



Gustavo Tepedino
Coordenador

O Código Civil na **Perspectiva** Civil - Constitucional

| Parte Geral |

RENOVAR

Gustavo Tepedino
Coordenador

O Código Civil na Perspectiva Civil-Constitucional

Parte Geral

RENOVAR
Rio de Janeiro
2013

PATRIMÔNIO
BM&A
Biblioteca - RJ

abdr
ASSOCIAÇÃO
BRASILEIRA
DE DIREITOS
REPRODUTIVOS
Respeite o direito autoral

Todos os direitos reservados à
LIVRARIA E EDITORA RENOVAR LTDA.
MATRIZ: Rua da Assembléia, 10/2.421 - Centro - RJ
CEP: 20011-901 - Tel.: (21) 2531-2205 - Fax: (21) 2531-2135
FILIAL RJ: Tels.: (21) 2589-1863 / 2580-8596 - Fax: (21) 2589-1962
www.editorarenovar.com.br **SAC: 0800-221863**
© 2013 by Livraria Editora Renovar Ltda.

Conselho Editorial:

Arnaldo Lopes Sússekind — Presidente (*in memoriam*)
Antonio Celso Alves Pereira
Caio Tácito (*in memoriam*)
Carlos Alberto Menezes Direito (*in memoriam*)
Celso de Albuquerque Mello (*in memoriam*)
Gustavo Binimbojm
Gustavo Tepedino
Lauro Gama
Luís Roberto Barroso
Luiz Edson Fachin
Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.
Manoel Vargas
Nadia de Araujo
Nelson Eizirik
Ricardo Lobo Torres
Ricardo Pereira Lira
Sergio Campinho
Capa: Sheila Neves

Editoração Eletrônica: TopTextos Edições Gráficas Ltda.

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

C186t Tepedino, Gustavo (Coord.)
O código civil na perspectiva civil-constitucional / Gustavo Tepedino (coord.). —
Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
540p.; 23cm
ISBN 978-85-7147-855-8
1. Direito civil-constitucional. 2. Brasil.
CDD 346.810

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)
Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Sumário

Introdução: Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002 Gustavo Tepedino	1
A pessoa e o ser humano no Código Civil [arts. 1º-10] Rafael Garcia Rodrigues	19
Os direitos da personalidade no Código Civil [arts. 11-21] Danilo Doneda	51
A ausência: análise do instituto sob a perspectiva civil-constitucional [arts. 22-39] Barbara Almeida de Araujo	75
Anotações sobre as pessoas jurídicas [arts. 40-69] Teresa Cristina G. Pantoja	101
O domicílio no Código Civil de 2002 [arts. 70-78] Bruno Lewicki	139
Dos bens [arts. 79-103] Marcelo Junqueira Calixto	165
O patrimônio no direito brasileiro [art. 91] Milena Donato Oliva	195
O negócio jurídico e suas modalidades [arts. 104-114 e 121-137] Rose Melo Vencelau Meireles	219

A representação no Código Civil [arts. 115-120] Anderson Schreiber	265
O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil [arts. 138-150 e 156-157] Ana Luiza Maia Nevares	289
Coação e fraude contra credores no Código Civil de 2002 [arts. 151-155 e 158-165] José Roberto de Castro Neves	331
Invalidez do negócio jurídico em uma perspectiva funcional [arts. 166-184] Eduardo Nunes de Souza.....	353
A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do novo Código Civil [art. 186] Carlos Young Tolomei	385
O abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional [art. 187]..... Heloísa Carpena	423
As excludentes de ilicitude no novo Código Civil [art. 188] Gisela Sampaio da Cruz	445
Prescrição extintiva: questões controversas [art. 189-211] Gisela Sampaio da Cruz e Carla Wainer Chalhó Lgow	475
Da prova nos negócios jurídicos [art. 212-232] Carlos Santos de Oliveira	499

Colaboradores

ANA LUIZA MAIA NEVARES

Professora de Direito Civil na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e no Curso de pós-graduação Lato Sensu em Direito Civil na UERJ. Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada.

ANDERSON SCHREIBER

Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito Privado Comparado pela Università degli Studi del Molise, Itália, e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

BARBARA ALMEIDA DE ARAUJO

Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

BRUNO LEWICKI

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

CARLA WAINER CHALRÉO LGOW

Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA

Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e

da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, titular da 9ª Câmara Cível.

CARLOS YOUNG TOLOMEI

Professor de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

DANILO DONEDA

Professor na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. Doutor e Mestre em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Coordenador Geral de Estudos e Monitoramento de Mercado na Secretaria Nacional do Consumidor - Ministério da Justiça.

EDUARDO NUNES DE SOUZA

Doutorando e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

GISELA SAMPAIO DA CRUZ

Professora Adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

HELOISA CARPENA

Professora de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica. Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procuradora de Justiça.

JOSÉ ROBERTO DE CASTRO NEVES

Professor de Direito Civil na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestre pela University of Cambridge e Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

MARCELO JUNQUEIRA CALIXTO

Professor de Direito Civil na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e nos cursos de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

MILENA DONATO OLIVA

Doutoranda e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

RAFAEL GARCIA RODRIGUES

Professor de Direito Civil. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

ROSE MELO VENCELAU MEIRELES

Professora Adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procuradora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

TERESA CRISTINA G. PANTOJA

Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora Adjunta de Direito Comercial e Societário da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Professora convidada do *Mastère Spécialisé* da *École Normale Supérieure de Cahen*, França. Vice-Presidente e Corregedora da Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro. Conselheira do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem. Advogada.

As excludentes de ilicitude no novo Código Civil

Gisela Sampaio da Cruz

O perigo adoça tudo.
(A. Smith)

1. Considerações iniciais. 2. Legítima defesa. 3. Exercício regular de um direito. 4. Estado de necessidade. 5. As excludentes de ilicitude e a responsabilidade civil por ato lícito. 6. Conclusão

1. Considerações iniciais

Em princípio, toda ação ou omissão voluntária que viola dever jurídico e causa dano a outrem — em sua pessoa ou bens —, é contrária ao Direito e, portanto, ilícita. Do ato ilícito (ou melhor, do dano injusto¹) deflui, como conseqüência, a responsabilidade civil; significa di-

1 Na busca da reparação mais ampla possível, que melhor atendesse à vítima, a noção de ato ilícito cedeu lugar à idéia de injustiça do dano, com vistas a proteger a dignidade humana. Conforme explica Maria Celina Bodin de Moraes, “a responsabilidade civil tem hoje, reconhecidamente, um propósito novo: deslocou-se o seu eixo da obrigação do ofensor de responder por suas culpas para o direito da vítima de ter reparadas as suas perdas. Assim, o foco, antes posto na figura do ofensor, em especial na comprovação de sua falta, direcionou-se à pessoa da vítima, seus sentimentos, suas dores e seus percalços” (*Dano à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 12).

zer que aquele que praticou o ato tem, em regra, o dever de reparar o dano causado, recompondo o prejuízo do lesado.

Ocorre que, por exceção, em razão de certas circunstâncias especiais, como o perigo iminente, o legislador justifica a ação ou omissão, considerando-as lícitas². São as chamadas “causas de justificação”³, que excluem a antijuridicidade da conduta do agente, razão pela qual são também conhecidas como “excludentes de ilicitude”, termo de uso mais corrente no Direito brasileiro⁴.

O Código Civil de 1916, logo após prever a cláusula geral de responsabilidade subjetiva no art. 159 — cujo fundamento era o ato ilícito —, dispunha no art. 160 que não constituíam atos ilícitos os praticados em legítima defesa, no exercício regular de um direito reconhecido ou em estado de necessidade. Quando o art. 160, no inciso II, fazia refe-

2 Em suas aulas, exemplificava San Tiago Dantas: “Os senhores, por exemplo, to- lhem os meios de subsistência de uma pessoa, por despedi-la do emprego que tinha junto aos senhores. Quantas vezes os senhores saberão que isto vai repercutir na vida do despedido com a miséria, criar uma destas situações irreparáveis, mas os senhores estão agindo no exercício normal de um direito e eis porque desaparece a ilicitude do comportamento. Amanhã os senhores, para escaparem de um perigo, para se livrarem de um perigo iminente, causam dano ao objeto que pertence a alguém ou, mesmo, a uma pessoa e eis que, aí também, este ato, que tem todos os característicos da ilicitude, vem a se escusar pela legítima defesa com que foi praticado” (*Programa de Direito Civil: Teoria Geral*, atualizado por Gustavo Tepedino *et alli*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 312).

