

ANTI JURIDICIDADE COMO REQUISITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL: AMPLITUDE CONCEITUAL E MECANISMOS DE AFERIÇÃO

WRONGFULNESS AS A REQUIREMENT FOR TORT LAW: CONCEPTUAL BREADTH AND MEASUREMENT MECHANISMS

RAFAEL PETEFFI DA SILVA

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.
Coordenador da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo.
rpeteffi@terra.com.br

Recebido em: 05.06.2018
Aprovado em: 20.12.2018

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: O presente estudo visa a analisar as múltiplas facetas da antijuridicidade na responsabilidade civil extracontratual. Primeiramente, existe uma grande incerteza sobre a nomenclatura utilizada para designar o instituto, principalmente quando confrontado com o termo "ilicitude", gerando a comparação entre a ilicitude objetiva e a ilicitude subjetiva. Outrossim, o contraste entre as ilicitudes formal e material auxiliará o leitor a aquilatar o conteúdo do instituto da antijuridicidade. O presente trabalho ainda visa a identificar o *locus* operacional da antijuridicidade, que está no fato causador do dano, bem como o método de efetiva verificação da existência de antijuridicidade em determinada conduta, explorando o conteúdo das teorias do desvalor da conduta e do desvalor do resultado. Por fim, aponta-se o papel da antijuridicidade como pressuposto ou requisito da responsabilidade civil extracontratual.

ABSTRACT: The present study aims to explore the multiple facets of wrongfulness in tort law. First, there is great uncertainty about the nomenclature used to designate the institute, especially when confronted with the term "ilicitude" in latin languages, generating a comparison between objective wrongfulness and subjective wrongfulness. The contrast between formal wrongfulness and material wrongfulness will help the reader to assess the content of the institute. The present work also aims to identify the operative *locus* of wrongfulness (which is in the fact that caused the damage), as well as the method of effectively verifying the existence of wrongfulness in a certain conduct, exploring the content of the theory of the violation of a duty of care and the theory of wrongfulness based on the result. Finally, the role of wrongfulness as a requirement of Tort Law is pointed out.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil – Antijuridicidade – Ilícitude objetiva – Interesse juridicamente protegido – Requisitos da responsabilidade civil.

KEYWORDS: Tort law – Wrongfulness – Unlawfulness – Legally relevant damage – Requirements of tort law.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Amplitude conceitual e conteúdo da antijuridicidade. 1.1. Panorama geral da terminologia da antijuridicidade. 1.2. Ilícitude objetiva e ilícitude subjetiva. 1.3. Antijuridicidade formal e material: o conteúdo do conceito jurídico de antijuridicidade. 2. *Locus* e abrangência operacional da antijuridicidade. 2.1. *Locus* operacional da antijuridicidade: conduta ou resultado (dano)? 2.2. O fator de avaliação da antijuridicidade: desvalor da conduta ou desvalor do resultado? 3. Antijuridicidade como pressuposto da responsabilidade civil. 3.1. Correntes que não aceitam a antijuridicidade como um pressuposto autônomo da responsabilidade civil. 3.1.1. A irrelevância da antijuridicidade como pressuposto da responsabilidade civil. 3.1.2. Falta de autonomia da antijuridicidade como pressuposto da responsabilidade civil. 3.2. A antijuridicidade como pressuposto autônomo para o surgimento do dever de indenizar. 3.2.1. A antijuridicidade como quebra de um "dever de cuidado" (*duty of care*). 3.2.2. O afastamento da antijuridicidade somente nas hipóteses de observância de causas de justificação. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

De uma maneira simplista, e até mesmo tautológica, poder-se-ia afirmar que a antijuridicidade representa o ato contrário ao direito. Essa noção básica de antijuridicidade permeia o imaginário dos juristas e está plasmada nas lições doutrinárias sobre o tema. Uma abordagem mais detalhada sobre o assunto, contudo, mostra-se essencial para guiar o estudioso da responsabilidade civil por entre os intrincados problemas atuais que o instituto possui.

A responsabilidade civil extracontratual constitui uma modalidade em que, na grande maioria dos casos, o dever obrigacional de indenizar a vítima surge de fatos jurídicos que afrontam diretamente normas positivadas, sem a intermediação de um negócio jurídico realizado entre autor e vítima. Em ordenamentos jurídicos como o brasileiro, cujo sistema de responsabilidade civil extracontratual é caracterizado por grandes cláusulas gerais, a identificação de fatos que representem contrariedade ao ordenamento jurídico considerado em sua totalidade é, além de tarefa, muitas vezes, árdua, importante critério para selecionar condutas aptas a gerar danos indenizáveis.

Porém, difícil negar que a antijuridicidade, não apenas em terras brasileiras, sofre certo desprestígio como requisito da responsabilidade civil. Além de ser ignorada por parte da doutrina nacional, que explora a noção de *faute* francesa sem dar importância ao seu elemento objetivo, a ilícitude acabou sendo confundida

com a culpabilidade ou *engolida* por teorias sobre o dano cada vez mais ampliativas, restando como único resquício do seu fator operativo as chamadas causas excludentes, como a legítima defesa e o exercício regular de direito¹.

Ademais, ainda que a antijuridicidade seja uma noção fundante da esmagadora maioria dos sistemas europeus², as modernas tentativas de harmonização da responsabilidade civil europeia acabam por trabalhar o espírito da antijuridicidade sob a roupagem dos interesses juridicamente protegidos ou dos *legally relevant damage*³. Por fim, a importação, por vezes, acrítica da figura italiana do *danno ingiusto* acaba por dar ares novidadeiros a soluções já solidificadas em nossa tradição jurídica, que se utiliza dos múltiplos desdobramentos da antijuridicidade.

Como resposta a um cenário que poderia ser de crise, além dos trabalhos monográficos que abordam o instituto como seu tema principal, a antijuridicidade continua a ser prestigiada nos mais modernos códigos civis, como os diplomas português, holandês e o recentíssimo Código Civil argentino, que têm na antijuridicidade um dos pilares do seu sistema de responsabilidade civil. No cenário brasileiro, o Código Civil de 2002 solidificou a tradição nacional de contar com a antijuridicidade ou ilicitude objetiva como elemento da cláusula geral de responsabilidade civil positivada no antigo artigo 159, por intermédio dos atuais artigos 186 e 187.

Por ser a antijuridicidade, geralmente, tratada como sinônimo de ilicitude, um termo que permite variadas interpretações, o caminho inicial para o enfrentamento do tema deve centrar os esforços na construção de acordos semânticos a respeito da ilicitude e da antijuridicidade, identificando o contexto em que esses termos são utilizados, de acordo com a estrutura sistemática dos diversos ordenamentos jurídicos estudados. Após o tratamento terminológico da antijuridicidade, a análise das diferenças entre a antijuridicidade formal e material impõe-se, para descortinar a integralidade do conteúdo do instituto no contexto atual. Esses temas constituem o objeto do primeiro capítulo.

1. PENA LÓPEZ, José Maria, prólogo à obra de BUSTO LAGO, José Manuel. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Madri: Tecnos, 1998. p. 14 e ss.
2. EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European Tort Law*. Viena: Springer, 2005. p. 25, comentários por KOZIOL, Helmut.
3. VON BAR, Christian; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans. (Org.) *Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Outline Edition. Munique: Sellier, 2009. Para uma análise mais detida desses diplomas de harmonização, veja-se o item 3.1 do presente trabalho.

Após a verificação do conteúdo da antijuridicidade em alguns ordenamentos jurídicos que se relacionam de maneira mais intensa com a realidade jurídica brasileira, o segundo capítulo do presente estudo dedicar-se-á a identificar o *locus* operacional da antijuridicidade, majoritariamente, relacionado à conduta do agente ou com o fato causador do dano. Outrossim, a investigação das maneiras pelas quais a contrariedade ao ordenamento jurídico ocorre assume importância prática inegável, atentando-se para as divergências entre as teorias do desvalor da conduta e do desvalor do resultado.

Os aludidos movimentos de perda e retomada de prestígio da antijuridicidade coincidem com a sua (des)consideração como necessário requisito da responsabilidade civil. Portanto, após assentadas as bases dogmáticas do instituto da antijuridicidade na responsabilidade civil, o capítulo derradeiro ocupar-se-á do tratamento do papel sistemático da antijuridicidade no cenário contemporâneo das demandas indenizatórias.

1. AMPLITUDE CONCEITUAL E CONTEÚDO DA ANTIJURIDICIDADE

1.1. Panorama geral da terminologia da antijuridicidade

O termo antijuridicidade é fruto do desenvolvimento observado na dogmática penal alemã⁴. Quando os autores passaram a abandonar o latim e escrever em alemão, vários foram os termos utilizados para expressar o ato contrário ao direito, tais como *Unrecht*, *Rechtswidrigkeit* ou *Widerrechtlichkeit*⁵.

As primeiras traduções do instituto feitas para algumas línguas latinas, como o espanhol, ocorreram somente no século XX. Desde essa época, as complexidades foram notadas, principalmente, em relação ao instável relacionamento

4. CALVO COSTA, Carlos. *Daño Resarcible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 119; e GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil. *Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2013. t. 66. Fascículo IV. p. 1504.

5. GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. Op. cit., p. 1513. Texto original: “Cuando los autores del área germánica empezaron a escribir en su lengua materna, tradujeron el término iniuria bien como *Unrecht* (literalmente, “no Derecho” o “antiderecho”), bien como *Rechtswidrigkeit* o *Widerrechtlichkeit* (“antijuridicidad”), aunque probablemente el término más usado hoy día sea *Rechtswidrigkeit*. Al final de este proceso, el último autor del *Usus Modernus Pandectarum*, Christian F. Glück (1755-1831) escribió que “El daño puede ser causado por una persona cabal mediante la lesión antijurídica (*widerrechtlich*) en la cosa de un tercero. Tal daño antijurídico (*rechtswidrig*) es llamado *damnum iniuria datum*”.

semântico entre os termos ilicitude e antijuridicidade⁶, muitas vezes, tidos por sinônimos e outras tantas vezes utilizados para marcar diferenças conceituais. Passar-se-á a enfrentar as possibilidades terminológicas que envolvem o instituto aqui estudado, principalmente nos países de língua latina, tentando entender a sua relação com a amplitude conceitual observada nos ordenamentos jurídicos respectivos.

A literatura portuguesa, de grande influência em nosso país, tem, na palavra ilicitude, a manifestação comum do instituto analisado. A ilicitude possui lugar de destaque em grande parte das obras sobre responsabilidade civil, pois é considerada um dos requisitos fundamentais para o nascimento do dever de indenizar. Muitos autores utilizam-na isoladamente⁷, enquanto outros fazem conexão direta com a antijuridicidade, tratando-as como termos equivalentes⁸. Os portugueses, que, majoritariamente, consideram-se legatários de um sistema germânico de responsabilidade civil extracontratual, sem a presença de uma cláusula geral ao estilo francês⁹, identificam na ilicitude um importante filtro para danos

-
6. CALVO COSTA, Carlos. Op. cit., p. 119. Complementando, GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. Op. cit., p. 1514: “Una aclaración sobre la terminología en castellano. El término que, desde el punto de vista etimológico, mejor traduciría “*Rechtswidrigkeit*” sería “injuria”, hasta tal punto que la palabra alemana surgió para traducir el “iniuria” latino. Sin embargo, injuria ha adquirido un significado muy particular en castellano que desaconseja su uso. Las palabras clásicas castellanas para designar estas situaciones han sido siempre “ilícito” e “ilicitud”, mientras que “antijuridicidad” es un neologismo doctrinal reciente. En nuestro idioma, tradicionalmente, lo jurídico ha sido lo referido al Derecho, no lo conforme al Derecho (ej., problema jurídico, estudios jurídicos, etc.). Además, está compuesta de muchas sílabas, lo que es bastante corriente en alemán, pero no en castellano; por ello, se la ha calificado de “feo trabalenguas” [Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho penal, IV, 2. ed., Losada, Buenos Aires (1961)], que propuso luego el término “antijuridicidad”, que es el que utilizan algunos autores, como Muñoz Conde, Derecho penal. Parte general, 8 ed., Tirant lo Blanch, Valencia (2010), p. 300 y ss.; o Pantaleón, Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid (1993), artículo 1902, p. 1993”.
7. FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Responsabilidade civil: o método do caso*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 76; MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 298.
8. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 561; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 532.
9. MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2010. t. 3. v. 2. p. 377-378; MENEZES LEITÃO, Adelaide. *Normas de protecção de danos puramente patrimoniais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 246; SINDE MONTEIRO,

indenizáveis, sendo que o Código de 1967, mais restritivo, descreveria “concretamente as duas variantes fundamentais através das quais se pode revelar o caráter antijurídico ou ilícito do facto.”¹⁰

Menezes Cordeiro situa a ilicitude abordada pela doutrina portuguesa como sendo correlata ao termo *unlawfulness*¹¹, utilizado pelos comparatistas europeus, que também têm na palavra *wrongfulness* um dos seus signos linguísticos preferidos¹². Interessante a advertência feita pelo autor em relação aos trabalhos de harmonização da responsabilidade civil europeia, que se utilizam, majoritariamente, da língua inglesa,

“Passando à responsabilidade civil: vimos a dificuldade de exprimir, em inglês, locuções tão simples como a culpa e a ilicitude. Pode, convencionalmente, usar-se *fault* e *unlawfulness*: mas nessa altura não teremos como as retroverter para o francês. Mas se assim ocorre a nível das três principais línguas da União (inglês, francês e alemão), e com referência a noções basilares, imaginar-se-á o que se poderá suceder com as restantes. A questão, sendo linguística, torna-se dogmática: faltam palavras porque não existem, nos Direitos correspondentes aos idiomas em jogo, os inerentes conceitos. O Direito europeu teria de começar por fixar um léxico.”¹³

A advertência de Menezes Cordeiro é salutar para justificar a pequena utilização dos estudos comparatistas neste item do trabalho, pois, como são escritos, majoritariamente, em inglês¹⁴, impedem uma investigação dos termos utilizados na língua original dos ordenamentos jurídicos analisados. A advertência aludida

Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 175 e ss., que também chama a atenção para algumas particularidades portuguesas em relação ao sistema alemão. Para uma recente comparação dos sistemas brasileiro e português de responsabilidade civil extracontratual veja-se: PETEFFI DA SILVA, Rafael; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Daño reflejo o por rebote: pautas para un análisis de derecho comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 7, ano 3, p. 207-240. abr.-jun. 2016.

