

## **ATO ILÍCITO E A RESPONSABILIDADE CIVIL**

Autora: Sandra Cristina Floriano Pereira de Oliveira Sanches, a autora é procuradora do município de Diadema, graduada pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, pós-graduada em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, em Direito Processual do Trabalho, Direito Constitucional, Direito Administrativo pelas Faculdades Integradas de Jacarépagua.(florianosandra@hotmail.com).

**Resumo:** O presente trabalho visa demonstrar a inovação trazido pelo artigo 187 do Código Civil/2002 no que tange a inclusão de espécie de ato ilícito o abuso de direito, como ensejadores de responsabilidade civil.

**Palavras chaves:** responsabilidade civil, ato ilícito, artigo 187 do Código Civil, abuso de direito.

### **Introdução.**

O presente trabalho traz um breve histórico do surgimento do instituto da responsabilidade civil e os elementos que a caracterizam, em especial a inovação trazida pelo novo Código Civil em seu artigo 187, o qual traz elementos de conceitos amplos como função social, função econômica, boa fé e bons costumes. A amplitude destes conceitos leva o jurisdicionado a aplicação do direito ao caso concreto com um certo subjetivismo para identificação da existência ou não de um ânimo do agente que pratica o ato em prejudicar outrem.

Com o nascimento do Direito Obrigacional surge o instituto da responsabilidade civil em razão do descumprimento de um contrato ou em razão de não se observar um preceito normativo que regula a vida.

Anterior ao surgimento do Direito Obrigacional existia a responsabilidade civil aquiliana, nomenclatura utilizada desde o século III antes de Cristo, onde restaram fixados parâmetros da responsabilidade extracontratual, também chamada de sem culpa, vez que a fixação do valor em dinheiro para reparar um dano não dependia de uma obrigação pré-existente.

A lei de Talião, prevista na Lei das XII tábuas era a norma legal que fundamentava a decisão que obrigava os agentes causadores do dano a repará-lo.

A igreja católica deu a conotação de “castigo” à imposição de reparar o dano causado. Mantendo a mesma linha de punição, houve porém a necessidade de fixar elementos para que fosse configurado uma situação que ensejasse a possibilidade de uma aplicação de pena em reparação de dano. Foi o Código Napoleônico, artigo 1.382, que fixou os elementos da responsabilidade civil, quais sejam: conduta do agente e culpa (em sentido amplo).

A Revolução Francesa trouxe uma evolução para o instituto da responsabilidade civil, vez que surgiu neste momento histórico a Teoria do

Risco, responsabilizando o Estado a reparar danos causados às pessoas quando da realização de atividades a bem da coletividade.

Foi o artigo 15 do Código Civil Brasileiro de 1916 que consagrou a responsabilidade civil do Estado pelos atos comissivos de seus agentes, a qual passou a ter status constitucional em 1988, por meio do §6º do artigo 37 da Carta Magna.

Hoje, está em voga apontar a existência de um Direito Civil Constitucional, visando harmonizar pontos de inserção entre o Direito Público e o Direito Privado, os quais tem amparo no Princípio da Proteção da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Solidariedade Social e pelo Princípio da Isonomia.

De acordo com o novo Código Civil brasileiro, artigo 186: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Assim sendo, a ideia que o Código Civil de 2002 nos traz é que existirá “ato ilícito” toda vez que houver uma “lesão” cumulada com dano material, moral, estético, entre outras formas que o dano possa se apresentar.

Pode-se dizer que o ato ilícito é aquele que não observa a norma jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem. Portanto o ato ilícito é conduta humana que fere direitos subjetivos privados.

De acordo com a parte final do artigo 927 do Código Civil Brasileiro, a consequência do ato ilícito é a obrigação de indenizar, de reparar o dano.

A par disto, o artigo 187 do Código Civil de 2002 consagra a *Teoria do Abuso de Direito* como ato ilícito, também nominada de *Teoria Dos Atos Emulativos*, ampliando o conceito de ato ilícito.

Pela *Teoria do Abuso de Direito* é considerado ato ilícito aquele que originalmente seria considerado ilícito, contudo, por ter sido exercido, praticado de forma irregular transmuda-se de ato lícito para ilícito.

A prática irregular de um exercício de direito está ligado à questão moral, o que significa que o ato foi praticado fora dos limites impostos pelo seu fim, seja ele econômico ou social.