3 Segundo Nelson Hungria, “Fala-se, aqui, tradicionalmente, em ‘justificativas’ (ou ‘causas de justificação’), mas a denominação mais própria é a de *discriminantes*, ou ‘causas objetivas de exclusão de crime’ (Massari), ou ‘causas excludentes de ilicitude objetiva’ (Angioni), ou ‘causas de inexistência de crime’ (Cavallo). Os autores alemães preferem a locução ‘causas excludentes de ilicitude jurídica ou injuridicidade’ (*Unrechtsausschliesungsgründe*). Com a presença de tais causas, o fato surge lícito, intrinsecamente lícito (e não apenas ‘justificado’ *in concreto*: pode ser justificado o que é injusto, e não o que é congenitamente justo)” (*Comentários ao Código Penal*, vol. I, tomo II, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 267).

4 Na lição de Paulo José da Costa Júnior: “A ilicitude deve ser entendida como uma relação de contrariedade entre o fato e o comando normativo. Não pertence com exclusividade a nenhum ramo do direito, pois impregna todos os seus campos. O que destaca o ilícito penal do civil é a sua maior gravidade” (*Direito Penal Objetivo: Comentários ao Código Penal e ao Código de Propriedade Industrial*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p. 70).

rência ao estado de necessidade, reportava-se aos arts. 1.519 e 1.520 do mesmo diploma, os quais, excepcionalmente, impunham o dever de indenizar àqueles que agissem em estado de necessidade nas hipóteses ali referidas.

A esse respeito, o Código Civil de 2002 acompanhou a sistemática do Código Civil de 1916 ao prever, no art. 186⁵, a cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva — que também se baseia na noção de ato ilícito (ou melhor, na noção de dano injusto, como mais modernamente aponta a doutrina) —, e, no art. 188, as excludentes de ilicitude, com pequena alteração em relação ao Código anterior no que tange ao estado de necessidade. Os arts. 929 e 930 do Código Civil de 2002 equivalem aos arts. 1.519 e 1.520 do Código Civil de 1916.

A aparente repetição conceitual, todavia, não espelha as profundas modificações que a teoria da responsabilidade civil sofreu neste entretempo⁶. O legislador de 2002, paralelamente à cláusula geral de responsabilidade subjetiva do art. 186, estabeleceu a cláusula geral de responsabilidade objetiva para as atividades de risco, nos termos do parágrafo único do art. 927⁷.

As excludentes de ilicitude constituem tema de capital importância, tanto no âmbito do Direito Penal, quanto na esfera cível, não só porque descaracterizam a conduta do agente como crime e ilícito civil, mas também em razão de sua relevância no estudo da teoria da responsabilidade civil por atos lícitos. Expostas estas considerações iniciais, passa-se, pois, ao estudo das seguintes excludentes de ilicitude: legítima defesa, exercício regular de um direito e estado de necessidade⁸.

5 “Art. 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”.

6 Note-se que o Código Civil de 2002 utiliza a expressão responsabilidade civil para designar o título que cuidará da obrigação de indenizar e da própria indenização, o que constitui inegável avanço em relação ao Código Civil de 1916, onde a matéria era mal sistematizada.

7 “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”.

2. Legítima defesa

O Estado moderno, no exercício de seu poder soberano, uno e indivisível, exerce três funções: legislativa, administrativa e jurisdicional⁹. Por meio da função jurisdicional, que para o presente estudo é a que mais importa, o Estado soluciona os conflitos de interesses que lhe são apresentados, impondo o cumprimento dos preceitos jurídicos pertinentes a cada caso. E o que distingue a jurisdição das demais funções é, precisamente, a finalidade pacificadora com que o Estado a exerce¹⁰, em substituição à atividade das partes.

Nada obstante, ao exercer a jurisdição, o Estado está a realizar atividade que originalmente não lhe cabia. É que a função jurisdicional é exercida pelo Estado como forma de substituir a atividade dos interessados, consistente na autotutela, há muito proibida. Com o fortalecimento do Estado ao longo da História, passou a autotutela a ser vedada e o Direito Penal a tipificar o crime de exercício arbitrário das próprias razões, previsto no art. 345 do Código Penal.

8 Note-se que as excludentes de ilicitude não se restringem as aqui analisadas. O presente trabalho limita-se ao exame das excludentes previstas pelo art. 188 do Código Civil, razão pela qual não se fez referência ao “estrito cumprimento de dever legal”. Há, ainda, as causas supralegais de justificação. É o caso do consentimento do ofendido, ao qual não alude o Código Civil brasileiro (nem o de 1916, nem o de 2002), ao contrário, por exemplo, do Código Civil português (art. 340), que o prevê expressamente entre as excludentes de ilicitude.

9 Essa afirmação é corrente na doutrina: Wilson Accioli, *Teoria Geral do Estado*, Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 259; José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 109; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 117; Paolo Biscaretti di Ruffia, *Direito Constitucional*, tradução de Maria Helena Diniz, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, p. 157.

10 Com efeito, a pacificação é considerada o próprio escopo da jurisdição: “A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um” (Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 24).

Apesar disso, o ordenamento jurídico reconhece situações em que é lícito ao indivíduo repelir, com sua própria força, a agressão ou ameaça de agressão a direito seu ou alheio. Assim é que, não obstante a repulsa à autotutela¹¹, restou assegurado o direito excepcional de utilizar a força para defender a si ou a outrem de agressões alheias, o que se convencionou denominar “legítima defesa”. Isto porque, em determinadas situações, a necessidade de socorro é tão urgente que não há tempo sequer para se recorrer à autoridade estatal.

Conforme observa Caio Mário Pereira da Silva, o Código Civil de 1916 não define a legítima defesa, pois “toma de empréstimo o conceito que é corrente no direito criminal”¹². Na mesma linha seguiu o Código Civil de 2002, ficando a cargo do legislador penal traçar o sentido e o alcance das excludentes de ilicitude. Nos termos do art. 25 do Código Penal: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”¹³.

Com efeito, a ação de quem se defende ou acode outrem não infringe o ordenamento jurídico, mas sim ajusta-se a seu comando. Em que consiste, então, a legítima defesa, como causa de exclusão da ilicitude de um ato? Ao ver de SanTiago Dantas:

11 Apesar da repulsa à autotutela como meio ordinário para a satisfação de pretensões, para certos casos a própria lei abre exceções à proibição, pelo que são exemplos no Direito Civil: o direito de retenção (CC1916: arts. 516, 772, 1.119, 1.279; CC: arts. 1.219, 1.433, 1.434, 459, 644), o desforço imediato (CC1916: art. 502; CC: art. 1.210), o penhor legal (CC1916: art. 776; CC: art. 1.467), o direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a extrema do prédio (CC1916: art. 558; CC: art. 1.283), os atos praticados em legítima defesa e estado de necessidade (CC1916: art. 160; CC: art. 188), etc..

12 Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 295.

13 Note-se que, no caso de na ação penal, como na correspondente ação indenizatória, o argumento de defesa consubstanciar-se na alegação de ter-se agido em legítima defesa, “resta evidenciada a possibilidade de decisões contraditórias no tocante a essa excludente de ilicitude, pelo que se justifica a suspensão do processo civil, nos termos do art. 110, do CPC. O prazo de tal suspensão não poderá exceder um ano (art. 265, §5º, do CPC). Recurso Especial a que se dá provimento” (STJ, 3ª T, REsp. 282235/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 9.04.2001, p. 356).

“É, fundamentalmente, o exercício de um direito. Todo homem tem direito de se defender; a todo homem compete, como uma emanção de sua personalidade, o direito de praticar os atos que preservem a sua vida e os seus bens. Isto é, como um complemento dos direitos da personalidade, os quais são direitos vivazes e devem, por conseguinte, autorizar ao homem certas atividades conservatórias”¹⁴.

A passagem transcrita está, pois, a enfatizar que a legítima defesa emana dos direitos da personalidade. A legítima defesa, em sua origem, fora concebida como uma faculdade de proteção à pessoa da vítima de uma agressão injusta. Sob a ótica patrimonialista do século XIX¹⁵, estendeu-se esta proteção também aos bens do indivíduo.

Note-se que o ordenamento jurídico oferece todo um sistema processual de defesa da posse. O Código Civil de 1916, no art. 502, autorizava expressamente que, nos casos de turbacão ou esbulho, o possuidor fizesse uso da força para se manter na posse de seus bens¹⁶. Desde que o possuidor não excedesse o indispensável à manutenção ou restituição da posse, a autotutela da posse seria lícita. A norma foi repetida pelo legislador de 2002, no art. 1.210, preservando-se a possibilidade de defesa imediata do patrimônio.

Muito se discutiu acerca dos fundamentos da legítima defesa. As teorias subjetivas consideram-na causa excludente de culpabilidade, ao passo que para as teorias objetivas a legítima defesa é causa exclu-

14 San Tiago Dantas, *Programa de Direito Civil: Teoria Geral*, atualizado por Gustavo Tepedino *et alli*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 313.

15 Sobre o tema v. Gustavo Tepedino, “Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil”. In: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 178.

