

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza, Otavio Luiz Rodrigues Junior, Renata Albuquerque Lima – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-156-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Civil Contemporâneo.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

**A TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PRÁTICA DE ATOS DE
ILICITUDE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

**THE THEORY OF TORTS BY UNLAWFULNESS ACTS IN THE BRAZIL'S CIVIL
CODE**

Maria Cláudia Mércio Cachapuz ¹
Mariana Viale Pereira ²

Resumo

Este artigo analisa a estrutura dos enunciados que traduzem a ilicitude no Código Civil, inclusive em perspectiva histórica. Reconhece que o artigo 187 amplia causa geradora de obrigações, estabelecendo definição ampla de ato ilícito, por cláusula geral. O ato ilícito decorre tanto da culpa do agente em relação direta com o instituto da responsabilidade civil, como do exercício regular de direito que, na análise do caso, resulte de necessária restrição a liberdade individual por meio de ponderação. Análise que impõe o estudo dos conceitos de boa-fé, bons costumes e fim econômico ou social do direito.

Palavras-chave: Direito civil, Ilicitude, Argumentação

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the structure of the statements that reflect the unlawfulness of the Civil Code, including its historical perspective. It recognizes that Article 187 broad de generating cause of obligations by establishing broad definition of torts, by a general clause. The tort arises both from the guilt of the agent in direct relation to the institute of civil liability, as the regular exercise of law which, in the case analysis, results by weighting the necessity of individual freedom restriction .

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil law, Unlawfulness, Argumentation

¹ Doutora em Direito pela UFRGS. Professora da Graduação em Direito da UFRGS e do Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle. Magistrada com atuação no TJRS.

² Mestranda em Direito pela UFRGS. Assessora jurídica com atuação no TJRS.

1. Introdução

Quando se propõe o exercício de comparação entre institutos jurídicos identificados a partir de momentos distintos de vigência normativa – como, aqui, se oferece em relação ao instituto da ilicitude civil –, de fato, não há o que se questionar propriamente quanto à situação de vigência ou mesmo de eficácia da normatividade mais recente, que recebe da autoridade legislativa um destaque específico. Em concreto, tem-se a plena força de vigência da norma como condicionante inicial para o reconhecimento de sua recepção e aplicação no sistema jurídico. E, principalmente, se inexistente qualquer discussão preliminar quanto à constitucionalidade da norma. O que se pode, sim, identificar – a partir, inclusive, de um exame analítico do sistema – é, em estudo comparativo, a medida de reconhecimento de uma nova realidade jurídica que passa a atuar por meio de categorias distintas de manifestação em sociedade.

Trata-se, em concreto, de um confronto entre a tradição e o novo por meio da experiência, a exigir, pela passagem do tempo, o constante teste de racionalidade do que se constrói em sociedade. É este o desafio em termos de pesquisa e de construção dogmática sobre o texto do Código Civil brasileiro após a passagem da primeira década de sua aplicação e de um momento inicial de euforia por parte de seus intérpretes. Portanto, não se trata de um simples exercício de compilação de normas civis. É antes uma aplicação inerente à atividade hermenêutica a partir do teste relacionado à universalidade proposta. Como na aposta de Hans-Georg Gadamer, “toda experiência é confronto, já que ela opõe o novo ao antigo, e, em princípio, nunca se sabe se o novo prevalecerá, quer dizer, tornar-se-á verdadeiramente uma experiência, ou se o antigo, costumeiro e previsível, reconquistará finalmente a sua consistência” (GADAMER, 2003, p. 14).

Quando se trata de construir um “dever ser” a partir da análise moral de estruturas pertinentes a direitos gerais de liberdade e igualdade, justamente por traduzirem-se tais direitos em repositórios das situações de conflito centrais a todo o ser humano, a questão é, portanto, saber como descrever um padrão geral de conduta para as questões afetas a direitos fundamentais quando irradiam estes seus efeitos sobre as relações de trato privado. O intuito, por certo, é o de promover a convivência entre os

indivíduos no âmbito de suas relações privadas, a partir da promoção de idênticas oportunidades de liberdade e igualdade. A preocupação do intérprete, na análise da norma pressuposta – e, neste trabalho, a partir da estrutura normativa prevista no art. 187 do CC brasileiro –, é a de tentar estabelecer um âmbito correto de aplicação à norma, de forma a possibilitar, *a priori*, a orientação de conduta devida a todo aplicador do Direito. Há uma preocupação especial com a interpretação dos institutos jurídicos e com a própria concreção dos direitos tutelados pelo ordenamento jurídico.

Quando Hans-Georg Gadamer destaca a necessidade de compreender-se o texto e exercitar-se a hermenêutica – permitindo a interpretação e a aplicação do texto a partir de determinada experiência concreta –, da mesma forma, a pretensão é a de possibilitar que o novo texto se una à tradição para permitir outra leitura, associando a experiência trazida com o que já adquiriu certa “herança histórica” (GADAMER, 1999, p. 421). Nesse processo é que se realiza, para o jurista, a hipótese simultânea de construção do dever-ser a partir da experiência concreta e de correção de rumos às respostas jurídicas consagradas pela tradição. Daí porque a descrição da interpretação, em Gadamer é tanto a de uma atividade destinada a ler o que é ou o que pode ser novo, como também algo que proporciona uma “fusão de horizontes” (GADAMER, 1999, p. 566), em que o texto apresenta o sentido já agregado e implicado pelas idéias próprias do intérprete.

