que o particular, ora recorrido, postulou a condenação solidária dos réus ao pagamento de indenização por danos morais, materiais e pensionamento mensal decorrentes do desenvolvimento da ‘Síndrome de Guillain-Barré’ (SGB) após tomar dose de vacina contra o vírus influenza (gripe), atendendo à incitação publicitária da ‘Campanha Nacional de Vacinação de Idosos’. 2. Uma das mais extraordinárias conquistas da medicina moderna e da saúde pública, as vacinas representam uma bênção para todos, mas causam, em alguns, reações adversas que podem incapacitar e até levar à morte. Ao mesmo Estado a que se impõe o dever de imunizar em massa compete igualmente amparar os poucos que venham a sofrer com efeitos colaterais. 3. Com base no art. 927, parágrafo único, do Código Civil ou no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, é objetiva a responsabilidade civil do Estado por acidente de consumo decorrente de vacinação, descabendo falar em caso fortuito ou imprevisibilidade de reações adversas.4. Recurso Especial não provido” (Id. *REsp 1388197/PR*, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, Brasília-DF, julgado em 18/6/2015, publicado em: 19/4/2017).

que o problema há de ser examinado e decidido em face da situação do sujeito passivo, a do lesado.³⁰³

2.3 Conclusões

De forma conclusiva ao presente capítulo, a pergunta que surge, ou de qualquer forma é apropriado fazê-la, seria de que por que existem ou devem existir atos legais danosos? Em um equilíbrio normal e óbvio, deveria haver espaço apenas para a responsabilidade civil decorrente do ilícito, esteja ele entendido na conduta do ofensor, para àqueles que assim pensam, seja no dano, por meio de sua injustiça.

Fato é que as hipóteses típicas, previstas pelo legislador, levam a crer que o fundamento, a própria essência e a oportunidade de garantir a existência da categoria dos atos legais danosos reside na necessidade de conciliar dois ou mais direitos (*rectius*: situações jurídicas) inconciliáveis, porém diante da exigência de proteger ambos simultaneamente. Trata-se de uma ponderação feita pelo legislador, em abstrato, para a composição do conflito de interesse. Para o primeiro (o ofensor), é oferecida uma proteção imediata, por meio da permissão do ato, enquanto para o segundo (a vítima) é oferecida uma proteção igualmente, através da reparação do direito sacrificado. Para esse fim, o legislador delineia um sistema equilibrado, após ter necessariamente legitimado o desequilíbrio inicial, fruto do atrito entre as duas situações jurídicas conflitantes: dois pratos da mesma balança que alcançam um equilíbrio peculiar.

³⁰³ Como apontam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco: “Para se imputar ao Poder Público a responsabilidade objetiva (teoria do risco-proveito) não é necessário questionar se a atuação do Estado foi legítima ou ilegítima; relevante é verificar a perda da situação juridicamente protegida. Quanto a esse aspecto, o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece: ‘Em matéria de responsabilidade estatal por danos causados pelo próprio Estado, tem razão Sotto Kloss quando afirma que o problema há de ser examinado e decidido em face da situação do sujeito passivo – a de lesado em sua esfera juridicamente protegida – e não em face dos caracteres do comportamento do sujeito ativo’. Sob esse enfoque, a existência ou inexistência do dever de reparar não se decide pela qualificação da conduta geradora do dano (lícita ou ilícita), mas pela qualificação da lesão sofrida. Logo, o problema da responsabilidade resolve-se no lado passivo da relação, não em seu lado ativo. Importa que o dano seja ilegítimo, não que a conduta causadora o seja. Em outras palavras, é possível a existência da responsabilidade civil do Estado gerada pela prática de atos lícitos, entretanto, não basta para caracterizá-la a mera deterioração patrimonial sofrida por alguém. Não é suficiente a simples subtração de um interesse ou de uma vantagem que alguém possa fruir, ainda que legitimamente. Quatro são as características do dano indenizável: 1) o dano deve incidir sobre um direito; 2) o dano tem de ser certo, real; 3) tem de ser um dano especial; e, por último, 4) há de ocorrer um dano anormal” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 892).

A teoria da coexistência das situações jurídicas conflitantes e a necessidade de tutelar ambas, emerge assim da análise das características das diversas figuras de atos lícitos danosos tipificadas pelo legislador. Em verdade, explica-se assim as razões que conduziram o legislador a assumir tais escolhas, mas não se delimita ou muito menos se exaure plenamente o trato da categoria de uma responsabilidade civil por ato danoso. Dito de outra forma, o exame das figuras típicas ajuda a explicar o fundamento dos atos lícitos danosos mas não ilustra todas as características e os sofisticados mecanismos que a figura exige atualmente.

Ademais, a análise das hipóteses legalmente previstas de indenização por atos lícitos, ratificam uma conclusão alcançada no primeiro capítulo envolvendo a qualificação jurídica desses danos. Pode-se dizer que nesses casos o dano é legítimo, isto é, não injusto ou não antijurídico, mas ainda assim são casos que demandam sua indenização. A renúncia à injustiça do dano nessas circunstâncias específicas resulta em uma clara quebra sistêmica, baseada na sua indenizabilidade. Contudo, por um juízo de merecimento de tutela prévio, o legislador considerou devida a compensação ao lesado. O dano se mostra, assim, juridicamente relevante, mesmo não sendo injusto. Falar, nessas situações, de injustiça do dano ou que esses prejuízos são juridicamente relevantes, é, portanto, variações lexicais sobre um tema comum: o reconhecimento de que não parece razoável, na legalidade constitucional, estando a pessoa humana posta no centro do sistema jurídico, que a vítima suporte agressões indevidas, ainda que causadas por atos que não possuem em seu interior a ilicitude. São danos que, de acordo com a solidariedade social, não devem ser exclusivamente suportados pela vítima, e por isso devem ser indenizados, ainda que autorizados.

3 CASOS ATÍPICOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS LÍCITOS

No primeiro capítulo, que tratou do papel do ato ilícito e lícito na responsabilidade civil, empreendemos esforços em esclarecer em que consistiria o ilícito civil. Conforme avançado então, a partir do dado legislativo, observou-se que a escolha do legislador brasileiro, que culminou com o Código Civil de 2002, foi a de restringir o termo ilicitude a duas *fattispecie* específicas: a dos artigos 186 e 187 do Código³⁰⁴.

Enquanto o ato ilícito previsto na forma do artigo 186 deriva da desobediência direta à estrutura das situações jurídicas, indicando a ausência de direito por parte do agente, o abuso é avaliado em um segundo nível de controle dessas situações. Embora obedecida a estrutura (o titular não excede as prerrogativas que se lhe conferem), a posição jurídica é exercida em finalidade diversa daquela que justifica sua existência. Fez-se referência ainda ao conceito de ilicitude *lato sensu*, no sentido de contrariedade ao direito como um todo.

De maior relevância para a construção do conceito de ilicitude foi a idealização do *princípio da legalidade*. Pode-se dizer que a legalidade no direito civil constitui uma ideia de afirmação de uma liberdade apresentada na forma de controles legais por meio de uma concepção de império da lei.³⁰⁵ Originada dos ideários burgueses da Revolução Francesa, a fonte inspiradora foi o pensamento iluminista, principalmente em Rousseau, cujo conceito inovador na época trazia a lei como norma geral e expressão da vontade geral. A generalidade da origem e do objeto da lei idealizada e sua consideração como instrumento essencial de proteção dos direitos dos cidadãos permitiu, em um primeiro momento, consolidar esse então novo conceito de lei, típico do Estado Liberal, expressado no art. 4º da Declaração de Direitos de 1789: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica ao outro. O exercício dos direitos naturais de cada homem não tem mais limites que os que asseguram a outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Estes limites somente podem ser estabelecidos pela lei”.

³⁰⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

³⁰⁵ Conforme exposto por SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coords.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*, Vol. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 87.

Esses são os primórdios da ideia essencial de lei como garantia da coexistência de direitos e liberdades na sociedade.³⁰⁶ O princípio da legalidade traduz essa concepção de lei como instrumento de proteção das liberdades individuais, que permitiu a formação do Estado de Direito distinto e contraposto ao Estado absoluto do século XVII.³⁰⁷ O princípio da legalidade, assim, opõe-se a qualquer tipo de poder autoritário. A Constituição de 1988, em seu art. 5º, II, bebendo dessa fonte histórica, prevê o princípio da legalidade, ao dispor que somente em virtude de lei podem-se exigir obrigações dos cidadãos. Ao incorporar essa noção de lei, a Constituição brasileira torna explícita a intrínseca relação entre legalidade e liberdade. A lei seria, então, o instrumento que garante a liberdade.³⁰⁸

Dessa forma, todo o arcabouço jurídico moderno (sistemas continentais) foi construído em torno do princípio da legalidade. Como exemplo, o Direito Penal funda-se no princípio de que não há crime sem lei anterior, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX), expressado pela famosa expressão *nullum crimen nulla poena sine lege*³⁰⁹. No campo do Direito Administrativo, a tradição doutrinária sustenta que, ao passo que na esfera privada é possível realizar tudo o que a lei não veda, na Administração Pública apenas é permitido realizar o que está expressamente autorizado por lei. Essa concepção resume, ao menos em parte, o princípio da legalidade administrativa estipulado no artigo 37º, *caput*, da

³⁰⁶ Ensina José Joaquim Gomes Canotilho que: “a ideia do Estado de direito no constitucionalismo francês assentou – pelo menos em termos teóricos –, na construção de um *État Légal* concebido como uma *ordem jurídica hierárquica*. No vértice da pirâmide hierárquica, situava-se a *Déclaration* de 26 de Agosto de 1789, consagrando os ‘*droits naturels et sacrés de l’homme*’. Esta *Déclaration* era, simultaneamente, uma ‘supraconstituição’ e uma ‘pré-constituição’: supra-constituição porque estabelecida uma disciplina vinculativa para a própria constituição (1791); pré-constituição porque, cronologicamente, precedeu mesmo a primeira lei superior. A constituição situa-se num plano imediatamente inferior à Declaração. A lei ocupa o terceiro lugar na pirâmide hierárquica e, na base, situam-se os actos do executivo de aplicação das leis. Esta estrutura serve, ainda hoje, de paradigma aos estados constitucionais na actualidade. O Estado constitucional, com hierarquia de normas, seria radicalmente oposto ao Estado de Polícia. No entanto, o Estado constitucional transmutar-se-ia em simples *Estado legal*, afirmando-se a soberania ou primado da lei com base na doutrina da soberania nacional expressa pela assembleia legislativa. O princípio da lei servia para a submissão ao direito do poder político ‘sob um duplo ponto de vista’: (1) os cidadãos têm a garantia de que a lei só pode ser editada pelo órgão legislativo, isto é, o órgão representativo da vontade geral (cfr. *Déclaration* de 1789, artigo 6º); (2) em virtude da sua dignidade – obra dos representantes da Nação – a lei constitui a fonte de direito hierarquicamente superior (a seguir às leis constitucionais) e, por isso, todas as medidas adoptadas pelo poder executivo a fim de lhe dar execução deviam estar em conformidade com ela (*princípio da legalidade da administração*). Mas não só isso: como produto da vontade geral, as leis eram necessariamente gerais (*generalidade da lei*) garantindo, deste modo, a observância do *princípio da igualdade perante a lei* e conseqüentemente repúdio das velhas *leges privatae* (privilégios) características do *Ancien Régime*” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 95-96, grifo do autor).

³⁰⁷ Com efeito, já se mostravam as consequência das revoluções liberais que resultaria, na síntese de John Adams, em um governo de leis, e não de homens (“a government of laws not men”), conforme ensina SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coords.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*, Vol. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 87.

³⁰⁸ CANOTILHO, op. cit., p. 96-97.

³⁰⁹ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1940.

Constituição.³¹⁰ Também no Direito Tributário se verificam reflexos do princípio da legalidade, em especial sobre a forma de limites constitucionais (art. 150 da CF/88), dentre os quais a ideia de lei sobressai nos princípios da *reserva legal*,³¹¹ da *anterioridade da lei*³¹² e da *irretroatividade da lei*.³¹³

A seu turno, nos domínios do direito privado, as liberdades fundamentais, asseguradas pela estrutura constitucional, garantem aos indivíduos a possibilidade de sua ação para permitir a autorregulação dos interesses dos indivíduos nos diversos cenários sociais. A categoria jurídica cunhada pelos civilistas como expressão dessas liberdades nas relações privadas ficou conhecida como *autonomia privada*.³¹⁴

A preservação da liberdade dentro do contexto liberal do direito civil era entendida, então, como uma garantia de liberdade por meio da implementação de regulações legais.³¹⁵ Nesse sentido, “afirmar que a atividade particular encontrava limites apenas na ilicitude (vale dizer, na contrariedade à expressa disposição legal) implicava afirmar, por via de

³¹⁰ Sobre o princípio da legalidade administrativa, ensina Helly Lopes Meirelles que “[a] legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*) significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil, e criminal, conforme o caso. (...) Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘poder fazer assim’; para o administrado público significa ‘deve fazer assim’” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 89). Como já visto, a doutrina que se filia à corrente de pensamento propende a uma natureza estritamente taxativa da responsabilidade por atos lícitos parece estar atrelado ainda à origem publicista da figura, terreno em que se rege pela legalidade estrita, de forma a representar a total subordinação do Poder Público à previsão legal, na forma do princípio ora analisado.

³¹¹ No que respeita ao campo tributário, de acordo com o princípio da legalidade tributária ou reserva de lei tributária, o tributo deve materializar-se em lei segundo a máxima *nullum tributum sine lege*. A *contrário sensu*, nenhuma norma inferior à lei poderá estabelecer obrigações de caráter tributário. Sobre o tema, veja-se por todos TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional financeiro e tributário*, Vol. II. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 3.

³¹² Referido princípio estipula que um tributo não poderá ser cobrado no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que o instituiu ou aumentou (Ibid, p. 559).

³¹³ Ibid, p. 400.

³¹⁴ Cujas maior expressão é o negócio jurídico. “O negócio jurídico é o instrumento de maior relevo com o qual se atua no direito privado a autonomia dos sujeitos. O direito tende a alcançar a autorregulação dos interesses dos indivíduos por meio dessa ferramenta jurídica, o negócio, o qual, como diz Carnelutti, é um fato que tanto regula quanto é regulado!” (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 50. ed. Padova: Cedam, 2022, p. 129-130). O texto em língua estrangeira é: “Il negozio giuridico è lo strumento di maggior rilievo con il quale si attua nel diritto privato l’autonomia dei soggetti. Il diritto tende a raggiungere l’autoregolamento degli interessi dei singoli mediante questo strumento giuridico, il negozio, il quale, come dice Carnelutti, è un fatto che regola oltre che essere regolato!”. Tal concepção sobre o negócio jurídico é disseminada em quase todas as obras que tratam do tema, nacionais e estrangeiras. No direito brasileiro, afirma Antônio Junqueira que “o negócio jurídico é todo o fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia imposto pela norma jurídica que sobre ele incide” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16).

³¹⁵ SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coords.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*, Vol. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 88.

consequência, que nenhum outro limite além da própria lei se aplicava a ela”.³¹⁶ Dito de outra forma, o princípio da legalidade assumia, assim, um conteúdo negativo, que reservava ao legislador o poder de restrição das liberdades, tornando lícito tudo o que não for legalmente proibido. O art. 5º, II, da Constituição da República, em cuja linguagem se lê que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei é expressão dessa ideia.

Contudo, o final do século XIX e o início do século XX marcaram uma mudança nesse cenário. Como visto no primeiro capítulo, a percepção de que determinados atos legalmente lícitos entravam em conflito com a função do direito no momento de sua execução levou ao surgimento e desenvolvimento do conceito de abuso de direito. Pode-se dizer que o estado da arte naquele momento fez com que se estabelecesse uma nova forma de avaliação das atividades privadas – ou melhor, uma segunda instância de controle valorativo das atividades privadas.³¹⁷ Então, “a concepção de abuso seria, assim, a grande responsável por inaugurar no direito civil uma nova forma de análise das prerrogativas individuais, não mais estática e estrutural como aquela pressuposta pela licitude, mas dinâmica (aplicada ao momento do exercício da situação subjetiva) e funcional.”³¹⁸

Em outras palavras, reconhece-se que a autonomia privada permanece como um princípio fundamental do direito civil. No que tange ao seu controle, na forma mais tradicional, esse é concebido quando determinado ato de autonomia infringe disposição legal expressa, i. é, por meio de uma afronta detectada por uma análise estrutural de determinada situação jurídica (ato ilícito), ou por uma análise funcional, através da figura do abuso do direito. Ilicitude e ato abusivo compõem, então, o conceito de legalidade na sua forma mais clássica e conservadora, exprimindo dessa forma uma instância de controle predominantemente negativo sobre os atos da autonomia privada.³¹⁹

³¹⁶ SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coords.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*, Vol. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 88.

³¹⁸ *Ibid.*

³¹⁹ *Ibid.*, p. 88. Nessa linha de raciocínio sobre o tema, ensina Noberto Bobbio que as funções protetivas e repressivas do direito normalmente se sobrepõem, pois “(...) o direito desenvolve a função de *proteção* em relação aos atos lícitos (que podem ser tanto atos permitidos quanto obrigatórios) mediante a *repressão* dos atos ilícitos” (BOBBIO, Noberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007, p. 2). Ademais, ensina este autor que a teoria do direito como ordenamento repressivo e protetor é fruto da ideologia do Estado liberal clássico, do Estado entendido na sua função de guardião da ordem pública, e que ainda na teoria geral do direito contemporânea, ainda é dominante a concepção repressiva do direito (*Ibid.*, p. 4).

O avanço da concepção de legalidade (na sua aceção mais clássica) desempenhou um papel crucial ainda na diferenciação entre os domínios do direito público e privado,³²⁰ na medida em que se atribuíram ao princípio conteúdos distintos conforme se tratasse de relações entre particulares ou relações com a participação do Estado.³²¹ Ao direito civil cabia, pois, garantir a estabilidade das relações privadas, de modo a propiciar aos atores econômicos a não ingerência do poder público nas relações travadas. Por essa razão, chegou-se a afirmar que o Código Civil era a “Constituição” do direito privado,³²² o que lhe dava um papel de destaque, ou seja, era o diploma que figurava no centro do sistema jurídico.³²³

Entretanto, ao longo da evolução do pensamento jurídico e das funções estatais, tornou-se evidente que o propósito do direito não se limitava apenas a garantir a proteção dos

³²⁰ A diferenciação entre direito público e direito privado tem suas origens no direito romano, no qual o direito público envolvia os assuntos do Estado, enquanto o direito privado tratava dos interesses individuais. Contudo, somente com o avançar do tempo, na Idade Moderna e a afirmação dos novos Estados nacionais é que a contraposição entre as duas esferas ganha os contornos atuais. De forma detalhada sobre o tema, veja-se: CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. I. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.88.

³²¹ A clássica *summa divisio* já se considera superada. Sobre a mitigação da dicotomia, v., por todos texto clássico de GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, v. 87, n. 747, p.35-55, jan. 1998. Mais atualmente, na melhor doutrina publicista, ensina Luís Roberto Barroso que “o direito privado, especialmente o direito civil, atrevessou os tempos sob o signo da livre iniciativa e da autonomia da vontade. As doutrinas individualista e voluntarista, consagradas pelo Código Napoleônico (1804) e incorporadas pelas codificações do século XIX, repercutiram sobre o Código Civil brasileiro de 1916. A liberdade de contratar e o direito de propriedade fundiam-se para formar o centro de gravidade do sistema privado. Ao longo do século XX, todavia, esse quadro se alterou. A progressiva superação do liberalismo puro pelo intervencionismo estatal trouxe para o domínio do direito privado diversos princípios limitadores da liberdade individual e do primado da vontade, denominados *princípios de ordem pública*. (...) A proliferação de normas cogentes, indisponíveis pelos contratantes, assinala a denominada *publicização do direito privado*. Já mais próximo da virada do século, esse processo se aprofunda, dando lugar a um novo desenvolvimento dogmático, referido pela doutrina como *constitucionalização do direito civil*. Na primeira parte do século, afirmava-se que o Código Civil era a Constituição do direito privado. De fato, a divisão era clara: de um lado, o *direito privado*, no qual os protagonistas eram o contratante e o proprietário, e a questão central, a autonomia da vontade; de outro, o *direito público*, em que os atores eram o Estado e o cidadão, e a questão central, o exercício do poder e os limites decorrentes dos direitos individuais. Ao longo do século, todavia, as novas demandas da sociedade tecnológica e a crescente consciência social em relação aos direitos fundamentais promoveram a superposição entre o público e o privado. No curso desse movimento, opera-se a *despatrimonialização* do direito civil, ao qual se incorporam fenômenos como o dirigismo contratual e a relativização do direito de propriedade” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 57-59). Sobre o tema, em perspectiva crítica, veja-se RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

³²² Essa ideia é bem apresentada por Michele Giorgianni, a saber: “Esse significado ‘constitucional’ dos Códigos civis do início do século XIX (...) é imanente neles, se se fixar a ideia de que a propriedade privada e o contrato, que constituíam (...) as colunas do sistema, vinham, por assim dizer, ‘constitucionalizar’ uma determinada concepção da vida econômica, ligada, notoriamente, a ideia liberal” (GIORGIANNI, op. cit., p. 41).