10. ANTUNES VARELA, João de Matos. Op. cit., p. 532.
11. MENEZES CORDEIRO, António. Op. cit., p. 349.
12. Utilizando os dois termos como sinônimos veja-se KOZIOL, Helmut. *Wrongfulness under Austrian Law*. In: KOZIOL, Helmut (Coord). *Unification of Tort Law: Wrongfulness*. Haia: Kluwer International, 1998. p. 11.
13. MENEZES CORDEIRO, António. Op. cit., p. 349.
14. KOZIOL, Helmut (Coord). *Unification of Tort Law: Wrongfulness*. Haia: Kluwer International, 1998.

também sustenta o caminho que se empreenderá neste item, em que, muitas vezes, os termos indicados para designar o instituto jurídico em apreço deverão, necessariamente, estar acompanhados de uma explicação sobre o sistema jurídico em que estão inseridos, ainda que de forma muito breve.

Essas particularidades impostas por um ordenamento jurídico específico são observadas na Itália, onde a identificação da antijuridicidade não é tão clara, devido à enorme discussão que existe a respeito das porosas fronteiras que esse instituto teria com a “*ingiustizia del danno*”. Francesco D. Busnelli e Giovanni Comandé, em estudo de direito comparado, explicam que o Código Italiano oitocentista contava com uma simples cópia da cláusula geral do Código de Napoleão, comportando pouco desenvolvimento do conceito de antijuridicidade (*wrongfulness*). No Código de 1942, a antijuridicidade foi recepcionada por intermédio da “*ingiustizia del danno*”, um dos requisitos contidos na ampla norma positivada no art. 2043. Os autores comentam que, 20 anos depois da promulgação do novo diploma civil, importante parte da doutrina italiana passou a entender que a injustiça não se relacionava com a conduta danosa, mas com o próprio dano¹⁵, apesar de ainda contarmos com defesas importantes da antijuridicidade situada no fato causador do dano¹⁶. Especificamente em relação ao aspecto terminológico, notam-se autores como Carlo Castronovo, utilizando-se dos dois termos, “ilicitude” e “antijuridicidade”, mas com preferência para o termo *antigiuridicità*¹⁷, enquanto Massimo Bianca, expressamente, admite a utilização de ilicitude e antijuridicidade como sinônimos: “*Lilliceità può essere igualmente indicata come antigiuridicità. Illiceità e antigiuridicità esprimono infatti la medesima nozione di contrarietà alla norma*”¹⁸.

Em Espanha, Busto Lago entende que, por influência da doutrina italiana, a civilística espanhola utiliza os termos “antijuridicidade” e “ilicitude” como sinônimos¹⁹. Assevera, ainda, que o termo “antinormatividade” representa fenômeno

15. BUSNELLI, Francesco D.; COMMANDÉ, Giovanni. *Wrongfulness in the Italian Legal System*. In: KOZIOL, Helmut (Coord). *Unification of Tort Law: Wrongfulness*. Haia: Kluwer International, 1998. p. 69-86, p. 69 e ss.

16. BIANCA, Massimo. *Diritto civile: La responsabilità*. 2. ed. Milão: Giuffrè. 2012. v. 5. p. 551, nota 22.

17. CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 2006. p. 17 e ss.

18. BIANCA, Massimo, *op. cit.*, p. 557.

19. BUSTO LAGO, José Manuel. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Madri: Tecnos, 1998. p. 47.

menor, pois expressaria apenas uma contrariedade a uma norma, mas não um ato contrário ao ordenamento como um todo, como poderia acontecer nos casos de uma conduta que desrespeitasse uma norma, mas que preenchesse, ao mesmo tempo, o suporte fático de uma pré-excludente da antijuridicidade, como o exercício regular do direito. O “injusto”, igualmente, possui significado distinto, pois conteria juízo valorativo moral que o aproximaria do conceito de justiça, enquanto que a antijuridicidade representa uma contradição ao ordenamento jurídico sem qualquer relação com aquela valoração²⁰.

Para Martín García-Ripoll Montijano²¹, o termo clássico para designar o fenômeno em língua espanhola sempre foi ilicitude, sendo o termo antijuridicidade observado nas obras mais recentes²².

A França parece ser o campo de observação ideal para a identificação do alerta suprarreferido, sobre a estreita relação entre a ausência de termos específicos para designar a antijuridicidade e a ausência do conceito operacional correspondente. O ordenamento jurídico francês, caracterizado pela paradigmática cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva positiva no art. 1382 do Código de Napoleão²³, baseada no conceito de *faute*, possui convívio errático com o conceito de antijuridicidade. Não se pode dizer que a doutrina francesa não se utilize da palavra *illicéité*, mas ela surge como integrante da estrutura da *faute*²⁴, sonegando-lhe campo operativo próprio.

20. BUSTO LAGO, José Manuel. Op. cit., p. 47.

21. GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. Op. cit., p. 1514, nota 44.

22. Como exemplo de publicações recentes com a utilização preferencial do termo antijuridicidade tem-se: REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. BUSTO LAGO, José Manuel. (Coord.) *Tratado de responsabilidad civil*. Atualizado por PEÑA LOPEZ, Fernando. 5. ed. Madri: Arandiz, 2014. t. I. p. 76 e ss.; IZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Responsabilidad civil extracontratual: parte general*. Madri: Dykinson, 2015. p. 139 e ss.; DÍEZ-PICAZO, Luiz. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madri: Civitas/Thomson Reuters, 2011. p. 296 e ss.

23. VAN DAM, Cees. *European tort law*. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013. p. 53. O autor mostra a imensa influência que a sistemática francesa de cláusula geral aberta teve em inúmeros sistemas jurídicos.

24. JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 8. ed. Paris: Dalloz, 2010. p. 46-51. No mesmo sentido, no Direito brasileiro veja-se: PINHEIRO, Denise. *Liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*. Tese. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/USFC). Orientação de João dos Passos Martins Neto, Florianópolis, 2016.

Nesse contexto, existe a confusão entre a culpa e a antijuridicidade²⁵. A *faute* pode ser alusiva à culpa, à ilicitude e a certos fenômenos que misturam esses dois elementos, sendo o centro de uma ampla cláusula geral que foi exportada com grande intensidade para os países latino-americanos²⁶.

A influência francesa em países como Brasil e Argentina, por exemplo, é inegável²⁷, causando reflexos profundos na doutrina ali produzida. Como a abordagem terminológica encontrada nos aludidos ordenamentos correlaciona-se com a distinção entre os conceitos de ilicitude objetiva e subjetiva, a sequência da análise dar-se-á no próximo item.

1.2. *Ilicitude objetiva e ilicitude subjetiva*

A arquitetura legal que moldou o desenvolvimento das noções de ato ilícito, culpa e antijuridicidade, no Direito brasileiro, está preponderantemente positivada em alguns artigos, a saber:

Antigo Código Civil brasileiro:

“Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código. Arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.”

Atual Código Civil brasileiro:

“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.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

25. VINEY, Geneviève. Le “wrongfulness” en Droit Français. In: *Unification of Tort Law: wrongfulness*. KOZIOL, Helmut. (Org.) Haia: Kluwer International, 1998. p. 57-64, p.57: “En droit français, l’ illicéité n’ est pas un élément distinct de la faute: les deux notions sont confondues”. No mesmo sentido, BARBOSA, Mafalda Miranda. *Liberdade v. Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 26.

26. MENEZES LEITÃO, Adelaide. Op. cit., p. 52.

27. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Influência do direito francês sobre o direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 89, p. 184-194, 1994, p. 193: “a teoria da responsabilidade civil no Código Civil brasileiro é totalmente derivada do Código de Napoleão”. CAPANEMA DE SOUZA, Sylvio. O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 36-51, 2004.

Apesar da influência inegável do modelo napoleônico, importante notar que a legislação brasileira confere maior destaque à antijuridicidade, plasmada na locução “violação do direito²⁸” e encontrada tanto no Código Beviláqua como no atual Código Civil; ao contrário do que acontece com outros dispositivos legatários do paradigma francês, como o art. 1.092 do Código Civil espanhol, que não possui referência direta à antijuridicidade²⁹.

José de Aguiar Dias ensina que a ausência da antijuridicidade no modelo francês levou à obrigatoriedade de se afastar a *faute* da noção de culpa clássica, admitindo-se que a *faute* fosse composta por dois elementos diversos: i. o objetivo, que representaria a ideia básica de antijuridicidade, caracterizando o ato contrário ao direito ii. e o subjetivo, vinculado à ideia clássica de culpa, que implicaria apreciação valorativa da conduta do agente³⁰.

Essa noção de *faute* justifica-se como opção de inúmeros doutrinadores franceses clássicos, pelas particularidades de seu sistema³¹, mas não pode albergar a ideia de que a culpa, entendida dentro da sistemática do Direito brasileiro, também seria composta pelos dois elementos referidos, como admitido por parcela da doutrina, que realiza uma tradução simplista da palavra *faute*³².

No ordenamento brasileiro, os elementos subjetivo e objetivo somente podem estruturar o ato ilícito, que é uma das outras traduções admitidas para a *faute* francesa. Com efeito, por seu “enunciado e por sua posição estrutural na arquitetura codificada”³³, o artigo 159 do Código Beviláqua, naturalmente, guiou a

28. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1. p. 32.

29. PANTALEÓN, Angel Fernando. Comentário al art. 1029 del Código Civil. In: *Comentario del Código Civil*. Madri: Ministério de Justicia, 1991, p. 1993 e ss.; PENA LOPEZ, José Maria de. Prólogo à obra de BUSTO LAGO, José Manuel. Op. cit., t. 3. p. 17; GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. Op. cit., p. 1505.

30. DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 46.

31. Para uma visão da amplitude dogmática atingida pela *faute* no Direito francês, consulte-se, exemplificativamente, JOURDAIN, Patrice. Op. cit. *passim*.

32. Para uma visão da doutrina brasileira e estrangeira que adota essa noção de culpa (*faute*), veja-se: LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 52. Para uma recensão e crítica de autores que confundem a antijuridicidade com a culpa, veja-se PENA LOPEZ, José Maria de. Prólogo à obra de BUSTO LAGO, José Manuel. Op. cit., p. 16-17.

33. MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: *Novo Código Civil: Questões controvertidas, parte geral do Código Civil*. v. 6. DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). São Paulo: Método. 2007. p. 505-544, p. 516.

melhor doutrina brasileira, que entende que a violação do direito de outrem, somada à ação ou omissão culposa, não são elementos da culpa, mas, ao contrário, compunham o suporte fático do artigo 159 do Código Beviláqua, que tinha por missão precípua estruturar o conceito operacional de ato ilícito.

Essa realidade deu causa às duas acepções do termo ilicitude aceitas no Direito brasileiro. Primeiramente, a “ilicitude subjetiva”, sustentada por uma das acepções da *faute* e pela possibilidade semântica de se considerar que a consequência jurídica imediata da verificação de todos os requisitos do ato ilícito positivado em nosso ordenamento (art. 159, CC/1916) geraria *ilicitude*. Com a tradição jurídica alicerçada na norma contida no art. 159 do antigo Código Civil, ilicitude subjetiva estaria, sempre, vinculada ao ato voluntário e culposo do agente que contraria o direito. A chamada ilicitude objetiva, por seu turno, vincular-se-ia à noção de antijuridicidade que vem sendo trabalhada no presente estudo³⁴⁻³⁵.

Como corolário lógico da dupla acepção da ilicitude temos a dupla acepção do próprio ato ilícito³⁶: i. ato ilícito entendido como o conjunto de pressupostos necessários para preencher o suporte fático das normas supratranscritas (arts. 159, CC/1916; 186 e 187, CC/2002) e ii. ato ilícito como conduta antijurídica, ou seja, com o qualificativo *ilicito* sendo polarizado para a *ilicitude objetiva*, restringindo-se a categoria à ação contrária ao Direito. Neste trabalho, o termo ato ilícito será sempre utilizado na primeira acepção³⁷.

34. BUERES, Alberto. *Derecho de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001. p. 476-477; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 9-10; e NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 383. Ressalte-se que alguns autores acabam por fazer a distinção entre antijuridicidade objetiva e subjetiva, nesse sentido MONTENEGRO, Antônio Lindbergh. Op. cit., p. 9.

35. MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 520. “Como consequência, admite-se uma complexa dimensão da ilicitude que engloba a chamada ilicitude subjetiva e a objetiva: é subjetiva quando a norma determina seja o nexo de imputação balizado pela culpa, impondo-se a verificação da negligência ou da imprudência ou, ainda no caso do dolo, também da intencionalidade; é objetiva quando não é necessário averiguar se, subjacente ao ato ou conduta, houve ato negligente ou imprudente, pois a ilicitude estará caracterizada pelo desvio ou pela contrariedade à norma de dever-ser imposta pelo Ordenamento [...]”.

36. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 10; NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 383.

37. MONTENEGRO, Antônio Lindbergh. Op. cit., p. 31 e ss. O autor critica fortemente a segunda acepção de ato ilícito, que não será utilizada neste estudo. Em sentido semelhante, considerando o ato ilícito de acordo com a primeira acepção exposta, SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 153.

Apesar da utilização maciça do termo ilicitude na sua feição subjetiva, a melhor doutrina brasileira, todavia, não se furtou a isolar a antijuridicidade ou ilicitude objetiva como elemento autônomo do ato ilícito. Utilizando-se dos termos antijuridicidade e ilicitude como sinônimos, Pontes de Miranda identifica os dois elementos que determinam o conteúdo do ato ilícito e assevera que “a contrariedade a direito, o ir contra o conteúdo da regra jurídica, não é elemento da culpa. É elemento da ilicitude do ato: contrariedade a direito mais culpa igual a ilícito. Tal o suporte fático”³⁸.

O termo antijuridicidade, em vez de ilicitude, também é prestigiado por outros autores, que o caracterizam como um dos pressupostos mais importantes para o nascimento do dever de indenizar. Alguns, inclusive, expressamente, ressaltam a sinonímia existente entre os termos ilicitude e antijuridicidade³⁹, o que reforçaria uma visão atual de utilização do termo ilicitude em sua acepção objetiva. Ainda assim, pode-se afirmar que, no Direito brasileiro, a falta de uma padronização terminológica mais rigorosa constitui um obstáculo substancial para a racionalidade do debate sobre a ilicitude (objetiva) ou antijuridicidade.