Quando aqui se questiona, portanto, a construção de novas categorias ao instituto da ilicitude civil, associando-se a leitura do art. 187 do CC a toda uma tradição do sistema jurídico na construção de institutos dogmáticos que perduram por séculos com determinadas características, deve se reconhecer que a relação entre dogmática e interpretação não se trata de simples oposição ou complementaridade entre dois mundos independentes. Evidencia-se, antes, o esforço conjunto do intérprete e da própria linguagem para permitir que se chegue, a partir da abstração da norma, a uma solução adequada a cada novo caso concreto proposto à análise, ao mesmo tempo em que se mantém a estrutura normativa aberta à experiência nova ou ao caso diferente. É o que potencializa para futuro, a partir de uma visão prospectiva¹, a estrutura aparentemente rígida das normas jurídicas. A afinidade entre dogmática e interpretação é o que potencializa, a partir de uma estrutura que garanta adequação e segurança jurídica ao decidir, abrir-se o ordenamento jurídico à diversidade cultural da sociedade, desafiando-

¹ Sobre a ideia de uma prospecção, conferir a doutrina de Judith MARTINS-COSTA em MARTINS-COSTA, 2002, p. IX a XI.

se a tradição pelo elemento distinto, com correção de rumos ao que se tem como estável e, até então, dado como certo.

Daí a preocupação de se reconhecer para a construção deste estudo comparativo entre as estruturas dos enunciados normativos dos arts. 186 e 187 do CC brasileiro – num confronto entre a tradição (a ilicitude construída a partir dos elementos normativos do antigo art. 159 do CC de 1916) e o novo (a ilicitude inaugurada no art. 187 do CC brasileiro) – o papel relevante desempenhado por uma teoria da argumentação jurídica (ALEXY, 1997), capaz de auxiliar o intérprete na compreensão de um problema jurídico posto, encaminhando-o a uma decisão com pretensão de correção. E, aqui, quer-se, novamente, introduzir a ideia de validade de adoção de uma teoria do discurso jurídico como caminho de argumentação suficiente no sentido de promoção de uma fundamentação racional para a construção da dogmática – inclusive por meio de cláusulas gerais – e para a concreção de direitos fundamentais. Primeiro, porque o discurso tem como premissa básica uma pretensão de correção, correspondente ao dever jurídico de decidir corretamente, o que inclui a necessidade de identificação de pontos de coerência e consistência argumentativa permanentes no ordenamento jurídico. Segundo, porque o discurso confere ao intérprete o papel destacado na reconstrução do próprio Direito, oferecendo-lhe instrumentos à construção do juízo a partir da argumentação. Na medida em que impõe regras à argumentação, o discurso tanto oferece instrumentos de crítica a quem se opõe à solução jurídica adotada – e, então, a abertura ao argumento novo – como permite ao próprio intérprete a sustentação de uma base segura à pretensão de correção pela decisão.

A relevância do tema ora proposto consiste em compreender o tratamento conferido à ilicitude no ordenamento jurídico civil, uma vez que, em comparação com o Código Civil de 1916, o Código Civil de 2002 amplia a fonte originária do instituto da ilicitude, inclusive para seus reflexos no âmbito da responsabilidade civil. A ilicitude prevista nos artigos 159 do Código Civil de 1916, como regra, relacionava, de forma direta, a conduta do sujeito de direito à prática de um dano, para fins de caracterização de um ato jurídico passível de caracterização como ilícito e, nessa medida, automaticamente criando uma situação de responsabilização civil. Para que houvesse, portanto, a ocorrência de um fato contrário ao direito, independentemente de culpa do sujeito, tornava-se necessário ampliar o alcance de outros indivíduos, como o da

responsabilidade civil, relacionando-a com a noção de dano injusto, a fim de garantir a reparação do ato contrário ao direito.

O Código Civil de 2002, com a introdução do artigo 187, ampliou a causa geradora de obrigações civis, ao estabelecer – por meio de uma cláusula geral - uma definição mais aberta de ato ilícito. O ilícito passou a abranger não apenas o ato contrário ao direito decorrente de culpa do agente, mas qualquer ato que, a partir de uma análise do caso concreto pelo intérprete, possa resultar em uma restrição à liberdade do indivíduo, em razão de um conflito de exercício de direitos de liberdade ou de igualdade em concreto. Para a construção da ilicitude prevista no art. 187 do CC brasileiro resta afastada, a princípio, a necessidade de caracterização de uma conduta culposa ou de um dano concreto, bastando a construção de uma hipótese restritiva do exercício regular de um direito para a geração de fonte obrigacional distinta – e que não necessariamente possa conduzir a uma obrigação indenizatória específica.

2. A visão tradicional de ilicitude e de responsabilidade civil

O artigo 159 do Código Civil de 1916 estabelecia que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”, violasse direito ou causasse “prejuízo a outrem” ficaria obrigado a “reparar o dano”. Partia, portanto, não muito diferente do que restaria mantido no enunciado normativo do art. 186 do atual Código Civil, do estabelecimento, para fins de construção do instituto da ilicitude, de um vínculo de ligação estrito entre a conduta do sujeito de direito e o fim pretendido com a prática de um determinado ato. Também nada muito diferente do que Clóvis Bevilacqua apregouo, na oportunidade, em sua *Teoria Geral do Direito Civil*: “O exercício regular do direito é a realização de seu destino próprio”.² Ou seja, reconheceu-se, a partir de uma ideia de configuração de um instituto jurídico determinado, que só há contrariedade ao direito quando existente uma ação intencional à prática de ato que se encontrasse em desacordo à realização de um fim jurídico previamente determinado ou que tivesse a capacidade de gerar efetivo prejuízo a outrem. A interpretação que se seguiu, no entanto, foi no sentido de integração de ambas as condutas, e não de alternância de

² BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Ed. Rev. e atual, por: prof. Caio Mario da Silva Pereira. 2. ed. Rio de Janeiro, Rio, F. Alves. 1980. P. 270-271.

aplicação normativa. Ou seja, ainda que alguém se julgasse prejudicado com determinada conduta de terceiro, nenhuma reparação seria devida ao titular do direito reclamado, se o exercício da conduta considerada ilícita tivesse sido mantido dentro dos limites de configuração de um determinado direito – pela ideia de exercício regular de um direito - no sistema jurídico. De outra parte, se alguém, por culpa ou dolo, com a intenção de ofensa a direito de outrem, rompesse com a ordem jurídica configurada, praticaria um ato ilícito e, nessa medida, automaticamente, responderia por um dever de reparação. O ato ilícito, portanto, seria um ato contrário ao Direito se, e somente se, praticado sem a observância de determinadas circunstâncias de configuração do exercício desse mesmo direito, causando, necessariamente, dano a outrem. A teoria dos atos ilícitos, no antigo Código Civil, reduzida aos seus próprios elementos, mantinha uma íntima ligação com as noções de *culpa e responsabilidade*.