³²³ Essa época ficou conhecida como “o mundo da segurança”, no sentido de se garantir a mais plena estabilidade às relações econômica: “A exigência de estabilidade, ou de previsibilidade, quanto aos comportamentos dos sujeitos passou a ser o pressuposto intrínseco das relações jurídicas, na medida em que a burguesia francesa, vitoriosa da Grande Revolução, se tornou a nova classe dirigente, portadora da tábua de valores na qual toda a sociedade foi chamada a se reconhecer. O ‘mundo da segurança’ é, portanto, o ‘mundo dos códigos’, que consubstanciam, em ordenada sequência de artigos, os valores do liberalismo do século XIX” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Constituição e direito civil: tendências*. In: _____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 34).

direitos individuais. Em um Estado social de direito, voltado à solidariedade, à igualdade, ao respeito da pessoa e de sua dignidade, nem tudo o que é desejado pelas partes é tutelado pelo sistema jurídico.³²⁴ O valor da solidariedade impõe que as partes mantenham relações de cooperação umas com as outras, não apenas no aspecto negativo, mas também no perfil positivo, de promoção dos valores instituídos pelo constituinte, para que as relações sociais se desenvolvam na plenitude de comportamentos desejados - o que se passou a denominar de função promocional do direito.³²⁵ Dentre as formas jurídicas aptas a realizar a dita função promocional, o constituinte elegeu como objetivo da república a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, da CF/88), apresenta-se a técnica vinculada às sanções positivas.³²⁶

Com efeito, nas Constituições pós-liberais, ao lado da função de garantia³²⁷ surgiram a função promocial com gradativa maior frequência. Com o fim do Estado liberal, ficou claro que o direito poderia e deveria atuar na promoção de valores que ajudam em realizar mudanças sociais desejadas,³²⁸ que se cristalizaram em princípios que passaram a compor a noção de legalidade constitucional.³²⁹ Esclarece-se, portanto, que uma ordem jurídica pós-

³²⁴ Acerca desta ideia, assinala Daniel Sarmiento: “Na verdade, a Constituição não toma a liberdade como um dado natural que lhe caiba proteger apenas através da limitação do arbítrio governamental. Ao inverso, ela reconhece que a miséria e a exclusão existentes na esfera social prejudicam a autonomia do cidadão, e por isso considera que a liberdade individual não é só limite, mas também tarefa, cuja persecução envolve deveres estatais comissivos, além de obrigações positivas e negativas impostas aos próprios particulares” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 175).

³²⁵ “Nas constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou garantia, aparece, cada vez com maior frequência, a função de promover” (BOBBIO, Noberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007, p. 13).

³²⁶ Acerca das sanções positivas, ensina Noberto Bobbio que “[a] noção de sanção positiva deduz-se, *acontrario sensu*, daquela mais bem elaborada de sanção negativa. Enquanto o castigo é uma reação a uma ação má, o prêmio é uma reação à uma ação boa. No primeiro caso, a reação consiste em restituir o mal ao mal; no segundo, o bem ao bem. Em relação ao agente, diz-se, ainda que de modo um tanto forçado, que o castigo retribui, com uma dor, um prazer (o prazer do delito), enquanto o prêmio retribui, com um prazer, uma dor (o esforço pelo serviço prestado). Digo que é um tanto forçado porque não é verdade que o delito sempre traz prazer a quem o pratica nem que a obra meritória seja sempre realizada com sacrifício. Tal como o mal do castigo pode consistir tanto na atribuição de uma desvantagem quanto na privação de uma vantagem, o bem do prêmio pode consistir tanto na atribuição de uma vantagem quanto na privação de uma desvantagem” (Ibid, p. 24-25).

³²⁷ Ensina Pietro Perlingieri que “[a] atividade do legislador é sempre valorável sob o duplo aspecto da função de conservação da situação de fato ou de transformação da realidade” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 171).

³²⁸ De acordo com Noberto Bobbio: “(...) a concepção repressiva do direito (...) é um modelo teórico que permite representar, com particular precisão, um determinado tipo histórico de sociedade, aquela na qual a atividade econômica esteja subtraída, ou se deseja que esteja cada vez mais subtraída, à intervenção do poder político” (BOBBIO, op. cit., p. 10).

³²⁹ SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coords.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*, Vol. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 89.

positivista, como parece ser o caso brasileiro com a promulgação da Constituição de 1988,³³⁰ permite concluir que a coercibilidade do direito, que atua através dos mecanismos de sanção, apresente-se como reação negativa ou positiva ao comportamento de seus atores.

Nesse cenário, as situações jurídicas subjetivas já não estão mais limitadas apenas aos critérios negativos e repressivos de controle, baseados na avaliação de sua ilicitude. Elas devem ser apreciadas de maneira positiva à luz dos princípios constitucionais. Com efeito, não basta somente que um determinado ato esteja em conformidade com a lei; mostra-se igualmente essencial que ele demonstre ser digno de proteção e merecedor de tutela.³³¹ Pode-se delinear, assim, o que a melhor doutrina delineou como um terceiro elemento do quadro geral de mecanismos de controle do exercício das situações jurídicas: o primeiro, composto pela ilicitude; um segundo elemento, mais dinâmico e funcional, composto pelo abuso do direito; e, por fim, o juízo de merecimento de tutela constituindo o elemento final nessa equação, cujo resultado se mostra fundamental na tarefa de conferir efetividade aos princípios do sistema jurídico.³³²⁻³³³

³³⁰ Sobre o pós-positivismo, ensina Luís Roberto Barroso que “[a] doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificados sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética. O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito. Para poderem se beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução constante de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a democracia, a República, e a separação de Poderes. Houve, ainda, princípios cujas potencialidades só foram desenvolvidas mais recentemente, como o da dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 249-250).

³³¹ SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coords.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*, Vol. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 89.

³³² Pensamento pioneiramente construído na doutrina nacional por Eduardo Nunes de Souza. Conforme se colhe das lições do autor: “Assim também o merecimento de tutela se revela uma instância positiva de controle dos atos particulares, que não visa diretamente à repressão de violações ao direito (papel já desempenhado pelos juízos de licitude e não abusividade), mas sim a conferir uma proteção privilegiada a determinado ato pelos valores que promove – ainda que a consequência indireta dessa proteção acabe por resultar na repressão a outro exercício particular conflitante com ele” (Ibid, p. 93).

³³³ No direito italiano, veja-se as lições de Pietro Perlingieri, “[a] valoração do fato jurídico implica muitas dificuldades, ainda que se resuma à seguinte alternativa: o fato pode ser conforme o direito ou não; quando não é conforme ao direito pode ser também ilícito (...). Em linha máxima, é lícito o que não é ilícito para o ordenamento. O fato (entenda-se, o contrato) é ilícito quando é contrário a normas imperativas, à ordem pública ou aos bons costumes (...). No âmbito da responsabilidade civil extracontratual, isto é, da responsabilidade fora de uma relação preexistente, define-se como ilícito ‘qualquer fato (aqui: ato) doloso’ – portanto intencional – ‘ou

Há de se ressaltar que a função promocional do direito, que motiva o merecimento de tutela, destaca que o juízo valorativo do exercício de direitos difere consideravelmente do juízo valorativo presente nas ideias de ilicitude e abusividade, pois essas duas formas de controle valorativo refletem um controle negativo de comportamentos, características típicas dos sistemas jurídicos liberais que protegem as prerrogativas individuais. Por outro lado, o conceito de merecimento de tutela à luz dos valores e princípios que norteiam o sistema jurídico envolve intrinsecamente o potencial de um controle positivo (ou ativo).³³⁴

A noção atual de legalidade passa a levar em conta, assim, também o aspecto funcional (promocional), para além do aspecto simplesmente estrutural que era associada à noção de conformidade à lei.³³⁵ Portanto, pode-se afirmar que a definição atual da legalidade, através da evolução conceitual operada pelo juízo de merecimento de tutela, transcende os conceitos da ilicitude e abusividade, já que não se preveem apenas limites à autonomia privada na forma de vedações, mas também confere tutela preferenciais aos atos de autonomia que promovam especialmente valores juridicamente relevantes.³³⁶

culposo que cause a outros um dano injusto' (...). Nem toda forma de responsabilidade tem a sua causa em um fato doloso ou culposo (...). Essencialmente ilícito é o fato doloso ou culposo que cause um dano injusto. Nem todos os fatos não conformes ao ordenamento são ilícitos, porque o ordenamento não é totalmente formado por normas imperativas, por princípios de ordem pública e por bons costumes. Existem normas dispositivas, isto é, derogáveis pelos sujeitos. Os atos que derogam normas dispositivas, ainda que não conformes à lei, não são ilícitos. Em um ordenamento no qual o Estado não assiste passivo à realização dos atos dos particulares, mas exprime juízos sobre estes, o ato meramente lícito não é por si só valorável em termos positivos. Para receber um juízo positivo o ato deve ser também merecedor de tutela. (...) Um ato que constitui expressão de um direito constitucionalmente garantido, que é instrumento para a realização da pessoa (...) não é apenas lícito, mas também merecedor de tutela" (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 650).

³³⁴ "Considerando que os valores constitucionais impõem plena concretização, compreende-se totalmente a necessidade, aqui manifestada, de não limitar a valoração do ato ao mero juízo de licitude e de requerer também um juízo de valor: não basta, portanto, negativamente, a não invasão de um limite de tutela, mas é necessário, positivamente, que o fato possa ser representado como realização prática da ordem jurídica de valores, como desenvolvimento coerente de premissas sistemáticas colocadas na Carta Constitucional. O juízo de valor do ato deve ser expresso à luz dos princípios fundamentais do ordenamento e dos valores que o caracterizam. Nem todo ato lícito é merecedor de tutela: a simples licitude exige, em regra, apenas a responsabilidade" (Ibid, p.650).

³³⁵ SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coords.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*, Vol. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 89-90, onde se lê: "(...) afirma-se contemporaneamente que o conceito atual de legalidade no direito privado corresponde à noção de merecimento de tutela. Sustenta Pietro Perlingieri: 'Per l'atto di autonomia negoziale, il controllo di legalità assume quindi i contorni di un diversificato controllo di meritevolezza che abbia conto particolarmente della sua precipua funzione e del suo oggetto'. Que sentido se poderia atribuir a este significado contemporâneo de legalidade? O próprio autor sinaliza, no trecho citado, que a noção de legalidade passa a levar em conta também o aspecto funcional, para além da perspectiva simplesmente estrutural que era associada à noção de 'conformidade à lei'." Destaca o autor ainda que "O desenvolvimento da teoria do abuso do direito, porém, já havia realizado esta evolução, ao demonstrar que é vedado pelo ordenamento o exercício disfuncional de situações jurídicas subjetivas, ainda que tal exercício se apresente em conformidade com uma estrutura legalmente válida" (Ibid, p. 90).

³³⁶ "Com efeito, a própria semântica da expressão 'merecimento de tutela' permite inferir que não se trata do simples não descumprimento da lei; um ato merecedor de tutela deve trazer um significado adicional, um mérito a mais, promovendo ativamente valores em vez de apenas não violá-los. Segundo o Dicionário Houaiss, 'merecimento' significa, dentre outros sentidos, 'aquilo que empresta valor a algo; aquilo que há de bom,

Se a configuração do quadro de mecanismos de controle delineada pela citada doutrina for apropriada, como parece ser o caso, pode-se afirmar que, embora atos ilícitos ou abusivos nunca devam receber tutela, a plena execução de uma situação jurídica lícita ainda pode não ser considerada merecedora de tutela, conforme os valores que o sistema jurídico procura promover.³³⁷

Ainda que a funcionalização do direito seja uma característica marcante da metodologia do direito civil-constitucional, tal mudança de perspectiva foi notada para além do campo do direito privado.³³⁸⁻³³⁹ Ao entender a importância de uma análise funcional do direito e da aplicação dos princípios constitucionais ao âmago do sistema, a doutrina passou a sustentar que o Poder Público não deve apenas agir de acordo com a lei, mas também de forma que esteja em conformidade com a Constituição. A tal fenômeno os publicistas denominam de *juridicidade*.³⁴⁰ Conforme observado em doutrina, “a mudança comum de perspectiva não impede, evidentemente, que haja diferenças significativas entre a juridicidade no direito público e o merecimento de tutela no direito privado”.³⁴¹

vantajoso, admirável ou recomendável’ em algo. Entre o antigo conceito de legalidade e o atual merecimento de tutela há, assim, uma distância semelhante àquela entre o correto e o recomendável” (Ibid, p. 90, nota 58).

³³⁷ “De fato, pode acontecer que dois atos particulares sejam indubitavelmente lícitos e não abusivos, mas, ainda assim, encontrem-se, no caso concreto, em rota de colisão, de tal modo que o exercício de um não se compatibilize com o de outro” (SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coords.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*, Vol. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 93).

³³⁸ Ibid, p. 90.

³³⁹ Abordando o tema da constitucionalização do direito infraconstitucional, mas que bem serve a explicar o aspecto funcional do sistema jurídico, assevera Luís Roberto Barroso que “[nesse] ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, *de modo a realizar os valores nela consagrados*” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 362-363, grifos nossos).

³⁴⁰ Como apontado por SOUZA, op. cit., p. 90. Nesse sentido, “[supera-se], aqui, a ideia restritiva de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da legalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem” (SOUZA, op. cit., p. 375-376).

³⁴¹ SOUZA, op. cit., p. 91: “(...) o administrador tem, muitas vezes, sua atuação vinculada, o que torna mais graves eventuais indefinições quanto à compatibilidade ou não de certa lei com a principiologia constitucional, em comparação à insegurança que essa indefinição surte no âmbito da (por natureza discricionária) atividade privada. De outra parte – e esta é a distinção mais marcante –, porque na atuação do Estado já se encontra pressuposta a persecução de valores juridicamente protegidos e socialmente relevantes (basta observar, por exemplo, que a doutrina há muito denomina interesse público primário o interesse social promovido pela atuação estatal, reservando ao interesse financeiro do erário público a denominação interesse público secundário”. Comentando sobre a distinção entre o interesse público primário e secundário, ensina a melhor doutrina que “(...) deve-se fazer, em primeiro lugar, a distinção necessária entre interesse público (i) *primário*, isto é, o interesse da sociedade, sintetizado em valores como justiça, segurança, e bem-estar social, e (ii) *secundário*, que é o interesse da pessoa jurídica de direito público (União, Estados e Municípios), identificando-se com o interesse da Fazenda

No contexto do direito privado, o conceito de merecimento de tutela se ajusta com precisão, especialmente porque os interesses primariamente perseguidos não são necessariamente públicos.³⁴² É inegável que os interesses privados são impulsionados pela atividade negocial e pelos interesses individuais das partes, levando seus atos a promover interesses sociais somente de forma indireta, de modo que os interesses privados são protegidos pela ordem jurídica desde que não se contraponham aos valores associados a eles pelo ordenamento jurídico, “mas um ato particular que consiga promover tanto interesses individuais quanto outros interesses juridicamente relevantes receberá *ipso facto* tutela prioritária em face de outros atos que apenas promovam os interesses das partes.”³⁴³

No próximo tópico do trabalho, será exposta a metodologia de como proceder à realização do juízo valorativo denominado merecimento de tutela.

3.1 Juízo de merecimento de tutela: contribuição da metodologia civil-constitucional para identificação de casos de responsabilidade por atos lícitos

Como ressaltado, a autonomia privada pelo direito nunca representou um princípio ilimitado. Originada dos ideais burgueses revolucionários dos séculos XVIII e XIX que influenciaram as eras das codificações, a noção de autonomia privada se estabeleceu dentro de um contexto liberal, em que somente se reconheciam restrições externas e excepcionais às situações jurídicas.³⁴⁴

A transição de um modelo liberal de Estado para um modelo de Estado promocional, que se compromete com a garantia de condições existenciais mínimas para seus cidadãos, resultou em uma reconfiguração intensa e significativa nos fundamentos de legitimidade dos

Pública, isto é, do erário. Pois bem: o interesse público secundário jamais desfrutará de uma supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação desses interesses, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 375, grifo do autor).

³⁴² SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coords.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*, Vol. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 92.

³⁴³ *Ibid*, p. 91-92.

³⁴⁴ Dentre os dispositivos do Código Civil Francês, merece destaque por estampar claramente o ideal da época o artigo 544: “Art. 544. A propriedade é o direito de gozar e de dispor dos bens da forma mais absoluta, desde que não se faça deles um uso proibido pelas leis e pelos regulamentos”. O texto em língua estrangeira é: “La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les réglemeus” (FRANÇA. Assemblée Nationale. Accueil. *Assemblée Nationale*, s.d. Disponível em: <<https://www.assemblee-nationale.fr/>>. Acesso em: 08 mai. 2024).

atos individuais. No Brasil, como observado, esse marco se deu com o estabelecimento da ordem constitucional de 1988, movida por um forte projeto em se promover a democracia, a solidariedade social, a redução das desigualdades, a erradicação da pobreza e a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana.³⁴⁵

Bebendo dessas fontes, para perspectiva da metodologia do direito civil-constitucional o exercício da autonomia privada apenas se legitima perante a ordem jurídica somente se conforme à axiologia do sistema.³⁴⁶ Portanto, pode-se afirmar que um ato ou conduta específica é digno de proteção quando se busca demonstrar sua compatibilidade com

³⁴⁵ Para uma análise mais detalhada desta evolução no Brasil, veja-se: TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1-23. No mesmo sentido, mas diante da realidade italiana, ensina Nberto Bobbio: “Consideremos qualquer uma das constituições dos Estados pós-liberais, como a atual constituição italiana. Nas constituições liberais clássicas, a principal função do Estado parece ser a de *tutelar* (ou *garantir*). Nas constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou garantia, aparece, cada vez com maior frequência, a função de *promover*. Segundo a constituição italiana, a República ‘*promove* as condições que tornem efetivo’ o direito ao trabalho (art.4º, parágrafo 1º); ‘*promove* as autonomias locais’ (art. 5º); ‘*promove* o desenvolvimento da cultura’ (art. 9º, parágrafo 1º); *promove e favorece* os acordos e as organizações internacionais voltadas a afirmar e regular os direitos do trabalho’ (art. 35, parágrafo 3º); ‘*promove e favorece* a ampliação’ da cooperação (art. 45, parágrafo 1º). Além disso, ‘*facilita*, com medidas econômicas e outras providencias, a formação da família’ (art. 31, parágrafo 1º); ‘dispõe de medidas *em favor* das zonas de montanha (art.44, parágrafo 2º); ‘*encoraja* e tutela a poupança’ (art. 47, parágrafo 1º); ‘*favorece* o acesso da poupança popular à propriedade, etc.’ (art. 47, parágrafo 2º)” (BOBBIO, Nberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007, p. 13, grifo do autor).