Além dos percalços terminológicos, alguns autores condenam a antijuridicidade ao ostracismo, ignorando não apenas o termo, mas o próprio instituto jurídico, tratando apenas a culpa, o nexo de causalidade e o dano como elementos importantes na teoria geral da responsabilidade civil⁴⁰. Acepções menos usuais do termo antijuridicidade também são encontradas⁴¹.

Os próprios elementos caracterizadores do ato ilícito são, por vezes, alterados, adicionando-se o dano como elemento formador. Mesmo admitindo-se que “não seria de boa lógica introduzir a função no conceito”, observam-se posicionamentos que entendem que o ato ilícito sem consequência danosa seria

38. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. 53, p. 92. Apesar de comunicar da mesma opinião, isolando a antijuridicidade com um elemento do ato ilícito, Noronha realiza uma clara distinção entre ilicitude e antijuridicidade, utilizando-se do primeiro termo preferencialmente em sua feição subjetiva, veja-se NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 392.

39. MONTENEGRO, Antônio Lindbergh. Op. cit., p. 17.

40. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 36. Apesar de tratar da violação do dever jurídico, estes autores utilizam basicamente a modelagem da *faute* francesa, designando-a como culpa.

41. GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Texto atualizado, revisado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense. 2011.

algo inútil juridicamente, pois o nascimento do dever de indenizar não se verificaria⁴². Aqui é fundamental a crítica de Judith Martins-Costa⁴³, ao comentar a existência de várias formas de ilicitude sem dano indenizável, as quais, algumas vezes, podem atrair outras formas de tutela que não a indenizatória, como a tutela inibitória ou a possessória.

Se o Código Civil de 2002 prestou um grande desserviço ao rigor conceitual dos institutos ínsitos à teoria geral da Responsabilidade Civil incluindo o dano como um pretense elemento do ato ilícito⁴⁴, no art. 186, também, digna de nota é inserção do art. 187 como uma espécie típica de ato ilícito, que auxilia na sedimentação de uma noção de ilicitude sem a presença da culpa em sentido clássico⁴⁵.

A distinção entre ilicitude objetiva e subjetiva sempre teve grande importância na doutrina argentina, apresentando os mesmos contornos conceituais aqui já abordados pelos doutrinadores brasileiros, inclusive em relação ao conceito de ato ilícito⁴⁶. A corrente majoritária adota a acepção objetiva, utilizando os termos ilicitude e antijuridicidade como sinônimos⁴⁷.

Mesmo o Código argentino oitocentista já continha um artigo que propiciava um isolamento conceitual da ilicitude, ainda que prescrevesse a voluntariedade

42. GOMES, Orlando. Op. cit., p. 63: “Não interessa ao Direito Civil a atividade ilícita de que não resulte prejuízo. Por isso, o dano integra-se na própria estrutura do *ilícito civil*. Não é de boa lógica, seguramente, introduzir a função no conceito. Talvez fosse preferível dizer que a produção do dano é, antes, um requisito da responsabilidade do que do ato ilícito. Seria este simplesmente a conduta *contra jus*, numa palavra, a *injúria*. Fosse qual fosse a consequência. Mas, em verdade, o direito perderia seu sentido prático se tivesse de ater-se a conceitos puros. O *ilícito civil* só adquire substantividade se é *fato danoso*. Se alguém infringe intencionalmente regras de trânsito, mas não causa qualquer prejuízo, age contra direito, mas não comete *ilícito civil*.” (grifou no original).

43. MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 520-522.

44. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito das Obrigações: fatos ilícitos absolutos...*. Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial. Atualização de Rui Stoco. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. 53. p. 262. Para as severas críticas à redação do art. 186 do Código Civil veja-se: NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 387. Em sentido semelhante, criticando o projeto do novo Código Civil brasileiro, veja-se: DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 31.

45. MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p.523-525.

46. CALVO COSTA, Carlos. Op. cit., p. 110 e ss.

47. CALVO COSTA, Carlos. Op. cit., p. 115, enumera, como integrantes dessa corrente, nomes como Bueres, Orgaz, Alterini, López Cabana, Zavala de González, Agoglia, Vásquez Ferreyra, entre outros.

do ato com um dos requisitos do ato ilícito positivado no art. 1066⁴⁸. A esmagadora maioria da doutrina moderna alinhou-se ao conceito objetivo de ilicitude, entendendo que a voluntariedade, entendida como capacidade do agente do ato antijurídico, não se colocava como um requisito a ser observado, admitindo-se a antijuridicidade ou ilicitude mesmo quando da violação do ordenamento jurídico por um amental⁴⁹.

O tema da antijuridicidade ganhou renovada intensidade na doutrina Argentina com as discussões para a elaboração do projeto do seu novo Código Civil, promulgado em 2014. Nesse sentido, Sebastián Picasso pontua:

“Tal vez en ningún otro sector del derecho de daños se han producido en las últimas décadas cambios tan trascendentes como en la teoría de la antijuridicidad. De la concepción decimonónica, basada en una antijuridicidad formal (necesidad de que haya una prohibición legal en cada caso concreto) y subjetiva (únicamente hay acto ilícito si media culpa o dolo) se pasó, al cabo de una paulatina evolución, a otra totalmente inversa, que la concibe como material y objetiva.”⁵⁰

A referida “mudança transcendente” na teoria da antijuridicidade, apesar de intensas manifestações contrárias⁵¹, fez-se notar nos artigos do novo diploma argentino⁵², que isolou o instituto de qualquer tipo de fator de atribuição, em interessante arquitetura legislativa: “Art. 1.717 – Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”.

Interessante notar que o artigo trata de uma “antijuridicidade situada”, pois regula o instituto na ambiência exclusiva da responsabilidade civil, por isso a

48. Art. 1066. Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto.

49. ITURRASPE, Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel. *Código Civil comentado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 13 No mesmo sentido, PRIETO MOLINERO, Ramiro. La cuestión de la antijuridicidad en la responsabilidad civil. *La Ley*, Buenos Aires, 2016.

50. PICASSO, Sebastián. La antijuridicidad en el Proyecto de Código. *La Ley*, Buenos Aires, ano LXXVII, n. 161, p. 01-08, 2013.

51. Ver, por todos, DE LORENZO, Miguel Federico. *El daño injusto em la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

52. BUERES, Alberto. Op. cit., p. 479, ainda comentando o artigo do projeto de Código Civil argentino. Já analisando o diploma promulgado, veja-se PRIETO MOLINERO, Ramiro. Op. cit.; e PICASSO, Sebastián. Op. cit.

referência ao dano que, aqui, não é indevida. Ademais, a locução do dispositivo do Código argentino adota uma claríssima noção de antijuridicidade material, tema do próximo item⁵³.

1.3. *Antijuridicidade formal e material: o conteúdo do conceito jurídico de antijuridicidade*

É justa a imputação de tautologia à conceituação de antijuridicidade como “ato contrário ao Direito”. São conhecidas as irônicas críticas de alguns autores que afirmam ser tal conceituação algo similar à situação do paciente que relata ao médico que está com dores nas costas e ele observa que, na realidade, o paciente está com uma lombalgia. Não se fez nada mais do que traduzir para o grego o que o homem comum diz em linguagem corrente, sem revelar qualquer conteúdo explicativo⁵⁴.

A criminalística alemã do século XIX teve a dura missão de conferir conteúdo material ao termo antijuridicidade, por intermédio do estudo pormenorizado de suas causas de justificação. Para se verificar a existência da legítima defesa, exigia-se que o ataque realizado contra a pessoa fosse antijurídico, legitimando, *a contrario sensu*, as autorizadas ações realizadas, por exemplo, por um proprietário ao expulsar um invasor de seus domínios, ainda que ele viesse a sofrer alguma sorte de dano. Pelo caminho menos óbvio de suas pré-excludentes, a função básica do juízo de antijuridicidade seria, portanto, indicar uma série de hipóteses que justificassem a ação aparentemente vedada pelo Direito Criminal⁵⁵.

A amplitude da antijuridicidade é, muitas vezes, exposta mediante a distinção entre antijuridicidade formal e material⁵⁶, mais uma vez inspirando-se em construções advindas da criminalística germânica, especialmente em von Litz⁵⁷.

53. Apesar das qualidades apontadas em relação ao dispositivo legal transcrito, este pode sofrer algumas críticas: a restrição operacional da antijuridicidade ao campo das pré-excludentes. Esse assunto será tratado de forma mais detida nos itens 2.3 e 3.1 do presente trabalho.

54. BUSTO LAGO, José Manuel. Op. cit., p. 45-46.

55. GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. Op. cit., p. 1515. Para uma paradigmática ilustração desses casos, consulte-se o exemplo da enfermeira, contido no item 3.2 deste trabalho.

56. PICASSO, Sebastián. Op. cit.; e CALVO COSTA, Carlos. Op. cit., p. 124 e ss.

57. BUSTO LAGO, José Manuel. Op. cit., p. 52; CALVO COSTA, Carlos. Op. cit., p. 125. Os autores apontam a primazia da diferenciação a von Litz. BUERES, Alberto. Op. cit.,

Relaciona-se a modalidade formal com o anseio de segurança jurídica, restringindo-se o ato antijurídico à infração de uma norma, um mandato ou uma proibição, expressamente contidos no ordenamento.⁵⁸

A antijuridicidade material ou substancial, por outro lado, é observada na infração do ordenamento jurídico compreendido em sua totalidade, englobando os princípios jurídicos, normas consuetudinárias e, segundo alguns, normas de Direito Natural⁵⁹. Nesses casos, abdica-se de uma expressa proibição legal para configuração da ilicitude⁶⁰. Situações em que danos advêm de choques entre interesses contrapostos, ambos formalmente lícitos, ou nas quais o exercício do direito é realizado contra o seu conteúdo axiológico são recepcionadas pelo conceito de antijuridicidade material ou substancial.

Essa pluralidade de manifestações da antijuridicidade foi bem apanhada por Judith Martins-Costa,

“A licitude demarca, portanto, o modo de coexistência numa comunidade ordenada pelo Direito, de modo que: (i) há ilicitude quando há contrariedade às regras de dever-ser postas no Ordenamento jurídico compreendido como uma dinâmica e complexa totalidade de regras, princípios e modelos jurídicos derivados das quatro fontes de produção de normatividade, quais sejam as fontes legal, jurisprudencial, consuetudinária e jurisprudencial; (ii) há formas de ilicitude a *priori* detectáveis, porque a conduta contrária ao Direito já vem descrita com suficiente previsão na norma legal; (iii) essa não é, porém, a única forma de ilicitude, pois há “configurações de ilicitude” que se dão de realizar depois de constituído um particular “contexto situacional” tramado pela conexão entre elementos fáticos (por exemplo, uma situação de confiança

p. 522-526. Bueres indica que são múltiplas e variadas as interpretações da obra do professor berlinense. Alguns autores entendem a modalidade formal como um atentado a todo o ordenamento jurídico, restando para a antijuridicidade material apenas as violações às normas metajurídicas. Ainda assim, pode-se afirmar que as concepções expostas no presente trabalho configuram o entendimento de importante parte da doutrina civilística. BUSTO LAGO, José Manuel. Op. cit., p. 51 e ss., utiliza a divisão entre antijuridicidade formal e material de maneira diversa, entendendo que a primeira modalidade ocorreria quando a violação ao ordenamento não gerasse um dano ou lesão a interesse jurídico tutelado, relativo a determinado sujeito de direito; a antijuridicidade material, ao contrário, dependeria da observância de uma consequência específica, não bastando a simples contradição com o ordenamento.

58. CALVO COSTA, Carlos. Op. cit., p. 125.

59. BUERES, Alberto. Op. cit., p. 522-526; CALVO COSTA, Carlos. Op. cit., p. 125.

60. PICASSO, Sebastián. Op. cit.

legítima, quando alguém pratica ou deixa de praticar algo porque acredita na regularidade de certa conduta alheia) e jurídicos (por exemplo, os princípios conducentes à responsabilização pela confiança; ou as regras de exclusão de ilicitude do art. 188 ou ainda as regras de validação de situações possessória, como as resultantes da usucapião, etc.).”⁶¹

Com efeito, há diferença, mas não há antinomia entre antijuridicidade formal e material, sendo esta última capaz de albergar a primeira. A lição transcrita inicia-se por uma abordagem substancial ou material da antijuridicidade, passando a exemplificar que, muitas vezes, a ilicitude é facilmente detectável pelo intérprete, pois contrária a normas com suporte fático bastante restrito, sem deixar de notar que a antijuridicidade, amiúde, é revelada após labor hermenêutico mais intenso, concretizando cláusulas gerais e interpretando conceitos indeterminados.

No âmbito da responsabilidade civil, essas ínsitas dificuldades em se identificar a antijuridicidade do ato em determinada hipótese específica, já que, muitas vezes, ele não está, expressamente, proibido por norma jurídica⁶², podem ser melhor visualizadas no entendimento da antijuridicidade em seu aspecto positivo e negativo: (i) observa-se o aspecto positivo com a violação de interesse juridicamente tutelado, representado por essa contrariedade do ordenamento jurídico como totalidade (*contra ius*); (ii) enquanto o aspecto negativo da antijuridicidade evidencia-se pela inexistência de justificação para o ato antijurídico violador de interesse juridicamente tutelado, centrando a análise na teoria das pré-excludentes da antijuridicidade (*sine iure*)⁶³. Não seria totalmente correto afirmar que a antijuridicidade ocorre pela soma das duas fases apresentadas, mas antes elas representam uma *síntese orgânica* da avaliação da existência da antijuridicidade⁶⁴.

Ainda que a abordagem da antijuridicidade em seu aspecto *contra ius* e *sine iure* possa parecer óbvia, esta sublinha a importância das pré-excludentes da ilicitude como parte integrante para o entendimento do conteúdo da antijuridicidade. A noção de antijuridicidade que importa para a responsabilidade civil

61. MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 518-519.

62. MONTENEGRO, Antônio Lindbergh. Op. cit., p. 9.

63. CALVO COSTA, Carlos. Op. cit., p. 151; e BUSTO LAGO, José Manuel. Op. cit., p. 65 atesta que a modelagem *contra ius/sine iure* é central na maior parte da doutrina italiana que tenta definir a amplitude do “dano injusto”.