No plano do Direito Privado, o ato ilícito ingressa no mundo jurídico como fato que a regra jurídica previu, tendo, portanto, como fonte jurídica uma norma-ato³. Daí porque a consideração, pelo antigo Código Civil, de que os atos ilícitos *stricto sensu*, exigiam conduta culposa, contrária ao Direito e rechaçada pelo ordenamento jurídico por meio de uma sanção no campo da responsabilidade civil⁴. Já anotava, na oportunidade, Pontes de Miranda⁵, que o ato ilícito absoluto, havendo culpa, ingressa efetivamente no mundo jurídico e produz o efeito do dever de indenização. A contrariedade ao Direito pressuposta, até então, era de que do ato houvesse um efeito reflexo à esfera particular de outrem – a vida, o corpo, a psique, a saúde, a liberdade, a honra, o nome, a propriedade -, sem prejuízo da vinculação deste efeito a uma intenção dirigida à prática de um ato configurado de forma contrária a sua própria finalidade jurídica. Isto estaria pré-concebido no instituto jurídico da ilicitude pelo emprego, no Código Civil, da expressão “violar direito, ou causar prejuízo a outrem”.

De fato, seguindo Pontes de Miranda, numa interpretação ainda bastante ampla e apenas realizada em abstrato, todo direito absoluto pode ser violado por ato ilícito absoluto. O ordenamento jurídico brasileiro admite que haja reparação por lesão a bens

³ Para trabalhar-se a noção de norma-ato, conferir a doutrina de Josep Aguiló Regla em REGLA, Josep Aguiló. *Teoría general de las fuentes del derecho (y el orden jurídico)*. Barcelona: Ariel, 2012.

⁴ MIRANDA, Pontes de. *Bens. Fatos jurídicos*. Pontes de Miranda; atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. – (coleção tratado de direito privado: parte geral; 2) P. 276.

⁵ MIRANDA, Pontes de. *Bens. Fatos jurídicos*. Pontes de Miranda; atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. – (coleção tratado de direito privado: parte geral; 2) P. 270-271.

que não se caracterizem como direitos subjetivos decorrentes de um ato de apropriação ou de uma titularidade externa – pela constituição necessária de um estado de propriedade –, porque inerentes à própria personalidade (a própria vida, a integridade física e psíquica, a liberdade, a igualdade, a verdade, a honra, o nome). E isto, de certa forma, ainda na vigência do Código Civil de 1916, já se fazia reconhecido pela interpretação, ainda que de forma mais dificultada pela própria inexistência de uma disciplina normativa explícita de proteção jurídica aos direitos de personalidade. Ainda assim, a compreensão já existente era no sentido de que o ilícito pudesse ser constituído em face de um conceito bastante amplo de violação a direito subjetivo, compreendida tal expressão tanto em relação à configuração de direitos subjetivos efetivamente reconhecidos com tal natureza jurídica (p. ex., em relação ao instituto da propriedade civil), como em relação a direitos não reconhecidamente positivados na lei (p. ex., a situação e alguns direitos de personalidade) – aqui, compreendida a expressão “lei” a partir de uma concepção estrita de fonte jurídica – ou ainda com relação a interesses juridicamente protegidos sem o alcance específico a categoria de “direitos subjetivos” (p. ex., em relação a institutos como o de lesão contratual, hoje contemplado no art. 157 do atual CC brasileiro). A interpretação, portanto, passou a dirigir-se no sentido de que as expressões “violar direito” e “causar prejuízo a outrem” representassem a possibilidade de uma proteção mais extensa do próprio ordenamento jurídico, de forma a alcançar igualmente uma maior quantidade de bens jurídicos tutelados.

É certo que uma maior dificuldade de interpretação era possível também ser extraída em relação aos efeitos da constituição de uma ilicitude para o campo estrito da responsabilidade civil. Mesmo que se pudesse reconhecer que houvesse uma proteção mais ampla, em relação aos efeitos de responsabilização civil em razão de uma conduta ilícita, por uma extensão do conceito de direito subjetivo em concreto, permanecia, pela norma do art. 159 do antigo Código Civil, a necessidade de vinculação de uma ilicitude a uma necessária prática de um ato contrário ao Direito de forma intencional. Ou seja, com fundamento estrito numa conduta culposa. Como já apreciava Pontes de Miranda à época de vigência do CC antigo, o art. 159 nada tinha relacionado à prática de um ato lesivo a terceiro por ausência de culpa, ainda que fosse praticado com ofensa a

atributos de personalidade. Tal deveria ser construído com base distinta e de modo direto no instituto da responsabilidade civil.⁶

Nesse sentido, Clovis Bevilacqua⁷, explicando a origem do instituto, esclarece que o Direito Romano considerava delitos civis certos atos precisamente indicados nas leis, aos quais estava ligada uma pena civil, que consistia em pagamento de uma multa ao ofendido. Assim, exemplificativamente, nos casos de furto, roubo, dano, injúria. Ocorre que alguns atos, ainda que não estivessem designados expressamente na lei, eram igualmente prejudiciais a outrem, passando a serem equiparados aos delitos civis, permitindo a criação institucional de uma categoria como a *quase ex delicto*. Os fatos abrangidos por tal instituto jurídico apresentavam-se com naturezas variadas, sendo que alguns podiam ser capitulados, inclusive, como delitos. Servem de exemplo os fatos de responsabilizar-se aquele de cujo sobrado restava lançado alguma coisa, ofendendo o transeunte; ou aquele que, sobre a via pública, suspendesse algum objeto cuja queda fosse perigosa; ou ainda o comandante do navio, o gerente da estalagem ou da cocheira, se algum de seus empregados cometesse algum dolo ou furto. Todos responderiam quase delito, na expressão, *quase ex maleficio teneri videtur*.