³⁴⁶ Conforme ensinamentos de Gustavo Tepedino: “O princípio da autonomia privada, entretanto, não é absoluto, inserindo-se no tecido axiológico do ordenamento, no âmbito do qual se pode extrair seu verdadeiro significado. Encontra-se informado pelo valor social da livre iniciativa, que se constitui em fundamento da República (art. 1º, IV, C.R.), corroborado por numerosas garantias fundamentais às liberdades, que têm sede constitucional em diversos preceitos, com conteúdo negativo e positivo. Assume conteúdo negativo no princípio da legalidade, que reserva ao legislador o poder de restrição a liberdades, tornando lícito tudo o que não for legalmente proibido. Assim o art. 5º, II, da Constituição da República, em cuja linguagem se lê: ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’. Na mesma direção, dotado de conteúdo meramente negativo, situa-se o art. 170, parágrafo único, do Texto Maior, o qual, ao fixar os princípios gerais da atividade econômica, dispõe: ‘É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei’. Tal conteúdo não esgota o sentido constitucional do princípio da autonomia privada, que corporifica as liberdades nas relações jurídicas de direito privado. Segundo o Texto Constitucional, a liberdade de agir, objeto das garantias fundamentais insculpidas no art. 5º, associa-se intimamente aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1, III), fundamento da República, da solidariedade social (art. 3º, I) e da igualdade substancial (art. 3º, III), objetivos fundamentais da República. Significa dizer que a livre iniciativa, além dos limites fixados por lei, para reprimir atuação ilícita, deve perseguir a justiça social, com a diminuição das desigualdades sociais e regionais e com a promoção da dignidade humana. A autonomia privada adquire assim conteúdo positivo, impondo deveres à autoregulação dos interesses individuais, de tal modo a vincular, já em sua definição conceitual, liberdade à responsabilidade” (TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 01, n.1., jul./set. 2014, p. 9-10).

o sistema jurídico,³⁴⁷ e, assim, concluir que os efeitos jurídicos desejados devem ser reconhecidos e acolhidos pelo ordenamento.³⁴⁸

A ideia de merecimento de tutela reflete precisamente o reconhecimento de que a eficácia de uma determinada conduta é compatível com o sistema legal e, portanto, deve ser tutelada. Trata-se, como se observa, de uma consequência natural da constatação de que um determinado ato é lícito tanto do ponto de vista estático ou estrutural quanto, em uma perspectiva dinâmica ou funcional, não é abusivo, ou seja, não constitui um uso disfuncional de uma situação jurídica.³⁴⁹

A mudança na concepção de autonomia também tem um impacto significativo na teoria da interpretação. Igualmente legatária dos ideais burgueses revolucionários dos séculos XVIII e XIX, culminou com a metodologia positivista tradicional³⁵⁰ que vinculava o magistrado à letra fria do Código (o juiz como a boca da lei):³⁵¹ a atividade judicial era exercida por meio de uma metodologia de aplicação do Direito baseada na interpretação literal, passiva e mecânica, a chamada “escola da exegese”, de modo a garantir a efetiva implementação da nova legislação. A abordagem tradicional da dogmática jurídica, apegada ao modelo da subsunção, presava assim pelo dogma da atemporalidade e da ausência de consideração histórica dos institutos jurídicos,³⁵² da mesma forma como pela preferência pelas regras infraconstitucionais em detrimento dos princípios constitucionais. Assim, o apego à letra fria da norma ficou conhecido como o *fetichismo da lei*.³⁵³ Tal metodologia, contudo,

³⁴⁷ Leciona Pietro Perlingieri que “a autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 277).

³⁴⁸ Nesse sentido, SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coords.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*, Vol. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 74.

³⁴⁹ SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 50, p.35-91, abr./jun. 2012, p. 66.

³⁵⁰ “No direito codificado, já consolidados os valores individualistas, voluntaristas e patrimonialistas da burguesia, a referência ao direito natural, até então recorrente, tornou-se uma ameaça de retorno à sociedade de castas anterior. Em consequência, diante do direito positivo recém-elaborado, plenamente adequado aos anseios da classe dominante, o positivismo jurídico se torna a metodologia jurídica dominante” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a interpretação-aplicação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*, v. 14, n. 56, out/dez 2013, p. 4).

³⁵¹ “Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur” (MONTESQUIEU. *De l’esprit des lois*, Tomo 1. Paris: P. Pourrat, 1831, p. 305). O trecho correspondente na tradução é: “Mas os juizes da nação são, como dissemos, apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem moderar nem a força nem a rigidez dela”.

³⁵² Sobre o tema, ver: António Manuel HESPANHA. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997, p. 162.

³⁵³ Sobre o tema, ver: BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições da Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone editora, 1995, p. 73.

revela-se inadequada para compreender plenamente o fenômeno jurídico em toda sua complexidade.

Sempre que o intérprete se depara com uma situação específica, sua responsabilidade não se limita apenas à aplicação de uma regra particular ou de um princípio específico. Em vez disso, ele deve considerar a totalidade da ordem jurídica. Isso significa que nenhuma norma pode ser interpretada isoladamente, sem levar em conta o sistema jurídico como um todo.³⁵⁴ Nessa perspectiva, aplicar uma norma envolve necessariamente interpretá-la. Por isso, há boa doutrina que vem defendendo que a interpretação e a aplicação são processos interdependentes e que se ligam em um processo único.³⁵⁵

Ademais, a interpretação torna-se um processo tão mais complexo por um fator adicional, conforme alerta a melhor doutrina: a factualidade afigura-se “absolutamente ineliminável do momento cognoscitivo do direito que, como ciência prática, caracteriza-se por moventes não historiográficos ou filosóficos, mas aplicativos”,³⁵⁶ de modo a privilegiar o intérprete em seu papel fundamental no processo de aplicação do direito.³⁵⁷ Para a

³⁵⁴ Nessa direção, a Constituição da República assume papel prioritário na integração entre as fontes normativas, de sorte a conferir unidade sistemática e axiológica ao sistema jurídico. Ou seja: “reconhecendo embora a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil” (TEPEDINO, Gustavo. *O novo e o velho direito civil*. Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil, v. 20, ano 5, In: *Temas de Direito Civil*, Tomo 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 401).

³⁵⁵ “Entretanto, a despeito da racionalidade lógica do silogismo, há duas premissas equivocadas que autorizam a subsunção. A primeira delas é a separação entre o mundo abstrato das normas e o mundo real dos fatos no qual aquelas devem incidir, já que, a rigor, o direito se insere na sociedade e, por conseguinte, os textos legais e a realidade mutante se condicionam mutuamente no processo interpretativo. Em segundo lugar, a subsunção distingue artificialmente o momento da interpretação da norma abstrata (identificação da premissa maior) e o momento da aplicação da norma ao suporte fático concreto (enquadramento da premissa menor ao texto normativo). Contrariamente a tal compreensão, não é possível interpretar a norma aplicável sem levar em conta a hipótese fática que, por sua vez, se encontra moldada pelas normas de comportamento estabelecidas pelo direito (o qual condiciona a atuação individual). Daí a unicidade da interpretação e aplicação, sendo falsa a ideia de que haveria normas ideais em abstrato, capazes de tipificar e captar as relações jurídicas em concreto” (Id. *Os Setes Pecados Capitais da Teoria da Interpretação*. *Revista da EMERJ*, v. 20, n. 3, set./dez. 2018, p. 328-329).

³⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 132. Ainda a esse respeito, o autor ensina que “ciência e praxe, norma e fato, longe de se confundirem, operam em planos distintos, mas convergentes, em uma contínua, indeclinável dialética que é vital para evidenciar – não a sua contraposição, mas – a sua complementariedade. O conhecimento jurídico não tende a descobrir a verdade e a solução absoluta, além do mais não verificável, mas aquela mais idônea às escolhas predeterminadas, expressas em regras convencionais que, no seu fluxo histórico, constituem o filtro da experiência geral em contínua verificação, em contato com os singulares fatos concretos” (Id. *Perfis de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 82).

³⁵⁷ Como exposto por SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coords.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*, Vol. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 77: “os elementos do caso concreto, ao contrário do que por muito tempo se sustentou, não permanecem estáticos à espera da incidência da norma – ao contrário, influenciam esta última e compõem necessariamente a construção da solução jurídica a que chegará o intérprete”.

metodologia civil-constitucional, o ordenamento apenas se completa quando encontra os próprios elementos do caso.³⁵⁸

A inseparabilidade entre interpretação e aplicação, a abordagem hermenêutica voltada para a aplicação prática e a unidade do sistema exigem que a axiologia constitucional seja tanto a razão quanto o limite das subjetividades na tomada de decisões. O ocaso da subsunção, longe de abrir possibilidades à arbitrariedade do julgador, enfatiza o fundamental papel da fundamentação no processo judicial.³⁵⁹ Exige-se do intérprete esforço de justificação e argumentação que revele a compatibilidade da decisão construída aos princípios e valores da ordem jurídica.³⁶⁰ Nessa esteira, afirmar que o limite da interpretação reside na necessidade de fundamentação à luz do ordenamento implica numa ampliação da responsabilidade do intérprete, pois sua análise não deve se limitar meramente ao texto da norma, mas inclui a consideração da axiologia de todo o sistema jurídico na resolução do caso concreto.³⁶¹

³⁵⁸ “O ordenamento realmente vigente é o conjunto dos ordenamentos dos casos concretos, como se apresentam na vigência do dia-a-dia, e vive, portanto, exclusivamente enquanto individualizado e aplicado aos fatos e aos acontecimentos” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 201).

³⁵⁹ “A subsunção propicia a falsa impressão de garantia de igualdade na aplicação da lei. Entretanto, não há respeito à isonomia quando o magistrado deixa de perceber a singularidade de cada caso concreto e, mediante procedimento mecânico, faz prevalecer o texto abstrato da regra. Por outro lado, o silogismo revela-se capaz de camuflar intenções subjetivas ou ideológicas do magistrado, poupando-lhe da imperiosa necessidade de justificar sua decisão e oferecendo-lhe salvo-conduto para escapar do controle social quanto à aderência de sua atividade interpretativa à axiologia constitucional. Segurança jurídica deve ser alcançada pela compatibilidade das decisões judiciais com os princípios e valores constitucionais, que traduzem a identidade cultural da sociedade” (TEPEDINO, Gustavo. Os Setes Pecados Capitais da Teoria da Interpretação. *Revista da EMERJ*, v. 20, n. 3, set./dez. 2018, p. 330-331).

³⁶⁰ Cf. anota Maria Celina Bodin de Moraes, “[ao] que parece, todavia, parte da jurisprudência não se deu conta de que a maleabilidade do limite externo, formal, que restringiu o intérprete — o dogma da subsunção — não representou a consagração da vontade do magistrado, mas foi substituído pela imposição de um limite interno, metodológico: a exigência de fundamentação argumentativa da decisão” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. IV). Segundo ensinamentos de Robert Alexy, “a argumentação jurídica deve ser compreendida aqui como talvez uma atividade linguística que decorre em várias situações da corte à sala de aula. A atividade linguística se preocupa, em certo sentido, com ser melhor definida, com a correção de afirmações normativas. Se comprovará como oportuno definir essa atividade como 'discurso' e, na verdade, visto que se preocupa com a exatidão das afirmações normativas de 'discurso prático'. O discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral” (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 25).

³⁶¹ O entendimento que o intérprete desenvolve sobre o caso concreto surge dentro do processo conhecido como círculo hermenêutico, um movimento dialético constante no qual ele se refere da situação fática à norma e da norma à situação fática, até chegar a uma solução. Sobre o tema: “Surge, assim, a ideia de círculo do entendimento, transposta para a hermenêutica jurídica por Friedrich Müller e Josef Esser e, mais tarde, por uma série de outros autores, com relevo para Karl Larenz. Explica essa construção que, no Direito, há uma particular relação entre o problema e a resposta; na busca desta, recorre-se a normas que se tornam intelegíveis por utilizarem uma linguagem e uma conceitologia pré-conhecidas pelo intérprete-aplicador; essas mesmas normas são procuradas pelo pré-julgamento sobre a ordenação e a própria solução que, para o problema, o mesmo intérprete-aplicador tenha visualizado, num momento prévio. Surge, assim, a imagem do círculo ou espiral hermenêutica; perante um problema, o intérprete-aplicador terá de efetuar tantas indas e vindas entre o pré-entendimento e o entendimento em si quantas as necessárias para a sua integração. Este poentar gnoseológico – tal como gnoseológica é a relação entre o Direito e a realidade – abre, desde logo, perspectivas completamente diversas à estruturação do discurso jurídico: o pré-entendimento das questões opera em modelos concretos de

Na esteira da melhor doutrina, “a metodologia de interpretação e a fundamentação das decisões judiciais desempenham um papel crucial no aprimoramento das formas de controle valorativo dos atos da autonomia privada”.³⁶² Enquanto juízo de valor, a ideia de merecimento de tutela requerer do intérprete o árduo esforço no balanceamento entre duas situações jurídicas subjetivas que se mostrem igualmente informadas por valores do sistema (e por isso lícitas e merecedoras de tutela), porém conflitantes no contexto do caso concreto.³⁶³ Em tais hipóteses, um raciocínio baseado unicamente na lógica da subsunção não permite ao intérprete alcançar uma solução para a disputa, pois todas essas posições conflitantes se apoiam em valores do sistema em um nível abstrato.³⁶⁴

Se aceitamos que essas considerações são legítimas, de modo a reconhecemos que a subsunção não é mais considerada uma forma exclusiva e válida de fundamentação das decisões, surge a dúvida sobre qual metodologia deve ser aplicada à interpretação e aplicação do direito. De certa forma, a resposta para essa dúvida pode ser encontrada fora do campo da civilística tradicional. Nesse sentido, é fato que a doutrina constitucionalista largou na frente dos civilistas no interesse nesse tema de investigação, haja vista como os constitucionalistas têm difundido, nas últimas décadas, a técnica da ponderação.³⁶⁵⁻³⁶⁶ Normalmente nos casos em que não se pode aplicar a subsunção, deve-se proceder à essa técnica.³⁶⁷ Por meio dessa técnica da ponderação, soluciona-se conflitos normativos que envolvam conflitos de normas (princípios) em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêuticas não se mostram

problemas; a espiral hermenêutica desenvolve-se entre questões e pré-questões, soluções e pró-soluções, tudo em termos gerais e concretos. A hipótese histórica de quebra da insolubilidade da relação entre o conceito abstrato e o caso real ganha consistência; servia, porventura, a maior conquista da Ciência do Direito, desde que Savigny tornou operacional um modelo de sistematização integrada do Direito. Deve ainda ter-se presente que, na própria lição gadameriana, o relevo do pré-entendimento permite explicar o peso da tradição, cujo papel, sempre relevante, não era, antes, assumido” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, Vol. I. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 472-473).

³⁶² SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coords.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*, Vol. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 82.

³⁶³ Ibid.

³⁶⁴ Ibid.

³⁶⁵ Ibid, p. 83.

³⁶⁶ Cf. se verifica em José Joaquim Gomes Canotilho: “As ideias de ponderação (*Abwägung*) ou balanceamento (*Balancing*) surge em todo o lado onde haja necessidade de ‘encontrar o direito’ para resolver ‘casos de tensã’ (*Ossenbühl*) entre bens juridicamente protegidos. O método da ponderação de interesses é conhecido há muito tempo pela ciência jurídica. Nos últimos tempos, porém, a sua relevância tem sido sobretudo reconhecida no direito constitucional e no direito planeamento urbanístico” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1236-1237).

³⁶⁷ “Por muito tempo, a subsunção foi o raciocínio padrão na aplicação do Direito. Como se sabe, ela se desenvolve por via de um raciocínio silogístico, no qual a premissa maior – a norma – incide sobre a premissa menor – os fatos –, produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma ao caso concreto. Como já assinalado, esse tipo de raciocínio continua a ser fundamental para a dinâmica do Direito. Mas não é suficiente para lidar com as situações que envolvam colisões de princípios ou de direitos fundamentais” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 335).

suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia.^{368,369} Essa característica implica, em um confronto eventual de princípios aplicáveis a uma situação concreta, a solução não seguirá o mesmo modelo usado para conflitos entre regras – modelo subsuntivo.³⁷⁰ No embate entre princípios, o objetivo é buscar a conciliação entre eles, aplicando cada um de forma diferenciada, de acordo com sua relevância específica no caso em questão,³⁷¹ sem excluir nenhum dos princípios do ordenamento jurídico por causa de uma contradição irremediável com o outro. Entre os constitucionalistas, convencionou-se afirmar que a ponderação é a técnica de solução

³⁶⁸ Nas loções de Luís Roberto Barroso: “A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas” (Id. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Migalhas*, s.d. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>. Acesso em 08 mai. 2024.

³⁶⁹ Nas lições de Karl Larenz, a “(...) ausência de uma delimitação rigorosa das hipóteses normativas destes direitos, a não indicação de notas distintivas, em relação, por exemplo, ao que é ‘exigível’. Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são ‘abertos’, ‘móveis’, e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar em facilmente em colisão entre si, porque a sua amplitude não está de antemão fixada. Em caso de conflito, se se quiser que a paz jurídica se reestabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que ceder até um ponto perante o outro ou cada um entre si. A jurisprudência dos tribunais consegue isto mediante uma ‘ponderação’ dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o ‘peso’ que ela confere ao bem respectivo na respectiva situação” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009, p. 575).

³⁷⁰ Um pressuposto para essa técnica consiste na conhecida distinção entre regras e princípios. A regras consistem em dispositivos normativos revestidos de uma textura menos aberta, aplicados segundo um princípio de tudo ou nada: quando uma regra prevalece para certo caso concreto, outra, antagonista a ela deve ser necessariamente eliminada da disciplina do mesmo. Os princípios, por sua vez, seriam mandados de otimização, e se aplicam de modo diferenciado, permitindo a ponderação que um princípio prevalecesse sobre outro que lhe fosse antagonista sem a necessidade de eliminar nenhum deles. Um princípio, assim, cede espaço ao outro, mas ambos incidem sobre a mesma situação fática. A tese de que princípios são mandados de otimização foi desenvolvida por Robert Alexy, na qual explica que “(...) princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90). Na melhor doutrina portuguesa, é notada igualmente a diferenciação exposta: “Regras – insista-se nesse ponto – são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (*direito definitivo*). (...) Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de ‘tudo ou nada’; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a ‘reserva do possível’, fática ou jurídica” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1255, grifo do autor).

³⁷¹ “Mas ‘ponderar’ e ‘sopesar’ é apenas uma imagem; não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas do resultado de valoração que – nisso reside a maior dificuldade – não só devem ser orientadas a uma pauta geral, mas também à situação concreta em cada caso. Que se recorra pois a uma ‘ponderação de bens no caso concreto’ é na verdade, como se fez notar precisamente consequência de que não existe uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que possa ler-se o resultado como numa tabela” (LARENZ, op. cit., p. 575-576).

adequada para os chamados *hard cases*, ou seja, casos que só podem ser resolvidos pela aplicação de princípios conflitantes.³⁷²

Porém, em todos os outros casos, geralmente considerados simples, uma solução poderia ser alcançada através do método tradicional de subsunção.³⁷³ É precisamente nesse ponto, no qual a técnica da ponderação teria um escopo limitado, que surge a discordância em relação à metodologia do direito civil-constitucional referente à interpretação e aplicação do direito mencionada anteriormente.³⁷⁴

Admitindo-se que o ordenamento jurídico, que é complexo em suas fontes,³⁷⁵ deve ser sempre entendido de forma unitária³⁷⁶ e aplicado de maneira coerente ao caso específico, é

³⁷² “(...) [A] interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de produzir uma solução dotada de racionalidade e de contrabilidade diante de normas que entrem em rota de colisão. O raciocínio a ser desenvolvido nessas situações haverá de ter uma estrutura diversa, que seja capaz de operar multidirecionalmente, em busca da regra concreta que vai reger a espécie. Os múltiplos elementos em jogo serão considerados na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto. A subsunção é um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas. A ponderação é um pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unidade estética (...). O relato acima expressa, de maneira figurativa, o que se convencionou denominar ponderação. Em suma, consiste ela em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 333-334, grifo nosso). O recurso à ponderação (ou balanceamento) não corresponde a um mero capricho por parte da doutrina constitucionalista, já que decorre de pelo menos três fatores: “A agitação metódica e teórica em torno do método de balanceamento ou ponderação no direito constitucional não é uma ‘moda’ ou um capricho dos cultores do direito constitucional. Várias razões existem para esta viragem metodológica: (1) inexistência de uma ordenação abstrata de bens constitucionais o que torna indispensável uma operação de balanceamento desses bens de modo a obter uma *norma de decisão situativa*, isto é, uma norma de decisão adotada às circunstâncias do caso; (2) *formatação principal* de muitas das normas do direito constitucional (sobretudo das normas consagradoras de direitos fundamentais) o que implica, em caso de colisão, tarefas de ‘concordância’, ‘balanceamento’, ‘pesagem’, ‘ponderação’ típicas dos modos de solução de conflitos entre princípios (que não se reconduzem, como já se frisou, a alternativas de ‘tudo ou nada’); (3) fratura da unidade de valores de uma comunidade que obriga a leituras várias dos conflitos de bens, impondo uma cuidadosa análise dos bens em presença e uma *fundamentação* rigorosa do balanceamento efetado para a solução dos conflitos” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1237, grifo do autor).