64. SALVI, Cesare. La responsabilità civile. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo. *Trattato di Diritto Privato*. 2d. Giuffrè: Milão. 2005. p. 87-88; BUERES, Alberto. Op. cit., p. 497.

depende dessa estreita conexão sistemática com as causas de justificação, pois há hipóteses de violação de interesse jurídico alheio que gerarão danos não indenizáveis, exatamente porque a ação ou omissão do agente está albergada por uma das pré-excludentes consagradas pelo ordenamento jurídico⁶⁵.

Outrossim, considera-se insuficiente a identificação da antijuridicidade, na ambiência das demandas indenizatórias, apenas como a ação causadora de danos sem justificação jurídica, pois se poderia respaldar a indenização de prejuízos que não são fruto da lesão de interesses juridicamente protegidos. A negação da fase positiva poderia atrofiar o debate sobre a legitimidade dos interesses violados, segundo os parâmetros de um determinado ordenamento jurídico⁶⁶.

Como a antijuridicidade é fundamental requisito em grande parte das hipóteses de responsabilidade civil, a modelagem de identificação da antijuridicidade suprarreferida coloca-se como importante critério para a identificação dos prejuízos que podem ser considerados danos indenizáveis⁶⁷. O mesmo pode ser dito sobre a legitimação de outras tutelas, como a inibitória. A congruente consideração dos interesses legitimamente tutelados com as causas de pré-exclusão de ilicitude constitui metodologia adequada para guiar o intérprete nesse espinhoso mister.

Mesmo em ordenamentos que não contam com cláusulas gerais de responsabilidade civil extracontratual ao estilo francês, como ocorre em Portugal, os aspectos positivo e negativo da antijuridicidade são úteis. O art. 483⁶⁸ do Código português, fortemente inspirado no BGB, prescreve que a responsabilidade se dará quando os direitos ou as normas de proteção sejam desrespeitados *ilicitamente*. A crítica a essa construção legislativa está baseada no entendimento que a lesão aos interesses protegidos ou às normas de proteção, elementos também presentes no dispositivo legal, já seriam suficientes para revelar a ilicitude, sem a necessidade da explícita adjetivação legal, ao menos em sua face positiva (*contra ius*)⁶⁹.

65. REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. Op. cit., p. 80. SALVI, Cesare. Op. cit., p. 88-91.

66. PENA LOPEZ. Op. cit., 24 e 25; CALVO COSTA, Carlos. Op. cit., p. 168. Vejam-se, também, as críticas de CASTRONOVO, Carlo. Op. cit., p. 23-24; e BIANCA, Massimo. Op. cit., p. 587.

67. REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. Op. cit., p. 79.

68. Art. 483.1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. 2. Só existe obrigação de indemnizar independente de culpa nos casos especificados na lei.

69. MENEZES CORDEIRO, António. Op. cit., p. 444.

Para que o termo “ilicitamente”, contido no dispositivo legal luso, não seja considerado supérfluo, sem conteúdo operacional, evidencia-se a sua conexão sistemática com as causas de justificação da antijuridicidade, já que a lesão dos interesses tutelados ou das normas de proteção pode ocorrer, mas ao mesmo tempo estar justificada pelas clássicas hipóteses de pré-exclusão da antijuridicidade. Assim, a lesão a esses interesses jurídicos não seria ilícita, pois justificada, impossibilitando a indenização do prejuízo sofrido pela vítima. A delimitação negativa da antijuridicidade se daria, portanto, pelas causas pré-excludentes⁷⁰.

Além dos conhecidos casos em que a definição da ação antijurídica não é tarefa singela, como costuma acontecer em casos de abuso de direito, Pontes de Miranda alerta para as dificuldades no reconhecimento de algumas hipóteses de antijuridicidade por omissão. Se é verdade que em algumas situações a ilicitude da conduta salta aos olhos, como no caso do professor de natação que não salva o aluno que se está afogando ou nas hipóteses de omissão de socorro⁷¹, há caso em que existe grande subjetividade na identificação de regras que se fizeram jurídicas pela “opinião geral do tráfico”⁷²: “quem assistiu o desabamento da ponte e, estando na estrada, não adverte o automóvel, ou outro veículo, ou o transeunte que se aproxima, sem poder distinguir o que é e o que era o caminho, comete omissão ilícita”⁷³.

A antijuridicidade por omissão somente poderia ser observada quando da existência da violação de um dever de ação, isto é, uma conduta devida que não se cumpriu⁷⁴. Ainda que se admita, como tratado acima, que esses deveres de conduta podem não estar previstos, expressamente, pelas regras jurídicas, é

70. MENEZES CORDEIRO, António. Op. cit., p. 444; e SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Op. cit., p. 301.

71. BUSTO LAGO, José Manuel. Op. cit., p. 69.

72. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. 22, p. 279. Pontes de Miranda utiliza-se da construção alemã da categoria dos deveres de tráfego, formulando exemplo que, acredita-se, situa-se em uma zona limítrofe que pode flertar perigosamente com uma limitação abusiva da liberdade do transeunte que assiste ao desabamento da ponte. Para uma análise do desenvolvimento dos deveres do tráfego na Alemanha, principalmente em relação aos casos de responsabilidade por omissão, SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira, Op. cit., p. 307-330.

73. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 279; e PICASSO, Sebastián. Op. cit. assevera que a regra do art. 1717 do novo Código Civil argentino aplica-se aos casos de omissão.

74. DE LORENZO, Miguel Federico. Op. cit., p. 89 afirma que toda a doutrina tradicional apenas admitia uma omissão antijurídica se esta estivesse, expressamente, prevista em alguma norma jurídica. O art. 1704 do antigo Código Civil argentino albergava essa posição.

importante, para um mínimo de segurança jurídica, que existam parâmetros para sua definição, impedindo a generalização absoluta de um dever de atuar, pois impossível admitir que as pessoas estejam a todo o tempo obrigados a evitar qualquer tipo de dano em relação a quem quer que seja⁷⁵. Para que surja esse dever de atuar, De Lorenzo defende, com acerto, um mínimo “contato social” entre as partes, configurando certo dever de segurança por parte do lesante por omissão, capaz de sustentar o sacrifício de sua liberdade de abstenção⁷⁶.

Apesar dessas dificuldades hermenêuticas, que podem ser encontradas em determinados casos específicos, Carlo Castronovo adverte que não se pode concordar com a mui divulgada noção de que a antijuridicidade sempre seria produto de uma ponderação de interesses em jogo, como se o agente estivesse, constantemente, no exercício de algum tipo de direito e, portanto, estar-se-ia na dependência de uma hermenêutica concretizadora por parte do juiz em todos os casos. Destarte, a resposta para inúmeros casos concretos está expressa em disposições normativas com suporte fático restrito, bastando a verificação da antijuridicidade formal⁷⁷.

2. LOCUS E ABRANGÊNCIA OPERACIONAL DA ANTIJURIDICIDADE

O capítulo que agora principia mostra-se fundamental para o entendimento da funcionalidade da antijuridicidade no Direito Civil e para a compreensão da sua conexão com as diferentes modalidades de responsabilidade civil, principalmente a subjetiva e a objetiva.

A discussão sobre a matéria é, muitas vezes, turvada pela confusão entre dois aspectos da antijuridicidade que aqui serão explorados: identificação de seu verdadeiro *locus* operacional, se no fato (conduta) ou no resultado (dano); e a identificação da maneira de se verificar a efetiva contrariedade do ordenamento jurídico como totalidade, se pelo desvalor da conduta ou pelo desvalor do resultado.

2.1. *Locus operacional da antijuridicidade: conduta ou resultado (dano)?*

Exceto pelas profundas discussões encontradas na doutrina italiana, condicionadas pela presença do conceito de *danno ingiusto* contido em seu ordenamento,

75. PICASSO, Sebastián. Op. cit.; DE LORENZO, Miguel Federico. Op. cit., p. 91.

76. DE LORENZO, Miguel Federico. Op. cit., p. 91-92. Ainda, PICASSO, Sebastián. Op. cit. sustenta que outros autores entendem que o abuso de direito e o princípio da solidariedade poderiam conferir úteis referenciais para se definir os deveres atípicos de ação.

77. CASTRONOVO, Carlo. Op. cit., p. 27-29; BIANCA, Massimo. Op. cit., p. 556-559.

a doutrina nacional e a doutrina estrangeira acordam que a antijuridicidade somente pode ser verificada na conduta ou no fato causador do dano⁷⁸.

Carlo Castronovo indica que, contrariamente ao encontrado no parágrafo 823 I do BGB, o art. 2043 do Código Civil italiano não contém a antijuridicidade em sua *fattispecie*⁷⁹. A ofensa a direito alheio seria suficiente para configurar a antijuridicidade da conduta causadora do dano, sendo que as hipóteses de justificação apenas retirariam essa antijuridicidade. Portanto, a antijuridicidade, observada pelo prisma de suas pré-excludentes, seria apenas um elemento impeditivo do fato ilícito e não seu elemento constitutivo⁸⁰. Notar-se-ia a antijuridicidade como elemento supérfluo e desnecessário, pois não se poderia imaginar a lesão ao direito de outrem sem a antijuridicidade como consequência jurídica. A alusão à injustiça do dano resultante de lesão a direito de outrem não dependeria da antijuridicidade da conduta, caracterizando como desnecessária a frequente alusão da Corte de Cassação italiana ao binômio *contra ius/sine iure* para identificar danos indenizáveis⁸¹.

A compreensão da antijuridicidade como elemento inafastável do fato ilícito apenas poderia ocorrer, segundo o doutrinador peninsular, nas hipóteses em que a norma contivesse, expressamente, a conduta repudiada pelo direito, como sói ocorrer nos dispositivos que compõem o código de posturas das cidades⁸², situação em que o art. 2043 do Código Civil italiano e, analogicamente, o parágrafo 823 I do BGB, não seriam aplicáveis.

Poder-se-ia afirmar que o pensamento de Castronovo não chega a afastar a antijuridicidade da conduta ou fato causador do dano, mas apenas sustenta que a própria antijuridicidade não faz parte dos elementos constitutivos do art. 2043 do CC italiano, que tem como principal requisito apenas a injustiça do dano.

78. MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra Editora. v. I, 2008, p. 505; MENEZES LEITÃO, Adelaide. Op. cit., p. 650; CALVO COSTA, Carlos. Op. cit., p. 146; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Op. cit., t. 53, p. 128-129 e 262; BAPTISTA, Silvio Neves. Op. cit., p. 25 e 44; MONTENEGRO, Antônio Lindbergh. Op. cit., p. 9; NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 493. Esse autor enfatiza que o fato antijurídico é pressuposto da responsabilidade civil e pode se manifestar em forma de ato da natureza, apesar de, na maioria das vezes, consubstanciar conduta humana.

79. CASTRONOVO, Carlo. Op. cit., p. 17.

80. CASTRONOVO, Carlo. Op. cit., p. 18.

81. CASTRONOVO, Carlo. Op. cit., p. 20-22.

82. CASTRONOVO, Carlo. Op. cit., p. 19.

Bueres⁸³ assevera que o pensamento do autor se assemelha às ideias que Puig Bru-teau possuía, na metade do século passado. O civilista catalão entendia que se a observância de um dano já seria suficiente para gerar a presunção de antijuridicidade, que somente seria afastada pela presença de uma de suas causas de justificação, talvez fosse mais simples dizer que uma conduta é ilícita porque causou um dano, e não sustentar que o dano é indenizável porque gerado por uma conduta antijurídica.

Esse entendimento não deve prosperar. Se as causas de justificação (pré-excludentes de antijuridicidade) possuem a capacidade de “extrair” a antijuridicidade da conduta, é exatamente porque a antijuridicidade faz-se presente na ausência delas⁸⁴. De acordo com o que se sustentou anteriormente, os elementos *contra ius* e *sine iure* não representam fatores que se somam na busca da antijuridicidade, mas uma síntese orgânica para a verificação de fato contrário ao ordenamento jurídico como totalidade⁸⁵. Com efeito, o termo “excludentes” de ilicitude ou antijuridicidade, apesar de largamente utilizado, não é totalmente adequado, uma vez que não se pode excluir algo que nunca existiu, pois a conduta nasce justificada⁸⁶.

Alijar a antijuridicidade da conduta da noção de dano indenizável é sistematicamente desaconselhável⁸⁷. Massimo Bianca, admitindo, expressamente, que a antijuridicidade está no fato e não no dano, entende que se a noção de *dano injusto* pudesse ser relacionada com qualquer tipo de prejuízo que gerasse uma reação jurídica, seria complexo diferenciar sistematicamente a responsabilidade civil de meros institutos securitários⁸⁸.

Como sustenta Antunes Varela, um dos problemas para o entendimento do *locus* operacional da antijuridicidade, de acordo com a visão de certa parte da doutrina italiana, é a colocação do *acento tônico* da ilicitude sobre o dano e não sobre o fato,

83. BUERES, Alberto. Op. cit., p. 500.

84. BUERES, Alberto. Op. cit., p. 491.

85. SALVI, Cesare. Op. cit., p. 87-88.

86. BUERES, Alberto. Op. cit., p. 500. Pontes de Miranda alinha-se com essa ideia, pois denomina categorias jurídicas como a legítima defesa e o estado de necessidade como “pré-excludentes” da ilicitude. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. 2, p. 351 e seguintes.

87. Nunca é demasiado relembrar a advertência já expressamente feita na introdução do presente trabalho: existe a possibilidade de danos indenizáveis em decorrência de atos lícitos.

88. BIANCA, Massimo. Op. cit., p. 551.

“Uma coisa é, com efeito, a calúnia ou a injúria (a difamação de um facto que fere a honra ou afecta o bom nome de uma pessoa) e outra o dano que a calúnia ou injúria causou (o despedimento do empregado; a perda da clientela, o rompimento do noivado, etc.). E a ilicitude reporta-se ao facto do agente, à sua actuação, não ao efeito (danoso) que dele promana, embora a ilicitude do facto possa provir (e provenha até as mais das vezes) do resultado (lesão ou ameaça de lesão de certos valores tutelados pelo direito) que ele produz.”⁸⁹

Para a aceitação do dano como *locus* operacional da antijuridicidade, ter-se-ia que se considerar o dano causado – mesmo entendido em seu conceito normativo, como violação do interesse juridicamente tutelado – de forma independente da conduta do autor do dano. Portanto, a lesão a um bem jurídico amplamente tutelado, como a vida, deveria ser sempre considerada como objetivamente ilícita.