16 A propósito do tema, observa E. Magalhães Noronha: “É comum dizer-se que no caso de esbulho há legítima defesa de um bem, que é a posse. Nem sempre, porém. Suponha-se o caso de um senhorio expulsar violentamente o inquilino da casa que ele ocupa, mediante contrato. A posse é do locatário, que pode empregar força para recuperá-la. Não existe legítima defesa, porém. A agressão já cessou e não se compadece essa justificativa com agressão finda. Ao revés, o esbulhado estará no exercício regular de direito, recuperando a posse” (*Direito Penal*, vol. I, 31ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 202). No mesmo sentido: Francisco de Assis Toledo, *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 213; Cezar Roberto Bittencourt, *Manual de Direito Penal*, Parte Geral, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 312.

dente de antijuridicidade¹⁷. Enquanto as primeiras buscam seu fundamento na perturbação de ânimo da pessoa agredida ou nos motivos determinantes do agente, que conferem licitude ao ato de quem se defende, as segundas fundamentam-se na existência de um direito primário do homem de defender-se, na retomada pelo homem da faculdade de defesa que cedeu ao Estado, na colisão de bens em que o mais valioso deve sobreviver, na ausência de injuridicidade da ação agressiva, entre outras razões.¹⁸

No entanto, segundo o entendimento majoritário, assim como há elementos objetivos e subjetivos no tipo, nas excludentes de ilicitude há, igualmente, componentes objetivos e subjetivos. Dessa forma, para que fique caracterizada a legítima defesa, não basta que o agente tenha consciência de agir acobertado por uma excludente — isto é, com vontade de evitar um dano pessoal ou alheio¹⁹ —, é necessária a presença dos seguintes requisitos²⁰: (i) que a agressão seja injusta; (ii) que a agressão seja inevitável por outro modo e que seja impossível o recurso oportuno ao Estado; (iii) que a defesa seja imediata; e, por fim, (iv) que o uso da força não exceda o necessário para efetuar a defesa²¹.

17 Distinguem-se as causas de exclusão de ilicitude das causas de exclusão de culpabilidade, pois: “Enquanto aquelas [ilicitude] impedem o surgimento do crime, que vem a ser eliminado porque um fato não pode ser antijurídico e jurídico ao mesmo tempo, estas [culpabilidade], apesar de possibilitarem o surgimento do crime, tornam-no ineficaz, senão em si, ao menos em relação ao agente, que se torna isento de pena” (Paulo José da Costa Júnior, *Direito Penal Objetivo: comentários ao Código Penal e ao Código de Propriedade Industrial*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, pp. 69-70).

18 Para Julio Fabbrini Mirabete: “É indiscutível que mais acertadas são as teorias objetivas, cada uma delas ressaltando uma das características do fenômeno jurídico em estudo” (*Manual de Direito Penal*, 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 182).

19 Nesse sentido: Juarez Tavares, *Teorias do Delito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 69; Cezar Roberto Bittencourt, *Manual de Direito Penal*, Parte Geral, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 287-288.

20 Em sentido semelhante: “Portanto, para a caracterização dessa excludente de ilicitude mister a presença dos seguintes requisitos, a saber: a) que haja uma agressão atual ou iminente; b) que ela seja injusta; c) que os meios empregados sejam proporcionais à agressão. A ausência de quaisquer desses requisitos exclui a legítima defesa” (STJ, 4ª T, REsp. 170563/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 24.05.1999, p. 173).

21 Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. I, 4ª ed., Rio

Em relação ao primeiro requisito, afirma-se que injusta é a agressão não autorizada pelo Direito, isto é, ilícita ou abusiva. Dessa forma, não age em legítima defesa aquele que reage à agressão justa, como ao cumprimento de um mandado judicial.

Quanto ao segundo, que diz respeito a inevitabilidade da agressão, a doutrina não é unânime. Há quem sustente que, embora não se obrigue o homem a ser covarde, deverá evitar o confronto se, “sem desonra”, puder impedir a agressão a ele dirigida²². Mas outra parte da doutrina entende que a lei brasileira não exige como requisito a inevitabilidade da agressão, como o faz a lei italiana, pois não repete os termos utilizados na conceituação do estado de necessidade, previsto no art. 24 do Código Penal (“nem podia de outro modo evitar”)²³. Na opinião de Francisco de Assis Toledo²⁴, que se vale da lição de Jescheck, diante de crianças, jovens imaturos, doentes mentais, agentes que atuam em estado de erro ou imprudentemente, as agressões devem ser evitadas, salvo se forem a única forma de defesa.

No que tange ao terceiro requisito, deve a agressão ser atual ou iminente e a reação imediata. Atual é a agressão que ainda está em curso; enquanto iminente é aquela que está prestes a ocorrer, apresentando um perigo concreto. Não há legítima defesa contra agressão futura, porém remota, que pode ser evitada por outro meio. Pela mesma

de Janeiro: Liv. Francisco Alves, 1931, p. 421.

22 Nesse sentido: Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal: a Nova Parte Geral*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 187; Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, vol. I, 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 342; E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, vol. I, 31ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 186.

23 Este é o entendimento de: Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, vol. I, tomo II, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, pp. 287-289; Julio Fabbrini Mirabete, *Manual de Direito Penal*, 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 186.

24 Francisco de Assis Toledo, ao criticar a opinião de Nelson Hungria, que entende que na agressão de um inimputável deve reconhecer-se o estado de necessidade, e não, a legítima defesa, que prescinde do requisito da impossibilidade de fuga (Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, vol. I, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1958, 4ª ed., p. 276-277), afirma que é preferível adotar a solução “que não exclui da legítima defesa a agressão de inimputáveis, mas introduz no instituto, nessa hipótese, novas exigências” (Francisco de Assis Toledo, *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 197), como a inevitabilidade da agressão.

razão, não atua em legítima defesa aquele que pratica o fato típico após uma agressão finda, que já cessou²⁵. A reação deve ser imediata à agressão ou tentativa dela, pois a demora desconfigura a discriminante.

Por fim, quanto ao último requisito, ao reagir deve o agente utilizar moderadamente os meios necessários para repelir a agressão atual ou iminente e injusta. Meios necessários são o que causam o menor dano indispensável à defesa do direito. O agente responde, então, pelo excesso doloso ou culposos. Em princípio, a necessidade é determinada de acordo com a força real da agressão, mas, na prática, o conceito de meio necessário vai depender do que o agente dispunha no momento em que rechaçou a agressão, podendo mesmo ser desproporcional ao utilizado no ataque, desde que seja o único meio disponível na ocasião. A necessidade deve ser sempre valorada sob “o ponto de vista do sujeito no momento em que se defende”²⁶.

Em linha gerais, essas são as principais características do instituto da legítima defesa. 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, acobertado pela legítima defesa. Por essa razão, na esfera cível o agente não responde pelo danos que, em legítima defesa, causar *ao agressor*. No entanto, conforme se explicará no “item 5”, se ao agir em legítima defesa alheia, o agente acarretar danos *a terceiros, que não o agressor*, deverá reparar o prejuízo causado.

3. Exercício regular de um direito

Por ato ilícito, entende-se aquele que se pratica em violação ao ordenamento jurídico. Logo, o exercício regular de um direito conferido por este mesmo ordenamento não pode, à evidência, ser conside-

25 Veja-se, nesse sentido: “No caso, a Corte de origem assegura flagrante a ausência dos requisitos exigidos para a configuração da excludente da legítima defesa, pois o acusado somente teria reagido ao mal considerado injusto, após cessada a agressão. A inversão do decido, no ponto, demanda a incursão na matéria fática probatória dos autos, o que é vedado na via especial” (STJ, 6ª T, AgRg no REsp. 538113/MG, Rel. Min. O.G. Fernandes, j. 11.10.2011, v.u., DJe 24.10.2011).

26 Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangel, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 596.

rado ilícito, ainda que cause dano a outrem. Regular será o exercício que se contiver nos limites objetivos e subjetivos, formais e materiais, impostos pelos próprios fins do direito²⁷.

O fundamento moral da escusativa encontra-se no enunciado: *nul- lus videtur dolo facere, qui iure suo utitur*²⁸. Isto é, quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém. Significa dizer, partindo da premissa de que a noção de ato ilícito engloba um comportamento anti-jurídico, que não há ilícito quando não existe procedimento contra o Direito, daí o art. 160 do Código Civil de 1916, bem como o correspondente art. 188 do Código Civil de 2002, afirmarem que não há ato ilícito quando o dano é causado no exercício regular de direito.