³⁷³ Cf. se lê em sede doutrinária: “(...) a assim chamada ponderação ou balanceamento (expressões que, reiteradamente, aqui são utilizadas como sinônimos) nem sempre se faz necessária e deve mesmo ser utilizada de modo comedido e o atendimento de determinados critérios, além de se tratar de operação que reclama particular atenção em termos de uma adequada fundamentação” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 223).

³⁷⁴ Como reconhece SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coords.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*, Vol. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 84.

³⁷⁵ Nas lições de Norberto Bobbio: “A complexidade de um ordenamento jurídico deriva do fato de que a necessidade de regras de conduta numa sociedade é tão grande que não existe nenhum poder (ou órgão) em condições de satisfazê-la sozinha” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UNB, 1999, p. 38).

³⁷⁶ Com relação à unidade do ordenamento, esta é característica essencialmente lógica do sistema jurídico. Como se sabe, foi Hans Kelsen quem melhor elaborou uma teoria sobre o ordenamento jurídico. Sobre a teoria elaborada pelo autor austríaco, ensina Norberto Bobbio que “seu núcleo é que as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma

inevitável reconhecer que todos os casos exigem a harmonização dos diferentes valores, princípios e regras que podem entrar em conflito dentro do sistema.³⁷⁷ A unidade e a coerência do ordenamento implicam um esforço constante de compatibilização das normas (sejam regras ou princípios) que o constituem.³⁷⁸

Assim, a dicotomia estabelecida pelos constitucionalistas entre casos simples – resolvidos por regras mediante aplicação por meio da subsunção –, e casos difíceis – solucionados por princípios que se ponderam – perde o sentido.³⁷⁹⁻³⁸⁰ “No mínimo, seria necessário dizer que é preciso ponderar princípios sempre, uma vez que todo ordenamento do caso concreto é composto por princípios potencialmente colidentes. Portanto, ‘ponderação’, no sentido de compatibilização de princípios, é algo presente em qualquer hipótese de interpretação-aplicação do direito”.³⁸¹

suprema é a norma fundamental. Cada ordenamento tem uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado ‘ordenamento’. A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento. Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas ou mais ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma. Devido à presença, num ordenamento jurídico, de normas superiores e inferiores, ele tem uma estrutura hierárquica. As normas de um ordenamento são dispostas em ordem hierárquica” (Ibid, p. 49).

³⁷⁷ Como desenvolvido por SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coords.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*, Vol. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 84.

³⁷⁸ Nesse sentido segue o alerta de Pietro Perlingieri: “(...) a doutrina deveria ‘dedicar uma atenção maior à superação de uma hermenêutica, fundada no silogismo e na subsunção’, já que a normativa ‘se individua, com uma operação de composição difícil e trabalhosa, pegando uma parte dela ora da legislação especial, ora do código, ora da Constituição e ora do regulamento comunitário ou da diretiva” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 606, nota 42).

³⁷⁹ Dentre os autores filiados à escola do direito civil-constitucional, veja-se, por todos, SOUZA, op. cit., p.84.

³⁸⁰ Tal constatação não é colhida apenas em autores filiados à escola civil-constitucional, como se lê em Humberto Ávila: “Com efeito, a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios. A ponderação ou balanceamento (*wighing and balancing, Abwägung*), enquanto sopesamento de razões e contra-razões que culmina com a decisão de interpretação, também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática (no caso de regras, consoante o critério aqui investigado)” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 44). E finaliza: “a ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto” (Ibid, p. 50).

³⁸¹ SOUZA, op. cit., p. 84-85. Ressalte-se, neste sentido, que a concepção unitário de ordenamento implica a aplicação direta dos princípios constitucionais às relações privadas. Trata-se de outro postulado da metodologia civil-constitucional, como se pode observar das lições do seu maior expoente: “Não existem, portanto, argumentos que contrariem a aplicação direta dos princípios constitucionais: a norma constitucional pode, mesmo sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Essa solução ‘é a única permitida se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por elas expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por esses conteúdos’. Pode-se afirmar, pois, que seja na aplicação dita indireta – que sempre acontecerá quando existir na legislação ordinária uma normativa específica, ou cláusulas gerais ou princípios expressos –, seja na aplicação dita direta – assim definida pela ausência de intermediação de qualquer enunciado normativo ordinário –, a norma constitucional acaba sempre por ser utilizada. O que importa não é tanto estabelecer se em um caso concreto se dê aplicação direta ou indireta (distinção nem sempre fácil), mas sim,

É relevante destacar, entretanto, que a abordagem civil-constitucional não ignora a possibilidade, por analogia à teoria da ponderação, de existirem casos ainda mais complexos, que demandariam uma fundamentação ainda mais cuidadosa por parte do intérprete.³⁸² Crucial, nesse sentido, é a importância do dever de fundamentação das decisões judiciais.³⁸³

A título de exemplo, dentro do recorte do presente trabalho, pode-se dizer que os casos analisados no segundo capítulo poderiam ser enquadrados como hipóteses de casos fáceis, resolvidos *a priori* pela técnica da subsunção – mas no sentido que ora empregado. São danos causados por atos lícitos que, em tese, não deveriam gerar o dever de indenizar, pois estava ausente a ilicitude. A presunção gerada pela juízo de licitude e não abusividade nesses casos pode e deve funcionar como ponto de partida para o intérprete quando da análise do dever de indenizar. Essas hipóteses fáceis já trazem em seu bojo o resultado de uma ponderação prévia, realizada em abstrato pelo legislador,³⁸⁴ entre os valores e interesses juridicamente

confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa ordinária, da norma constitucional respeito às relações pessoais e sócio-econômicas. A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (ainda que não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Logo, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea para incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 589-590). Contudo, o próprio autor reconhece que a aplicação indireta dos princípios constitucionais é mais frequente, por meio das normas ordinárias que disciplinem a hipótese fática: “A aplicação indireta é sem dúvida mais frequente, já que ‘no ordenamento globalmente considerado amiúde se individua uma norma ordinária (ou de categoria inferior) relevante para a qualificação do fato concreto, em particular uma cláusula geral’” (Ibid, p. 589-590, nota 77).

³⁸² Como reconhecido por Eduardo Nunes de Souza: “Não significa, cumpre ressaltar, que a ponderação não ocorra na metodologia civil-constitucional, mas, ao contrário, que ela ocorre, a rigor, o tempo todo. Não são, em outros termos, excepcionais ou especiais as hipóteses em que é necessário compatibilizar princípios – o intérprete o faz o tempo todo. Reconhecida essa ressalva, toda a técnica relacionada ao balanceamento revela-se de grande utilidade ao hermenêuta. Tampouco significa que a metodologia civil-constitucional não conheça, por analogia à teoria da ponderação, casos mais difíceis (no sentido de ensejarem um tipo ainda mais árduo de fundamentação a ser realizada pelo intérprete). Simplesmente a dificuldade nunca consistirá na impossibilidade de resolução de determinado caso por subsunção (uma impossibilidade permanente), mas em características de outra ordem” (SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coords.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*, Vol. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 86).

³⁸³ Ressaltando a importância da argumentação nesses casos, leciona Maria Celina Bodin de Moraes: “O recurso aos princípios deflagra hipóteses em que dois princípios, ambos válidos e legítimos, entram em colisão ao oferecerem soluções opostas ao caso concreto: nestas hipóteses, a aplicação do Direito impõe o recurso à chamada ponderação, para encontrar qual deles é o mais adequado àquele caso, qual tem sua aplicação mais justificada. Este procedimento é essencialmente argumentativo e vem inspirado pela construção de uma teoria da argumentação, calcada na existência de uma lógica informal, que se aparta da racionalidade matemática, mas sem abrir mão dos processos de verificação de razoabilidade que lhe garantem legitimidade” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a interpretação-aplicação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*, v. 14, n. 56, out./dez. 2013, p. 7).

³⁸⁴ Como observado em doutrina, também as regras de prevalência expressamente estabelecidas passam pelo crivo da ponderação: “Pode-se concluir, à luz do quanto foi exposto acima, que a técnica da ponderação aplica-se a qualquer colisão de normas de conteúdo genérico que incidam sobre a mesma situação fática. Disto seria lógico extrair, a *contrario sensu*, que o seu emprego não tem lugar quando a regra de prevalência vem especificamente estabelecida pelo legislador, com pressupostos fáticos precisos. Um exame mais cuidadoso revela, contudo, o oposto. Também diante de regras de prevalência expressamente estabelecidas pelo legislador, a

relevantes para cada caso, de forma a permitir o cometimento do dano, mas garantindo à vítima uma indenização.

Por outro lado, há casos que poderiam ser enquadrados na categoria de *hard cases* na perspectiva civil-constitucional ora apresentada, que escapam da lógica que pauta os juízos de licitude e não abusividade. Como atenta doutrina já observou, pode ocorrer que dois atos particulares sejam claramente lícitos e não abusivos, mas, mesmo assim, no contexto particular, entrem em conflito de forma que o exercício de um não seja compatível com o exercício do outro.³⁸⁵ É precisamente nesse ponto, quando se verificando a ocorrência de um dano, e não há ilicitude ou abuso por parte de qualquer das partes, que se torna necessário um novo julgamento valorativo sobre esses atos (para determinar qual deles deve prevalecer no caso concreto, não obstante ambos serem considerados lícitos). É aqui que o juízo de merecimento de tutela se mostra particularmente útil.³⁸⁶

Estes são os verdadeiros casos difíceis (*hard cases*) para a metodologia civil-constitucional, nos quais o intérprete deve procurar proteger principalmente o ato que seja

ponderação desempenha um papel relevante. Em primeiro lugar, não se furta o legislador ao controle das regras de prevalência por ele mesmo estabelecidas, especialmente em face das normas constitucionais. Todo o sistema de controle de constitucionalidade, tão amplo no caso específico do ordenamento brasileiro, funda-se precisamente no objetivo de se exercer permanente vigilância sobre a conformidade entre as normas infraconstitucionais e a Constituição, em uma constante ponderação entre os meios eleitos pelo legislador e os fins que estava legitimado a perseguir. Mesmo a regra de prevalência consubstanciada em uma norma expressa sujeita-se a uma espécie de ponderação eventual, realizada por meio do exame de sua validade à luz da norma constitucional. A importância da ponderação não se limita, todavia, ao exame da validade da regra de prevalência. Interfere também na sua interpretação e aplicação, sem necessariamente advogar sua invalidade. Isto porque mesmo a regra específica sujeita-se a um controle dos resultados concretos de sua aplicação em face das normas gerais, especialmente dos princípios constitucionais. Por força da unidade e coerência do ordenamento jurídico, um regra legal de prevalência não pode divergir – não apenas em sua validade abstrata, mas também – em sua aplicação concreta da regra de prevalência que resultaria da ponderação de normas gerais aplicáveis ao caso. Assim, toda a regra se sujeita-se não apenas ao controle de validade, mas também a um ‘controle de adequação’ às circunstâncias do caso concreto, tendo em vista as circunstâncias relevantes que foram levadas em conta pelo legislador” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 150).

³⁸⁵ SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coords.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*, Vol. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 93. E, ainda: “Tem-se, como consequência, que, no conflito entre dois interesses juridicamente tutelados, de duas uma: ou há uma regra de prevalência entre eles que pode ser extraída de normas específicas, que, a princípio, prevalecem sobre normas gerais por sua especialidade; ou na falta desta regra, somente as normas gerais podem ser invocadas como fundamento de tutela destes interesses. Nesta segunda hipótese, não é raro, que o conflito se dê entre normas gerais de mesma hierarquia, antiguidade e especialidade (*rectius*: generalidade). Pense-se nos princípios constitucionais, mas também nas cláusulas gerais de um mesmo estatuto ou codificação, ou nos conceitos jurídicos indeterminados reunidos em uma mesma lei” (SCHREIBER, op. cit., p. 147).

³⁸⁶ SOUZA, op. cit., p. 93, que assim tratou do tema: “É justamente neste ponto, quando já se verificou que não há ilicitude nem abuso de nenhuma das partes, e ainda assim um novo juízo valorativo precisa incidir sobre tais atos (de modo a decidir qual deles irá prevalecer), que se revela especialmente útil o juízo de merecimento de tutela. Trata-se de verdadeiros *hard cases*, nos quais a decisão buscará proteger primordialmente o ato que se reputar mais promovedor dos valores do ordenamento, e apenas por via transversa negará tutela jurídica ao outro ato, apenas na medida em que for inevitável que ambos convivam”.

considerado mais promotor dos valores do ordenamento jurídico, negando a tutela jurídica ao outro ato apenas na medida em que seja inevitável que ambos coexistam.³⁸⁷

Cabe o alerta feito pela doutrina que esses casos não são considerados difíceis porque suas soluções derivam de princípios e não de regras, como leva a crer a doutrina constitucionalista.³⁸⁸ Essas circunstâncias apresentam desafios, pois, embora em muitos casos o emprego dos princípios do sistema jurídico permita alcançar uma resposta definitiva para a disputa, reconhecendo um determinado ato como ilegal ou abusiva, em tais situações, não existe uma violação que não mereça salvaguarda. Portanto, a avaliação convencional dos limites à autonomia privada não proporciona uma solução inequívoca.^{389_390}

Nesse ponto, justamente, mostra-se particular a contribuição da metodologia civil-constitucional para a solução de casos decorrentes de atos lícitos e não abusivo,³⁹¹ já que a função predominante do direito para resolver esses casos deixa de ser a repressiva e passa a ser outra, qual seja, a função promocional. Como visto, a função promocional tem como objetivo estimular condutas em vez de desestimulá-las, o que confere ao julgador um amplo grau de discricionariedade. Daí a dificuldade que caracteriza tais casos.³⁹²

³⁸⁷ SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coords.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*, Vol. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 93.

³⁸⁹ *Ibid.*

³⁹⁰ Conforme diagnosticado ainda em outra sede pela melhor doutrina: “A mesma aplicabilidade direta de princípios e cláusula gerais às relações privadas que torna abstratamente merecedores de tutela interesses muito variados da vítima, torna igualmente tuteláveis as condutas lesivas destinadas a realizar tais interesses. Em outras palavras, as mesmas normas genéricas que são invocadas para sustentar a reparabilidade de um dano existencial efêmero podem também ser invocadas para sustentar a legitimidade de um comportamento que provoca dano. Assim, se o direito à imagem pode amparar a vítima, a liberdade de expressão pode socorrer quem pratica a conduta lesiva, revelando que, no atual cenário normativo, excluir, em abstrato, o merecimento de tutela do interesse lesivo torna-se tão difícil quanto excluir, em abstrato, o merecimento de tutela de certo interesse lesado” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 163).

³⁹¹ É de se registrar que há autores fora da escola de civil-constitucional que chegam na mesma conclusão: “A rigor, não apenas as condutas ilícitas levam à responsabilidade civil, as lícitas também podem concluir em indenização desde que haja previsão no sistema (art. 188 e 929 do CC). Ocorre que, no campo dos direitos da personalidade, geralmente as agressões partem do exercício regular de um direito ou de cumprimento de deveres, o que exigirá juízo de ponderação entre os interesses conflitantes para aferir se o dano alegado é juridicamente merecedor de indenização (ofensa à dignidade da pessoa humana)” (MARTINS, Fernando Rodrigues. Arts. 1 a 103 In: NANNI, Giovanni Ettore (Org). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 89).

³⁹² SOUZA, op. cit., p. 93, que ressalta que “a solução conferida ao ato que não se considera merecedor de tutela não dista daquela direcionada ao exercício abusivo das situações jurídicas: a partir de uma análise funcional, identifica-se em que medida o ato precisa ser reprimido. A diferença está essencialmente no fundamento pelo qual se nega tutela ao ato. Em caso de abuso, verifica-se uma desconformidade à função que caracteriza e legitima a própria situação jurídica, aos valores e interesses que o sistema associa a ela. Trata-se de um juízo que prescinde da existência de uma pretensão antagônica: o ato é abusivo porque exercido de modo contrário aos valores associados àquela situação subjetiva. As consequências são várias: a antijuridicidade do ato permite advogar por sua nulidade; o dano eventualmente causado ensejará responsabilidade civil como se decorresse de ato ilícito; os interessados podem pedir o desfazimento do ato ou o suprimento judicial de declaração de vontade

Alguns exemplos ajudam a entender melhor em como proceder à realização do juízo valorativo denominado merecimento de tutela em casos de responsabilidade civil. De fato, como ressaltado, se a responsabilidade estiver prevista em lei, a ponderação terá sido feita previamente pelo legislador. Caso contrário, caberá ao intérprete decidir se a pretensão da vítima ao ressarcimento será merecedora de tutela, ainda que a conduta danosa se configure estutualmente e funcionalmente lícita, ou se, ao revés, deverá prevalecer o interesse do agente que deu causa ao evento danoso, caso em que o dano será considerado irressarcível.

3.2 Rompimento do noivado

Um primeiro exemplo envolvendo a realização do juízo de merecimento de tutela pode ser vista no âmbito dos Direitos das famílias. Tema amplamente debatido no contexto das interações entre o Direito de Família e a Responsabilidade Civil³⁹³ é a responsabilidade

abusivamente negada pelo titular do direito. A conduta será, em resumo, reprimida e seus efeitos negados na medida necessária para que o exercício volte a ser compatível com a função da situação jurídica subjetiva. As consequências são várias: a antijuridicidade do ato permite advogar por sua nulidade; o dano eventualmente causado ensejará responsabilidade civil como se decorresse de ato ilícito; os interessados podem pedir o desfazimento do ato ou o suprimento judicial de declaração de vontade abusivamente negada pelo titular do direito. A conduta será, em resumo, reprimida e seus efeitos negados na medida necessária para que o exercício volte a ser compatível com a função da situação jurídica subjetiva. Por sua vez, um ato que não se considere merecedor de tutela o será sempre em termos relativos (ou seja, não será merecedor de tutela em relação a outro exercício particular que lhe seja contraposto). No plano funcional, esse ato é plenamente conforme aos valores associados à sua tutela jurídica (i.e., à sua função); sua repressão decorre tão somente de uma incompatibilidade com outro ato, também obediente à respectiva função, mas que, à luz da totalidade do sistema, merecerá tutela preferencial. A medida da repressão do primeiro ato, assim, não será a sua própria função, mas a medida necessária para a tutela do outro, dito merecedor de tutela em sentido estrito. Não se pode afirmar, assim, que o primeiro ato seja antijurídico (ao menos, não no mesmo sentido em que se fala do ilícito e do abuso); não existisse uma posição particular contraposta que promovesse melhor os valores do sistema, esse ato teria sua eficácia reconhecida. Em suma, todo ato lícito e não abusivo será, em sentido amplo, merecedor de tutela: o merecimento é, em regra, uma consequência da licitude e não abusividade do exercício; excepcionalmente, porém, exigir-se-á do intérprete um terceiro e último juízo valorativo para determinar se o ato terá seus efeitos protegidos”.

³⁹³ A discussão sobre a aplicabilidade das normas de responsabilidade civil às relações familiares está superada. A controvérsia atualmente se concentra em determinar se a violação de algum dever específico do Direito das Famílias, por si só, seria suficiente para justificar o dever de indenizar, conforme leciona a melhor doutrina: “Parece oportuno distinguir, desde logo, as duas correntes jurídicas contrapostas. De um lado, estão aqueles que aceitam a responsabilização ao interno da família, mas apenas e tão-somente nos casos em que haja ilícito absoluto, como previsto no art. 186 c/c art. 927 do Código Civil; de outro lado, estão os que sustentam a indenização tanto em casos gerais (regidos pela cláusula do art. 186) como em casos específicos, isto é, nas hipóteses de violação dos deveres conjugais, previstos, entre outros, pelo art. 1.566 do CCB” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: _____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 425-426).

pré-nupcial no casamento, ou seja, a quebra de promessa de casamento como evento desencadeador do dever de indenizar, inclusive por danos morais.