Todavia, como a verificação da antijuridicidade, nos casos concretos, obrigatoriamente redireciona o intérprete para as possibilidades de pré-excludentes – como a legítima defesa, por exemplo – resta impossível afastar a consideração da conduta do causador do dano⁹⁰. Nesse caso, o ato que resulta na morte de alguém, ou seja, produz o dano gravíssimo, não seria considerado antijurídico, pois justificado pela legítima defesa. A análise circunscrita ao dano, portanto, fixa-se sempre em uma abordagem *prima facie* do interesse juridicamente tutelado da vítima, dependendo da análise do fato gerador para determinar a existência de antijuridicidade em determinado caso concreto.

A consciente escolha, por parte de alguns diplomas de harmonização da responsabilidade civil no continente europeu, pela migração da atenção sobre a conduta antijurídica para os interesses protegidos ou para o dano juridicamente tutelado (*legally relevant damage*) pode ter incentivado não apenas um recente

89. ANTUNES VARELA, João de Matos. Op. cit., p. 532.

90. GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. Op. cit., p. 1.539: “Prácticamente todos los autores que defienden la antijuridicidad del daño luego apelan a las llamadas causas de justificación como causas de la exclusión de la antijuridicidad. Ahora bien, si lo antijurídico es el daño, lo es independientemente de la valoración conducta del agente. Es decir, la antijuridicidad del daño trataría de resolvernos el problema de qué bienes o valores son protegidos por las normas de responsabilidad extracontractual; cuestión distinta de si el que causó el daño antijurídico tiene alguna causa que justifique su conducta. Por eso, para que esta postura fuera coherente, tendría que considerar la muerte de otro en legítima defensa como antijurídica, pues si lo antijurídico es el daño, el que agente haya actuado correctamente no elimina el desvalor del resultado (aquí, la muerte de un ser humano). Pero tal postura no se encuentra en ningún autor o sentencia”.

desprestígio da antijuridicidade por parte da doutrina, como, também, uma suscitação de dúvidas, à *italiana*, sobre o seu *locus* operacional.

Destarte, os Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil (PETLs) prescrevem, em seu art. 2:101, o conceito de dano ressarcível,

“Art. 2:101. Recoverable damage

Damage requires material or immaterial harm to a legally protected interest.”

“Art. 2:101. Dano ressarcível

O dano consiste numa lesão material ou imaterial a um interesse juridicamente protegido.”⁹¹

Helmut Koziol afirma que foi possível, durante o trabalho de harmonização, concluir que existe, em praticamente todos os países estudados, um princípio fundante do sistema de responsabilidade civil que se vincula com a antijuridicidade (*wrongfulness*)⁹². Contudo, seria impossível traduzir, em um documento de harmonização, as inúmeras diferenças e nuances que a antijuridicidade desempenha nos mais variados países⁹³, conforme explicitado no primeiro capítulo deste trabalho. A ênfase ao se tratar dos “interesses juridicamente protegidos” foi, exatamente, para exprimir a ideia de antijuridicidade que permeia a noção central de Responsabilidade Civil nos ordenamentos europeus⁹⁴. Resta claro que, nesse texto, a noção de interesse protegido não se presta para demarcar os contornos dos prejuízos indenizáveis ou de seu remédio específico, mas para “delimitar o campo de proteção, com uma função próxima da ‘ilicitude’”⁹⁵.

O *Draft Common Frame of Reference*, de 2009, segue caminho semelhante, ao dedicar o seu art. VI – 2:101⁹⁶ ao chamado dano juridicamente relevante (*legally*

91. Tradução oficial do EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. Disponível em: [www.egtl.org]. Acesso em: 19.06.2017.

92. EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European Tort Law*. Viena: Springer, 2005. p. 25, comentários por KOZIOL, Helmut.

93. *Ibidem*, p. 26.

94. *Ibidem*, p. 25. Texto original: “The idea behind placing the emphasis on ‘legally protected interest’, is of importance for the understanding of the fundamental concept of the Principles. Underlying the notion of interference with protected interests is one aspect of the concept which the European Group on Tort Law in its discussions has called ‘wrongfulness.’” Em sentido semelhante, REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. *Op. cit.*, p. 80.

95. MOTA PINTO, Paulo. *Op. cit.*, p. 503.

96. VON BAR, Christian; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans. *Op. cit.*, VI. – 2: 101: “Meaning of legally relevant damage: (I) loss, whether economic or non-economic,

relevant damage). Aqui também se nota o “hábil”⁹⁷ deslocamento dos questionamentos ínsitos à antijuridicidade para o conceito de dano juridicamente relevante, assemelhando-se aos interesses juridicamente protegidos dos PETLs. Pelas dificuldades do tratamento da antijuridicidade em trabalhos de harmonização de vários ordenamentos jurídicos, a escolha justifica-se, ainda que os substitutos do instituto da antijuridicidade contem com menor tradição jurídica⁹⁸.

2.2. O fator de avaliação da antijuridicidade: desvalor da conduta ou desvalor do resultado?

Utilizou-se o item anterior para demonstrar que a doutrina amplamente majoritária vincula o juízo de antijuridicidade ao fato gerador do dano (conduta), ficando a discussão entre as chamadas teorias da “ilicitude da conduta” (*Verhaltensunrecht*) e da “ilicitude do resultado” (*Erfolgsunrecht*) voltada a determinar a metodologia de análise do desvalor da conduta antijurídica, se mais centrada no resultado por ela alcançado ou em um determinado “dever de conduta” violado⁹⁹. As preocupações agora expostas correlacionam-se diretamente com o

or injury is legally relevant damage if: (a) one of the following rules of this Chapter so provides; (b) the loss or injury results from a violation of a right otherwise conferred by the law; or (c) the loss or injury results from a violation of an interest worthy of legal protection. VI.-2:101 (2) In any case covered only by sub-paragraphs (b) or (c) of paragraph (1) loss or injury constitutes legally relevant damage only if it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention, as the case may be, under VI. – I, !D! (Basic rule) or I: 102 (Prevention). (3) In considering whether it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention regard is to be had to the ground of accountability, to the nature and proximity of the damage or impending damage, to the reasonable expectations of the person who suffers or would suffer the damage, and to considerations of public policy. (4) In this Book: (a) economic loss includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property; (b) non-economic loss includes pain and suffering and impairment of the quality of life”.

97. MENEZES CORDEIRO, António. Op. cit., p. 352.

98. REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. Op. cit., p. 80.

99. MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 505, nota 1.451. “Não que se ignore que o juízo de ilicitude é sempre referido a uma conduta, e não a um outro qualquer acontecimento, ou que não era sequer isso o que estava em causa na conhecida contraposição entre as teorias da ‘ilicitude do resultado’ e da ‘ilicitude da conduta’, pois também para a primeira o objeto do juízo de ilicitude era um comportamento, embora o seu fundamento fosse o resultado, e não a conduta violadora de um dever.”

campo teórico, sem consequências práticas marcantes, e foram profundamente desenvolvidas apenas na dogmática alemã¹⁰⁰, recebendo menor destaque mesmo em ordenamentos ligados de maneira muito próxima à cultura germânica da responsabilidade civil extracontratual, como é o caso de Portugal¹⁰¹. Ainda assim, o seu estudo é importante para conferir coerência sistemática ao universo da anti-juridicidade no Direito Obrigacional.

Os defensores da teoria da antijuridicidade da conduta, desenvolvida na Alemanha na metade do século XX, sustentam que não basta uma mera verificação do resultado da ação, como no caso da violação de um direito legalmente tutelado ou de uma norma de conduta específica. Assim, seria fundamental a violação, por parte do fato antijurídico, de um dever de cuidado (*duty of care*)¹⁰².

A verificação da antijuridicidade no momento da observância da conduta em si, por estar em contrariedade com o ordenamento jurídico, sem a necessidade de se observar seus eventuais resultados, é uma das características mais importantes dessa corrente¹⁰³. A possível confusão entre antijuridicidade e culpa, nesse posicionamento, representa um dos ataques mais comuns dos seus opositores.

Helmut Koziol rebate essa crítica afirmando que a valoração da antijuridicidade é objetiva e a valoração clássica da culpa é subjetiva. Nos casos de antijuridicidade, não será relevante se o ato for praticado por menores ou por amentais, pois o padrão de conduta antijurídico não se condiciona à capacidade do sujeito. Entretanto, não bastará para a verificação da conduta antijurídica de um menor impúbere a mera violação de um direito alheio, pois a violação de um dever de conduta objetivo e diferente da culpa deverá ser comprovado¹⁰⁴. A ilicitude, aqui, estaria sempre de acordo com a valoração de um comportamento, não sendo ilícito o comportamento de quem age “com inteiro respeito pelos deveres de cuidado objectivamente exigíveis no tráfico (*Verkehrsrichtigen Verhalten*)”¹⁰⁵.

100. Para uma atualizada e profunda análise da dogmática alemã em língua portuguesa consulte-se: REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel. Abuso de direito e responsabilidade por ato ilícito: críticas ao Enunciado 37 da 1 Jornada de Direito Civil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 3, v. 7, São Paulo, Ed. RT, abr.-jun. 2016, p. 79 e ss.

101. MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 505, nota 1.451.

102. Esse é o posicionamento dominante no sistema austríaco, KOZIOL, Helmut. *Wrongfull Under Austrian Law*. In: KOZIOL, Helmut (Coord.). *Unification of Tort Law: Wrongfulness*. Haia: Kluwer International, 1998. p. 13.

103. SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Op. cit., p. 302.

104. KOZIOL, Helmut. Op. cit., p. 14.

105. SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Op. cit., p. 302.

Há, entretanto, alguns exemplos que podem ilustrar a insuficiência dessa corrente, admitida até mesmo pelos seus defensores¹⁰⁶. Destarte, uma das hipóteses mais discutidas na dogmática alemã¹⁰⁷ versa sobre o caso de uma enfermeira que está na iminência de injetar em um paciente um líquido que pode ser fatal para a sua vida, inexistindo qualquer tipo de desobediência a um dever de cuidado, pois o rótulo do frasco que continha o líquido fora trocado por terceiros, sem que a enfermeira pudesse ter qualquer tipo de ingerência sobre esse fato. O paciente, tomando consciência da situação e no afã de proteger a sua vida, retira a seringa da mão da enfermeira, abruptamente, causando-lhe danos físicos.

Pela teoria do desvalor do resultado, única representante do pensamento alemão até a metade do século XX, a antijuridicidade da conduta da enfermeira estaria caracterizada. O ato de injetar ou de tentar injetar um líquido venenoso é objetivamente antijurídico, pois atenta contra o direito à vida do paciente, legitimando a sua defesa, ainda que ela pudesse ser causa de algum tipo de dano para a enfermeira¹⁰⁸, que restaria sem indenização. Nenhuma lesão a qualquer tipo de dever de cuidado seria, portanto, necessária para a configuração da ilicitude objetiva.

Além de existir uma tendência moderna, entre estudiosos da dogmática alemã, de aceitação de harmônica convivência entre essas duas teorias¹⁰⁹, um aprofundamento do debate sobre essas correntes estaria fora dos limites do presente trabalho, pois condicionado a um detalhamento de especificidades do sistema alemão de responsabilidade civil extracontratual, que examina elementos como a antijuridicidade pela violação de normas de proteção e os chamados “deveres de tráfego”. Ademais, a dogmática alemã atrai para a antijuridicidade uma gama de discussões sobre ações diretas e indiretas, violadoras dos “deveres de tráfego”, que em nosso sistema são, muitas vezes, tratadas dentro dos limites do nexo de causalidade¹¹⁰.

106. KOZIOL, Helmut. Op. cit., p. 14. “Although ‘*Erfolgsunrechtslehre*’ does not seem preferable, it stresses some useful aspects which are important in considering the right of self-defence and to take action to restrain interference. Therefore, I think that a sort of compromise would be the most reasonable solution”.

107. REINIG; Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel. Op. cit., p. 77; e SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Op. cit., p. 303-304.

108. REINIG; Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel. Op. cit., p. 77 e 81; e SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Op. cit., p. 304.

109. MENEZES CORDEIRO, Antônio. Op. cit., p. 438; KOZIOL, Helmut. Op. cit., p. 14; e MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 505.

110. Essa característica do sistema alemão também pode ser verificada na limitação da indenização em relação a algumas classes de “pure economic losses”, que, entre nós, é,

A matéria também foi desenvolvida, ainda que de maneira mais tímida, por autores latinos advindos de sistemas com cláusula geral de responsabilidade civil extracontratual, com ampla vantagem para a teoria do desvalor do resultado¹¹¹. O fundamento mais agudo a favor da teoria do desvalor do resultado centra-se na consideração da norma jurídica como produto de um juízo de valor, que prescreve certas condutas e/ou protege certos bens e interesses em detrimento de outros. Frequentemente, ainda, a norma institui a sanção para o descumprimento dos seus preceitos¹¹².

Destarte, o juízo de antijuridicidade conecta-se com o desvalor que recai sobre o fato que está em contradição com o interesse preponderante declarado pela norma, afastando-se definitivamente de um juízo de culpabilidade¹¹³. Ainda que encontrar o chamado “interesse preponderante” possa exigir uma intrincada hermenêutica dos limites entre a ação (anti)jurídica e as pré-excludentes da antijuridicidade, esse esforço interpretativo não faria com que a análise obrigatoriamente adentrasse o campo de um “dever de cuidado”, que apresentaria limites conceituais extremamente porosos com a análise da culpa *in abstracto*.

Por exemplo, as fronteiras de proteção que determinado ordenamento jurídico, em determinado momento histórico, propicia à intimidade e à privacidade de um “homem público”, conectam-se sistematicamente com os limites do exercício lícito das funções ínsitas à profissão de jornalista. A eventual causação de um dano ressarcível, advindo de ato antijurídico, por parte do jornalista, revela o desvalor do resultado (lesão ao interesse preponderante protegido pela norma) de sua conduta, ainda que ela não represente qualquer tipo de negligência ou desrespeito a um eventual “duty of care”.

Assim como no exemplo da enfermeira, em que sua conduta antijurídica não se caracterizava nem dentro dos limites clássicos da culpa e nem como violadora de um *duty of care*, um jornalista, extremamente ético e cuidadoso, poderia agir ilicitamente, por lesão à privacidade alheia, nos casos em que novos parâmetros de proteção fossem identificados por jurisprudência muito recente, por ele desconhecida, pois formada depois do ato, ou em algum caso em que a notícia somente se tornasse danosa por uma modificação de seu conteúdo causada por um

muitas vezes, solucionada pela teoria do nexo de causalidade. Nesse sentido, veja-se PETEFFI DA SILVA, Rafael; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Op. cit., p. 211.