27 São exemplos de exercício regular de um direito: “Age em exercício regular de direito (art. 160-I do Código Civil), o banco que se recusa a pagar cheque com irregularidade no endosso, não se podendo imputar à instituição financeira, pela devolução de cheque com esse vício, a prática que culmine em indenização” (STJ, 4ª T, REsp. 304192/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 25.06.2001, p. 195). E também: “A anulação do título sem lastro, por si só, não pode ensejar a responsabilidade da instituição bancária que o protestou na qualidade de endossatário e em obediência ao comando do art. 13, § 4º da Lei de Duplicatas. Em outras palavras, a responsabilidade do banco pelo protesto de títulos limita-se aos casos em que tenha tomado conhecimento da falta de lastro da duplicata e, mesmo assim, a tenha apontado para protesto” (STJ, 4ª T, REsp. 264079/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 16.10.2000, p. 318). Na jurisprudência, também é comum afirmar-se que: “Em princípio, não dá ensejo à responsabilização por danos morais o ato daquele que denuncia à autoridade policial atitude suspeita ou prática criminosa, porquanto tal constitui exercício regular de um direito do cidadão, ainda que, eventualmente, se verifique, mais tarde, que o acusado era inocente ou que os fatos não existiram” (STJ, 4ª T, REsp. 1040096/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 08.02.2011, v.u., DJe 22.02.2011). No entanto, as peculiaridades do caso concreto podem desconfigurar a excludente, como se vê: “Em regra, a conduta de quem denuncia à autoridade policial atitude suspeita ou prática criminosa constitui exercício regular de um direito, ainda que não reste comprovada a autoria ou a materialidade. Contudo, no caso concreto, o Tribunal a quo concluiu que a conduta da autora decorreu de preconceito em relação aos trabalhadores que prestavam serviços de pintura em sua residência, além de os fatos terem sido comunicados à portaria do edifício, o que ensejou o conhecimento por terceiros (porteiros, amigos e empregador), acarretando dano moral. Alterar esse entendimento, demandaria o revolvimento da prova produzida nos autos” (STJ, 4ª T, AgRg no REsp. 1127545/RJ, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 26.02.2013, v.u., DJe 06.03.2013).

28 O fragmento está em Gaio, D, 50, 17, 55.

Desse modo, as intervenções médicas e cirúrgicas, a violência esportiva — quando o esporte é exercido nos estritos termos da disciplina que o regulamenta²⁹ —, o protesto regular da duplicata e a execução de dívida vencida acarretam, sem dúvida, danos, mas que são resultado do exercício regular de direitos, quando não de deveres, albergados pela ordem jurídica. O dano causado sem violação ao direito é um dano justo e, como tal, não serve de elemento ao ato ilícito, pelo que não gera dever de indenizar.

Pode, porém, acontecer, que determinada pessoa, ao exercer o seu direito, não tenha em vista tirar os proveitos que este lhe confere, mas sim o único escopo de causar prejuízo a outrem. À noção de exercício regular do direito contrapõe-se, então, o exercício abusivo ou abuso do direito. A propósito do tema, exemplifica San Tiago Dantas:

“Vamos dar um exemplo elementar. Um homem é vizinho de outro e resolve, então, construir a sua casa de modo a tirar a vista ou a luz do prédio do seu vizinho. A implantação da casa, feita daquele modo, não tem por fim trazer nenhum benefício ao proprietário que a constrói, mas tem o único escopo de prejudicar o vizinho. Eis um caso em que o exercício do direito não tem outro fim senão de prejudicar a outrem”³⁰.

Mas enquanto no ato ilícito o comportamento do agente conflita com proibições normativas concretas, no ato abusivo sua conduta, embora preencha a estrutura do ato lícito, não está de acordo com o valor normativo que o fundamenta. Assim, atua o agente em ambos os casos fora do direito, porque ultrapassa os limites que a ordem jurídica lhe impõe. No ato ilícito, os limites são lógico-formais e, no abuso de direito, axiológico-materiais.

Várias teorias propuseram-se a explicar o abuso de direito, mas a análise delas não será objeto do presente estudo³¹. À luz do Código

29 A 1ª Câmara Cível do TJ/RJ, por exemplo, já considerou cabível a indenização por danos materiais e morais devido a lesões sofridas por um indivíduo em partida recreativa de futebol, disputada em uma quadra de condomínio (TJ/RJ, 1ª CC, AC 7074/2001/RJ, Rel. Des. Maria Augusta Vaz M. Figueiredo, j. 10.07.2001).

30 San Tiago Dantas, *Programa de Direito Civil: Teoria Geral*, atualizado por Gustavo Tepedino *et alli*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 314.

31 Sobre o tema ver: Fernando Augusto Cunha de Sá, *Abuso do Direito*, Coimbra:

Civil de 1916, a referência ao exercício regular do direito como excludente de ilicitude era extremamente relevante, já que, na ausência de previsão expressa do abuso do direito, era dela que se extraía *a contrario sensu* a repressão ao exercício irregular do direito. O Código Civil de 2002, no entanto, contempla expressamente a noção de abuso do direito no art. 187, pelo que tal construção perde importância³². A referência à palavra “ilicitude”, no art. 187, deve ser interpretada em seu sentido mais amplo, porque o abuso do direito pode conduzir a sanções que nada tem a ver com a obrigação de indenizar³³.

Almedina, 1997, reimpressão; Pedro Baptista Martins, *O Abuso de Direito e o Ato Ilícito*, atualização de José da Silva Pacheco, 3ª edição histórica, Rio de Janeiro, Forense, 1997; Heloísa Carpena Vieira de Mello, *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001; José Carlos Barbosa Moreira, “Abuso do direito”, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n.º 26, pp. 125-134, nov-dez./2003.

32 A doutrina costuma dirigir ao art. 187 a seguinte crítica: “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” (Heloísa Carpena, “O abuso do Direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional”. In: Gustavo Tepedino (coord.), *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 392).

33 Confira-se: “Se voltarmos os olhos, outra vez, para os textos dos arts. 186 e 187, veremos que apenas no primeiro se encontra alusão ao dano. Para quem pensa, como nos parece correto, que os pressupostos do art. 186 não são exigíveis para a caracterização do abuso do direito, esta figura poderá ocorrer sem que o comportamento do agente cause dano a outrem. Dir-se-á que, inexistindo dano, é juridicamente irrelevante que o agente haja exercido o direito de forma irregular, e por conseguinte não há utilidade em considerar abusivo o exercício. Mas é esquecer que o ordenamento muitas vezes admite sanções distintas da obrigação de indenizar. Bem o mostra o caso das empresas que pretenderam valer-se, abusivamente, da duplicação de prazo para contestar: o abuso foi devidamente sancionado pela simples desaplicação da regra que as beneficia” (José Carlos Barbosa Moreira, “Abuso do direito”, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n.º 26, pp. 125-134, nov-dez./2003, p. 133).

4. Estado de necessidade

Esta excludente de ilicitude, tal qual a legítima defesa, é definida pelo Código Penal, que considera, no art. 24, 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”.

Não obstante a similitude ontológica, o estado de necessidade afasta-se da legítima defesa, na medida em que: (i) só há legítima defesa contra agressão humana dirigida a uma pessoa ou a seus bens, enquanto no estado de necessidade o perigo advém de situação fática que efetivamente ameaça a integridade de um bem jurídico; (ii) na legítima defesa ocorre ataque ou ameaça de lesão a um bem jurídico e, no estado de necessidade, conflito entre bens jurídicos; (iii) na legítima defesa o bem sofre agressão ou ameaça de agressão, no estado de necessidade o bem é exposto a perigo; (iv) na legítima defesa o agredido deve dirigir sua conduta contra o agressor, mas no estado de necessidade o necessitado pode conduzir-se contra terceiros alheios ao fato; (v) na legítima defesa a agressão deve ser injusta e não há “legítima defesa de legítima defesa”, enquanto no estado de necessidade pode ocorrer a hipótese de duas pessoas, titulares de bens juridicamente protegidos, causarem lesões recíprocas³⁴.

34 Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, vol. I, 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 345. Nos dizeres de Mário Júlio de Almeida Costa: “(...) na legítima defesa, apenas se reage contra uma agressão ilícita (A atinge B em defesa de sua pessoa ou fazenda); enquanto, no estado de necessidade, a situação de perigo de dano para o bem jurídico em causa tanto pode resultar de uma agressão como de caso fortuito ou de força maior (ex: o capitão que lança o carregamento ao mar para impedir o naufrágio do navio; os bombeiros que danificam uma seara para que o incêndio não se propague). O traço fundamental de distinção assenta em 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 contribui para a situação de perigo. Daí que se imponha concluir que o estado de necessidade seja subsidiário em relação à legítima defesa: compreende-se que o agente só possa proteger o seu direito com sacrifício da esfera jurídica de terceiro, quando não possa fazê-lo à custa da esfera jurídica do agressor” (*Direito das Obrigações*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1991, pp. 462-463).