A doutrina mais autorizada ressalta a importância de se diferenciar as relações conjugais das relações parentais para fins de reparação civil, apontando que, se na conjugalidade prevalece a autonomia dos indivíduos, na parentalidade, por outro lado, há uma ampliação cada vez maior das intervenções jurídicas nas relações de filiação, buscando-se a proteção dos incapazes.³⁹⁴

Observa-se, no entanto, que a aplicação da responsabilidade civil no âmbito familiar é alvo de severas críticas. Essas críticas envolvem as dificuldades em verificar a ocorrência efetiva do dano e quantificá-lo, o excesso de subjetivismo inerente a esses casos - a chamada "monetização" do afeto.³⁹⁵

O noivado, ou esponsais,³⁹⁶ representa o compromisso estabelecido entre duas pessoas de contrair futuro casamento. Essa percepção amplamente difundida nas sociedades ocidentais reflete uma realidade que difere de um simples namoro, pois o noivado está mais

³⁹⁴ "(...) [Os] dois tipos de relação – conjugal e filial – se diferenciam em muito, tanto estrutural quanto funcionalmente. Enquanto um tem fundamentos na liberdade e na igualdade, o outro se baseia justamente na responsabilidade. Ambos remetem-se, por óbvio, à solidariedade familiar, mas de maneiras muito particulares. Além disso, observe-se que a questão não pode ser examinada sem que se atente para a vulnerabilidade de uma das partes, e este é um ponto de fundamental distinção quando o foco são os filhos menores, a quem o ordenamento deve a máxima proteção. A relação entre a esfera pública e a esfera privada neste ambiente, aliás, também é diferenciada. Na conjugalidade, caracteriza-se atualmente por uma substancial aceitação das escolhas e da autonomia dos indivíduos, bem como pela renúncia à exigência e ao cumprimento coercitivo dos direitos e deveres entre os cônjuges. Por outro lado, na parentalidade distingue-se pela ampliação, cada vez maior, das intervenções jurídicas nas relações de filiação, com vistas à proteção dos menores" (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: _____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 446-447).

³⁹⁵ Críticas desenvolvidas por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal, no qual argumentam: "Esclareça-se que as peculiaridades próprias do vínculo familiar não admitem a incidência pura e simples das regras da responsabilidade civil, exigindo uma filtragem, sob pena de desvirtuar a natureza peculiar (e existencial) da relação de Direito das Famílias. A aplicação das regras da responsabilidade civil na seara familiar, portanto, dependerá da ocorrência de um ato ilícito, devidamente comprovado. A simples violação de um dever decorrente de norma de família não é idônea, por si só, para a reparação de um eventual dano. Assim, a prática de adultério, isoladamente, não é suficiente para gerar dano moral indenizável. No entanto, um adultério praticado de um local público, violando a honra do consorte, poderá gerar dano a ser indenizado, no caso concreto. De igual modo, não implica dano moral (conquanto possam produzir outros efeitos regulados pela norma de Direito das Famílias) a recusa ao ato sexual entre cônjuges e companheiros ou a prática, entre eles, de atos sexuais pouco convencionais ou mesmo abandono do lar. Exatamente por isso, não se pode admitir que a pura e simples violação de afeto enseje uma indenização por dano moral. Somente quando uma determinada conduta caracterizar-se como ilícita é que será possível indenizar os danos morais e materiais dela decorrentes. Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrentes da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o ter valia mais do que o ser" (FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 116-117).

³⁹⁶ Derivado do termo latino *sponsio*, a palavra esponsais significa promessa solene, compromisso ou garantia. Etimologicamente, portanto, indica o compromisso de casamento assumido pelos nubentes. Eduardo Espínola a define como "uma promessa que reciprocamente se fazem um homem e uma mulher, de futuramente se casarem" (ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1957, p. 33).

próximo do casamento ou da união estável, embora ainda esteja em uma fase inicial da formação de uma família. Embora o noivado não seja reconhecido como uma figura do Direito de Família no ordenamento jurídico nacional, ele não deixa de receber atenção da doutrina³⁹⁷ e ser objeto de análise pelos julgadores com certa frequência, pois envolve comportamentos que podem gerar direitos e obrigações.

Por não estar previsto de maneira expressa na legislação, o noivado não é ato, via de regra, revestido de maiores solenidades. Em tempos atuais, é a partir da consolidação do ato jurídico perfeito dos ritos civis do casamento que estepassa a existir validamente e de maneira formal. Seus efeitos obrigacionais passam a ser gerados a partir do momento da celebração, quando os nubentes perante o oficial celebrante afirmam o propósito de casar-se um com o outro e ouvem daquela autoridade a proclamação de que os declara casados. Entretanto, tal circunstância não retira a necessidade de que o direito reconheça o noivado como um comportamento cujo conteúdo reserve a potencialidade de gerar direitos e obrigações para os nubentes.

De fato, percebe-se que a promessa de casamento futuro é perfeitamente lícita, pois está compreendida dentro da esfera de autonomia privada das partes. Assim, na hipótese do seu rompimento os interesses contrapostos são, de um lado, a liberdade de casar ou não casar, e, de outro, a integridade psicofísica da pessoa abandonada. A referida contraposição demanda um conflito de interesses, de modo que o princípio da integridade psíquica deve ceder diante do princípio da liberdade, mais condizente, neste caso, com a dignidade humana das pessoas envolvidas.³⁹⁸ Diante dessa constatação, pode-se concluir, *prima facie*, que o

³⁹⁷ “O ordenamento brasileiro não regulou a figura do contrato esponsalício – os esponsais –, não figurando o noivado, tecnicamente, como uma ‘promessa’ a ser resolvida em perdas e danos em caso de descumprimento; a idéia subjacente à ausência de regulamentação foi, certamente, garantir maior valor à liberdade de consentir no ato de celebração do casamento. O noivado, compromisso moral e social que significa que os nubentes têm a intenção de se casar, pode ser desfeito a qualquer tempo” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: _____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 436).

³⁹⁸ Maria Celina Bodin de Moraes observa: “O ordenamento jurídico, no respeito à cláusula de tutela da pessoa humana, deve proteger a liberdade, valor aqui considerado superior porque tutelado expressamente por numerosas normas do sistema, que ressaltam a importância da autonomia da vontade para o ato do casamento. Não se vê, de fato, como possa o pleno exercício do princípio da liberdade de casar – decorrência direta e inelutável do direito fundamental de liberdade – ser sopesado desfavoravelmente em relação à quebra do compromisso pré-nupcial, ato perfeitamente lícito no ordenamento jurídico nacional” (Ibid, p. 436). Para melhor compreensão do pensamento da autora, a mesma entende que “o princípio da liberdade individual se consubstancia, cada vez mais, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada. Liberdade, significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier” (Id. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 107). Já a integridade psicofísica quer significar a garantia de “(...) de numerosos direitos da personalidade (vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoal), instituindo, hoje, o que se poderia entender como um amplíssimo ‘direito à saúde’, compreendida esta como completo bem-estar psicofísico e social” (Ibid, p. 94).

juízo prévio e abstrato, que a ruptura em si não é fonte de responsabilização, e por consequência não se mostra devida nenhuma indenização, mesmo a título de dano moral.³⁹⁹

Não obstante, o exercício da liberdade também encontra limites, sendo o abuso a sua principal forma de caracterização. Suponha-se a hipótese em que um dos noivos é deixado no altar no momento da cerimônia diante de seus familiares e amigos. Nesse caso, a doutrina alega que o exercício da liberdade não pode chegar a esse extremo, tornando-se, dessa forma, uma liberdade exercida de forma abusiva e, na ponderação dos interesses concretos, mais peso assumirá a tutela da integridade psíquica, atingindo-se, neste caso e desta forma, a dignidade de pessoa assim abandonada.⁴⁰⁰ Há precedentes reconhecendo como devida a reparação pelos danos morais⁴⁰¹ e danos materiais⁴⁰² consubstanciados nas despesas empreendidas para a realização do casamento.

³⁹⁹ “Apelação. Ação de indenização. Fim de noivado. Dano material e moral. Não comprovação. Segundo dispõe o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, incumbe ao autor o ônus de provar o fato constitutivo do direito pleiteado. Ausentes os requisitos do art. 186 do Código Civil, não é o caso de incidência de danos morais e materiais, ainda mais quando a parte autora não se incumbiu de provar os fatos alegados. Meros dissabores e frustrações advindas do rompimento do noivado não ensejam a condenação em indenização” (MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 1.0024.10.124748-4/001*, Rel. Des. Pedro Aleixo, Belo Horizonte, julgado em: 16/02/2017).

⁴⁰⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: _____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 438.

⁴⁰¹ “Apelação cível. Ação indenizatória por danos materiais e morais. Rompimento de noivado. Não comparecimento do noivo ao matrimônio. Dano moral configurado. Ausência de comunicação prévia o que evitaria maiores constrangimentos. Danos materiais, comprovados. Ausência de impugnação específica. Sentença mantida. Negado provimento ao recurso” (RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 0000813-45.2010.8.19.0075*, Rel. Des. Claudia Pires dos Santos Ferreira, 6ª Câmara Cível, Rio de Janeiro, julgado em: 19/10/2011). Conforme se lê do voto do relator, “inexiste em nossa legislação obrigação do noivo ou da noiva de cumprirem a promessa de casamento, nem ação para exigir a celebração do matrimônio. Contudo, entendo que, o rompimento injustificado da promessa no dia do casamento acarreta danos morais e patrimoniais, a parte abandonada no altar. O apelante sustenta em seu recurso que, desistiu do matrimônio, em virtude da oposição da família da noiva quanto a mudança do casal para o Rio Janeiro local de seu trabalho. Assevera também que, comunicou previamente a apelada o rompimento do noivado. Não se verifica nos autos qualquer indício de que o rompimento do noivado ocorreu antes da data da cerimônia. Observa-se que a apelada contratou diversas empresas, todos os preparativos necessários para realização da cerimônia de casamento, assim como, o aluguel do vestido de noiva e promoveu a sua retirada na data do matrimônio, conforme documento de fls. 23/26. Portanto, não parece crível que a apelada, efetuando o pagamento e a retirada do vestido de noiva na data do matrimônio, tivesse conhecimento do rompimento do noivado. Ademais, como bem salientado na sentença, proferida pela magistrada a quo, o réu não negou que deixou sua noiva esperando o seu comparecimento em cartório no dia do casamento, justificando apenas que, não iria se casar, pois não poderia morar longe do local de trabalho. O que se constata é a ausência de comunicação prévia do noivo, quanto a desistência do casamento, o que certamente evitaria maiores constrangimentos. Note-se que a sentença restou bem fundamentada, ao quantificar a indenização a título de danos morais, mostrando-se razoável e proporcional, considerando o caráter punitivo e pedagógico, dada a extensão do dano. No tocante aos danos materiais, estes são devidos, pois a autora comprovou os gastos, realizados para a celebração do casamento (fls.14/29) acrescentando que, o réu em momento algum impugnou quaisquer dos gastos, apresentados. Assim, não há dúvidas de que o réu causou lesão de ordem moral e material à autora, estando correta a sentença, prolatada pela Juíza a quo”.

⁴⁰² “Apelação cível. Indenizatória. Rompimento de noivado. Dano moral configurado. Ressarcimento das despesas efetuadas com os preparativos para o casamento. I. É cediço que inexistente no ordenamento jurídico

É reconhecido, portanto, tanto em sede doutrinária quanto na jurisprudência, que quando o rompimento do relacionamento envolve situações humilhantes, vexatórias e degradantes, surge o direito à indenização por parte daquele que teve sua dignidade atingida, pois se trataria de liberdade exercida de forma abusiva. A principal questão controversa nesses casos surge ao definir limites e critérios objetivos para identificar as circunstâncias que justificariam a compensação e a partir de quando a quebra do noivado seria considerada um comportamento abusivo. Apontando o entendimento da jurisprudência francesa, que considerou o rompimento cinco dias antes do casamento como abusivo, a boa doutrina que entende que o rompimento passa a ser considerado abusivo nas hipóteses previstas no art. 1.538 do Código Civil⁴⁰³ (quando um dos nubentes recusar a solene afirmação da sua vontade, declarar que esta não é livre e espontânea ou manifestar-se arrependido) ou quando algum dos noivos, voluntariamente, deixar de comparecer à cerimônia.⁴⁰⁴

Como se vê, são situações extremas, reconduzidas às hipóteses de exercício abusivo da liberdade individual, em que um dos noivos abusou da liberdade que o ordenamento lhe garantia, prejudicando de sobremaneira integridade psíquica do outro nubente, que deverá ter reconhecida a indenização pelos danos experimentados.

pátrio o direito à celebração de casamento, eis que, consoante o disposto no artigo 1.514 do Código Civil, o casamento pressupõe a manifestação voluntária da vontade dos nubentes, de forma que não configura ato ilícito o mero rompimento de noivado, se não demonstradas maiores repercussões do fato que se traduzam em ofensa à dignidade da pessoa. 2. Configurada, na hipótese, a conduta ilícita do apelante, considerando as peculiaridades do caso, impõe-se o dever de indenizar pelos danos causados, estando o quantum razoavelmente arbitrado. 3. Devido o ressarcimento à autora dos valores despendidos com os preparativos para a realização da cerimônia de casamento por aquele que deu causa à rescisão, bem como dos demais gastos referentes ao imóvel em que viriam a residir, a fim de evitar o enriquecimento sem causa do réu. Todavia, devem ser consideradas somente as despesas efetivamente despendidas. 4. Provimento parcial do recurso apenas para alterar o valor da reparação pelos danos materiais” (RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 0012283-79.2007.8.19.0204*, Rel. Des. Benedicto Ultra Abicair, 6ª Câmara Cível, Rio de Janeiro, julgado em: 24/08/2011).

⁴⁰³ Art. 1.538. “A celebração do casamento será imediatamente suspensa se algum dos contraentes: I - recusar a solene afirmação da sua vontade; II - declarar que esta não é livre e espontânea; III - manifestar-se arrependido. Parágrafo único. O nubente que, por algum dos fatos mencionados neste artigo, der causa à suspensão do ato, não será admitido a retratar-se no mesmo dia”.

⁴⁰⁴ “A jurisprudência francesa, por exemplo, considerou o rompimento cinco dias antes do casamento como abusivo, não havendo dúvidas sobre a véspera do dia marcado. Tendo dado o devido valor ao princípio da liberdade e considerado que o casamento levado a efeito contra a vontade de um dos nubentes causa graves prejuízos a ambos, e ainda que o art. 1.538, CC, prevê causas específicas de suspensão da celebração do ato, conclui-se no sentido de que o exercício passa a ser abusivo somente nas hipóteses previstas pelo aludido art. 1.538 ou quando algum dos noivos, voluntariamente, deixa de comparecer à cerimônia” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: _____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 438). Para Sílvio de Salvo Venosa, o abandono às portas da igreja ou do local da celebração do casamento e o caso do noivo que responde “não” no momento da cerimônia representariam situações extremas, que ensejariam a separação, podendo as situações de préstimos para o futuro lar; abandono de emprego, mudança de domicílio, etc., ser consideradas para fins de determinação da extensão dos danos e quantificação da indenização (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 34).

Não obstante, há caso julgado pelo TJRS⁴⁰⁵ em que se reconheceu o direito a indenização pelo rompimento do noivado que desafia à lógica do exercício abusivo. Trata-se de ação de indenização em que a parte autora buscou a reparação de danos materiais e morais sob o argumento de que o rompimento do noivado, sem qualquer justificativa do outro nubente, às vésperas do casamento pelo demandado maculou a honra da autora. Para o relator, “a ruptura de noivado por si só não determina a responsabilidade do desistente, o que pode ensejar a reparação são as circunstâncias em que a outra parte foi comunicada de seu intento”.⁴⁰⁶ Dos autos se retira que a noiva conheceu o demandado (seu noivo) quando os dois estudavam na mesma escola, sendo que começaram a namorar e, após um determinado período, resolveram casar. Marcaram a celebração civil para o dia 26 de maio de 2006 e a cerimônia religiosa para o dia 27 de maio de 2006. A noiva providenciou os trâmites legais, assim como os preparativos para a festa, distribuindo os convites para a comemoração. Acontece que no dia 21 de abril de 2006, pouco mais de um mês antes da data escolhida e no dia do chá de panelas, o réu telefonou para a autora informando que não queira manter a relação, cancelando o casamento. Diante da situação constrangedora criada pelo noivo, ou seja, do rompimento do relacionamento poucos dias antes do casamento, foi postulado a indenização pelos danos materiais e morais suportados. O relator do caso entendeu que a conduta adotada pelo noivo foi imprudente, porquanto mesmo estando ciente de todos os preparativos para a festa de casamento, tais como a locação do vestido, do local para a realização do evento, a encomenda do bolo e da decoração, esperou para comunicar a decisão de rompimento poucos dias antes da data da celebração.⁴⁰⁷

Em nosso entender, o fundamento da reparação, que para o relator se baseou no ato ilícito, deve ser afastado. Como ressaltado, não há como se deixar de reconhecer que o rompimento do noivado é um ato lícito, garantido pelo exercício da liberdade de se casar ou não, fruto da autonomia das partes. Tampouco, a nosso ver, o rompimento do noivado se configurou como um exercício abusivo, pois feito com pouco mais de um mês antes da data escolhida para o casamento. Contudo, sopesando as peculiaridades do caso concreto, mediante a seleção de fatos a serem levados em consideração, há que se considerar que o

⁴⁰⁵ Trata-se do julgado do RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n° 70027032440*, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, 5ª Câmara Cível, Rio de Janeiro, julgado em: 21/01/2009 apud USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade civil por ato lícito*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 133.

⁴⁰⁶ RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n° 70027032440*, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, 5ª Câmara Cível, Porto Alegre, julgado em: 21/01/2009.

⁴⁰⁷ Nas palavras do relator: “Cumprе ressaltar que é perfeitamente passível de ressarcimento o dano moral causado no caso em exame, decorrente da situação constrangedora causada pelo réu, mediante o rompimento desmotivado do noivado, poucos dias antes da data marcada para a celebração do casamento, tal medida abusiva resulta na violação ao dever de respeitar esta gama de direitos inerentes a personalidade de cada ser humano”.

rompimento do noivado ocorreu no dia do chá de panelas; os convites para a cerimônia já haviam sido entregues, e, por fim; a repercussão que os fatos tiveram na pequena cidade em que os noivos moram – em Tapes, cidade do Rio Grande do Sul –, fazem com que o juízo de merecimento de tutela, para o caso específico, incida de forma a considerar como digno de reparação os danos morais e materiais suportados pela noiva. Não, contudo, com base na teoria do abuso ou do ato ilícito, mas sim por ser um dano merecedor de tutela, ainda que decorrente de conduta lícita.⁴⁰⁸

Como se vê, o caso julgado pelo TJRS pode ser enquadrado como um caso difícil para a metodologia civil-constitucional, já que verificado dois atos particulares que são claramente lícitos e não abusivos (tanto a pretensão do noivo ao realizar o rompimento do noivado, tanto a pretensão da noiva, pelos danos à sua integridade psicofísica), mas, mesmo assim, no contexto particular, entraram em conflito de forma que o exercício de um não seja compatível com o exercício do outro.

Diante desses casos difíceis, poderia-se indagar se os danos experimentados nessas hipóteses seriam também considerados como não antijurídicos, como nos casos de responsabilidade por atos lícitos que são previstos pelo legislador. Ao que parece, a resposta deve ser negativa. Nesses casos difíceis, que escapam à ponderação prévia do legislador, a noção de dano injusto pode e deve ser considerada uma oportunidade oferecida ao intérprete para, ponderando os interesses em jogo, identificar qual dos interesses será considerado merecedor de tutela no caso concreto. Nos casos analisados, as condutas se mostram lícitas e não abusivas, e mesmo assim, se verifica a ocorrência de um dano. Não estando a responsabilidade prevista em lei, a ponderação terá de ser feita pelo julgador decidir se a pretensão da vítima ao ressarcimento merece tutela, a caracterizar, por via transversa, a injustiça do dano, ou se, em vez disso, deverá prevalecer o interesse do agente que deu causa ao evento danoso, caso em que o dano será considerado irressarcível. Pode-se dizer que nesses *hard cases*, a qualificação do dano deve obedecer à lógica do sistema, que se pauta pela indenizabilidade dos danos injustos, justamente pelo fato de que não houve uma prévia ponderação de interesses por parte do legislador.

⁴⁰⁸ Daniel Ustárroz vai ainda mais longe, ao enunciar que “(...) a maioria dos casos que envolve rompimento não deve ser dirimida pelo ato ilícito (art. 186), pelo abuso de direito (art. 187) ou pelo enriquecimento sem causa (art. 884). Outra fonte do dever de indenizar deve ser buscada, qual seja a responsabilidade civil por ato lícito, para regular os efeitos patrimoniais que brotam da decisão de não casar” (USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade civil por ato lícito*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 137).