Desta forma observa-se que o Código Civil tem por base dois alicerces para compelir alguém a responder por dano causado a outrem. São eles o ato ilícito e o abuso de poder. Importante esta constatação pois

no Código Civil de 1916 a responsabilidade civil estava baseada apenas em um alicerce, qual seja: ato ilícito.

De acordo com o artigo 187 do novo Código Civil:

*“art.187. Também comete ato ilícito o titular de um direito, que ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social”.*

Este dispositivo revoluciona a visão da responsabilidade civil uma vez que atos praticados sem utilidade própria, mas para prejudicar outrem, são fatos geradores para a condenação do agente em reparar o dano causado à vítima.

No Direito Medieval estes atos eram denominados de atos emulativos, pois tinham como único objetivo causar dano a alguém.

São quatro elementos que definem os atos de abuso de direito, são eles: fim social, fim econômico, boa-fé e bons costumes.

Podemos afirmar que se a parte contratual viola a função social do contrato está cometendo abuso de direito, e por consequência o ato pode ser nulificado, pois o seu conteúdo é ilícito. Neste sentido é o entendimento

petrificado pelo Enunciado 360 aprovado na IV Jornada de Direito Civil, a qual reconhece a nulidade da cláusula contratual que fere a função social.

Segundo o Professor Rubens Limongi França “um ato jurídico de objeto ilícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito” (Enciclopédia Saraiva/1977).

Isto posto, o ato ilícito também se dá pelo conteúdo do ato, pelas consequências produzidas, o que se tem em mira é o fato jurídico em sentido amplo, pois o abuso do direito está presente na forma da sua execução, ou seja, ele excede um direito que a pessoa possui para prática do ato.

A natureza jurídica do abuso do direito é objetiva, ou seja, independe de culpa. Esta foi a conclusão que os juristas que participaram da I Jornada de Direito Civil chegaram, elaborando, assim, o Enunciado 37, a qual recebeu a seguinte redação:

*“artigo 187. A responsabilidade Civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”*

Desta forma, cabe ao juiz verificar se o agente realmente teve a intenção de prejudicar ao praticar o ato para que este seja agraciado com o

adjetivo abusivo. E é neste momento que surge o momento mais difícil para aquele que se coloca frente à questão.

Surgem duas correntes, a primeira que defende que o ato emulativo depende de culpa ou dolo, por entender que a responsabilidade é subjetiva. A segunda corrente segue uma linha finalista e acredita que a responsabilidade é objetiva, independe de culpa ou dolo.

Acreditamos, contudo que na aplicação do direito é necessário analisar a discrepância entre o exercício do direito e as consequências malélicas deste ato em relação à pessoa que é afetada. Isto, porque *“não é possível tutelar pretensões que representem um sacrifício manifestamente desproporcional dos interesses de outrem.”* (Tartuce, Flávio, Direito das Obrigações, Editora Método, 2003, p.372).

A evolução trazida pelo artigo 187 do Código Civil/2002 aumenta o rol de situações sujeitas a reparação de danos, e também requer do magistrado noções aprofundadas sobre fim social e econômico, boa-fé, e bons costumes uma vez que estes conceitos legais são demasiadamente indeterminados.

Para aplicação do direito ao caso concreto, a utilização de conceitos muito abertos é uma tormenta ao aplicador do direito, pois a caracterização do ato abusivo de um direito e a condenação que realmente reponha as partes exige um conhecimento e uma vivência do magistrado a

respeito de função social, econômica, costumes, e boa fé, o que nem sempre é fácil de identificar diante de um caso concreto.

Como se sabe, o Juiz deve em cada processo dar uma solução para afastar liquidar o conflito de direito e interesses que lhe foi apresentado, portanto o obstáculo que pode surgir quanto a definição de abuso de direito não pode ser obstáculo para a prolação de uma sentença. Neste sentido:

*"O ato abusivo ensejará responsabilidade civil nas mesmas condições que o ilícito, submetendo-se aos requisitos ou pressupostos do dever de indenizar, quais sejam: dolo ou culpa, dano e nexa causal" é a lição que nos ensina Heloisa Carpena. Ainda segundo a ilustre promotora "tanto o ato ilícito quanto o ato abusivo são fonte do dever de indenizar quando o comportamento do agente seja passível de um juízo de censura. O dever de não abusar traduz-se no dever de atuar segundo a boa-fé, segundo os bons costumes ou segundo a finalidade econômica ou social do mesmo direito, ou seja, dentro dos limites que, para o direito em questão, resultem do seu fundamento axiológico".*