No estado de necessidade, para afastar a ameaça de bem próprio ou alheio, permite-se que outro bem jurídico, de menor ou igual valor, seja sacrificado. Significa dizer que, ao entrarem em conflito bens ou interesses³⁵ que igualmente merecem a proteção jurídica, é concedida ao necessitado a faculdade³⁶ de agir, mesmo que de forma violenta, para salvar qualquer deles. É o caso do indivíduo que arromba uma porta para salvar a vida de outra pessoa, ou o do motorista que lança seu veículo sobre outro de modo a evitar um atropelamento. Ao considerar lícito o ato praticado em estado de necessidade, o ordenamento autoriza a violação de um direito alheio para se evitar um mal maior³⁷.

São requisitos objetivos do estado de necessidade: (i) perigo atual, não provocado voluntariamente pelo agente; (ii) impossibilidade de evitar por outro modo o perigo; (iii) razoável inexigibilidade de sacrifício do direito ameaçado; (iv) não ter o agente o dever legal de enfrentar o perigo.

Quanto ao primeiro requisito, perigo atual é o presente, concreto e imediato. A probabilidade de o perigo tornar-se dano efetivo deve ser reconhecida de forma objetiva. Não há estado de necessidade quando o perigo é remoto, e deixa de existir quando cessa o perigo. A situação de perigo também deve ser alheia à vontade do agente. Isto é, o agente não pode tê-la provocado intencionalmente ou por grosseira inadvertência.

Exige o Código Penal, como segundo requisito, que o perigo não possa ser evitado por outro modo, isto é, sem sacrifício, total ou parcial, de direito alheio. Isto porque, ao contrário da legítima defesa, o

35 Qualquer bem ou interesse juridicamente tutelado: vida, integridade física, liberdade, honra, propriedade, etc..

36 No entendimento de Nelson Hungria: "Faculdade, e não propriamente direito, porque a este deve corresponder necessariamente uma obrigação (*jus et obligatio sunt correlata*) e, no caso, nenhum dos titulares dos bens ou interesses em colisão está obrigado a suportar o sacrifício do seu. A lei, aqui, assume uma atitude de neutralidade e declara sem crime o vencedor (seja este o mais forte ou o mais feliz)" (*Comentários ao Código Penal*, vol. I, tomo II, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 272).

37 Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. I, 4ª ed., Rio de Janeiro: Liv. Francisco Alves, 1931, p. 421.

estado de necessidade é eminentemente subsidiário. Quer dizer: não existe se o agente podia conjeturar o perigo com o emprego de meio não ofensivo do direito de outrem. Assim é que, diante da possibilidade de fuga, não há estado de necessidade, como também não há, se o meio empregado for desproporcional ou excessivo, pois nesse caso o perigo, à evidência, podia ser evitado de outro modo.

Ao definir o estado de necessidade, o Código Penal não impôs a rigorosa condição de preponderância do interesse posto a salvo, em cotejo com o interesse sacrificado. Desse modo, a ação do necessitado não deixa de ser legítima — e, portanto, lícita — em razão dos interesses em conflito serem de valor idêntico ou aproximado. Mas a excluyente deixará de existir, se o bem ou interesse posto a salvo, em comparação com o que foi sacrificado, apresentar, manifestamente, valor menor. É que o Código Penal estabelece, como terceiro requisito, razoável inexigibilidade de sacrifício do direito ameaçado.

Por fim, o quarto requisito objetivo diz respeito ao §1º do art. 24 do Código Penal. Não pode alegar estado de necessidade quem tem o dever legal de enfrentar o perigo. É o caso, por exemplo, do soldado e do bombeiro, que têm o dever legal de enfrentar os perigos próprios dessas profissões. O capitão do navio, que é legalmente obrigado a permanecer a bordo até a saída do último passageiro, também não pode alegar estado de necessidade, ao matar alguém que tenta impedi-lo de ingressar no bote de salvação, antes do restante dos passageiros. Note-se que o Código Penal se refere apenas ao dever imposto por lei, não se permitindo a extensão ao dever resultante simplesmente de contrato, como no passado sugeriram alguns autores.

Ao contrário das outras justificativas, o estado de necessidade impõe, ainda, requisito subjetivo. Assim, "se o sujeito age sem conhecimento do perigo, com outra finalidade, estará afastada a descriminante do estado de necessidade"³⁸.

No Código Civil de 1916, o estado de necessidade era referido no inciso II do art. 160, o qual só fazia menção expressa à destruição ou deterioração da coisa alheia, de modo que se discutia se era lícito afas-

38 Celso Delmanto, *Código Penal Comentado*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 43.

tar a situação de perigo atentando contra outra pessoa, ou somente contra seus bens.

Com o fito de pôr fim à discussão, o Código Civil de 2002 fez constar, de forma expressa, do art. 188, inciso II, a expressão “lesão a pessoa”, a indicar que, em situações de estado de necessidade, não apenas o patrimônio pode ser lesado, mas também a pessoa, contanto que outro indivíduo esteja, por outro modo, em risco iminente e inevitável. Com esta inovação, o Código coaduna-se com o entendimento que já era dominante na doutrina. Assim, o exemplo clássico da tábua de salvação, em que dois naufragos disputam uma tábua que suporta apenas um deles encontra-se, agora, claramente inserido no conceito de estado de necessidade. Conforme salienta Mário Júlio de Almeida Costa, o estado de necessidade abrange a violação de bens pessoais:

“(...) a idéia de ponderação de interesses subjacente ao estado de necessidade torna-o susceptível de abranger situações em que se verifique a violação de bens pessoais. Com efeito, se a razão de ser dessa categoria dogmática radica no propósito de preservar bens jurídicos manifestamente mais valiosos em detrimento de outros menos valiosos, não se vê que os termos da equação tenham de alterar-se quando o bem jurídico sacrificado possua natureza não patrimonial. Dada a própria essência de tais bens, trata-se, porém, de situações de verificação rara, mais valiosos do que os patrimoniais”³⁹.

Por fim, atente-se para o parágrafo único do dispositivo, que considera legítimo apenas o ato que não exceda os limites do indispensável para a remoção do perigo. O vocábulo *legítimo* é ali mal empregado, tendo em vista que não há categoria correspondente no sistema do Código Civil. O legislador teria andado melhor se tivesse utilizado o termo *lícito*. De qualquer forma, restou clara a idéia de repressão ao ato praticado com excesso, o que caberá ao juiz avaliar em cada caso concreto. Não obstante o parágrafo único tenha se referido apenas ao inciso II do art. 188, é evidente que também nos atos praticados em legítima defesa se exige que sejam perpetrados nos limites do necessário para afastar a agressão alheia. A idéia é ínsita à própria noção de legítima defesa. No exercício regular do direito, da mesma forma, não

se admite que o titular transcenda os limites impostos pelo ordenamento, sob pena de o exercício tornar-se irregular ou abusivo.

5. As excludentes de ilicitude e a responsabilidade civil por ato lícito

Em face do acima exposto, resta claro que os atos praticados, desde que sem excessos, em legítima defesa, no exercício regular de um direito e em estado de necessidade não constituem crime, já que em tais situações não há antijuridicidade na conduta do agente, conforme preceitua o art. 23 do Código Penal. Da mesma forma, à luz do art. 188 no Código Civil, é forçoso reconhecer que nesses casos a conduta do agente também não configura, na esfera cível, ato ilícito.

À primeira vista, pode parecer que nenhum ato praticado sob o manto dessas excludentes de ilicitude é capaz de ensejar dever de reparação. Ora, se o ato é lícito e, portanto, conforme o ordenamento jurídico, por que teria o agente de ressarcir o prejuízo causado? De mais a mais, se a cláusula geral de responsabilidade subjetiva fundamenta-se na própria noção de ato ilícito, como, então, um ato lícito poderia ser fonte de responsabilidade civil?

Este raciocínio que está a parecer lógico é, no entanto, bastante equivocado, conforme se passará a demonstrar. Para tanto, é de se ressaltar, desde logo, a distinção entre obrigação e responsabilidade: obrigação é dever jurídico originário, enquanto responsabilidade é dever jurídico sucessivo, decorrente da violação do primeiro. É o que se deduz da lição de Agostinho Alvim: “a consequência do inadimplemento da obrigação é o dever de reparar o dano”⁴⁰. Significa dizer que a responsabilidade surge sempre *a posteriori*.

Note-se que o termo obrigação comporta duas acepções⁴¹. No sentido genérico, as obrigações são, antes, deveres jurídicos que decorrem exclusivamente da lei. É o caso dos deveres políticos, do dever de

40 Agostinho Alvim, *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1955, p. 185.

41 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. II, 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 29.

39 Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1991, p. 460.

prestar alimentos aos filhos, etc.. No sentido estrito, as obrigações advêm da vontade humana (contrato, declaração unilateral de vontade, etc.). Seja como for, obrigação é, frise-se, dever jurídico originário.