3.3 Conflito entre liberdade de expressão x privacidade

Um exemplo adicional de como o juízo de merecimento de tutela pode servir como um instrumento adequado para resolução de casos difíceis envolvendo hipóteses de indenização por atos lícitos pode ser visualizado em casos de tensão envolvendo o direito à liberdade de informação ou expressão⁴⁰⁹ e os direitos da personalidade de pessoas de notória publicidade, em especial o direito à privacidade,⁴¹⁰ à intimidade⁴¹¹, à imagem e o direito à honra⁴¹² delas.

⁴⁰⁹ A doutrina brasileira distingue as liberdades de informação e de expressão, como se nota da seguinte passagem: "Por isso é importante sistematizar, de um lado, o direito de informação, e, de outro, a liberdade de expressão. No primeiro está apenas a divulgação de fatos, dados, qualidades, objetivamente apuradas. No segundo está a livre expressão do pensamento por qualquer meio, seja a criação artística ou literária, que inclui o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música, até mesmo a opinião publicada em jornal ou em qualquer outro veículo" (CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 15). Contudo, ao que parece, pode-se dizer que a liberdade de informação se insere no campo mais amplo, compreendido na liberdade de expressão em sentido amplo, razão pela qual se usará os termos sem diferenciação. Ademais, no que se refere à liberdade de expressão, um dos trabalhos clássicos sobre o tema é o livro *On Liberty*, de John Stuart Mill, publicado no ano de 1859. Nessa obra, Mill se apresenta como um árduo defensor da liberdade, que é apresentada como instrumento indispensável ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, em especial ao possibilitar a avaliação e contestação pública de todas as convenções sociais vigentes, dos dogmas religiosos e da concepção ética estabelecida em determinada época. Por outro lado, mesmo nos casos de opiniões e pensamentos equivocados, a proibição da veiculação de ideias impediria a obtenção do benefício de reafirmação das ideias corretas que decorre da colisão entre ela. No âmbito da teoria proposta pelo autor inglês, somente seria possível a realização de restrições à livre manifestação de ideias e pensamentos quando houver a incitação à prática de uma ação capaz de promover dano injustificado a terceiros. Para maiores aprofundamentos, ver: MILL, John Stuart. *On liberty*. New Haven: Yale University Press, 2003, p. 86.

⁴¹⁰ A melhor doutrina vem ressaltando que contemporaneamente: "(...) parece cada vez mais frágil a definição de 'privacidade' como o 'direito a ser deixado só', que decaiu em prol de definições cujo centro de gravidade é representado pela possibilidade de cada um controlar o uso das informações que lhe dizem respeito. Não que este último aspecto estivesse ausente das definições tradicionais: nelas, porém, ele servia muito mais para sublinhar e exaltar o ângulo individualista, apresentando a privacidade como mero instrumento para realizar a finalidade a ser deixado só; enquanto hoje chama a atenção sobretudo para a possibilidade de indivíduos e grupos controlarem o exercício dos poderes baseados na disponibilização de informações, concorrendo assim para estabelecer equilíbrios sócio-políticos mais adequados" (RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 24).

⁴¹¹ Acerca das atuais perspectivas envolvendo o direito à identidade, temos que: "(...) o direito à identidade pessoal vai muito além da proteção ao nome. Abrange traços distintivos da mais variada ordem, como estado civil, etnia, orientação sexual, impressões digitais, ideologia política, crença religiosa e assim por diante. Não há aqui, a rigor, sobreposição com aspectos já abrangidos por outros direitos da personalidade, como o direito à imagem e o direito à privacidade. Isso porque o direito à identidade pessoal não se confunde com a tutela isolada e estática de cada um desses aspectos. A identidade pessoal deve ser vista em perspectiva funcional e dinâmica, voltada a promover e garantir uma fidedigna apresentação da pessoa humana, em sua inimitável singularidade. Trata-se, nas palavras da doutrina especializada, de tutelar 'o direito de toda pessoa expressar sua verdade pessoal, 'quem de fato é', em suas realidades física, moral e intelectual. A tutela da identidade impede que se falseie a Verdade' da pessoa, de forma a permanecerem intactos os elementos que revelam sua singularidade como unidade existencial no todo social'" (SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 216).

⁴¹² Quanto ao direito à imagem e à honra, ambos são tutelados no artigo 20 do Código Civil. Sobre o atual aspecto envolvendo o direito à imagem, ensina a melhor doutrina que sua "(...) proteção se tornou muito mais difícil em virtude dos processos tecnológicos que generalizam as formas requintadas de manipulação e

A liberdade de expressão é um dos mais relevantes direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações das sociedades democráticas. Basta recordar que a liberdade de expressão era tolhida quando vigente o regime militar que se instaurou no país com o golpe de 1964. A Constituição cogita da liberdade de expressão de modo direto no art. 5º, IV, ao dizer “livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, bem como no inciso XIV do mesmo artigo, em que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”, e também no art. 220, quando dispõe que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. Acrescenta, nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo, que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”, e que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

De forma geral, compreende-se que compõe o conceito da liberdade de expressão faculdades diversas, como a de comunicação de pensamentos, de ideias, de informações e de críticas que podem assumir modalidade não verbal, tais como comportamento, formas musicais, imagens, etc. No direito de expressão cabe, segundo a visão generalizada, toda mensagem, tudo o que se pode comunicar – juízos, propaganda de ideias e notícias sobre fatos. Assim, a proteção da liberdade de expressão abrange todas as opiniões, convicções, comentários, avaliações ou julgamentos sobre qualquer assunto ou indivíduo, seja ele de interesse público ou não, independente de sua importância e valor percebidos.⁴¹³

É claro que a proteção à liberdade de expressão, frequentemente vista como um direito primordial, deve ser garantida de forma abrangente no direito constitucional brasileiro. Porém, essa proteção não abarca a prática de atos ilícitos. Além disso, a garantia da liberdade de expressão é legítima enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais.

divulgação. Aqui, é possível observa-se um processo de ampliação dos bens jurídicos protegidos: para além da ‘imagem-retrato’, o aspecto fisionômico, a forma plástica do sujeito, hoje se protege também a ‘imagem atributo’, isto é, o conjunto de características decorrentes do comportamento do indivíduo, de modo a compor a sua representação no meio social” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade. In: _____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 136). Quanto ao direito à honra, “refere-se à reputação pessoal e à consideração no meio em que se vive. Abrange o bom nome e renome (honra objetiva), como também o seu o seu sentimento pessoal (honra subjetiva)” (BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 55).

⁴¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 402-403.

Atualmente, os meios de comunicação frequentemente invadem a esfera pessoal das pessoas, violando direitos fundamentais, como, por exemplo, ao capturar imagens em locais públicos. O critério do *local* onde a pessoa se encontra (público ou privado) é frequentemente utilizado para justificar o interesse geral em ter acesso à imagem capturada.⁴¹⁴ Consequentemente, de acordo com essa compreensão comumente aceita, se os aspectos pessoais de uma pessoa, como seu retrato, forem capturados em um ambiente público, poderá haver restrição dos direitos à imagem e à privacidade.⁴¹⁵ Em sentido oposto, a doutrina mais crítica sustenta que o critério do lugar teria pouco valia na ponderação das circunstâncias do caso visando a resolução de conflitos entre a liberdade de informação e o direito à própria imagem. Isso porque o enquadramento de *público* em um determinado lugar específico não deve servir como argumento hábil para se permitir a captação de imagens. Deve-se, antes, ser verificado o contexto em que a imagem foi tomada, bem como a ciência dos retratados e a intensidade de individualização dessa imagem.⁴¹⁶ Assim, a mera aplicação de um critério estrutural do local, público ou privado, para resolver o conflito entre liberdade de informação e os direitos da personalidade não deve ser vista como uma espécie de autorização *juris et de jure* para divulgação da imagem de terceiros.

As mesmas considerações são aplicáveis às informações sobre os hábitos e preferências sexuais de cada indivíduo. Neste contexto, é essencial ter cautela ao argumentar que a divulgação desses dados pode ser de interesse público, especialmente quando se trata de uma pessoa considerada pública para a sociedade. A título de exemplo, na situação em que um jornalista deseja reportar informações sobre a vida íntima de um agente público e este tenta impedir a sua divulgação, pode não haver necessariamente qualquer conduta ilícita ou abusiva.⁴¹⁷ “[B]asta imaginar que se trate, ilustrativamente, de dados sensíveis da pessoa (a justificar seu pedido de não divulgação), porém de inegável interesse público (como no caso

⁴¹⁴ Sobre o tema veja-se amplamente BODIN DE MORAES, Maria Celina. Honra, liberdade de expressão e ponderação. *Civilistica.com*. v. 2, n. 2, p.1-17, abr./jun. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/honra-liberdade-de-expressao-e-ponderacao/>>. Acesso em: 15 abr. 2024.

⁴¹⁵ Sobre o tema, veja-se BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista De Direito Administrativo*, v. 235, p. 1-36, 2004. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v235.2004.45123>> Acesso em: 8 mai. 2024. Na doutrina civilista, veja-se, por todos, SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 108.

⁴¹⁶ Cf. crítica desenvolvida por SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 110.

⁴¹⁷ SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coords.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*, Vol. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 95.

do político que, tendo arregimentado eleitores por defender certos valores religiosos, mantém secretamente hábitos privados frontalmente contrários a tais valores)”⁴¹⁸

O caso aconteceu com o senador americano Roy Ashburn.⁴¹⁹ Ashburn se destacou na política dos Estados Unidos como um forte opositor dos direitos dos homossexuais. Divorciado e pai de quatro filhos, o senador foi detido no início de 2010, em Sacramento, após ser pego dirigindo embriagado ao sair de um bar frequentado principalmente pela comunidade Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgênero (LGBT). O caso, ainda que tenha ocorrido no exterior, suscita instigantes debates envolvendo a liberdade de expressão, em que a colisão entre o interesse informativo e a privacidade dos envolvidos impõe uma ponderação árdua. No caso Ashburn, deve-se ressaltar que há inegável interesse do eleitorado sobre a vida privada do representante político⁴²⁰ que justamente se elegeu sob a pauta de oposição dos direitos dos homossexuais - posição essa que o político deliberadamente escolheu defender. “Aos seus eleitores, perplexos com a contradição, o senador explicou que continuaria a votar contra as leis pró-homossexuais, já que adotaria a conduta esperada pela fatia da população que o elegeu”.⁴²¹ Inegável que o senador teve parte de seus dados sensíveis⁴²² violados, o que em tese se mostraria como um ato ilícito do jornalista que divulgasse tais informações, já que seu eleitorado, em que pese possuir o direito de ser informado das ações adotadas em sua vida pública, não teriam o direito de ser informado de aspectos da sua vida particular, como sua orientação sexual. Por outro lado, é inegável o interesse público de seus eleitores que, tendo a simpatia contestada por político que se pautou por valores religiosos ligados à essa parcela da população norte-americana, mantinha hábitos privados contrários aos valores defendidos, de modo que não parece existir um ato ilícito e abusivo na divulgação de tais informações.

Como se percebe, é uma hipótese delicada, envolvendo dados pessoais sensíveis de um lado e informações de interesse legítimo de parcela do eleitorado. Ambos as posições

⁴¹⁸ SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coords.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*, Vol. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 95.

⁴¹⁹ O caso foi analisado por SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 160; e SOUZA, op. cit., p. 95.

⁴²⁰ A doutrina constitucionalista costuma “(...) identificar um elemento decisivo na determinação da intensidade de sua proteção: o grau de exposição pública da pessoa, em razão de seu cargo ou atividade, ou até mesmo de alguma circunstância eventual. A privacidade de indivíduos de vida pública - políticos, atletas, artistas - sujeita-se a parâmetro de aferição menos rígido do que os de vida estritamente privada. Isso decorre, naturalmente, da necessidade de auto-exposição, de promoção pessoal ou do interesse público na transparência de determinadas condutas” (BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista De Direito Administrativo*, v. 235, 2004, p. 13-14).

⁴²¹ SCHREIBER, op. cit., p. 160.

⁴²² Dados sensíveis são dados pessoais que podem gerar discriminação. São dados geralmente relacionados à saúde, orientação sexual ou opinião política. Sobre o tema, veja-se RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 79.

jurídicas se mostram lícitas e não abusivas, de modo que se exige do intérprete um juízo de merecimento de tutela para determinar quais dos atos terá seus efeitos protegidos, sendo que eventual indezição a ser reconhecida será sustentada pela teoria dos atos lícitos danosos.

Ainda no âmbito envolvendo o conflito entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade, o Supremo Tribunal Federal foi levado a analisar o tema em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), quando da análise do julgamento envolvendo a publicação de biografias não autorizadas.⁴²³ No caso a disputa envolve, de um lado, as liberdades de expressão e de informação. As biografias constituem manifestação típica da liberdade de expressão em seu sentido amplo. A sua elaboração está inserida no âmbito da liberdade da atividade de criação intelectual e artística dos biógrafos garantida pela Constituição, independentemente de censura ou licença (CF/88, art. 5º, IX). Já a produção e a divulgação de biografias se relacionam com o direito de informação (CF/88, art. 5º, XIV), titularizado por toda a sociedade, que possui o direito a ter amplo acesso ao conhecimento e a informações, tanto para que cada pessoa possa formar suas convicções e opiniões, bem como para a preservação da memória e da historiografia coletivas. De modo que a exposição da imagem, privacidade, intimidade e honra do biografado, ainda que em medidas variadas, é da própria essência do gênero literário. Assim, é certo que a divulgação de tais pontos de vista podem ser prejudicial aos biografados e, com isso, ensejar pretensões indenizatórias, ao argumento de que explorariam ou violariam seus direitos da personalidade, sobretudo no que tange à divulgação de dados sensíveis que se prestariam a interesse público. “Mesmo uma interpretação necessariamente amiga da liberdade de expressão (indispensável num ambiente democrático) não poderia descurar o fato de que a CF/88 expressamente assegura a inviolabilidade dos direitos à privacidade, intimidade, honra e imagem (artigo 5º, inciso X)”.⁴²⁴

No julgamento da ação direta, o STF entendeu por julgá-la procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes. Nesse caso, a mesma conclusão pode-se chegar naquela que já se chegou ao analisar o caso Ashburn. A

⁴²³ Trata-se da ADI 4.815.

⁴²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e biografias não autorizadas — notas sobre a ADI 4.815. *Consultor Jurídico*, 19 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-19/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-biografias-nao-autorizadas/>>. Acesso em: 20 abr. 2024.

informação, a exposição e a divulgação de dados podem gerar dano como qualquer outro agir humano.⁴²⁵ Ambas posições jurídicas se mostram lícitas e não abusivas,⁴²⁶ de modo que se exige do intérprete um juízo de merecimento de tutela para determinar quais dos atos terá seus efeitos protegidos, sendo que eventual indezição a ser reconhecida será sustentada pela teoria dos atos lícitos danosos.⁴²⁷

3.4 Transfusão de sangue em testemunhas de Jeová

Os casos que envolvem a recusa de transfusão de sangue em pacientes que seguem os preceitos religiosos da Testemunhas de Jeová são emblemáticos no sentido em que se vislumbra a impossibilidade de se prever alguma solução abstrata, de modo que apenas o exercício de um juízo valorativo positivo e promocional consegue oferecer uma resposta adequada.

O caso envolve diversos dilemas. Por um lado, no tocante à perspectiva do profissional de saúde, este se expõe à um risco latente de ser processado ao tratar pacientes que são Testemunhas de Jeová. Conforme juramento ético, o profissional deve observar a norma que determina que o profissional médico deve adotar todas as medidas necessárias e reconhecidas para preservar a vida do paciente, independentemente da recusa terapêutica do

⁴²⁵ Inúmeras vezes o Supremo Tribunal debruçou-se sobre o tema e concluiu, com fundamento em normas constitucionais e legais, que a responsabilização compõe o sistema de liberdades, como se vê no julgamento das seguintes ações: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 130*, Relator Ministro Ayres Britto, Plenário, Brasília, julgado em: 13/11/2009; Id. *AI nº 595.395/SP*, Relator Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, Brasília, julgado em: 3/8/2007; Id. *Rcl nº 9.428/DF*, Relator Ministro Cezar Peluso, Plenário, Brasília, julgado em: 25/6/2010; In. *ADI nº 4.451-MC-REF/DF*, Relator Ministro Ayres Britto, Plenário, Brasília, julgado em: 24/8/2012; e RE nº 511.961/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, Brasília, julgado em: 13/11/2009. Registre-se que os casos citados baseiam-se em excesso por parte daquele de quem expõe o fato.

⁴²⁶ “(...) Nos casos de colisão entre privacidade e liberdade de expressão, a dificuldade não está nos casos em que as pretensões do biógrafo ou do biografado se revelassem ilícitas ou abusivas, mas sim nas hipóteses em que as instâncias de controle negativo não permitam indicar a qual pretensão será negada a tutela jurídica” SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coords.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*, Vol. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 98).

⁴²⁷ Sobre a hipótese, observa Eduardo Nunes de Souza que “[a] perspectiva de que casos semelhantes são solucionáveis apenas em sede de um juízo valorativo positivo e promocional parte ainda de uma premissa: se para a generalidade dos casos já não cabem soluções abstratas (pois o ordenamento apenas se concretiza à luz do caso concreto), nesta espécie de casos seria impossível até mesmo prever alguma solução. Não cabe, assim, aludir a uma suposta prevalência *prima facie* da liberdade de expressão, ou a uma tutela menos rígida da privacidade de pessoas notórias, assim como não há critérios que definam *a priori* quais informações devem ser protegidas em todos os casos e quais podem ser eventualmente publicadas. Se este é, como parece, um caso que exige uma avaliação meritória, apenas à luz das circunstâncias do caso concreto é possível ponderar qual das pretensões promove melhor os valores do ordenamento e merece tutela jurídica privilegiada” (Ibid, p. 96).

mesmo.⁴²⁸ Com isso, é natural que ocorra receio, por parte desse profissional de saúde, em ser responsável pelo crime de omissão de socorro.⁴²⁹ Por outro lado, o próprio paciente se vê diante da latente afronta ao seu direito à liberdade de crença.⁴³⁰⁻⁴³¹

Sobre o debate, é preciso ter em conta que o direito à vida possui uma natureza especial. Qualquer flexibilização da sua força jurídica é delicada e deve envolver cautelas. Um dos consensos mínimos que compõem a noção de dignidade humana é a preservação da vida como valor objetivo.⁴³² Diante disso, criminalizar atos que atentem contra a vida humana faz parte dos sistemas jurídicos ocidentais. Em particular, o caso brasileiro pune o homicídio,⁴³³ o auxílio ou instigação ao suicídio,⁴³⁴ além do transplante de órgãos que possa resultar em morte certa do doador.⁴³⁵

Porém, o próprio texto constitucional brasileiro contempla a possibilidade de restrição ao direito à vida, ao admitir a pena de morte em caso de guerra declarada,⁴³⁶ e, na

⁴²⁸ Cf. Resolução nº CFM Nº 2.232/2019, art. 11: “Em situações de urgência e emergência que caracterizarem iminente perigo de morte, o médico deve adotar todas as medidas necessárias e reconhecidas para preservar a vida do paciente, independentemente da recusa terapêutica” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.232, de 17 de julho de 2019. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 set. 2019. Seção 1, p. 113).

⁴²⁹ Código Penal, art. 135: “Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública. Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte”.

⁴³⁰ A liberdade de crença pressupõe a existência de autonomia para professar e exprimir uma religião, um credo ou a ausência dele. Retrata, portanto, a liberdade “de acreditar ou não em algo” (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 558), e, mais que isso, se consubstancia na unidade entre crença e conduta, de forma que haja uma “autodeterminação existencial a partir dela (crença)” (LEITE, Fábio Carvalho. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, p. 458).

⁴³¹ Sua recusa, que é bem conhecida, se deve ao seu respeito à santidade da vida expresso por meio da obediência ao mandamento bíblico de “abster-se de sangue”, registrado na Bíblia no livro de Atos dos Apóstolos, capítulo 15, versículos 28 e 29.

⁴³² Constituição Federal, art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988)

⁴³³ Código Penal, art 121: “Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos”.

⁴³⁴ Código Penal, art. 122: “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça. Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave. Parágrafo único: A pena é duplicada: I - se o crime é praticado por motivo egoístico; II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência”.