(fonte:<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2338&idAreaSel=http://jus.com.br/artigos/4914/reponsabilidade-civil-por-abuso-de-direito2&seeArt=yes>)

O abuso do direito tem um aspecto moral muito forte, e que por esta razão, num primeiro momento nos dá a impressão de fácil constatação, porém, a prática nos mostra que não é bem assim, pois os tribunais tem



sido cautelosos na aplicação de penas que visam reparar o dano causado pela prática destes atos.

As ações que versam sobre responsabilidade civil com foco em abuso de direito é demasiado subjetivo, o que propicia as partes alegações das mais diversas ordem, o que pode guardar relação com deslealdades processuais. Vejamos:

“Da mesma forma o grande processualista Moacyr do Amaral Santos observa que *"ao desrespeito do dever de lealdade processual e dos que o integram, e que se traduz no ilícito processual, abrangente do dolo e fraude processuais, correspondem severas sanções não só processuais como também pecuniárias"*.

Fonte:<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2338&idAreaSel=http://jus.com.br/artigos/4914/reponsabilidade-civil-por-abuso-de-direito2&seeArt=yes>

Há de considerarmos ainda que nem sempre a aplicação de pena pecuniária é capaz de indenizar a vítima do abuso de direito, Neste sentido:

Orlando Gomes lembra que nem sempre se resolve a questão do abuso de direito pela indenização. Em muitas situações a pena poderá ser a nulidade do ato, o desfazimento de coisas, sem prejuízos de eventuais perdas e danos. Segundo o escólio do grande mestre, *"se o abuso é praticado no exercício de poder conferido pelo status familiar, como o pátrio poder ou o poder marital, a repressão pelo dever de indenizar não*

*faz sentido. Há de ser de outra espécie, admitindo-se, conforme a gravidade do abuso, a destituição do pátrio poder ou o divórcio".* <sup>[17]</sup>

É interessante destacar que exemplos como o acima mencionado, já fazia parte da obra histórica de Washington de Barros Monteiro que, na edição de 1964 já fazia referencias aos atos abusivos que poderiam ser penalizados com destituição do direito ao pátrio poder. Renomado mestre buscando dizer no que consiste o abuso de direito, afirmava que "*para uns, seu elemento caracterizador repousa na intenção de prejudicar. Todas as vezes que o titular exercite um direito movido por esse propósito subalterno, configurado estará o abuso de direito. Para outros, o critério identificador reside na ausência de interesse legítimo. Se o titular exerce o direito de modo contrário ao seu destino, sem impulso de um motivo justificável, verificar-se-á o abuso dele*". <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2338&idAreaSel=http://jus.com.br/artigos/4914/reponsabilidade-civil-por-abuso-de-direito2&seeArt=yes>

Podemos concluir que o exercício de um direito deve observar limites sob pena de se tornar um abuso de direito e o agente do ato ser compelido a reparar o dano.

Também concluimos que os Tribunais estão corretos em aplicar condenações razoáveis, pois a ânsia em aplicar decisões pesadas podem dar ensejo a um desequilíbrio entre ato praticado e dano suportado, sob pena de ser, tais sentenças, geradoras de novos danos.

Há quem diga que estas decisões devem ter um aspecto educativo, razão pela qual as sentenças que não tragam uma ameaça psicológica à sociedade de pouco valor social tem.

Acredito que o desequilíbrio na reparação do dano não é saudável, salvo nas ações que versem sobre direitos coletivos.

## BIBLIOGRAFIA

França, Rubens Limongi, Enciclopédia Saraiva/1977.

Tartuce, Flávio, Direito Civil, 2008, p.304 e SS

Tartuce, Flávio, Direito das Obrigações, 2003, p.372

<http://www.conjur.com.br/2009-set-09/conceito-responsabilidade-civil-danos-indenizaveis>

<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2338&idAreaSel=4914>  
=<http://jus.com.br/artigos/4914/reponsabilidade-civil-por-abuso-de-direito2&seeArt=yes>