111. Nesse sentido DÍEZ-PICAZO, Luiz. Op. cit., p. 303-304; CALVO COSTA, Carlos. Op. cit., p. 148; e BUERES, Alberto. Op. cit., p. 477 e ss.

112. CALVO COSTA, Carlos. Op. cit., p. 148.

113. CALVO COSTA, Carlos. Op. cit., p. 148.

vírus eletrônico, ainda desconhecido à época dos fatos¹¹⁴. Caso a hipótese em causa fosse regulada pela responsabilidade subjetiva, nenhuma responsabilidade poderia advir para o jornalista, tendo em vista a total inexistência de culpa. A antijuridicidade, entretanto, estaria muito bem caracterizada, suportando uma eventual condenação em casos de aplicação da responsabilidade civil objetiva.

Há autores que apenas admitem a apreciação do desvalor da conduta nos casos de conduta perigosa *ex ante*, em que tutelas inibitórias poderiam ser deferidas¹¹⁵. Acredita-se, contrariamente, que a concessão de eventual tutela inibitória, em nosso ordenamento, não necessitaria de uma valoração de conduta nos moldes dos “deveres de tráfego” da doutrina alemã, sendo que um mero aumento radical dos riscos a determinado interesse tutelado – sem poder ser imputado a qualquer tipo de desvio comportamental do agente – poderia configurar o desvalor do resultado dessa conduta, ainda que ela, em uma análise *prima facie*, seja lícita. Nos casos de responsabilidade objetiva, esse posicionamento poderia ser observado, quando, por exemplo, a atividade lícita de exploração de uma jazida fosse interrompida por ordem judicial ante a prova de um aumento radical de riscos para o meio-ambiente, ainda que nenhum tipo de dano e de violação de dever de cuidado tenham sido verificados.

As hipóteses reguladas pela responsabilidade objetiva, normalmente, produzem riscos para os direitos de outrem, sendo, ainda assim, consideradas atividades lícitas, mas que poderiam ser interrompidas judicialmente caso a produção de riscos atingisse, por fatores econômicos, climáticos, políticos etc., patamares muito acima do normal, ainda que essa modificação no grau de perigo produzido não se devesse em nada a qualquer tipo de quebra de *duty of care*. Considerar a antijuridicidade como requisito para os casos de responsabilidade civil objetiva, portanto, é posicionamento exclusivo dos que aceitam a teoria do desvalor do resultado¹¹⁶.

Uma corrente doutrinária tenta denunciar um pretense artificialismo em se considerar a conduta, ainda que não culposa, eivada de antijuridicidade apenas

114. Considera-se que o vírus eletrônico não estaria dentro da categoria de caso fortuito ou de força maior, pois faz parte dos riscos típicos de uma atividade, atualmente, amplamente informatizada.

115. Nesse sentido DÍEZ-PICAZO, Luiz. Op. cit., p. 303.

116. BUSTO LAGO, José Manuel. Op. cit., p. 174. Como exemplo de autor que defende a teoria do desvalor da conduta e reputa indevido considerar a antijuridicidade como um elemento integrante da responsabilidade civil objetiva veja-se KOZIOL, Helmut. Op. cit., p. 12 e ss.

porque causou determinado dano. Os que sustentam essa posição entendem que se uma conduta é considerada lícita, ainda que cause consideráveis riscos para os direitos de outrem, não pode ser considerada ilícita de maneira “póstuma”, isto é, pelo seu efeito danoso¹¹⁷. Nos casos de responsabilidade civil objetiva, portanto, não haveria antijuridicidade, apenas uma escolha do legislador em imputar a reparação do dano para o responsável pelo risco criado¹¹⁸.

Não se pode admitir o acerto desse posicionamento. Não há contradição ou artificialismo em se entender a conduta geradora de risco como antijurídica somente quando exista a causação de dano, pois a efetiva lesão a interesse juridicamente tutelado, em muitos casos, integra um dos elementos do suporte fático da ilicitude¹¹⁹. Nas hipóteses de responsabilidade objetiva, o ordenamento jurídico cobre com o manto da antijuridicidade os fatos causadores de danos que estiverem dentro da área de atuação de determinado agente¹²⁰, ainda que a conduta *normalmente* desenvolvida, apesar de perigosa, não seja considerada, *ex ante*, ilícita.

117. Nesse sentido IZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Op. cit., p. 142.

118. DE LORENZO, Miguel Federico. Op. cit., p. 23-25. “Una actividad que el derecho considera lícita (y podríamos agregar, útil socialmente, de allí que no la prohíba) no deja de serlo por causar un evento lesivo; y mucho menos tiene utilidad considerarla ilícita de manera póstuma. Una conducta ilícita podría ser preventivamente impedida. La creación de un riesgo lícito, no. De modo que si se abandona en estos casos la ficción de la antijuridicidad, se encontrará que ningún obstáculo media en aceptar que el legislador, por una cuestión de política legislativa, valorando comparativamente las necesidades sociales en juego, puede favorecer una actividad lícita riesgosa, sin perjuicio de transferir el menoscabo que aquella puede producir de la víctima a otro sujeto”.

119. CALVO COSTA, Carlos. Op. cit., p. 158; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Bens. Fatos Jurídicos*. Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial. Atualização de Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. II. p. 268 “(...) porque conforme a direito é a atividade da estrada de ferro ou da indústria, o ter animal doméstico, o ter coisas na janela, ou parapeitos, o ter edifício em ruína, não, porém, o *causar dano*, ou o *ponto de causar dano*. Permite-se o transporte, a propriedade de animais domésticos, e situações do exercício de propriedade que causem risco; não se permite o dano. Assim L. ENNECCERUS e H. LEHMANN não viram a diferença entre permitir o direito (tautologia) e permitir-se o ato danoso, excepcionalmente: essa última permissão ocorre quanto aos atos em legítima defesa e em estado de necessidade; não, porém, no tocante à responsabilidade pelo risco. Perguntam eles que regra jurídica foi infringida. A regra jurídica de cuja incidência, produzindo fato jurídico, resultou o direito ofendido. Para que essa regra jurídica desapareça, é preciso que se *postule* ‘limitação’ aos direitos, diretamente, ou por meio de regra pré-excludente; ora, essa postulação não se fez e só a lei poderia fazê-la. No fundo, L. ENNECCERUS e H. LEHAMNN foram vítimas de confusão, velhíssima, entre *contrariedade a direito e delito*.” (grifos no original)

120. Entendendo que nos casos responsabilidade objetiva pela “periculosidade da indústria” existe antijuridicidade, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit.,

O resultado é, muitas vezes, determinante para o próprio conhecimento do fato (conduta) e a ele se integra¹²¹, não sendo mais possível dizer, portanto, que o dano adveio de uma “ação lícita”, pois a ação danosa está eivada de ilicitude objetiva, exatamente, pela causação do dano. Papayannis, explicando a integração do resultado como parte inafastável da conduta, afirma que se um comediante está apresentando um espetáculo para algum público específico, os espectadores somente poderiam dizer que o comediante está “sendo engraçado”, ou seja, somente poderiam descrever um aspecto de sua conduta pela observação do efeito (resultado) que a sua atuação causa no público¹²².

Em alguns casos, o intérprete pode ter maior dificuldade para conectar a conduta antijurídica e a causação de danos, como no clássico exemplo de responsabilidade civil objetiva positivado no art. 938 do Código Civil brasileiro. Imagine-se que alguém tenha pendurado, diligentemente, um vaso de plantas em sua sacada. Se esse mesmo vaso cair, devido a um temporal, causando danos a terceiros, a conexão entre a conduta do agente, que no momento do temporal estava em outra cidade, e o dano causado ocorre apenas de forma mediata¹²³. Para esse tipo de situação, Pontes de Miranda afirma que a responsabilidade é pela ilicitude da conduta transubjetiva,

“[...] quando não se repara se não há ligação ao sujeito, pôsto que não proveinha de ato dêle, diretamente, o dano. O que responde pelo dano, que o vaso, caído da sua janela, causou, não lançou o vaso: pondo-o lá, a sua conduta permitiu que a queda se desse [...]”¹²⁴

Bueres empreende perspicaz comparação com as situações danosas reguladas pela responsabilidade subjetiva: imagine-se um pedestre que, por imperícia ou

t. 53, p. 175; BAPTISTA, Silvio Neves. Op. cit., p. 54; MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à Brasileira. *RIDB*, v. 3, n. 9, 2014, p. 7087 e NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 385 Caracteriza a ação causadora de danos nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva como exemplos de ato-fato antijurídico. Contra, entendendo que não existe necessidade de antijuridicidade nos casos de responsabilidade civil objetiva, MONTE-NEGRO, Antônio Lindbergh. Op. cit., p. 9.

121. MENEZES CORDEIRO, Antônio. Op. cit., p. 438-439; e PAPAYANNIS, Diego. *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontratual*. Madri: Marcial Pons, 2014. p. 175 e ss.

122. PAPAYANNIS, Diego. Op. cit., p. 175 e ss.

123. PAPAYANNIS, Diego. Op. cit., p. 175 e ss.

124. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. 53, p. 176.

descuido, tropeça na calçada e acaba por machucar outro transeunte. A atividade de passear pela calçada é absolutamente lícita, a antijuridicidade é observada apenas quando o ato de caminhar (conduta) viola interesse juridicamente tutelado¹²⁵, ou seja, a ilicitude é observada pelo desvalor do resultado. Apenas haverá a necessidade de, além da antijuridicidade, provar-se a culpa, em hipóteses de aplicação da responsabilidade civil subjetiva¹²⁶.

Uma última advertência faz-se necessária. Não se quer afirmar, pelos exemplos acima, que a antijuridicidade da conduta, em atividades reguladas pela responsabilidade civil objetiva, somente pode ser observada com a causação de dano efetivo: o motorista que atravessa o sinal vermelho devido a um mal súbito estará cometendo ato-fato antijurídico. Mesmo nos sistemas jurídicos em que a responsabilidade civil automobilística for regulada pela teoria objetiva, a antijuridicidade estará configurada pela simples conduta contrária à norma jurídica de trânsito, ainda que nenhum dano venha a ser provocado. Na hipótese de causação de danos, a vítima teria direito à reparação correspondente. Nos países em que a responsabilidade civil automobilística for regulada pela teoria subjetiva, não será reparado o dano que porventura venha a ser causado pela aludida conduta do motorista; não por falta de antijuridicidade, mas porque o elemento culpa estará ausente¹²⁷.

A referida tendência de harmonização, no Direito alemão, entre a teoria do desvalor do resultado e a teoria do desvalor da conduta, pode ser observada em Fernando Noronha, ainda que com a utilização de termos distintos. O autor admite que a verificação da antijuridicidade, nos casos de responsabilidade objetiva, somente ocorreria mediante a observância de elementos “objetivo-exteriores”, aproximando-se, ajunte-se, à ideia de antijuridicidade pelo desvalor do resultado. Apenas em casos isolados seria necessário prestar atenção aos aspectos “subjetivos-interiores” da conduta, nos quais “apenas é possível falar em atuação contrária a uma norma quando no *pressuposto* desta estão incindivelmente ligados os elementos objetivo-exteriores e subjetivo-interiores” (grifos

125. BUERES, Alberto. Op. cit., p. 480.

126. PENA LOPEZ, José Maria, Op. cit., p. 23; CALVO COSTA, Carlos. Op. cit., p. 161; e PAPAYANNIS, Diego. Op. cit., p. 142-143.

127. Mais uma vez, vale à pena invocar a lógica contida no exemplo da enfermeira, para compreender que qualquer ato da vítima para tentar evitar os danos causados pelo motorista, ainda que desprovido de culpa, estariam justificados pela legítima defesa, pois evidente a presença da ilicitude objetiva.

no original)¹²⁸. O instituto do Abuso de Direito ilustraria um dos exemplos dessa última modalidade de verificação da antijuridicidade¹²⁹.

3. ANTIJURIDICIDADE COMO PRESSUPOSTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Os últimos tópicos analisados já deixaram transparecer que a necessidade da antijuridicidade para o surgimento do dever de indenizar pode variar de maneira bastante intensa, de acordo com distintos ordenamentos jurídicos e, principalmente, ao sabor do pensamento de variados autores. Observou-se, por exemplo, que alguns autores entendem a antijuridicidade alijada dos pressupostos da responsabilidade civil objetiva, enquanto outros a pretendem essencial.

A última parte deste trabalho pretende abordar a importância da antijuridicidade como condição para o nascimento do dever de indenizar. Em um primeiro momento, serão expostas as teorias que não compreendem a antijuridicidade como um pressuposto autônomo da responsabilidade civil, reservando-se um segundo momento para os posicionamentos que entendem que a antijuridicidade pode ser considerada, ainda que não em todos os casos, como um pressuposto para responsabilidade civil, dotado de conteúdo eficazial próprio.

Importante notar que os juízos valorativos mais importantes, a respeito das teorias que serão apresentadas, já foram realizados durante o presente trabalho. Nesta seção, será apresentada apenas a taxionomia da antijuridicidade enquanto elemento para a formação do dever de indenizar. Análises valorativas adicionais serão realizadas somente em casos de necessidade.

3.1. *Correntes que não aceitam a antijuridicidade como um pressuposto autônomo da responsabilidade civil*

O presente tópico pode abarcar duas vertentes: as correntes de entendimento que vislumbram uma total irrelevância da antijuridicidade como pressuposto da responsabilidade civil e os posicionamentos que não conferem à antijuridicidade autonomia como pressuposto da responsabilidade civil.

128. NORONHA, Fernando, Op. cit., p. 390-391.

129. NORONHA, Fernando, Op. cit., p.391. A partir dessa observação, apesar de o autor utilizar-se do termo “subjetivo-interior”, a compreensão da totalidade do seu pensamento permite concluir que esse elemento “subjetivo-interior” não corresponde à ideia de culpa, estando mais conectado com o *duty of care* relacionado à teoria do desvalor da conduta.