No desenvolver da era moderna, principalmente pela contribuição do Direito francês, passou a ser considerado um *delito civil* todo ato praticado sem direito, com intenção de prejudicar e efetivamente causando dano a outrem. Mantinha-se a ideia de *quase delito* para o ato que causasse dano, sem ter havido, da parte do agente, ânimo de prejudicar terceiro. Dessas definições resulta que, em regra, aqueles atos definidos como crimes passaram a ser identificados, na esfera cível, como *delitos civis*, porque atos danosos praticados com intenção de efetiva prática de um prejuízo a alguém. A construção, por certo, não está suficientemente solidificada na doutrina civil, na medida em que a ideia de delito civil não, necessariamente, corresponderia a de crime, uma vez que existentes delitos incapazes de constituírem um efetivo prejuízo a quem quer que seja, como no exemplo de uma tentativa de furto. Ademais, haveria ainda delitos civis que não corresponderiam a uma atitude delituosa, mesmo havendo dolo, como nas hipóteses de um dolo comum em relações negociais – no âmbito contratual,

⁶ MIRANDA, Pontes de. *Bens. Fatos jurídicos*. Pontes de Miranda; atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. – (coleção tratado de direito privado: parte geral; 2) P. 271.

⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Ed. Rev. e atual, por: prof. Caio Mario da Silva Pereira. 2. ed. Rio de Janeiro, Rio, F. Alves. 1980. P. 271-272.

por exemplo. Não havendo, para os efeitos civis, distinção notável entre o delito e o quase-delito, fundiram-se as noções na denominação geral do ato civil.⁸ De uma forma ou outra, necessariamente passou a se compreender uma íntima relação entre as ideias de ilicitude civil e de dano.

O princípio da culpa, constante no art. 159 do Código Civil de 1916, não significava, de forma direta, que toda indenização só ocorresse por meio da caracterização do elemento da culpa. Significava, em verdade, que, excepcionalmente, só se responde por culpa nas hipóteses de aplicação do art. 159, e por dolo nas situações de aplicação dos arts. 93, 1.127 e 1.057, 2ª parte, do CC/16. Daí porque, compreendido o art. 159, na oportunidade, como uma cláusula geral residual de responsabilidade civil, em caso de ato ilícito absoluto, a responsabilidade seria sempre decorrente da análise culposa da conduta do agente.

Tal realidade normativa não impediu, contudo, que, pela via doutrinária e jurisprudencial, fossem igualmente trabalhadas hipótese de objetivação da responsabilidade civil, sempre que necessária a identificação de situações de risco em que houvesse a pretensão de facilitar-se o ônus de prova ou mesmo de garantir-se maior tônica ao efeito decorrente do exercício de determinada conduta ou de uma determinada liberdade capaz de gerar riscos sociais relevantes. Assim, por exemplo, em relação à construção institucional da responsabilidade do empregados por riscos de acidente de trabalho. Ou mesmo quanto ao estabelecimento, em matéria contratual, de responsabilidade no caso de contratos de representação.⁹

Pontes de Miranda¹⁰, mesmo à luz da disciplina normativa do art. 159 do CC de 1916, identificava a possibilidade de indenização sem culpa. Explicava que só excepcionalmente a lesão, sem culpa do agente, era capaz de gerar um dever de conduta e uma obrigação de indenizar. O que há de servir à conceituação dos atos jurídicos que denominava como *atos-fatos* não é a circunstância de serem contrários ao direito, mas a de terem sido praticados sem uma intencionalidade dirigida a determinado fim e, ainda assim, causarem prejuízos a terceiros. Nessa medida, o

⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Ed. Rev. e atual, por: prof. Caio Mario da Silva Pereira. 2. ed. Rio de Janeiro, Rio, F. Alves. 1980. P. 271-272.

⁹ MIRANDA, Pontes de. *Bens. Fatos jurídicos*. Pontes de Miranda; atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. – (coleção tratado de direito privado: parte geral; 2) P. 271-272.

¹⁰ MIRANDA, Pontes de. *Bens. Fatos jurídicos*. Pontes de Miranda; atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. – (coleção tratado de direito privado: parte geral; 2) P. 474-475.

suporte fático de tais atos penetraria no mundo jurídico à semelhança do que se passa com os atos ilícitos – portanto, com culpa -, disso irradiando a sua eficácia. Quando se observa o mundo, em que se encontram coexistindo esferas jurídicas distintas de liberdades, objetivamente, compreende-se que o dano deva ser reparado quando capaz de efetivamente atingir essas esferas de liberdade de forma significativa e com capacidade de gerar efetivo prejuízo, ainda que não se possa, *a priori*, reconhecer-se qualquer intencionalidade daquele que causa o dano no sentido de efetivamente atingir terceiro. Responderia o autor da conduta referida tanto pelo previsível, como pelo imprevisível de sua conduta, mesmo que no exercício de uma aparente liberdade individual. Pontes de Miranda ressalva:

Síntese entre o princípio da culpa e o princípio da responsabilidade objetiva seria difícil. A técnica jurídica não logrou mais do que formular exceções aquele. É inegável, porém, que a evolução do direito se processa no sentido de aumentar o número delas, Em todos, o ato humano é tratado como ato-fato.¹¹