A par disto, é importante esclarecer que embora os deveres de reparar tenham como fonte freqüente o ato ilícito (*rectius*, dano injusto), também podem decorrer dos danos causados por atos lícitos, quando assim determinar a lei. Nesse sentido, vale transcrever a lição de Pontes de Miranda:

“A fonte mais freqüente dos deveres de reparar é a falta cometida pelo autor do dano, entendendo-se por falta a culpa pela prática do ato ou da omissão, quer se trate de ato ilícito absoluto, quer de infração de obrigação contratual (ato ilícito relativo). Mas tal fonte não é a única e muitos deveres de indenização do dano surgem que não supõem culpa, nem, sequer, ato: ou o ato entra no mundo jurídico como ato-fato, ou há apenas fato que entra no mundo jurídico e se faz fato ilícito *stricto sensu*, embora se estabeleça vínculo entre duas ou mais pessoas. (...) Há, ainda, reparações de danos causados por atos lícitos”⁴² (gri-fou-se).

É que os fundamentos jurídicos dos quais podem derivar os deveres jurídicos de indenizar são diversos, conforme preceitua Karl Larenz⁴³, sendo possível até mesmo a obrigação de reparar advir de um

42 Francisco Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, tomo XXII, 3ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, pp. 189-190.

43 Na opinião de Karl Larenz: “Los más importantes son los siguientes: 1. Actos ilícitos, es decir, infracciones antijurídicas y culposas de los mandatos del ordenamiento jurídico que todos han de observar, en especial los ataques injustificados a la esfera de la personalidad o de los bienes de otra persona. 2. Violaciones de créditos, es decir, infracciones de especiales deberes que obligan a una persona frente a otra en base de un contrato u otra relación obligatoria preexistente. 3. Violaciones de deberes especiales que la ley impone a aquellos que están 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 o de ciertos riesgos objetivos o de empresa. 5. Deberes legales de compensación, que afectan a aquellos a cuyo favor otra persona ha de tolerar o soportar excepcionalmente un perjuicio. 6. Deber contractual de responder, que deriva, p. ej., de un contrato de seguro o de garantía” (*Derecho de Obligaciones*, tomo I, tradução de Jaime Santos Briz, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 192).

ato lícito, por imposição legal. Nesse sentido, 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 civil⁴⁴ — dever jurídico sucessivo. Como os atos praticados em legítima defesa, exercício regular de um direito e estado de necessidade são lícitos, não são, pois, fontes diretas de responsabilidade civil.

Ocorre que, no que tange ao estado de necessidade, o Código Civil de 1916, no art. 1.519, determinava que se o dono da coisa não fosse culpado do perigo, assistir-lhe-ia o direito à indenização do prejuízo que sofrera. Por outras palavras, o dono da coisa que fosse deteriorada ou destruída, na remoção do perigo iminente, contanto que não fosse culpado pelo perigo, deveria ser indenizado, pelo autor do dano, do prejuízo que sofrera (obrigação de indenizar, dever jurídico primário decorrente de lei). Nos termos do art. 1.520, se o perigo ocorresse por culpa de terceiro, o autor do dano teria ação regressiva contra este, para haver a importância que tivesse ressarcido ao dono da coisa.

Ainda nas discussões parlamentares em torno do Código Civil de 1916, o senador João Luiz Alves suscitou a suposta contradição entre a licitude do ato e o surgimento do dever de indenizar, tendo em vista o teor do referido art. 1.519. Mas a idéia, preconizada entre outros por Justiniano de Serpa, de reparar todo e qualquer dano, ainda que derivado de ato lícito, acabou prevalecendo⁴⁵.

No Código Civil de 2002, o art. 929 repete o conteúdo do art. 1.519 do Código anterior, apenas acrescentando, ao lado da expressão *dono da coisa*, a *pessoa lesada* como legitimada ativa para a reparação, consequência da inserção já mencionada, no conceito do estado de

44 Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho: “Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida. Daí ser possível dizer que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil” (*Programa de Responsabilidade Civil*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 20).

45 Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. I, 4ª ed., Rio de Janeiro: Liv. Francisco Alves, 1931, p. 423.

necessidade, da *lesão à pessoa*. O art. 930, por sua vez, também é quase idêntico ao art. 1.520 do Código de 1916.

Assim é que, embora o ato praticado em estado de necessidade seja lícito, ensejará dever de reparação no caso de o perigo não ter sido causado pelo dono da coisa ou pessoa lesada, o que não é contraditório. Isto porque, embora o ato seja lícito, ao mesmo tempo provoca um dano injusto. Na lição de Antunes Varela, resta claro que o ato danoso praticado pelo necessitado é injusto, razão pela qual o ordenamento lhe impõe o dever de indenizar⁴⁶ o prejuízo dele decorrente:

“Não há contradição lógica entre as duas idéias. O acto (lesivo) pode ser lícito, porque visa a 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”⁴⁷.

Com efeito, se por um lado a lei permite, excepcionalmente, que o necessitado sacrifique bem alheio na salvaguarda de seus interesses; por outro, impõe ao agente o dever de reparar o prejuízo a que deu causa. A indenização neste caso é justa, porque, afinal, a situação danosa estava dirigida, originalmente, ao necessitado. Nesse sentido, observe-se o comentário de Mário Júlio de Almeida Costa:

“Ainda se admite, excepcionalmente, que a obrigação de indenização possa resultar de uma conduta lícita do agente. É o que acontece quando, na hipótese de uma pessoa lesar, em benefício de um direito ou interesse juridicamente protegido e mediante a prática de acto ilícito, um direito ou interesse de outrem, a lei confere a este último uma pretensão de indemnização contra o beneficiário. Trata-se, sem dúvida, de uma solução justa: permite-se a satisfação de um interesse qualificado, coletivo ou individual, mas, em virtude de considerações de

razoabilidade, impõe-se a obrigação de indemnizar os danos causados a terceiros”⁴⁸.

A licitude da ação danosa resulta, pois, da existência de um direito legalmente reconhecido a um sujeito de sacrificar bens ou interesses jurídicos de outrem, os quais estão valorados de forma inferior pela ordem jurídica. O descumprimento dessa obrigação de reparar o dano é que constitui a chamada responsabilidade civil por atos lícitos, comum ao direito privado e ao direito público⁴⁹ e que não se limita às hipóteses de excludentes de ilicitude⁵⁰.

Ressalte-se, uma vez mais, que a responsabilidade civil só surge *a posteriori*, quando violado o dever jurídico originário de reparar o dano injusto, imposto por lei a quem agiu em estado de necessidade. Alguns autores incluem as excludentes de ilicitude entre as causas que afastam a responsabilidade civil⁵¹, mas, a rigor, o que é suprimida diretamente é a antijuricidade da conduta do agente (apenas indiretamente, a responsabilidade). O que afasta de forma direta a responsabilidade civil é a ausência de um de seus atributos, como o nexo causal⁵².

48 Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 1991, p. 529.

49 Canotilho, ao discorrer sobre a responsabilidade do Estado por atos lícitos, elenca os seguintes requisitos fundamentais: “Veamos, de uma forma abreviada, quais os requisitos fundamentais da responsabilidade civil por actos lícitos: a) Que o acto da administração fosse legal, isto é, reentrasse formal e substancialmente nos limites do poder concedido ao ente público. b) Que o sacrifício resultante de tal acto não constituísse uma simples limitação do direito subjetivo. Devis, por conseguinte, não se tratar de uma compressão abstracta comum a toda uma categoria de direitos, mas sim de um ataque grave contra determinado direito. c) O sacrifício, para ter dignidade indemnizatória, devia traduzir-se na oblação ou limitação substancial de um direito subjectivo perfeito e não na simples ofensa de um interesse legítimo. c) O sacrifício devia ter sido imposto no interesse público e não no interesse da pessoa titular do direito sacrificado” (José Joaquim Gomes Canotilho, *O Problema da Responsabilidade do Estado por Acto Lícitos*, Coimbra, Almedina, 1974, pp. 82-83).

50 Há responsabilidade civil por ato lícito também, por exemplo, na instituição de passagem forçada (CC1916: art. 599; CC: art. 1.285).

51 Caio Mário da Silva Pereira, por exemplo, trata dessas excludentes de ilicitude em capítulo denominado “Excludentes de Responsabilidade Civil” (*Responsabilidade Civil*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 295-309).

52 Há, ainda, quem entenda, como Carlos Roberto Gonçalves, que os atos pratica-

46 “Indenizar significa ressarcir o prejuízo, ou seja, tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por ela experimentado” (Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*, vol. IV, 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 233).