3.1.1. A irrelevância da antijuridicidade como pressuposto da responsabilidade civil

Dentro da primeira vertente, pode-se identificar o pensamento de autores como Fernando Pantaleón e Mariano Izquierdo Tolsada¹³⁰. Para Fernando Pantaleón, como o Direito espanhol não se configura como um sistema típico de responsabilidade civil extracontratual, ao contrário do que ocorre na Alemanha, para que se vislumbre a reparação de um interesse jurídico lesado, basta que este não se apresente como ilícito ou contrário à moral vigente, sendo desnecessária a noção de antijuridicidade como método para selecionar os interesses juridicamente tutelados. Desse modo, não se poderia pensar a antijuridicidade como uma norma de proteção aos interesses tutelados, fundada no desvalor do seu resultado, mas como uma norma de determinação, fundada no desvalor da conduta. Entretanto, nesses casos, o aludido autor não vislumbra vantagens em se adicionar o juízo de antijuridicidade ao juízo de culpabilidade¹³¹.

Mariano Izquierdo esclarece que seu posicionamento em relação à irrelevância da antijuridicidade para o Direito espanhol não se justifica pela ausência de menção expressa ao instituto pelo art. 1092 do Código Espanhol, nos moldes do que acontece com o art. 1382 do Código Napoleão, e contrariamente ao que ocorre com o art. 2043 do Código Italiano (*dano injusto*) e com o art. 41 do Código Suíço de Obrigações (*aquela que causa dano de uma maneira ilícita*)¹³².

O catedrático de Madri justifica sua posição refratária em relação à antijuridicidade muito pela dificuldade de se conceituar e identificar os atos antijurídicos e, portanto, a dificuldade de se utilizar a antijuridicidade como uma categoria que possa contribuir com algum tipo de critério para a distinção entre os danos indenizáveis e os meros prejuízos que necessitam ser suportados pela vítima¹³³.

130. Ambos autores admitem que a concepção que defendem é minoritária em Espanha, PANTALEÓN, Angel Fernando. Op. cit., p. 1994. Mariano Izquierdo, escrevendo 24 anos depois, atesta que a situação permanece imutável. IZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Op. cit., p. 139.

131. PANTALEÓN, Angel Fernando. Op. cit., p. 1994-1995. O autor ratifica o seu entendimento em texto posterior, PANTALEÓN, Angel Fernando. *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontratual* (También de las Administraciones públicas. In: *Estudios de responsabilidad civil: en homenaje al profesor Roberto López Cabana*. Madrid: Dykinson (Ciudad Argentina), 2001, p. 190, nota 5. (p. 187-216).

132. IZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Op. cit., p. 139

133. IZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Op. cit., p. 139-143. No item 2.3 do presente trabalho empreendeu-se profundas críticas a esse entendimento, tentando-se demonstrar como o estudo da antijuridicidade presta-se a auxiliar na identificação de interesses juridicamente tutelados.

Por esses motivos, o autor alinha-se com o pensamento dos que sustentam que a antijuridicidade poderia apenas se constituir em um elemento negativo, representado pelas causas de justificação¹³⁴.

Tal maneira de pensar remete o leitor, imediatamente, ao combate ao pensamento da certa parte da doutrina italiana, realizado no item 3.1 do presente trabalho, que também compreende a antijuridicidade em seu papel unicamente negativo, sem possuir qualquer função como requisito da responsabilidade civil. Exatamente por esse motivo, acredita-se que a doutrina italiana que advoga pela irrelevância da antijuridicidade após o desenvolvimento do conceito de dano injusto, contido no art. 2043 do Código Civil italiano, também deve ser localizada entre os que propugnam a irrelevância da antijuridicidade como pressuposto da responsabilidade civil¹³⁵. Lembre-se, contudo, que mesmo autores italianos, como Carlo Castronovo, consideram a antijuridicidade como pressuposto necessário nos casos de responsabilidade civil não alicerçados na cláusula geral do art. 2043, mas advindos da violação de uma clara norma de conduta¹³⁶, fazendo com que essa parte da doutrina não suporte uma ideia de irrelevância absoluta da antijuridicidade para a responsabilidade civil. Não se repetirão aqui as contundentes críticas já realizadas, nos itens 3.1 e 3.2, ao pensamento aqui retratado.

3.1.2. *Falta de autonomia da antijuridicidade como pressuposto da responsabilidade civil*

Passa-se a delinear os contornos da linha de pensamento que não entende a antijuridicidade como elemento despiciendo ao enfrentamento dos problemas advindos da responsabilidade civil, mas não lhe confere independência sistemática em relação a outros pressupostos para o surgimento do dever de indenizar.

Como já desenvolvido nos itens 2.1 e 2.2 do presente trabalho, a tradição francesa considera a *faute*, positivada no Código de Napoleão, como uma figura

134. IZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Op. cit., p. 143.

135. Também identificando inegáveis conexões entre os pensamentos de Fernando Pantaleón e parcela da doutrina italiana, veja-se BUERES, Alberto, 2001, p. 474 “Por otro lado, algunos autores italianos (Rodotá, Tucci, Carbone, Schlesinger, Busnelli, Visintini, Castronovo) y españoles (Pantaleón Prieto), niegan que en la responsabilidad civil exista un momento de antijuridicidad, pues creen que basta con el daño y unos criterios de imputación justos. Tal vez, la corriente negatoria cobró mayor auge en Italia con la contribución al tema realizado por Vincenzo Carbone.”

136. Veja-se item 3.1 do presente trabalho.

capaz de abarcar as funções da ilicitude, com ela confundindo-se¹³⁷, em que pese a doutrina sobre o tema ser particularmente prolixa e dividida¹³⁸. Assim, justifica-se a colocação da abordagem francesa da ilicitude como parte integrante do presente item.

Apesar de seguir uma racionalidade que difere do desenvolvimento da ideia de *faute* no Direito francês, pode-se afirmar que Barros Bourie também advoga uma abordagem que mescla os conceitos e as eficácias da conduta culposa ou negligente e da ação antijurídica. Os títulos do capítulo da sua obra que tratam do assunto aqui abordado são assaz ilustrativos: “La culpa civil como ilicitud de la conducta” e “La negligencia civil como un juicio objetivo de ilicitud”.¹³⁹

O autor entende que, como a verificação da culpa ou negligência deve ocorrer segundo os ditames do método abstrato¹⁴⁰, ela deveria ser essencialmente entendida como “um juízo de ilicitude sobre a conduta e não sobre um estado de ânimo”. Como muito já se falou, neste trabalho, sobre a necessária distinção entre culpa e antijuridicidade, uma crítica pontual ao pensamento de Barros Bourie não se faz necessária. Cumpre, neste momento, apenas localizar as suas lições

-
137. VINEY, Geneviève. Le “wrongfulness” en Droit Français. In: *Unification of Tort Law: wrongfulness*. KOZIOL, Helmut. (Org.) Haia: Kluwer International, 1998. p. 57: “En droit français, l’ illicéité n’ est pas un élément distinct de la faute: les deux notions sont confondues”. No mesmo sentido, BARBOSA, Mafalda Miranda. *Liberdade v. Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 26; VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. *Les conditions de la responsabilité*. 4. ed. Paris: LGDJ, 2013. p.442-443; DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1. p. 46; MENEZES LEITÃO, Adelaide Menezes. Op. cit., p. 52, assinala: “O modelo napoleônico assenta na *faute*, que a doutrina francesa faz corresponder a diferentes realidades. À culpa, à ilicitude, à ilicitude e culpa e, porventura, a aspectos relacionados com o nexo de causalidade. Esta indefinição conceptual é posteriormente exportada para os Códigos Cíveis de modelo napoleônico nos quais se assiste à alternativa entre uma referência expressa à culpa ou à ilicitude na formulação das grandes cláusulas gerais de responsabilidade delitual. Para os que fundem a ilicitude e a culpa na *faute*, esta corresponderia ao incumprimento de um dever, que a gente pode conhecer e observar, e comporta um elemento objectivo – o dever violado – e um elemento subjetivo – a imputabilidade ao agente”.
138. VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. *Les conditions de la responsabilité*. 4. ed. Paris: LGDJ, 2013. p. 438.
139. BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007. p. 77.
140. Para uma distinção do método abstrato e concreto para a verificação da culpa consulte-se LIMA, Alvinio. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 56-60.

no mesmo grupo das que confundem a culpa com a ilicitude, não lhe conferindo conteúdo eficaz próprio.

3.2. *A antijuridicidade como pressuposto autônomo para o surgimento do dever de indenizar*

Esta seção será dedicada à análise das correntes de pensamento que entendem a antijuridicidade como um importante elemento para o nascimento do dever de indenizar, com conteúdo eficaz próprio, ainda que não se mostre necessário para todos os casos de responsabilidade civil.

Advogando majoritariamente uma abordagem da antijuridicidade vista pelo prisma do desvalor da conduta, uma primeira corrente propugna uma visão restrita da antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil. Após, observar-se-á posicionamentos doutrinários que entendem que a antijuridicidade é um pressuposto inafastável para a caracterização do dever de indenizar, admitindo exceções apenas em situações de responsabilidade civil causado por fatos lícitos indenizáveis, expressamente tipificados em lei.

3.2.1. *A antijuridicidade como quebra de um "dever de cuidado" (duty of care)*

O cerne desta corrente já foi examinado no item 3.2, quando se afirmou que o entendimento da ilicitude como a quebra de um dever de cuidado (*duty of care*), implicaria admitir a sua não observância em casos de responsabilidade objetiva.

Com efeito, alguns autores sustentam que somente com a “violação objetiva de um dever de cuidado”¹⁴¹ a antijuridicidade poderia ser configurada, centrando a sua análise no desvalor da conduta¹⁴², já que não se poderia identificar a ilicitude em um comportamento que não se pudesse censurar de forma alguma.

Nesse cenário, as fronteiras entre a antijuridicidade e a análise *in abstracto* da culpa seriam extremamente porosas, ainda que se possam admitir exemplos isolados que permitam uma distinção conceitual entre essas categorias¹⁴³.

141. MENEZES LEITÃO, Luis Manoel Teles. Op. cit., p. 300.

142. Entre os autores que, expressamente, aderem a essa visão da antijuridicidade estão, exemplificativamente, MENEZES LEITÃO, Luis Manoel Teles. Op. cit., p. 300; KOZIOL, Helmut. Op. cit., p. 13-21.

143. Ver exemplos cunhados por Koziol, na seção 3.2.

Para essa forma de pensar, portanto, a ilicitude poderia ser entendida como um requisito da responsabilidade com autonomia eficaz, ainda que observada de maneira bastante limitada, pois restrita aos exemplos de quebra de dever de cuidado.

3.2.2. O afastamento da antijuridicidade somente nas hipóteses de observância de causas de justificação

A compreensão do item que agora se principia é em muito dependente da apreensão das discussões doutrinárias apresentadas no item 3.2, mormente em relação à temática do desvalor da conduta e do desvalor do resultado. Ainda que também admitam a existência de atos antijurídicos verificados pelo desvalor da conduta, os autores que aceitam as hipóteses de antijuridicidade do fato causador do dano pelo simples desvalor do resultado costumam considerar a antijuridicidade como um dos elementos fundamentais para o nascimento do dever de indenizar, conferindo suporte ao entendimento apresentado neste item do trabalho. Com o aumento exponencial de situações jurídicas reguladas pela teoria da responsabilidade civil objetiva, a visão da antijuridicidade como exposta no item anterior, isto é, circunscrita às hipóteses de quebra de um dever de cuidado, relega o instituto a um ostracismo operacional.

Segundo o pensamento agora exposto, a ilicitude permanece, portanto, como um dos elementos mais importantes para diferenciar os meros prejuízos naturalísticos dos danos efetivamente indenizáveis¹⁴⁴. A valoração do fato gerador do dano, ainda que pelo desvalor do resultado, continua sendo a justificativa principal para o “translado” do prejuízo da esfera jurídica da vítima para a esfera jurídica do causador do dano¹⁴⁵. O foco da análise da ilicitude no fato gerador do dano é, também, salutar em uma perspectiva sistemática, pois facilita o eventual deferimento de tutelas inibitórias, sem que o aparecimento do chamado “dano injusto” tenha sido observado¹⁴⁶.

É bastante expressivo o contingente doutrinário que suporta a tese aqui defendida, entendendo a antijuridicidade como elemento fundamental para a caracterização do dever de indenizar nas hipóteses de responsabilidade civil subjetiva e objetiva, admitindo como única exceção os casos específicos de atos lícitos, cujas

144. PENA LOPEZ, José Maria. Op. cit. p. 22-25.

145. PAPAYANNIS, Diego. Op. cit., p. 127.

146. Para algumas considerações a esse respeito, veja-se PAPAYANNIS, Diego. Op. cit., p. 168-169

eventuais consequências danosas são consideradas, por determinação expressa do ordenamento jurídico, indenizáveis¹⁴⁷. Importante destacar que os prejuízos gerados por condutas lícitas, na esmagadora maioria dos casos, são considerados como não indenizáveis¹⁴⁸.

No item 3.2 do presente trabalho, sustentou-se que a antijuridicidade do fato causador do dano pode ser observada dentro da lógica da responsabilidade civil objetiva, mesmo quando a atividade *normalmente* desenvolvida pelo agente seja considerada lícita. Inversamente, em relação à indenização de danos causados por atos lícitos, pode-se dizer que, nessas hipóteses, não há ato contrário ao Direito, exatamente porque “a previsão hipotética do dano vem inserida em norma permissiva”¹⁴⁹, isto é, há casos de “intromissões permitidas”¹⁵⁰ nos direitos alheios.

147. PONTES DE MIRANDA, José Cavalcanti. *Bens. Fatos Jurídicos*. Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial. Atualização de Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. II. p.375-376 e 384-385; PONTES DE MIRANDA, José Cavalcanti. Op. cit., t. XXII, p. 266, 276; PONTES DE MIRANDA, José Cavalcanti. Op. cit., t. LIII, p. 175-176, 276-277; CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 9; NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 485; BATISTA, Silvio Neves. Op. cit., p. 25; MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à Brasileira. *RIDB*, v. 3, n. 9, 2014, p. 7087; SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da reparação integral*. Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p.152; PENA LOPEZ, José Maria. Op. cit., p. 22-23; BIANCA, Massimo. Op. cit., p. 555 e 567-570; REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. Op. cit., p. 75-80; BUERES, Alberto. Op. cit., p. 478-502; ITURRASPE, Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel. Op. cit., p. 8-15; PAPAYANNIS, Diego. Op. cit., p. 175-176; BUSTO LAGO, José Manuel. Op. cit., p. 165-175; CALVO COSTA, Carlos. Op. cit., p. 154 e 155. No Direito português, há autores de nomeada que apontam a irrelevância da antijuridicidade nos casos de responsabilidade objetiva. Nesse sentido, além da lição de Menezes Leitão, já referida no item anterior, confira-se ANTUNES VARELA, João de Matos. Op. cit., p. 636. Com opinião contrária, achando que a questão é controversa no Direito português e que a ilicitude da conduta pode ser verificada em situações de responsabilidade civil objetiva, veja-se ALMEIDA COSTA, Mario Julio. Op. cit., p. 612.

148. USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade civil por ato lícito*. São Paulo: Atlas. 2014. p. 7.

149. BATISTA, Silvio Neves. Op. cit., p. 25.

150. PONTES DE MIRANDA, José Cavalcanti. Op. cit., t. LIII, p. 276-277. O autor diferencia bem as hipóteses reguladas pela responsabilidade objetiva, quando pode ocorrer o ato antijurídico, ainda que sem culpa do agente, e as hipóteses de indenização por ato lícito, em que nem mesmo a antijuridicidade pode ser encontrada “O sistema jurídico traça as linhas de onde começa a responsabilidade pelo dano. A imputabilidade, a atribuição do dever de prestar a indenização, nem sempre coincide com a antijuridicidade, nem com algum ‘ato’ que a lei repute ilícito. Às vezes há regra jurídica que, para proteger algum

Há vários exemplos que podem ilustrar os casos de indenização de danos causados por fatos lícitos, sendo as hipóteses de estado de necessidade (arts. 188 II, 929 e 930 do Código Civil) e de desapropriação por utilidade pública os exemplos mais citados¹⁵¹. Ainda que não tão lembradas, há uma série de outras normas específicas que também garantem a indenização de danos sofridos pelas vítimas, mesmo que causados por uma conduta lícita por parte do agente. Exemplificativamente, no Direito brasileiro, lembre-se dos artigos 1.285, 1.293, 1313, e 1.385, § 3º¹⁵².

O abandono da antijuridicidade como um dos elementos estruturais da responsabilidade civil, em hipóteses isoladas como as que acabaram de ser mencionadas, geram um “estranhamento sistemático” inegável¹⁵³. Destarte, mesmo os fatores de atribuição (nexo de imputação) clássicos, como a culpa e o risco, parecem não dar conta da justificação dessa rara categoria indenizatória, possibilitando a introdução de novos fatores de atribuição, como o sacrifício¹⁵⁴ ou as “exigências sociais de cooperação”¹⁵⁵.

Alguns autores entendem que a antijuridicidade não poderia ser abandonada nem mesmo quando da causação de danos por atos lícitos. Essa corrente, que

bem ou interesse de outrem, permite que se atinja a esfera jurídica de alguém, e estabelece, para equilíbrio, que o favorecido pela lei excepcional indenize o dano causado. Trata-se, aí, de *intromissão permitida*. Outras vezes, há regra jurídica que não veda que se mantenha ou crie riscos para outrem, ou para outros, mas cogita da reparação dos danos que provêm desses riscos. É o caso das estradas de ferro, dos automóveis, das fábricas e das aeronaves. Tem-se, então, a dita *responsabilidade pelo risco*. (grifos no original)

151. PONTES DE MIRANDA, José Cavalcanti. Op. cit., t. II, p. 385; BIANCA, Massimo. Op. cit., p. 569; BUSTO LAGO, José Manuel. Op. cit., p. 165.
152. CAVALIERI, Sérgio. Op. cit., p. 9. Para uma ampla análise dessas hipóteses no Direito espanhol, confira-se BUSTO LAGO, José Manuel. Op. cit., p. 168 e seguintes. Uma plêiade de casos do Direito italiano pode ser encontrada em BIANCA, Massimo. Op. cit., p. 567. No Direito português, confira-se MENEZES CORDEIRO, António. Op. cit., p. 716 e seguintes.
153. Alguns autores admitem um estranhamento tão grande com essa hipótese que imaginam uma espécie que se afasta de um caso de real responsabilidade civil, estando suportada por uma noção de equidade. Nesse sentido CAVALIERI, Sérgio. Op. cit., p. 539.
154. MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles. Op. cit., p. 415-416. O autor, utilizando-se do estado de necessidade como exemplo mais importante desta categoria, leciona: “Verifica-se a responsabilidade pelo sacrifício sempre que a lei preveja o direito à indenização a quem viu os seus direitos sacrificados em resultado de uma actuação lícita destinada a fazer prevalecer um direito ou um interesse de valor superior”.
155. BUSTO LAGO, José Manuel. Op. cit., p. 166.

obteve relativo sucesso no Direito Italiano¹⁵⁶, propugnava que, apesar da licitude da conduta, haveria antijuridicidade na consequência causada, ou seja, no prejuízo sofrido pela vítima¹⁵⁷. Contudo, a partir da verificação do *locus* operacional da antijuridicidade no fato causador do dano, resta traumática a admissão de uma antijuridicidade vinculada exclusivamente ao dano. Ao contrário das hipóteses de responsabilidade objetiva, nas hipóteses de dano ocasionado por atividade lícita a eventual causação de dano está, expressamente, prevista e permitida pelo ordenamento jurídico¹⁵⁸.

Pontes de Miranda aponta que são vários os fatos jurídicos que são aptos a gerar o dever de indenizar¹⁵⁹. A situação mais comum continua sendo o ato ilícito praticado pelo autor do dano, seja por ilícito absoluto ou por inadimplemento contratual (ilícito relativo). Em algumas situações, a vontade do agente não é pressuposto do suporte fático, admitindo-se hipóteses de ato-fato ilícito, como nos casos de uso nocivo da propriedade e de danos causado por amental¹⁶⁰. Nas hipóteses de danos advindos da periculosidade da indústria, por exemplo, a ilicitude surge em forma de fato ilícito *stricto sensu*¹⁶¹.

156. BIANCA, Massimo. Op. cit., p. 568; BUSTO LAGO, José Manuel. Op. cit., p. 171. Esses autores, apesar de discordarem dessa posição, apontam alguns autores italianos que a sustentam, como Molari, Carbone e Torregrossa.

157. No Direito brasileiro, com essa opinião, destaca-se NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 494 “Neste caso, a circunstância de o ato justificado ser lícito não impede que seja antijurídica a *consequência produzida*, isto é, a lesão do direito de pessoa terceira que tiver sido atingida; só não serão antijurídicos os danos causados ao próprio agressor ou ao criador do estado de perigo.” Em sentido semelhante confira-se CALVO COSTA, Carlos. Op. cit., p. 154-155.

158. BIANCA, Massimo. Op. cit., p. 569. Em sua crítica aos autores que apontam para uma antijuridicidade na produção de dano por ato lícito o autor leciona, “La soluzione non convince, perché i fatti leciti autorizzati sono fatti cui inerisce normalmente il pregiudizio altrui: la liceità del fatto esclude quindi che sai illecita la produzione del danno che a tale fatto inerisce”. Com críticas adicionais, veja-se PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. II, p. 375 e BUSTO LAGO, José Manuel. Op. cit., p. 171.

159. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. LIII, p. 175; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. XXII, p. 272.

160. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. II, p. 265.

161. Exceto pela divergência em relação às hipóteses de atos lícitos causadores de danos indenizáveis, o pensamento de Fernando Noronha assemelha-se ao de Pontes de Miranda, inclusive em relação aos exemplos. Confira-se NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 494-495.

CONCLUSÃO

O presente estudo demonstrou a necessidade de, seguindo a tradição da melhor doutrina nacional e internacional, empreender acordos semânticos para definir a amplitude conceitual da antijuridicidade e da ilicitude, promovendo a racionalidade do debate sobre a matéria, muitas vezes, turvado pela falta de rigor conceitual que sempre caracterizou o tema no Direito brasileiro.

As precisões terminológicas foram apresentadas no primeiro capítulo, demonstrando-se a tendência majoritária de se considerar a antijuridicidade e a ilicitude (objetiva) como sinônimas. Portanto, a antijuridicidade possui um conceito operacional próprio, totalmente independente da ideia de culpa. O conteúdo da antijuridicidade, principalmente em sistemas que contam com grandes cláusulas gerais de responsabilidade civil extracontratual, somente pode ser considerado como contrariedade ao ordenamento jurídico visto em sua totalidade, superando em muito o viés formalista que exigia uma proibição expressamente positivada em lei.

A segunda parte do presente estudo revelou a inexorável conexão da antijuridicidade com o fato causador do dano, afastando o *locus* operacional do instituto do prejuízo sofrido pela vítima, ainda que esse prejuízo, por vezes, integre-se à conduta causadora e torne-se elemento importante para a identificação do fato antijurídico.

Mesmo com a referida conexão da antijuridicidade com a conduta do agente, demonstrou-se que o desvalor do ato antijurídico relaciona-se, majoritariamente, com o resultado por ele alcançado, afastando-se da análise da culpa e de um objetivo “duty of care”, ainda que se admita uma intensa tendência de uma solução de compromisso entre a teoria do desvalor da conduta e a teoria do desvalor do resultado em grande parte da doutrina.

Finalmente, o último capítulo do presente trabalho teve por objetivo elaborar uma taxionomia da antijuridicidade como requisito para a formação do dever de indenizar, segundo as mais variadas correntes de pensamento, respeitando as particularidades sistêmicas de alguns ordenamentos. Além de o estudo demonstrar que a antijuridicidade é tida, pela melhor doutrina, com um importante requisito para a formação do dever de indenizar, notou-se que o estudo da antijuridicidade se apresenta como a ferramenta mais sofisticada para a identificação dos interesses juridicamente tutelados, consubstanciando-se em impreterível critério de identificação de danos indenizáveis no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Influência do direito francês sobre o direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 89, p. 184-194, 1994.
- BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano*. São Paulo: Atlas, 2003.
- BARBOSA, Mafalda Miranda. *Liberdade v. Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?* Coimbra: Almedina, 2006.
- BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la responsabilità*. 2. ed. Milão: Giuffrè. 2012. v. 5.
- BUERES, Alberto. *Derecho de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.
- BUSNELLI, Francesco D.; COMMANDÉ, Giovanni. Wrongfulness in the Italian Legal System. In: KOZIOL, Helmut (Coord). *Unification of Tort Law: Wrongfulness*. Haia: Kluwer International, 1998.
- BUSTO LAGO, José Manuel. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Madri: Tecnos, 1998.
- CAPANEMA DE SOUZA, Sylvio. O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 36-51, 2004.
- CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 2006.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- CALVO COSTA, Carlos. *Daño resarcible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- DE LORENZO, Miguel Federico. *El daño injusto em la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.
- DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). São Paulo: Método, 2007.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1.
- DÍEZ-PICAZO, Luiz. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madri: Civitas/Thomson Reuters, 2011.
- EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European Tort Law*. Viena: Springer, 2005.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Responsabilidade civil: o método do caso*. Coimbra: Almedina, 2010.

- GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Texto atualizado, revisado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- KOZIOL, Helmut. Wrongfulness Under Austrian Law. In: KOZIOL, Helmut (Coord). *Unification of Tort Law: Wrongfulness*. Haia: Kluwer International, 1998.
- KOZIOL, Helmut (Coord). *Unification of Tort Law: Wrongfulness*. Haia: Kluwer International, 1998.
- ITURRASPE, Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel. *Código Civil comentado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003.
- IZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Responsabilidad civil extracontractual: parte general*. Madri: Dykinson, 2015.
- JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 8. ed. Paris: Dalloz, 2010.
- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: *Novo Código Civil: questões controvertidas, parte geral do Código Civil*. v. 6.
- MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. *RIDB*, v. 3, n. 9, 2014.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2010. t. 3. v. 2.
- MENEZES LEITÃO, Adelaide Menezes. *Normas de proteção e danos puramente patrimoniais*. Coimbra: Almedina, 2009.
- MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- MONTENEGRO, Antônio Lindbergh. *Ressarcimento de danos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil. *Anuario de Derecho Civil*. Madri, Boletín Oficial del Estado, 2013. t. 66. Fascículo IV.
- MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 1.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PANTALEÓN, Angel Fernando. Comentário al art. 1029 del Código Civil. In: *Comentario del Código Civil*. Madri: Ministério de Justicia, 1991. t. 3.
- PANTALEON, Angel Fernando. *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual* (También de las Administraciones públicas. In: *Estudios de responsabilidad civil: en homenaje al profesor Roberto López Cabana*. Madrid: Dykinson (Ciudad Argentina). 2001.

- PAPAYANNIS, Diego. *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madri: Marcial Pons, 2014.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- PETEFFI DA SILVA, Rafael; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Daño reflejo o por rebote: pautas para un análisis de derecho comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 7, ano 3, p. 207-240. abr.-jun. 2016.
- PINHEIRO, Denise. *Liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*. Tese. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/USFC). Orientação de João dos Passos Martins Neto, Florianópolis, 2016.
- PICASSO, Sebastián. La antijuridicidad en el Proyecto de Código. *La Ley*. Buenos Aires, ano LXXVII, n. 161, p. 01-08, 2013.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Bens. Fatos Jurídicos*. Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial. Atualização de Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. 2.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito das obrigações: fatos ilícitos absolutos*. Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial. Atualização de Rui Stoco. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. 53.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito das obrigações: obrigações e suas espécies, fontes e espécies de obrigações*. Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial. Atualização de Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. 22.
- PRIETO MOLINERO, Ramiro. La cuestión de la antijuridicidad en la responsabilidad civil. *La Ley*, Buenos Aires, 2016.
- REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. BUSTO LAGO, José Manuel. (Coord.) *Tratado de responsabilidad civil*. Atualizado por PENA LOPEZ, Fernando. 5. ed. Madri: Arandiz, 2014. t. 1.
- REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel. Abuso de direito e responsabilidade por ato ilícito: críticas ao Enunciado 37 da 1 Jornada de Direito Civil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, Ed. RT, n. 3, v. 7, p. 63-94. abr.-jun. 2016.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da reparação integral*. Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.
- SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989.
- VAN DAM, Cees. *European tort law*. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013.

VINEY, Geneviève. Le “wrongfulness” en Droit Français. In: *Unification of Tort Law: wrongfulness*. KOZIOL, Helmut (Org.) Haia: Kluwer International, 1998.

VON BAR, Christian; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans (Org.) *Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Outline Edition. Munique: Sellier, 2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Modelos de responsabilidade civil extracontratual, de Mafalda Miranda Barbosa – *RT* 977/113-174 (DTR\2017\443); e
- O ato ilícito nos contratos e fora deles, de Fernando Noronha – *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil* 1/515-530 (DTR\2012\940).