Em seus estudos sobre ilicitude, a partir de uma pretensão sistêmica de análise do ordenamento jurídico, destaca Pontes de Miranda quais “princípios que levam à aparição de atos-fatos jurídicos”¹². Esclarece, ainda à luz do CC de 1016, que a responsabilidade sem culpa manifesta-se em circunstâncias que inspiram a aplicação de princípios como o (i) *do interesse mais relevante*, pelo qual se permite a invasão da esfera jurídica de outro, fundada em razão de interesse, público ou privado, de mais relevância; (ii) *do perigo correlativo ao interesse*, relacionado ao da responsabilidade da atividade conforme o direito, mas quando capaz, por si mesma, de ser a provável causadora de danos; (iii) *da responsabilidade pelo exercício da tutela jurídica*, fundado na restauração ou indenização do dano que se haja causado por se ter exercido hipótese de autotutela ou de justiça de mão própria, ou mesmo pela pretensão de tutela jurídica por segurança ou adiantamento; (iv) *da responsabilidade pela palavra que não corresponde à verdade*, em que aquele que emite enunciado de fato, em negócio jurídico, ou em atos jurídicos *stricto sensu* (art. 102, II), pode ser, em certos casos,

¹¹ MIRANDA, Pontes de. *Bens. Fatos jurídicos*. Pontes de Miranda; atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. – (coleção tratado de direito privado: parte geral; 2) P. 474.

¹² MIRANDA, Pontes de. *Bens. Fatos jurídicos*. Pontes de Miranda; atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. – (coleção tratado de direito privado: parte geral; 2) P. 475.

responsabilizado pela falta à verdade, ainda que sem culpa; (v) *da responsabilidade pela declaração ou manifestação de vontade não-séria*, que se diferencia da hipótese anterior na medida em que todas as afirmações ou negações de fato podem ser verdadeiras, apenas reconhecendo-se que o ato - declaração ou manifestação de vontade – restou manifestado fora de uma dimensão jurídica, como na hipótese daquele que, por brincadeira, sofreu um dano relevante, ainda que nenhuma intenção de ofensa ou violação de esfera individual tivesse o que brincou; (vi) *da responsabilidade pelo caso fortuito ou pela força maior, em se tratando de incumbência de cuidar*, como na hipótese destacada pelo autor de responsabilidade dos hoteleiros, donos de casas de pensão, ou de pousadas, pelos danos sofridos, dentro dos edifícios; de responsabilidade da administração das estradas de ferro, companhias de navegação aérea, de ônibus, de bondes pelos danos causados em acidentes de trânsito coletivos, de responsabilidade dos correios e companhias de transportes inclusive em decorrência de vínculos contratuais previamente estabelecidos.

De fato, quando Pontes de Miranda¹³ separa, exemplificativamente, os vários tipos de fatos jurídicos classifica-os como atos-fatos ilícitos, seja porque evidenciam um mau uso da propriedade; seja porque transparecem a tomada de posse com violação da posse de outrem; porque destacam a gestão de negócios contra a vontade presumível ou manifestada do dono (art. 1.332); ou ainda porque permitem a identificação de uma responsabilidade por ofensa à boa-fé depositada no trato dos negócios jurídicos. Seriam, portanto, atos exercidos a *contrario sensu* do previsto no art. 160 do CC de 1916, mas que, por suas características, distanciam-se daqueles ilícitos reconhecidos como atos ilícitos *stricto sensu* na previsão específica do art. 159 do antigo Código Civil brasileiro. Seriam, portanto, aqueles atos que, antes não amparados na normatividade explícita do Código Civil, hoje encontrariam abrigo, por meio de uma interpretação suficiente, no disposto no art. 187 do CC de 2002.

Segundo Judith Martins-Costa¹⁴, a ideia, portanto, é de reconhecer-se que, se num primeiro momento, a ilicitude civil era vista, tradicionalmente, de forma atrelada aos conceitos de culpa, dano e de indenização, hoje, com o Código Civil de 2002, houve

¹³ MIRANDA, Pontes de. *Bens. Fatos jurídicos*. Pontes de Miranda; atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. – (coleção tratado de direito privado: parte geral; 2) P. 255.

¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. “Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé”. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coords.). *Novo Código Civil. Questões Controvertidas*. Vol VI: Parte Geral do Código Civil. São Paulo: Editora Método, 2007, pp. 505-544.

uma efetiva ruptura¹⁵ com essa pré-compreensão. Cortou-se, de forma significativa o laço atávico e de difícil interpretação antes existente entre ilicitude e responsabilidade civil, permitindo-se dar autonomia ao conceito de ilicitude, de forma a potencializar efeitos distintos e diversos no ordenamento jurídico em relação aos deveres de conduta, como se passa a analisar.

3. A ruptura promovida pela força normativa do art. 187 do Código Civil de 2002

No Código Civil de 2002 os atos ilícitos, previstos nos artigos 186 e 187, assumem relevância em termos de interpretação normativa ao configurarem, ao menos em termos gerais, a ilicitude civil independentemente da solução reparatória. O artigo 186 se apresenta como uma reprodução aprimorada do artigo 159 do Código Civil anterior, contendo os tradicionais elementos da ilicitude civil: conduta culposa do agente, nexos causal e dano. Quando alguém, mediante conduta culposa (ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia) e intencionalidade voltada a prática de determinado fim, viola direito de outrem e causa dano, permite a caracterização institucional de um ato ilícito, capaz de gerar, por consequência, o dever de indenizar previsto no artigo 927 e seguintes do Código Civil. Na hipótese, a violação a direito deve ser compreendida como toda e qualquer possibilidade de violação a direito subjetivo, não só aqueles decorrentes de uma configuração estrita, como no âmbito contratual – em que pressuposto o estabelecimento prévio de vínculo entre os indivíduos – como também os direitos considerados absolutos, reais e personalíssimos, capazes de incluir todo o exercício de liberdade que possa atingir atributos de personalidade, nisso incluídos o direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, ao nome e a imagem.¹⁶ O disposto no art. 186 do Código Civil brasileiro trata, portanto, de hipótese normativa de ilicitude subjetiva.

¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no nCC*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1726,51045reves+anotacoes+acerca+do+conceito+de+ilicitud e+no+nCC>

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 19.

Diversa é a realidade normativa pressuposta no enunciado do art. 187 do Código Civil. Trata-se de norma que dispõe sobre hipótese de ilicitude decorrente de situação restritiva de liberdade, porque necessária, na análise de uma determinada situação concreta, a partir de elementos externos de balizamento de conduta - boa-fé, bons costumes e fim social e econômico -, a ponderação necessária quanto à correta conduta a ser adotada quando pressupostas liberdades colidentes. Situação capaz de conduzir a interpretação para uma resposta indenizatória, desde que identificada situação de prejuízo a terceiro, pela combinação da norma pertinente à ilicitude à norma de responsabilidade civil genérica do art. 927 do CC brasileiro.

Quando inexistente dano, contudo, ainda assim resta pressuposta a situação de ilicitude civil se possível a aplicação da norma do art. 187 para permitir a construção de fonte normativa diversa no campo obrigacional. Assim, por exemplo, para possibilitar uma proteção cominatória ou inibitória específica, permitindo a compatibilização do exercício de liberdades colidentes. Por isso a conclusão de que, para a ilicitude objetiva do art. 187 do CC brasileiro, dispensada se encontra a caracterização dos elementos da culpa e do dano em termos civis. Ainda que sob fundamentos diversos, chegou a esclarecer Moreira Alves nas primeiras interpretações à luz do Código Civil de 2002 o que segue:

Uma observação importante: esse ato ilícito de abuso de direito não requer os elementos subjetivos que são requeridos pelo artigo anterior, que são aqueles dois. A culpa em sentido lato, abrangendo o dolo e a culpa em sentido amplo, e a imputabilidade que nada mais é do que a capacidade de delinquir, de praticar ato ilícito absoluto. Esse abuso de direito não exige isso, só exige o nexo de causalidade, levando em consideração o fim social ou econômico do negócio, a boa-fé e os bons costumes.¹⁷

Bem analisada a doutrina, efetivamente o abuso de direito pelo exercício inadmissível de determinadas posições jurídicas, *constitui instituto surgido em diversas manifestações periféricas, para resolver problemas concretos*.¹⁸ A ilicitude prevista no art. 187, contudo, não é suficiente para encaminhar uma consequência direta e necessária à responsabilidade civil. A consequência direta a uma hipótese constitutiva

¹⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. *O Novo Código Civil – Parte Geral*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Número 12, Ano 17, dez. 2005. P. 35.

¹⁸ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Eficácia externa dos créditos e abuso do direito*. In: *O Direito*. Ano 141° (2009), I. Diretor: Inocêncio Galvão Telles. P. 89-90.

de uma ilicitude como a prevista no art. 187 – pelo exercício de liberdades de forma contrária à boa-fé, aos bons costumes ou ao fim econômico ou social – seria relacionada à possibilidade de constituições de tutelas obrigacionais distintas, inclusive para efeito de proteção jurídica inibitória.¹⁹

José de Oliveira Ascensão diferencia, no direito brasileiro, um ilícito em sentido restrito de um ilícito em sentido lato. Em sentido restrito haveria a figura contemplada no art. 186²⁰, tratando-se assim de um ilícito subjetivo, exigindo dolo ou culpa para a caracterização de uma ilicitude civil tendente ao estabelecimento de uma responsabilidade civil específica. Em sentido lato, haveria uma compreensão no sentido do estabelecimento de uma ilicitude objetiva, independente de uma análise específica da intencionalidade do autor da conduta. Quando existente colisão entre exercício de liberdades, o art. 187 prevê elementos distintivos à ponderação: a contrariedade à boa-fé, aos bons costumes e ao fim econômico ou social do direito. Daí porque anteriormente já restou afirmado

Para que se compreenda o sentido de tutela à exclusividade e à situação de experiência singular pressuposta ao indivíduo, é fundamental que os elementos da boa-fé, dos bons costumes e do fim econômico e social sejam analisados, do ponto de vista externo, como condicionantes à própria possibilidade de restrição a uma liberdade subjetiva, quando visualizado o conflito prático de interesses. O que o art. 187 do Código Civil determina é que, para a caracterização de uma ilicitude, torna-se essencial examinar em que medida restou ameaçada a confiança depositada pelo indivíduo numa relação de convivência, para análise de seu impulso de auto-exposição e da extensão do seu querer aparecer (boa-fé). É uma confiança que se fará determinada, igualmente, por dados empíricos da tradição (bons costumes) e das características especiais e determinadas pelo caso concreto trazido à apreciação do intérprete (fim econômico e social).²¹

Quando se propõe uma leitura do art. 187 do Código Civil, pode se questionar em que medida a aplicação do enunciado normativo conduz a uma finalidade específica, voltada à restrição de situações concretas de liberdade. Ou seja, “pode se questionar de

¹⁹ Ascensão, José de Oliveira. *A desconstrução do abuso do direito*. P. 41. Disponível em: http://daleth.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf

²⁰ 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.