47 João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2000, p. 311.

A propósito do fundamento do dever de indenizar decorrente do estado de necessidade, são muitas as divergências na doutrina. Há autores que vislumbram no princípio do enriquecimento sem causa o porquê do ato lícito, praticado em estado de necessidade, acarretar reparação⁵³. Considera-se, entretanto, esta teoria insuficiente, pois “para a justificação do ressarcimento do dano causado pelo ato necessário, porque será impossível falar em enriquecimento no caso em que esse ato não tenha alcançado bom êxito”⁵⁴.

Outra parte da doutrina entrevê na expropriação privada o embasamento da reparação⁵⁵, o que também é insatisfatório, na medida em

dos em legítima defesa, exercício regular de um direito e estado de necessidade interrompem onexo causal, de forma a excluir a responsabilidade do agente. É o que afirma na seguinte passagem: “Há certos fatos que interferem nos acontecimentos ilícitos e rompem onexo causal, excluindo a responsabilidade do agente. As principais excludentes da responsabilidade civil, que envolvem a negação do liame de causalidade (...) são: o estado de necessidade, a legítima defesa, a culpa da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou força maior e a cláusula de não indenizar” (Carlos Roberto Gonçalves, *Comentários ao Código Civil*, vol. XI, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 274). A nosso ver, as excludentes de ilicitude não interferem no nexocausal. Assim, o agente que, para se defender (isto é, em legítima defesa), provoca certo dano a seu ofensor, não deve responder, mas não porque houve interrupção do nexocausal, e sim pela falta de antijuridicidade em sua conduta (como se sabe, o ato ilícito é pressuposto da culpa, que é um dos elementos da responsabilidade civil subjetiva). Apenas a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou de força maior e o fato de terceiro é que, excepcionalmente, podem excluir a responsabilidade do agente por interrupção do nexocausal.

53 Nesse sentido v. Diogo Leite de Campos, *A Subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento*, Coimbra, Almedina, 1974. Na opinião de Luiz Roldão de Freitas Gomes: “Eventuais direitos que assistam a pessoa prejudicadas em decorrência de atos que não se revestem do rótulo de ilicitude nem só por isso devem ser havidos como de responsabilidade civil, mas de sua restauração por ausência mesmo de causa para serem suas conseqüências suportadas, sem contrapartida. É a vedação do enriquecimento sem causa, princípio que pode inspirá-la, não se confunde com a responsabilidade civil” (*Elementos de Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.271).

54 José de Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, vol. II, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 676.

55 Este é o entendimento de Demogue e Marton, conforme se vê da lição de José de Aguiar Dias (*Da Responsabilidade Civil*, vol. II, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, pp. 676 e 677).

que não se consegue alcançar a hipótese do ato necessário em proveito de terceiro que, porventura, o obrigue.

Mais acertado parece ser o entendimento de José de Aguiar Dias, que funda a reparação na idéia de equidade, solidariedade, assistência social. Segundo este autor, simplesmente não é justo que o terceiro, em que recai o resultado do ato necessário, sofra o prejuízo, “para permitir que dele se livre aquele a quem o dano foi dirigido”⁵⁶. Nesse sentido, vale também mencionar a opinião Karl Larenz:

“*El fundamento de este deber de indemnizar no radica en estos casos ni en la responsabilidad por un acto antijurídico propio o ajeno, ya que el ataque es conforme a derecho por estar permitido, ni en la imputación de un determinado riesgo de cosa o de empresa, sino en la exigencia de la justicia conmutativa de que aquel que ha defendido su interés en perjuicio del derecho de otro, aunque en forma autorizada, ha de indemnizar al perjudicado que hubo de soportar la perturbación de su derecho*”⁵⁷.

Outra questão que se põe é a que diz respeito ao fundamento da responsabilidade civil nessas hipóteses. De início, conforme adverte Gustavo Tepedino, na esteira da responsabilidade subjetiva, “o codificador brasileiro absorveu as doutrinas que procuravam alargar a noção de culpa, em favor de uma maior efetividade na reparação, adotando a doutrina da culpa indireta nos artigos 1.518 a 1.521”⁵⁸.

Note-se que os arts. 1.519 e 1.520 do Código Civil de 1916, bem como seus correspondentes arts. 929 e 930 do Código Civil de 2002, fazem referência à culpa pelo perigo, e não pelo dano. Nos referidos dispositivos também não se alude à culpa do autor do dano, mas sim à eventual culpa do dono da coisa, da pessoa lesada ou de terceiro. O que a doutrina, a princípio, sustentou é que o agente, em vez de causar o dano, poderia sujeitar-se ao mal ou optar por sofrer a ofensa, em vez

56 José de Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, vol. II, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 677.

57 Karl Larenz, *Derecho de Obligaciones*, tomo II, tradução de Jaime Santos Briz, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 690.

58 Gustavo Tepedino, “A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal”. In: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 178.

de repeli-la. Assim, o agente era, ao menos indiretamente, “culpado” pelo dano, daí a expressão *culpa indireta*.

Com a evolução da jurisprudência, passou-se a dizer que a culpa do agente em relação ao dano, ainda que indireta, era presumida⁵⁹. Da culpa presumida para a responsabilidade objetiva não demorou muito⁶⁰. Os partidários da responsabilidade objetiva alegam que a noção de culpa é incongruente com a idéia de responsabilidade civil por ato lícito. No entendimento de Alvino Lima:

“Impossível seria pretender que o fundamento desta responsabilidade repouse na culpa, pois, se esta nada mais é do que um erro de conduta, incompatível se torna com o exercício de um direito. Conduzir-se como permite a lei, exercendo um direito reconhecido, não é afastar-se das normas de condutas seguidas pelo homem diligente; é, ao contrário, conduzir-se como se conduziria qualquer outra pessoa colocada nas mesmas circunstâncias de fato em que se encontrava o agente”⁶¹.

59 Sobre as presunções de culpa, Wilson Melo da Silva arrisca algumas metáforas: “Pressuposição implica presunção. E presunção, em matéria de responsabilidade, vimo-lo já, e por mais de uma vez, são ‘máscaras’ apenas, como diria De Page, com as quais, não raro, se pretendesse ocultar apenas a face do risco. Presunção é ‘fantasma de culpa’, proclama Jossierand. E se as presunções são da natureza daquelas, ditas invencíveis ou juris et de jure, então de culpa efetivamente nenhuma se trataria. Ter-se-ia, apenas, a ‘etiqueta’ da culpa, o mero rótulo, o simples arcabouço vazio, o *enveloppe sens contenu*, a imagem vã, o corpo sem gravidade ou o gás sem expansão do expressivo linguajar de Butera” (*Responsabilidade sem Culpa*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1974, p.142).

60 Na opinião de Pietro Perlingieri: “L’atto del danneggiante è stato inquadro per lungo tempo tra gli ‘atti leceti dannosi’ o tra le ipotesi di responsabilità per fatto próprio, nelle quali lo stato di necessita funge da causa parzialmente esoneratrice della responsabilità. Per altro verso, la fattispecie è stata anche ricondotta al sistema della responsabilità oggettiva, intesa in senso lato, individuando nell’equità il fondamento della relativa responsabilità. Di recente il fenômeno è stato ricondotto all’ âmbito dell’ingiustificado arricchimento” (*Manuale di Diritto Civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, pp. 624-625).

61 Alvino Lima, *Culpa e Risco*, atualização por Ovídio Rocha Barros Sandoval, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pp. 303-304. No mesmo sentido: Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. I, 4ª ed., Rio de Janeiro: Liv. Francisco Alves, 1931, p. 422 e seguintes.

A nosso ver, salvo melhor juízo, a hipótese parece ser mesmo de responsabilidade objetiva⁶². Exceto se tiver provocado o perigo, a conduta do agente não é culposa e, ainda assim, deverá o necessitado responder pelos prejuízos a que deu causa. Aliás, se o perigo tiver sido provocado pelo próprio agente, sequer estará ele acobertado pela excludente de ilicitude, pois, conforme acima explicado, é requisito do estado de necessidade o perigo atual, não provocado voluntariamente pelo agente.

Além disso, a tendência hoje é a ampliação das hipóteses de responsabilização independente de demonstração de culpa, tanto é que o Código Civil de 2002 inovou ao prever cláusula geral de responsabilidade objetiva, nos termos do parágrafo único do art. 927. A imputação objetiva amplia o campo da reparação, de forma que não só aqueles que demonstrem a culpa possam obtê-la, mas também os que não estejam em condições de fazê-lo, seja por insuficiência de meios, ou em razão de terem sido prejudicados pela própria situação de perigo. Assim, pretende-se “facilitar” a vida da vítima, já que, como na imagem de Ricardo Lorenzetti⁶³, a responsabilidade baseada na culpa assemelha-se a um edifício dotado de portas difíceis de serem abertas.