⁴³⁵ Lei nº 9.434/97, art. 9º: “É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4o deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea. (Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001) (...) § 3º Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora”.

⁴³⁶ Art. 5º, XLVII, a, CF/88.

legislação infraconstitucional, o Código Penal exclui expressamente a ilicitude da conduta que ocasione morte de outrem quando o ato é praticado em estado de necessidade, em legítima defesa ou em estrito cumprimento do dever legal.⁴³⁷

Conquanto não seja absoluto,⁴³⁸ nem tampouco hierarquicamente superior, os constitucionalistas sustentam que o direito à vida tem um peso abstrato maior frente aos demais direitos fundamentais, desfrutando de uma posição preferencial dentro do sistema constitucional.

Na outra face da moeda, apresenta-se a liberdade de crença, assegurada no art. 5º, VI, da CF/88. Tal direito não se limita ao direito de construção de um pensamento religioso, envolvendo, também a possibilidade de que o destinatário dessa liberdade se autodetermine de acordo com seu credo. Sob essa compreensão é que se permite aos que professam alguma fé a realização de cultos e a manifestação de suas liturgias. Também sob esse entendimento é que protege a Constituição diversas formas de exteriorização da crença, inclusive em âmbito coletivo. Ainda sob essa percepção é que se resguarda os que professam uma religião de qualquer restrição de direito motivada em sua crença religiosa.

A liberdade religiosa é um direito fundamental, que integra o universo de escolhas existenciais básicas de uma pessoa, funcionando como expressão nuclear da dignidade humana. O Poder Público, como consequência, não pode impor uma religião nem impedir o exercício de qualquer delas, salvo para proteger valores da comunidade e os direitos fundamentais das demais pessoas.

A pergunta que resta responder é a seguinte: pode o Estado proteger um indivíduo em face de si próprio, para impedir que o exercício de sua liberdade religiosa lhe cause dano irreversível ou fatal? Aqui se chega ao ponto crítico do debate. Nesse caso, o direito geral de liberdade cederia espaço pelos deveres de proteção do Estado em relação ao próprio titular do direito e mesmo em relação a terceiros, que não estarão exonerados de responsabilidade penal ainda que tenha havido renúncia do direito à vida pela vítima?

A divergência de opiniões apenas confirma a complexidade do tema, que suscita debates jurídicos, morais e religiosos. O tema chegou ao STF por meio do Recurso Extraordinário (RE) nº 1212272, que, por unanimidade, teve repercussão geral reconhecida no

⁴³⁷ Código Penal, art. 23: “Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

⁴³⁸ Nesse sentido, decidiu o STF: “Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 23.452/RJ*, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília-DF, publicado em: 12/05/2000).

Plenário Virtual. O recurso ainda terá seu mérito analisado, mas ajuda a demonstrar o pensamento sustentado no presente trabalho.

O caso concreto diz respeito a uma paciente do Sistema Único de Saúde (SUS) que foi encaminhada à Santa Casa de Misericórdia de Maceió, Alagoas, para realizar cirurgia de substituição de válvula aórtica e, por ser testemunha de Jeová, decidiu fazer o procedimento sem transfusões de sangue de terceiros (sangue alogênico), assumindo os possíveis riscos. Ela afirma que, embora a equipe médica tenha concordado com a opção, a diretoria do hospital condicionou a realização da cirurgia à assinatura de termo de consentimento para a realização de eventuais transfusões. A Turma Recursal dos Juizados Federais da Seção Judiciária de Alagoas manteve a decisão de primeira instância que negou o pedido da paciente para fazer a cirurgia sem transfusões de sangue, com o fundamento de que não existem garantias técnicas de que a cirurgia possa transcorrer sem riscos. No Recurso Extraordinário, a paciente sustentou que, em razão de sua consciência religiosa, a exigência de consentimento prévio para a realização de transfusões de sangue como condição para a realização da cirurgia ofende a sua dignidade e o seu direito de acesso à saúde. Ela alegou, ainda, que o direito à vida não é absoluto e que há hipóteses constitucionais e legais em que se admite a sua flexibilização. Segundo ela, cabe somente ao indivíduo escolher entre o risco do tratamento que deseja e o risco da transfusão de sangue, e o Estado deve se abster de interferir em uma escolha existencial legítima. A imposição, a seu ver, afronta também a liberdade religiosa. Em manifestação pelo reconhecimento da repercussão geral, o ministro Gilmar Mendes, relator do recurso, observou que o tema, a possibilidade de paciente se submeter a tratamento médico disponível na rede pública sem a necessidade de transfusão de sangue em respeito a sua convicção religiosa, é questão diretamente vinculada ao direito fundamental à liberdade de consciência e de crença. A seu ver, a controvérsia, referente ao direito de autodeterminação confessional das testemunhas de Jeová, possui natureza constitucional e inegável relevância, além de transcender os interesses subjetivos da causa, uma vez que a tese fixada afetará toda a comunidade identificada com essa religião.

O caso, inegavelmente, somente poderá ser resolvido adequadamente por um juízo de merecimento de tutela que, à luz do caso concreto, demanda um juízo promocional. Verificam-se duas pretensões contrapostas que não se mostram ilícitas e tão pouco abusivas. De um lado, o médico que impelido pelo dever profissional e legal de salvar a vida do paciente se vê obrigado a utilizar transfusão de sangue para preservar a vida do paciente; de outro lado, o paciente que professa sua religião, aceita todos os tratamentos médicos, exceto as transfusões de sangue. Caso o STF venha a considerar, após análise das peculiaridades do

caso concreto, que houve dano ao paciente por meio de imposição ao tratamento, consubstanciado pelo desrespeito à sua vontade, o caso somente poderá ter uma resposta adequada sob a perspectiva de um juízo valorativo positivo e promocional, pois não há critérios que definam *a priori* quais dos interesses contrapostos deverá prevalecer.

3.5 Arbitramento da indenização

Expostas as bases teóricas para a configuração do dever de reparar tendo como base o ato lícito (*an debeat*) e que constituem o tema central do presente trabalho, passa-se agora para algumas breves considerações envolvendo a quantificação ou o valor da indenização (*quantum debeat*) nesses casos.

Pretende-se ainda, que sumariamente, esboçar alguns parâmetros para quantificação reparação do dano, ou seja, se deverá ser feito mediante os critérios convencionais ou ser fixado com base na proporcionalidade, evitando-se a imposição de valores em desacordo com o sistema para alguém que estava agindo de forma lícita.⁴³⁹

Como se sabe, a regra geral em se tratando de arbitramento de indenizações está contida junto ao artigo 944 do Código Civil, que dispõe que a indenização mede-se pela extensão do dano.⁴⁴⁰ O dispositivo espelha o que a doutrina denomina de princípio da reparação integral no direito brasileiro.⁴⁴¹ Assim, “[o] princípio da reparação integral busca colocar o lesado, na medida do possível, em uma situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o fato danoso”.⁴⁴² Dessa maneira, tanto faz se o dano foi causado com dolo

⁴³⁹ Para Daniel Ustárroz, a principal distinção de efeito prático entre indenizações provenientes de atos ilícitos frente aquelas baseadas no ato lícito seria “a própria natureza da codenação judicial. Enquanto a indenização fundada na ilicitude tem como norte o art. 944, *caput*, a fim de garantir a reparação integral do dano experimentado, a compensação do dano produzido por ato lícito é arbitrada equitativamente pelo juiz, encontrando base legal no parágrafo único do mesmo artigo” (USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade civil por ato lícito*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 179).

⁴⁴⁰ “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

⁴⁴¹ Sobre o tema, veja-se: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do código civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 63, 2008.

⁴⁴² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48.

de máxima intensidade ou se foi provocado por culpa levíssima – na responsabilidade civil, ambas dão lugar à reparação integral.⁴⁴³

De todo modo, o princípio não impede que a reparação integral possa ser ponderada quando em jogo se fizerem presentes outros princípios e valores igualmente caros ao ordenamento brasileiro. Pode-se afirmar que a reparação integral não detém caráter absoluto, apesar da importância singular no sistema da responsabilidade civil, de maneira que deverá ceder se outros fatores se mostrarem preponderantes no caso concreto.

Vale dizer, assim, que a indenização na exata medida do dano, em que pese sua importância ao sistema, não consiste em valor absoluto, podendo sofrer mitigações, em caráter excepcional, diante das peculiaridades de determinada situação em concreto. Nesse sentido, o próprio legislador já cunhou hipótese excepcional ao dispor no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

O tema provoca diversas posições na doutrina nacional, que busca definir o fundamento da redução prevista no parágrafo único do art. 944 do atual Código. Nesse cenário, parte da doutrina entende que o fundamento do parágrafo único do art. 944 consiste na proteção do patrimônio mínimo do ofensor.⁴⁴⁴

Essa corrente não visa tanto à diminuição da indenização em função da culpa reduzida do agente, mas sim à análise da situação objetiva de necessidade que o autor do dano enfrentaria caso a reparação fosse integral, com o intuito de evitar o esgotamento completo do patrimônio da pessoa humana.⁴⁴⁵ O parágrafo único do dispositivo em questão possibilitaria a redução da indenização não tanto com base no grau de culpa do agente, mas sim com base na

⁴⁴³ “A responsabilidade civil (...) tem tradicionalmente se mantido imune a qualquer escopo punitivo, preocupando-se tão-somente com a reparação do dano causado a outrem. Sua atenção volta-se não para o agente, mas para a vítima do dano injusto. Daí o direito civil ter, há muito, abandonado a distinção entre a culpa grave, leve e levíssima para fins de responsabilização. Mesmo a diferenciação entre culpa e dolo, nuclear no direito criminal, mostra-se irrelevante sob a ótica da responsabilidade civil (...). O dano provocado pelo agente terá a mesma extensão, tenha ele agido com dolo, com culpa grave ou com culpa levíssima” (BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 859).

⁴⁴⁴ “Há, por assim dizer, um limite humanitário ao dever de indenizar, que não pode resultar na colocação do agente causador do dano em uma situação de necessidade. Nestas hipóteses, cumpre ao juiz temperar a aplicação do princípio da reparação integral, atribuindo a indenização mais ampla possível à vítima, mas sem privar o réu de um 'patrimônio mínimo', necessário à manutenção de uma vida digna” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 46). No mesmo sentido, sustenta Marcelo Junqueira Calixto que “(...) o único limite que se deve admitir para esta reparação encontra-se no chamado limite humanitário, pois a reparação do dano, por força da mesma norma constitucional, não pode privar o ofensor do patrimônio indispensável à sua subsistência digna.” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 323-325).

⁴⁴⁵ Ibid, p. 326.

equidade, visando evitar a ruína financeira do ofensor, protegendo seu patrimônio mínimo e garantindo uma existência digna.⁴⁴⁶ Assim, a referida norma teria trazido uma espécie de limite humanitário ao dever de reparar, na medida em que este não poderia ter por consequência a colocação do agente ofensor em situação de necessidade, não poderia privá-lo dos meios materiais essenciais à subsistência do ser humano com vistas a tutelar a dignidade da pessoa humana, impedindo-se a condenação do agente a uma indenização que resulte na sua miséria.

Para outra parcela da doutrina, o fundamento do parágrafo único residiria no grau de culpa do ofensor. Segundo essa corrente, o parágrafo único do art. 944 do Código Civil somente é aplicável quando ficar caracterizada no caso concreto a culpa levíssima do agente que, ao não observar um *standard* de conduta acima do padrão médio, causou um dano de grande proporção.⁴⁴⁷ A norma estaria voltada para o grau de culpa do ofensor e para a proporção dos danos causados com seu comportamento. A culpa levíssima se caracteriza por um padrão de conduta extremamente diligente, além do esperado do homem comum, tornando-se injusta a responsabilização do agente que agiu com esse grau de culpa. No entanto, seria igualmente injusto que permanecesse sem responsabilidade aquele que, mesmo agindo com culpa levíssima, causou danos significativos à vítima. Nessas situações, o parágrafo único do artigo 944 entra em jogo para garantir equidade. Nesse aspecto, alguns autores enaltecem a regra, entendendo que em muitos casos ela seria o único meio de se chegar à justiça do caso concreto.⁴⁴⁸ O parágrafo único do art. 944 teria, então, conferido ao juiz o poder de reduzir equitativamente a indenização nos casos em que o agente incorreu em culpa levíssima e o montante da indenização é enorme, havendo uma evidente desproporção.

Outra corrente sustenta que o parágrafo único do art. 944 tem como fundamento a equidade. No julgamento por equidade, o juiz analisará o impacto do valor da indenização

⁴⁴⁶ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 309-310.

⁴⁴⁷ Nessa linha, sustenta Paula Greco Bandeira que "o dispositivo somente incidirá se, no caso concreto, restar configurada a culpa levíssima do ofensor que, ao inobservar o *standard* de conduta normalmente adotado pelo homem diligentíssimo naquela determinada atividade, provocou danos de grande monta à vítima. Deste modo, pouco importa se o dano sofrido pela vítima é moral ou material, devendo-se, ao revés, deslocar o foco de atenção da natureza do dano sofrido pela vítima para o grau de culpa do agente (lido à luz da concepção normativa da culpa) e para a proporção dos danos por ele provocados a partir de sua conduta" (BANDEIRA, Paula Greco. A evolução do conceito de culpa e o artigo 944 do código civil. *Revista da EMERJ*, v. 11, n. 42, p. 227-249). Nessa mesma linha também se posiciona Carlos Nelson Konder: "somente em casos de dano de alta ou altíssima magnitude causados por condutas levíssima ou levemente culposas poderá ocorrer o arrefecimento do dever de indenizar" (KONDER, Carlos Nelson. A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 8, v. 29, jan./mar. 2007, p. 21).

⁴⁴⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. *Revista Da Faculdade De Direito*, v. 101, p.111-152, 2006.

sobre o patrimônio tanto da vítima quanto do agente ofensor, levando em conta a situação econômica de ambos. Com base em seu livre convencimento, o juiz pode optar por não reduzir a indenização, mesmo que exista uma desproporção entre a culpa do agente e o dano causado. Isso pode ocorrer quando o juiz considerar que é mais justo agir dessa forma, em conformidade com o princípio da equidade que fundamenta a norma.⁴⁴⁹ Assim, a equidade se sobrepõe entre a desproporção entre a culpa do agente e o dano causado na medida em que, a despeito da existência desta desproporção, o juiz pode, com base na equidade, fixar uma reparação total à vítima.

Independentemente da posição adotada em relação ao dispositivo, é inegável que ele reflete a garantia de uma reparação justa, estabelecendo um limite à relação causal entre o dano e a indenização, permitindo ao juiz, em casos excepcionais e com base na equidade, desconsiderar do valor da indenização qualquer quantia que ultrapasse os efeitos razoavelmente atribuíveis a um determinado comportamento.⁴⁵⁰

Vale dizer, se é correto afirmar-se que à vítima não é dado receber nada que desborde a extensão do respectivo dano, de outro ângulo, os valores sopesados na determinação da norma do caso concreto podem indicar que a reparação, sob determinadas circunstâncias excepcionais, será apenas parcial.

O objetivo aqui é evitar, através do recurso à equidade, um temperamento ou contrapeso à aplicação do *caput*. Considerando que os casos atípicos envolvendo indenizações por atos lícitos se mostram excepcionais, pode-se afirmar que o balanceamento da equidade para inferir-se o *quantum debeat* deverá levar em conta nos diversos fatores de ponderação, para além das circunstâncias do caso concreto, a própria conduta do agente que mostra-se lícita e não abusiva.⁴⁵¹ O pensamento proposto vai de encontro com a metodologia defendida no início do presente capítulo, que permite alargar os horizontes da responsabilidade civil, destacando a sua função promocional, na qual a tônica será a aplicação das sanções premiais. Para além de compensar danos, a responsabilidade civil deve criteriosamente recompensar os

⁴⁴⁹ É a posição de LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. *Revista Da Faculdade De Direito*, v. 101, 2006, p.130.

⁴⁵⁰ Na esteira do que defendem TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 126.

⁴⁵¹ Posição semelhante é defendida por Daniel Ustárroz: “Desta forma, consideramos que há uma diferença fundamental entre a reparação exigida em razão da ilicitude e a compensação eventualmente devida pela prática de um ato lícito. Enquanto a primeira funda-se no princípio da reparação integral, dos danos (justiça corretiva), na segunda podem ser aplicados alguns postulados da justiça distributiva, uma vez que o arbitramento é equitativo. Por decorrência, serve o *caput* do artigo 944, CCB, prioritariamente para guiar o trabalho judicial diante da ilicitude, ao passo que o parágrafo único do mesmo dispositivo é a norma indicada para a compensação de danos visualizados a partir de condutas lícitas” (USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade civil por ato lícito*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 187).

comportamentos benevolentes dos diversos atores sociais. Como já destacado, o Direito não se presta a um papel conservador e inerte de mera proteção de interesses mediante a repressão de atos proibidos, mas preferencialmente o de promover condutas desejadas. No campo do direito privado mostra-se razoável que as normas sirvam não apenas para tutelar, como também para provocar efeitos benéficos aos valores constitucionais, em especial da solidariedade e da igualdade material. No plano funcional, as sanções positivas atuam de maneira a provocar nos indivíduos o exercício de sua autonomia para alterar sua forma de comportamento.

A título de curiosidade, a proposta ora defendida aproxima-se da solução adotada no sistema italiano, em que o Código Civil contém norma expressa enfocando a indenização equitativa.⁴⁵²

No entanto, um último alerta faz-se necessário: considerando o estado atual da responsabilidade civil, em que impera a tutela privilegiada da vítima, pode-se afirmar que o juízo de equidade não pode perder de vista que ela, a vítima, já sofreu o dano e leva consigo os efeitos da lesão, de modo que alegar que a indenização será fixada com base na equidade não significa dizer que ela será sempre inferior ao dano produzido.⁴⁵³ É provável que na maioria dos casos isso ocorra, mas nem sempre, como acima exposto, se apresente razões para que o magistrado possa reduzir o prejuízo.

⁴⁵² Prevê o *Codice Civile*, em seu artigo art. 2045: “Quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi è stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona e il pericolo non è stato da lui volontariamente causato né era altrimenti evitabile, al danneggiato è dovuta un’indennità, la cui misura è rimessa all’equo apprezzamento del Giudice”. O texto em língua estrangeira é: “Quando aquele que cometeu o ato danoso foi compelido pela necessidade de salvar a si próprio ou a outros do perigo iminente de um dano grave à pessoa, e o perigo não foi causado voluntariamente por ele, nem poderia ser de outra forma evitado, ao prejudicado é devida uma indenização, cuja quantia é deixada ao justo apreço do Juiz”. Sobre o tema, a doutrina italiana leciona, conforme se observa o texto em língua estrangeira: “Diversamente da quel che accade in ipotesi di ‘legittima difesa’ (dove il pregiudizio è arrecato a colui che pone in atto un’aggressione antiggiuridica nei confronti del danneggiante o di un terzo), in caso di ‘stato di necessità’ il danno viene arrecato ad un terzo ‘innocente’: ciò spiega perché – mentre, in ipotesi di legittima difesa, il danneggiante è esonerato da qualsiasi obbligo riparatorio – in ipotesi di danno arrecato in stato di necessità, il danneggiante deve al danneggiato (non già l’integrale ristoro del pregiudizio sofferto, ma un ‘indenità’, la cui misura è rimessa all’equo apprezzamento del giudice (art. 2045 cod. Civ.)” (TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manuale di Diritto Privato*. Milano: Giuffrè, p. 804). Lembrando que o sistema brasileiro, junto ao Código Civil, a despeito de reconhecer a licitude da conduta praticada em estado de necessidade, impõe ao autor do dano o dever de reparar a vítima, sempre que ela, a vítima, não for responsável pela situação de perigo criada, na forma do art. 929 “Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram”.

⁴⁵³ “(...) il ricorso all’equità non importa necessariamente una determinazione quantitativa dell’ indennizzo in misura minore dell’ammontare del risarcimento” (TORREGROSSA, Giovanni. *La responsabilità da atto lecito nel diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 150).

CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou demonstrar a possibilidade de se reconhecer o direito à indenização de atos cometidos pelo manto da licitude. Como analisado no primeiro capítulo, a responsabilidade civil, em sua origem ancorada na noção de ato ilícito, fez com que o dever de indenizar estivesse atrelado à noção de conduta culposa do agente causador do dano, sendo que a culpa funcionaria como um critério de imputação em razão do mau uso da liberdade. Com o desenvolvimento da cultura jurídica, e, com isso da responsabilidade civil, logo demonstrou que o elemento culposo se mostrou insuficiente, de modo que fez-se necessário um novo critério de imputação que deixasse de analisar a perquirição em torno da existência ou não da culpa. O sistema objetivo surge, portanto, em uma perspectiva marcada pela solidariedade social, em que se visa a tutela da vítima. Com a crescente objetivação da responsabilidade civil, a doutrina brasileira começou a cogitar da responsabilidade civil por atos lícitos nos casos em que houvesse expressa previsão legal. Nesse contexto, o presente estudo tentou demonstrar que, para além das hipóteses previstas pelo legislador brasileiro, o ordenamento civil-constitucional dá margens para o reconhecimento de hipóteses de indenização por atos lícitos.

Diante desse cenário, podem ser apresentadas as seguintes proposições conclusivas:

(I) Na lacuna entre as perspectivas teóricas e o âmbito de atividades novas que geram um contínuo surgimento de novos interesses e valores a serem tutelados, o que parece ser claramente extraído do debate civilista, independentemente das diferentes abordagens, é, por um lado, uma visão da responsabilidade civil não limitada ao ilícito tradicionalmente entendido e, ao mesmo tempo, uma leitura funcional da situação contemporânea do dano na perspectiva da comparação concreta dos interesses em conflito.

(II) O problema da responsabilidade civil por atos lícitos danosos emerge como uma preocupação, não apenas no contexto da interpretação de casos específicos, mas como uma questão mais ampla. Essa percepção está ligada à rejeição da noção formalista adotada no presente trabalho, de que a estrutura estabelecida pela lei, visando equilibrar interesses por meio da definição de direitos e deveres, seja suficiente para prevenir exaustivamente que o exercício dos direitos de um indivíduo possa infringir, de forma juridicamente relevante, os direitos de outro.

(III) A concepção do dano está relacionado ao conflito entre direitos e, na ausência de legislação específica, a predominante abordagem tem sido observar o contexto de uma

responsabilidade civil atualmente conceitualmente ancorada não na punição do comportamento ilícito, mas sim na reparação do dano injusto.

(IV) Nas hipóteses de indenização dos danos causados por atos lícitos expressamente permitidos pelo legislador, pode-se dizer que não há interesses contrários ao Direito, exatamente porque a previsão hipotética do dano vem inserida em norma permissiva. Nesses casos, o próprio legislador, através de um juízo de valor prévio feito em abstrato, autoriza a realização desses danos, impondo um sacrifício a terceiros, o que determinará o surgimento do dever de indenizar, razão pela qual não se pode considerar como injusto todo o dano que o ordenamento jurídico caracterizar por tolerável, mas demande sua indenização.

(V) A renúncia à injustiça do dano nessas circunstâncias específicas resulta em uma clara quebra sistêmica, baseada na sua indenizabilidade. Mesmo os fatores de atribuição clássicos, como a culpa e o risco, parecem não dar conta da justificação dessa rara categoria indenizatória. Por isso, melhor seria qualificar tais danos como *danos legítimos (rectius: danos legitimados)*, ou seja, um dano no sentido jurídico independentemente de sua antijuridicidade (injustiça), conforme cunhado por De Cupis.

(VI) Pela análise dos casos de responsabilidade civil por atos lícitos danosos previstos expressamente pelo legislador releva a constatação de que não se delimita ou muito menos se exaure plenamente o trato da categoria nestas hipóteses. Pode acontecer que de determinada conduta, lícita e não abusiva, decorra dano. Nesses casos, se a responsabilidade estiver prevista em lei, a ponderação terá sido feita previamente pelo legislador; caso contrário, caberá ao intérprete analisar se a pretensão da vítima ao ressarcimento será merecedora de tutela.

(VII) Há casos em que ao intérprete será fazer um juízo de merecimento de tutela entre duas pretensões lícitas e não abusivas, porém antagônicas. Nesse caso, a solução a ser extraída da aplicação unitária do ordenamento fará prevalecer a pretensão mais consentânea com a promoção com os valores relevantes da axiologia do sistema civil-constitucional, de acordo fundamentalmente com os elementos do caso concreto.

(VIII) Nos casos considerados difíceis (*hard cases*) para a metodologia civil-constitucional, que escapam à ponderação prévia do legislador e que se mostram excepcionais, a noção de injustiça do dano ganha relevo. Nesses hipóteses, a noção de dano injusto deve ser considerada uma oportunidade oferecida ao intérprete para, ponderando os interesses em jogo, identificar qual dos interesses será considerado merecedor de tutela no caso concreto. Nos *hard cases*, a qualificação do dano deve obedecer à lógica do sistema, que se pauta pela indenizabilidade dos danos injutos justamente pelo fato de que não houve uma

prévia ponderação de interesses por parte do legislador. Essa é uma conclusão deliberadamente antiformalista que, para além das noções e em contraposição às dificuldades de ordem classificatória, insiste hoje na necessidade de reconsiderar as questões de proteção em termos de remédios, reconduzindo a responsabilidade civil a uma perspectiva, precisamente, remediativa do dano merecedor de tutela.

(IX) No arbitramento da indenização nas hipóteses de responsabilidade por atos lícitos que escapam da prévia previsão legislativa, o julgamento por equidade pode ser um interessante remédio para a garantia de uma reparação justa, permitindo ao juiz, em casos excepcionais, desconsiderar do valor da indenização qualquer quantia que ultrapasse os efeitos razoavelmente atribuíveis a um determinado comportamento tido como lícito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 669p.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2001. 328p.

ALPA, Guido. *Trattato di diritto privato: responsabilità civile*. Vol. IV. Milano: Giuffrè, 1999. 906p.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 714p.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. Vol. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008. 809p.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. 688p.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005. 240p.

AYNÈS, Laurent; MALAURI, Philippe; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Droit des obligations*. Paris: LGDJ, 2016. 906p.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002. 172p.

BANDEIRA, Paula Grego. A evolução do conceito de culpa e o artigo 944 do código civil. *Revista da EMERJ*, v. 11, n. 42, p. 227-249, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Abuso do Direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 4, n.13, p.97-110, jan./mar. 2003.

BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Vol. III. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, 988.p

_____; _____. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. 912p.

_____; _____. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 790p.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. 451p.

_____. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de

Imprensa. *Revista De Direito Administrativo*, v. 235, p. 1–36, 2004. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v235.2004.45123>> Acesso em: 8 mai. 2024

_____. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Migalhas*, s.d. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>. Acesso em 08 mai. 2024.

BENACCHIO, Marcelo. *Arts. 1196 a 1418*. In: NANNI, Giovanni Ettore (Org). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 1569-1779.

BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do Direito Civil*. Campinas: Servanda Editora, 2007. 455p.

_____. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, Vol. I. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979. 1335p.

BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la responsabilità*. Vol. 5. 3. ed. Milão: Giuffrè, 2021. 816p.

_____. *Diritto Civile*, Vol. 3. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2007. 724p.

BOBBIO, Noberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007. 344p.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UNB, 1999. 184p.

_____. *O positivismo jurídico: lições da Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone editora, 1995. 288p.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a interpretação-aplicação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*, v. 14, n. 56, p.11-30, out/dez 2013.

_____. Honra, liberdade de expressão e ponderação. *Civilistica.com*. v. 2, n. 2, p.1-17, abr./jun. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/honra-liberdade-de-expressao-e-ponderacao/>>. Acesso em: 15 abr. 2024.

_____. Prefácio. In: SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: _____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. 496p.

_____. Ampliando os direitos da personalidade. In: _____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. 496p.

_____. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: _____.

_____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. 496p.

_____. Constituição e direito civil: tendências. In: _____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. 496p.

_____. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. In: _____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. 496p.

_____. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 358p.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. 140 p.

_____. Conselho de Justiça Federal. *Enunciado n° 598*. VII Jornada de Direito Civil, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/856>>. Acesso em: 7 mai. 2024).

_____. Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1940.

_____. _____. *Enunciado n° 539*. VI Jornada de Direito Civil, Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/150>>. Acesso em: 7 mai. 2024.

_____. _____. *Enunciado n° 88*. I Jornada de Direito Civil, Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/716>>. Acesso em: 7 mai. 2024.

_____. _____. *Enunciado n° 245*. III Jornada de Direito Civil, Brasília, DF, 2004. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/475>>. Acesso em: 7 mai. 2024).

_____. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. Lei n° 9.434/97, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 fev. 1997.

_____. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil: relatórios parciais. Senado Federal, s.d. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/comissoes/arquivos?ap=7935&codcol=2630>> Acesso em: 13 jan. 2024).

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1388197/PR*, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, Brasília-DF, julgado em 18/6/2015, publicado em: 19/4/2017.

_____. _____. *REsp 1514775/SE*, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, Brasília-DF, julgado em 23/8/2016, publicado em 10/11/2016).

_____. _____. *REsp 513.891/RJ, Processo nº 2003/0032562-7*, Rel. Ministro Ari Pargendler, 3ª Turma, Brasília, DF, julgado em: 20/3/2007, publicado em: 16/4/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6586*, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Brasília-DF, julgado em: 17/12/2020, publicado em: 7/4/2021.

_____. _____. *ADI nº 4.451-MC-REF/DF*, Relator Ministro Ayres Britto, Plenário, Brasília, julgado em: 24/8/2012.

_____. _____. *Rcl nº 9.428/DF*, Relator Ministro Cezar Peluso, Plenário, Brasília, julgado em: 25/6/2010.

_____. _____. *ADPF nº 130*, Relator Ministro Ayres Britto, Plenário, Brasília, julgado em: 13/11/2009.

_____. _____. *RE nº 511.961/SP*, Relator Ministro Gilmar Mendes, Brasília, julgado em: 13/11/2009.

_____. _____. *AI nº 595.395/SP*, Relator Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, Brasília, julgado em: 3/8/2007.

_____. _____. *MS 23.452/RJ*, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília-DF, publicado em: 12/05/2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1752p.

BUONAURO, Carlo. *Responsabilità da atto lecito danoso*. Milano: Giuffrè, 2012. 795p.

CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2. ed. São Paulo: Martin Fontes, 1999. 304p.

CARPENA, Heloisa. O abuso do Direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 367-386.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 320p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 953p.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 400p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A responsabilidade do Estado por actos lícitos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 209p.

_____. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1522p.

_____. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974. 364p.

CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2006. 883p.

CAVALIERI, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 588p.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.232, de 17 de julho de 2019. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 set. 2019. Seção 1, p. 113.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, Vol. VIII. Coimbra: Almedina, 2020. 854p.

_____. *Tratado de direito civil*, Vol. I. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2017. 1004p.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009. 1146p.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera. (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 388p.

_____. As excludentes de Ilícitude no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, Vol. I. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966. 403p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 1128p.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. *Proc. 20130610148923 – (894563)*, Rel. Des. Teófilo Caetano, Brasília-DF, julgado em: 23/09/2015.

_____. _____. *Proc. 20120810072098 – (888807)*, Rel. Des. Teófilo Caetano, Brasília-DF, julgado em: 26/8/2015

ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1957. 740p.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. 1136p.

FRANÇA. Assemblée Nationale. Accueil. *Assemblée Nationale*, s.d. Disponível em: <<https://www.assemblee-nationale.fr/>>. Acesso em: 08 mai. 2024.

FRANZONI, Masimo. L'illecito. *Trattato della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 2010. 1180p.

_____. L'atto lecito danoso. *Le obbligazioni*. Torino: Utet, 2005. 1100p.

GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. 9. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001. 1696p.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, v. 87, n. 747, p.35-55, jan. 1998.

GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 139p.

_____. *Introdução ao direito civil*. 20. ed., revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginaldo Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 424p.

_____. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: FRANCESCO, José Roberto Pacheco Di. (Org.). *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juizes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. São Paulo: Almedina, 2020. 191p.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997. 285p.

KONDER, Carlos Nelson. A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 8, v. 29, p. 3-34, jan./mar. 2007.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009. 727p.

_____. *Derecho de obligaciones*, Tomo I, trad. de Jaime Santos Briz. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1958.

LEITE, Fábio Carvalho. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. 458p.

LIPARI, Nicolò. *Le categorie del diritto civile*. Milano: Giuffrè, 2013. 230p.

LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. *Revista Da Faculdade De Direito*, v. 101, p.111-152, 2006.

MACHADO DE MELO, Diogo Leonardo. Arts. 186 a 188. In: NANNI, Giovanni Ettore. *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 295-310.

MAIORCA, Carlo. *I fondamenti della responsabilità*, Milano: Giuffrè, 1990. 567p.

MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Droit civil: le biens*. Paris: Defrénois, 2010. 405p.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica – arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 220p.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Arts. 1 a 103 In: NANNI, Giovanni Ettore (Org). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 67-180.

MARTINS-COSTA, Judith. A linguagem da responsabilidade civil. In: BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça; ARRUDA ALVIM, Teresa (Orgs.). *Jurisdição e direito privado: Estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 389-418.

_____. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 57-95.

_____. *Comentários ao novo Código civil, Volume V, Tomo 1: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 816p.

MAZZOLA, Marcello Adriano. *Responsabilità Civile da atti leciti danosi*. Milano: Giuffrè, 2007. 429p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 839p.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Curso de direito civil: responsabilidade civil, Vol. IV*. São Paulo: Atlas, 2015. 511p.

MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2010. 538p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1744p.

MILL, John Stuart. *On liberty*. New Haven: Yale University Press, 2003. 272p.

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 1.0452.08.041923-0/002*, Rel. Cabral da Silva, Belo Horizonte, julgado em 17/5/2017.

_____. _____. *Apelação Cível 1.0024.10.124748-4/001*, Rel. Des. Pedro Aleixo, Belo Horizonte, julgado em: 16/02/2017.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do código civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 63, 2008.

_____. *Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016. 176p.

MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*, Tomo 1. Paris: P. Pourrat, 1831. 562p.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005. 687p.

_____. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1986. 661p.

MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. I. Coimbra: Gestlegal, 2008. 878p.

NERY JUNIOR, Nelson; MARIA DE ANDRADE NERY, Rosa. *Código Civil Comentado*. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2014. 2832p.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 754p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012. 481p.

_____. *Instituições de direito civil*, Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 432p.

_____. *Instituições de direito civil*, Vol. I. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 952p.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 1161p.

_____. La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento. *Rassegna di diritto civile*, v. 4, 2004. 27p.

_____. Riflessioni sul danno risarcibile per lesione di interessi legittimi. *Rivista Giuridica del Molise e del Sanio*, quadrimestrale diretta, 2004.

_____. *Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 329p.

_____. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997. 971p.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, ano 6, p.169-214, jan./mar. 2019.

_____. ; LUIZ, Fernando Vieira. A *compensatio lucri cum damno*: contornos essenciais do instituto e a necessidade de sua revisão nos casos de benefícios previdenciários. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 13, p.281-312, 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, Tomo II. Rio de Janeiro: Borsói, 1954. 679p.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Vol. 53. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. 578p.

REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. 272p.

RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile: ristampa inalterata com prefazione di Guido Alpa*. Milano: Giuffrè, 2023. 207p.

_____. *A vida na sociedade da vigilância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 381p.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. 446p.

_____. Nexo causal probabilístico: elementos para acrítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 8, p.115-127, 2016.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, Vol. 1 - Parte Geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 368p.

ROMANO, Salvatore. *La buona fede nel diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1959. 14p.

_____. Abuso del diritto. *Enciclopedia del diritto*, Vol I. Milano: Giuffrè, 1958. 212p.

RESCIGNO, Pietro. *L'abuso del diritto*. Bologna: Mulino, 1998. 291p.

_____. L'abuso del diritto. *Rivista di diritto civile*, 1965.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação Cível AC nº 0006913-04.2016.8.19.0205*. Relator Des. Álvaro Henrique Teixeira de Almeida. 2ª Câmara Cível, Rio de Janeiro, julgado em: 30/10/2019.

_____. _____. *Apelação Cível nº 0000813-45.2010.8.19.0075*, Rel. Des. Claudia Pires dos Santos Ferreira, 6ª Câmara Cível, Rio de Janeiro, julgado em: 19/10/2011.

_____. _____. *Apelação Cível nº 0012283-79.2007.8.19.0204*, Rel. Des. Benedicto Ultra Abicaír, 6ª Câmara Cível, Rio de Janeiro, julgado em: 24/08/2011.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70027032440*, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, 5ª Câmara Cível, Porto Alegre, julgado em: 21/01/2009.

RUBINO, Domenico. *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminare*. Milano: Giuffrè, 1939. 550p.

RUSSO, Tommaso Vito. La responsabilità da atto lecito dannoso. In: RUBINO, Domenico. *A cura di Pietro Perlingieri e Stefano Polidori*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, 647p.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. 352p.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação 1000605-51.2014.8.26.0320*, Rel. Sergio Gomes, São Paulo, julgado em: 08/03/2017.

_____. _____. *Apelação 0014244-43.2011.8.26.0132*, Rel. Carlos Dias Motta, São Paulo, julgado em: 22/3/2017.

_____. _____. *Apelação 0004737-04.2011.8.26.0441*, Rel. Dimas Rubens Fonseca, São Paulo, julgado em: 05/8/2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e biografias não autorizadas — notas sobre a ADI 4.815. *Consultor Jurídico*, 19 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-19/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-biografias-nao-autorizadas/>>. Acesso em: 20 abr. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013,

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 362p.

SCADUTO, Giachino; RUBINO, Domenico. Illecito (atto) (Diritto moderno). In: D'Amelio Mariano. *Nuovo digigesto italiano*, v.6, 1938. p. 703-706.

SCALISI, Vicenzo. Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile. *Rivista di diritto civile*, v. 1, p.29-56, 2004.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 275p.

_____. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 280p.

_____. O futuro da responsabilidade civil: um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 717-730.

SCOGNAMIGLIO, Renato. Indennità. *Novissimo digesto italiano*, v. VIII, Torino, 1962.

SILVA, Rodrigo da Guia. *Compensatio lucri cum damno*: problemas de quantificação à luz da unidade e complexidade do dano patrimonial. *Revista de Direito Privado*, ano 19, v. 90, p.91-145, jun. 2018.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. 378p.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Em defesa do nexos causal: culpa, imputação e causalidade na responsabilidade civil. In: _____; SILVA, Rodrigo da Guia (Coords.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018. p.33-102.

_____. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coords.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*, Vol. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p.73-106.

_____. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 50, p.35-91, abr./jun. 2012.

STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. 455p.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*, vol. 2. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 720p.

TEPEDINO, Gustavo. Os Setes Pecados Capitais da Teoria da Interpretação. *Revista da EMERJ*, v. 20, n. 3, p.319-343, set./dez. 2018.

_____. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 01, n.1., p. 8-37, jul./set. 2014.

_____. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 598p.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1-23.

_____. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 598p.

_____. O novo e o velho direito civil. Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil, v. 20, ano 5, In: *Temas de Direito Civil*, Tomo 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Notas Sobre a Função Social dos Contratos. In: _____.; FACHIN, Luiz Edson. *O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas*. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 395-406.

_____.; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do direito civil: direitos reais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 213-214

_____; OLIVA, Milena. *Fundamentos do direito civil: teoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 440p.

_____; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 408p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. 3, Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 632p.

TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a Teoria do Risco na perspectiva do Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 361-399.

TORREGROSSA, Giovanni. *Il problema della responsabilità da atto lecito*. Milano: Giuffrè, 1964. 212p.

_____. *La responsabilità da atto lecito nel diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1964. 329p.

TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manuale di Diritto Privato*. Milano: Giuffrè. 1522p.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional financeiro e tributário*, Vol. II. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. 524p.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 50. ed. Padova: Cedam, 2022. 1163p.

_____. Arricchimento. *Enciclopedia del diritto*, Vol. III. Milano: Giuffrè, 1968. 1001p.

TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milano: Giuffrè, 1961. 385p.

TUCCI, Giuseppe. La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile. *Rivista di Diritto Civile*, 1967.

USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade civil por ato lícito*. São Paulo: Atlas, 2014. 209p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 278p.

VIANA, Marco Aurelio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil*, Vol. XVI: dos direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 908p.

VINEY, Geneviève. *Traité de Droit Civil: introduction a la responsabilité*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1996. 471p.

VISINTINI, Giovanna. *I Fatti Illeciti*. Ingiustizia del danno. Imputabilità. Padova: Cedam, 1987. 578p.