²¹ CACHAPUZ, Maria Cláudia. *A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do novo Código Civil Brasileiro*. P. 13-14. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/1c2b7/1c310/1ca25?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>

que forma a leitura pode levar à garantia de um princípio de liberdade, independentemente, desde logo, de uma determinada finalidade material à construção da razão prática”.²² A questão é que tanto se pode partir de uma concepção limitada de liberdade, em que não exista dissociação entre direitos e restrições, pressupondo-se sempre um determinado conteúdo a todo o direito e a toda situação de liberdade, como se pode, por outro lado, entender que a restrição possível a todo direito subjetivo – e, principalmente, a um direito fundamental do indivíduo – independe da própria existência do direito, sendo externa ao próprio direito e passível de restrição apenas quando pressuposta a situação de conflito no caso concreto. Neste caso, a proteção de um direito subjetivo é o resultado de uma situação prévia de ponderação entre direitos e liberdades apreendidos do ponto de vista formal, que se tornam objeto de construção de uma razão prática em face de uma situação concreta de análise.²³

Manuel Atienza esclarece que são atípicos os ilícitos que permitem, desde logo, a inversão do sentido de interpretação de uma norma. A ideia pressuposta é de que, *prima facie*, exista uma regra que autorize determinado exercício de um direito. Contudo, em razão de determinada situação em que se manifeste a oposição ao exercício de uma liberdade em sentido contrário, possível se faz reconhecer uma ilicitude, em concreto, em razão da necessária ponderação exigida à compatibilidade de liberdades em conflito. Situação passível de reconhecimento, conforme Atienza, nas situações de abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder.²⁴ O autor menciona que o primeiro problema que o abuso de direito apresenta seria o de determinar qual a classe de ações podem ser qualificadas como abusivas sob determinadas condições ou circunstâncias e quais são as condições ou circunstâncias que impõem tal classificação. A classe pertinente de ações é algo que, de início, admitiria uma resposta simples: ações

²² CACHAPUZ, Maria Cláudia. *A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do novo Código Civil Brasileiro*. P. 13-14. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/1c2b7/1c310/1ca25?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>

²³ CACHAPUZ, Maria Cláudia. *A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do novo Código Civil Brasileiro*. P. 13-14. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/1c2b7/1c310/1ca25?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>

²⁴ ATIENZA, Manuel. *Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder*. Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero; tradução Janaina Roland Matida. – 1. ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014. P. 27.

que, *prima facie*, constituem casos de exercício de um direito subjetivo e que são, portanto, ações, de igual forma, *prima facie* permitidas.²⁵

Obviamente, o destinatário de normas que instituem situações de ilícitos como os classificados como atípicos para Atienza – e que, no ordenamento jurídico brasileiro, estariam abrangidos pelo enunciado do art. 187 do CC brasileiro – seriam os juízes, a quem compete a interpretação exigida para o caso concreto. E isto porque, pela interpretação a cada caso específico, o intérprete realiza a ponderação entre princípios cujo resultado é precisamente o estabelecimento de uma regra de conduta correta para o caso. No sentido de Atienza, os princípios incorporam os valores considerados relevantes pelo ordenamento jurídico²⁶.

Em verdade, é preciso ressaltar que não se pode tratar de razões suficientes como mera diretriz de conduta ou como razões suficientes, por pressuposto utilitarista, que apelem à maximização de uns ou outros interesses coletivos em conflito. Uma ação não pode ser considerada abusiva simplesmente porque não é ação que, entre outras possíveis, produza a maior utilidade social, nem tampouco em razão da eventual escassez de sua utilidade social. Por isso, tem-se que, em relação ao artigo 187, a situação de ilicitude e os elementos que servem a caracterizá-la só podem ser analisados no caso concreto, e não de forma prévia ou abstrata. A violação de um dever jurídico só existe porque é identificada uma situação concreta que, decorrendo de um conflito de liberdades pode resultar numa restrição de liberdade a conduta de alguém. A ponto inclusive de se considerar ilícita, por força de lei, uma conduta que nasça do exercício regular de uma posição jurídica. *A priori*, o que se tem é o exercício amplo de uma posição jurídica. Interpreta-se a conduta como ilícita se, e somente se, verificada uma hipótese concreta de restrição de liberdade.²⁷

Assim, *a priori*, os elementos da culpa e do dano só podem ser exigidos para caracterização da conduta ilícita prevista no art. 186²⁸. Já o artigo 187, como fonte de obrigação civil disciplina a conduta ilícita gerada a partir de uma restrição de liberdade

²⁵ ATIENZA, Manuel. P. 35.

²⁶ ATIENZA, Manuel. P. 22.

²⁷ CACHAPUZ, Maria Cláudia. *A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do novo Código Civil Brasileiro*. P. 13-14. Disponível em: <http://livepublish.job.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/1c2b7/1c310/1ca25?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>

²⁸ Vide *Apelação Cível Nº 70059273953, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Cláudia Cachapuz, Julgado em 28/05/2014*

imposta pelo caso concreto e só aferível após a solução resultante da análise de um conflito de liberdade.²⁹

Nesse sentido, tem-se que o Código Civil de 2002 inovou ao incluir o art. 187. Trata-se de um ato ilícito não identificado a partir de um elemento subjetivo relacionado ao agente – a culpa -, mas configurado por uma situação concreta, em que é examinada a conduta do agente, a partir das condições fáticas e jurídicas do caso em análise e tendentes à configuração de uma restrição à liberdade do homem. Havendo conflito entre direitos, o artigo 187 prevê os critérios para ponderação, no caso, boa-fé, bons costumes e fim econômico ou social do direito. O que o artigo 187 determina é que, para caracterização de uma ilicitude se torna necessário examinar em que medida restou ameaçada a relação de confiança depositada na conduta observada em relação a um determinado caso particular (boa-fé). Uma confiança que será determinada também por dados empíricos da tradição (bons costumes) e das características especiais determinadas pelo caso concreto (fim econômico e social)³⁰.

4. Conclusão

O Código de 2002 representa uma ruptura em relação a noção tradicional de ilicitude civil, na medida em que deixou de ser necessária a ligação entre a ilicitude – agora prevista nos arts. 186 e 187 - e o dever de indenizar - previsto no art. 927 e seguintes do CC/02 -, e entre ilicitude civil e dano – especificamente no art. 187 do CC/02. Nessa medida, a preocupação de se reconhecer no estudo comparativo entre as estruturas dos enunciados normativos dos arts. 186 e 187 do CC brasileiro – um confronto entre a tradição (a ilicitude construída a partir dos elementos normativos do

²⁹ CACHAPUZ, Maria Cláudia . *O papel das cláusulas gerais para a concreção de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre privados*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=91db811b080f2bcf>. Acesso em: 25/05/2015.