É evidente que a responsabilidade objetiva decorrente de ato lícito apresenta certas singularidades em relação à responsabilidade fundada na noção de ato ilícito. À guisa de exemplo, em relação ao cômputo de juros, o Enunciado da Súmula n.º 54 do Superior Tribunal de Justiça determina que os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual. Na opinião de Guilherme Couto de Castro, se lícita a conduta, os juros fluirão tão-só a partir da citação judicial, em obediência ao art. 1.536, §2º, do Código Civil

62 Segundo Guilherme Couto de Castro: “Se a conduta é regular e lícita, e ainda assim obriga ao ressarcimento, é evidente que estamos no campo de imputação sem falta. A doutrina brasileira ainda não se tem aprofundado sobre o tema, qual o dever de reparar, no âmbito privado, em virtude de conduta lícita” (*A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 45).

63 Ricardo Luis Lorenzetti, *Fundamentos do Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 96. Segundo Maria Alice Hofmeister, “A personificação manifesta-se acentuadamente no campo específico da responsabilidade civil. Mais acertado, talvez, seria admitir que é neste terreno que a tendência se sobressai” (*O Dano Pessoal na Sociedade de Risco*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 89).

de 1916 (art. 405 do CC)⁶⁴. Seja como for, o fato é que a jurisprudência tem aplicado sem cerimônia os arts. 929 e 930 do Código Civil⁶⁵.

Na legítima defesa, à luz do art. 1.540 do Código Civil de 1916 (sem correspondência no Código Civil de 2002), não haveria dano a ressarcir⁶⁶. É que o referido artigo determina que as disposições refe-

64 Nesse sentido, v. Guilherme Couto de Castro (*A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 45). Além disso, outra distinção que este autor aponta entre a responsabilidade objetiva decorrente de ato lícito e a responsabilidade fundada na noção de ato ilícito é que, na primeira, a indenização não deve compreender dano moral de caráter punitivo (o que, aliás, já é bem discutível mesmo no âmbito da responsabilidade decorrente de ilícito).

65 Como se vê: “Responsabilidade Civil. Transporte coletivo. Assalto. Estado de necessidade. Responde pelo resultado danoso a empresa cujo motorista pratica a ação em estado de necessidade, sob coação do assaltante, deixando a porta aberta do veículo que mantém em movimento, do que decorre a queda do passageiro. Precedentes. Recurso não conhecido” (STJ, 4ª T, REsp. 234263/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 14.02.2000, p. 43). No mesmo sentido: “Responsabilidade civil. Acidente automobilístico. Situação de perigo criada por terceiro. Obrigação do causador direto do dano de indenizar, com ação regressiva Obrigação do causador direto do dano de indenizar, com ação regressiva contra o terceiro. Aplicação do art. 1.520 do Código Civil. Na sistemática do direito brasileiro, o ocasionador direto do dano responde pela reparação a que faz jus a vítima, ficando com ação regressiva contra o terceiro que deu origem à manobra determinante do evento lesivo. Recurso especial conhecido e provido parcialmente” (STJ, 4ª T, REsp. 127747/CE, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 25.10.1999, p. 85). Assim também: “Responsabilidade civil. Acidente de Trânsito. Colisão com veículo regularmente estacionado. Fato de Terceiro. ‘Fechada’. Estado de necessidade. Licitude da conduta do causador do dano. Ausência de culpa demonstrada. Circunstância que não afasta a obrigação reparatória (arts. 160, II, e 1.520, CC). Recurso conhecido e provido. I — O motorista que, ao desviar de ‘fechada’ provocada por terceiro, vem a colidir com automóvel que se encontra regularmente estacionado responde perante o proprietário deste pelos danos causados, não sendo elisiva da obrigação indenizatória a circunstância de ter agido em estado de necessidade. II — Em casos tais, ao agente causador do dano assiste tão-somente direito de regresso contra o terceiro que deu causa a situação de perigo” (STJ, 4ª T, REsp. 12840/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 28.03.1994, p. 6324).

66 Saliencia Carlos Roberto Gonçalves que, “embora quem pratique o ato danoso em estado de necessidade seja obrigado a reparar o dano causado, o mesmo não acontece com aquele que pratica legítima defesa, no exercício regular de um direito e no cumprimento do dever legal”, acrescentando que “o art. 1.540 do Código Civil de 1916 também excluiu a responsabilidade do autor do ato lesivo praticado em legíti-

rentes às obrigações decorrente de atos ilícitos se aplicam ainda ao caso em que a morte, ou lesão, resulte de ato considerado crime justificável, *se não foi perpetrado pelo ofensor em repulsa de agressão do ofendido*. Assim, como na legítima defesa o defensor repele agressão feita contra si ou contra outrem, no limite necessário para o afastamento do perigo, salvo a ocorrência de excesso, a princípio não há que se falar em indenização.

Ocorre que o parágrafo único do art. 1.520 do Código Civil de 1916, ao qual corresponde o art. 930 do Código Civil de 2002, contempla a hipótese de legítima defesa, possibilitando ação regressiva contra aquele em defesa de quem se praticou o dano. 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. Tal solução se justifica, porque a quem coube o proveito deve caber também eventual indenização pelos prejuízos⁶⁷.

Aliás, esta deveria ter sido também a solução adotada para a hipótese de estado de perigo. Com efeito, melhor seria se o Código Civil de 2002 possibilitasse a ação regressiva também contra o favorecido pelo ato praticado em estado de perigo, e não apenas contra aquele que o provocou, exatamente como o fez na legítima defesa, em que a ação regressiva é cabível contra o beneficiado. É que o beneficiado, seja na legítima defesa, seja no estado de perigo, é mais facilmente identificável que o provocador do perigo. Além disso, ninguém melhor do que ele para aceitar ressarcir os prejuízos provocados em seu favor. Em razão disso, devem os tribunais conferir ao autor do dano, que agiu em estado de necessidade, o direito de intentar ação regressiva contra

ma defesa, pois a expressão crime justificável abrangia, na legislação penal anterior, a legítima defesa” (*Responsabilidade Civil*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 483-484).

67 Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. I, 4ª ed., Rio de Janeiro: Liv. Francisco Alves, 1931, p. 299.

aquele que foi favorecido pelo ato, com base na aplicação analógica do parágrafo único do art. 930 do Código Civil.

Por último, quanto ao exercício regular de um direito, nem o Código Civil de 1916, tampouco o Código Civil de 2002, fizeram referência a qualquer dever de indenizar.

6. Conclusão

Diante dessas considerações, conclui-se que na escusativa fundada nas excludentes de ilicitude existe um ato que seria originalmente ilícito, mas que a lei o justifica, eximindo o agente, no mais das vezes, do dever de indenizar.

Dessa forma, os atos praticados, desde que sem excessos, em legítima defesa, no exercício regular de um direito e em estado de necessidade não constituem crime e, igualmente, não configuram, na esfera cível, ato ilícito. Nada obstante, 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.

Muito embora o ordenamento jurídico brasileiro não considere ilícito o ato praticado em estado de necessidade, ao analisar os prejuízos dele resultantes, prefere fazê-los pesar sobre o autor do dano do que sobre aquele que sequer havia tomado parte na situação de perigo. Contudo, se for possível identificar o provocador do estado de perigo, este ficará obrigado a ressarcir o autor do dano.

No que tange à legítima defesa, o parágrafo único do art. 1.520 do Código Civil de 1916, ao qual corresponde o art. 930 do Código Civil de 2002, contempla a possibilidade de o autor do dano intentar ação regressiva contra aquele em defesa de quem se praticou o dano. 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. O autor do dano, por sua vez, tem direito de regresso contra aquele em defesa de quem praticou o dano.

Quanto ao exercício regular de um direito, tanto o Código Civil de 1916 quanto o Código Civil de 2002 não fizeram referência a qualquer dever de indenizar.

Não há regra para se determinar a indenização nos casos de responsabilidade civil por ato lícito. Seja como for, a solução dos conflitos em matéria de responsabilidade civil deve atender sempre ao princípio constitucional da solidariedade social, que informa todo o sistema, tanto mais quanto houver lesão à pessoa, de modo a impedir que se reproduza a técnica individualista do Código Civil de 1916. Nas palavras de Pietro Perlingieri:

*“Per determinare la misura dell’indennità, il giudice non deve seguire criteri rigidi e predeterminati. Egli può tener conto di una pluralità di fattori quali la gravità del danno, il pericolo, le condizioni economiche delle parti; nell’ipotesi di danno alla persona, l’indennità deve comunque tendere, per quanto possibile, a ripristinare le potenzialità del soggetto leso”*⁶⁸.

O Direito Civil, interpretado à luz dos princípios constitucionais, não pode perder de vista a vítima, que deve ser sempre que possível amparada pelo direito (embora não a qualquer custo). Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconstitucionais com a boa exegese da lei devem ser arredados.

68 Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 625.