Assim também, no julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em *Apelação Cível Nº 70054931118, Quinta Câmara Cível - Serviço de Apoio Jurisdicção, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Claudia Cachapuz, Julgado em 08/04/2015*.

A constatação da ilicitude reconhecida com fulcro no art. 187 - na medida em que a ilicitude só é configurada a partir da decisão que reconheceu a conduta como ilícita – também influi na incidência da mora. Nesse sentido, o julgado do TJRS nos Embargos de Declaração Nº 70060149366, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Claudia Cachapuz, Julgado em 06/08/2014.

³⁰ CACHAPUZ, Maria Cláudia. *A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do novo Código Civil Brasileiro*. P. 11-13. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/1c2b7/1c310/1ca25?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>

antigo art. 159 do CC de 1916) e o novo (a ilicitude inaugurada no art. 187 do CC brasileiro) – o papel relevante desempenhado por uma teoria da argumentação jurídica (ALEXY, 1997), capaz de auxiliar o intérprete na compreensão de um problema jurídico posto, encaminhando-o a uma decisão com pretensão de correção. E, aqui, buscou-se, novamente, introduzir a ideia de validade de adoção de uma teoria do discurso jurídico como caminho de argumentação suficiente no sentido de promoção de uma fundamentação racional para a construção da dogmática – inclusive por meio de cláusulas gerais – e para a concreção de direitos fundamentais.

Impõe-se esclarecer que, quando se trata de construir um “dever ser” a partir da análise moral de estruturas pertinentes a direitos gerais de liberdade e igualdade, justamente por traduzirem-se tais direitos em depósitos das situações de conflito centrais a todo o ser humano, a questão é, portanto, saber como descrever um padrão geral de conduta para as questões afetas a direitos fundamentais quando irradiam estes seus efeitos sobre as relações de trato privado. O intuito, por certo, é o de promover a convivência entre os indivíduos no âmbito de suas relações privadas, a partir da promoção de idênticas oportunidades de liberdade e igualdade. A preocupação do intérprete, na análise da norma pressuposta – e, neste trabalho, a partir da estrutura normativa prevista no art. 187 do CC brasileiro –, é a de tentar estabelecer um âmbito correto de aplicação à norma, de forma a possibilitar, *a priori*, a orientação de conduta devida a todo aplicador do Direito. Há uma preocupação especial com a interpretação dos institutos jurídicos e com a própria concreção dos direitos tutelados pelo ordenamento jurídico.

É preciso ressaltar, no entanto, que não se pode tratar de razões suficientes como mera diretriz de conduta ou como razões suficientes, por pressuposto utilitarista, que apelem à maximização de uns ou outros interesses coletivos em conflito. Uma ação não pode ser considerada abusiva simplesmente porque não é ação que, entre outras possíveis, produza a maior utilidade social, nem tampouco em razão da eventual escassez de sua utilidade social. Dessa forma, tem-se que, em relação ao artigo 187, a situação de ilicitude e os elementos que servem a caracterizá-la só podem ser analisados a partir do caso concreto, e não de forma prévia ou abstrata. A violação de um dever jurídico só existe porque é identificada uma situação concreta que, decorrendo de um conflito de liberdades pode resultar numa restrição de liberdade a conduta de alguém. A

ponto inclusive de se considerar ilícita, por força de lei, uma conduta que nasça do exercício regular de uma posição jurídica. *A priori*, o que se tem é o exercício amplo de uma posição jurídica, interpretando-se a conduta como ilícita se, e somente se, verificada uma hipótese concreta de restrição de liberdade (CACHAPUZ, 2015a, p. 13-14). Por isso, pode se afirmar que a introdução do art. 187 no Código Civil de 2002 ampliou a causa geradora de obrigações civis, com uma definição mais ampla de ilicitude. O art. 187, compreendido como uma cláusula geral que garante maior flexibilidade ao intérprete, oferece para o âmbito da argumentação civil o exercício da ponderação por meio de princípios, estimulando a interpretação na busca da resposta mais correta ao caso concreto. Tal circunstância permite, em complementação, uma atualização constante ao direito, sem afastar-se da tradição até então alcançada pelo ordenamento vigente, garantida justamente por meio da concreção de conceitos indeterminados constantes no tipo normativo.

5. Referências bibliográficas

ASCENSÃO, José de Oliveira. *A desconstrução do abuso do direito*. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2006;1000758989>>. Acesso em: 25/05/2015.

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ATIENZA, Manuel. *Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder*. Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero; tradução Janaina Roland Matida. – 1. ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do novo Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/1c2b7/1c310/1ca25?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>. Acesso em 25/05/2015.

_____. *O papel das cláusulas gerais para a concreção de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre privados*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=91db811b080f2bcf>. Acesso em: 25/05/2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Eficácia externa dos créditos e abuso do direito*. In: *O Direito*. Ano 141 (2009), I. Diretor: Inocêncio Galvão Telles.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, 3ª edição. Petrópolis, Vozes, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. *Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no CC*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1726,51045-Breves+anotacoes+acerca+do+conceito+de+ilicitude+no+nCC>. Acesso em: 25/05/2015.

_____. “Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé”. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coords.). *Novo Código Civil. Questões Controvertidas. Vol VI: Parte Geral do Código Civil*. São Paulo: Editora Método, 2007, pp. 505-544.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *O Novo Código Civil – Parte Geral*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Número 12, Ano 17, dez. 2005. P. 35.

REGLA, Josep Aguiló. *Teoría general de las fuentes del derecho (y el orden jurídico)*. Barcelona: Ariel, 2012.