

gilando). Para que a vítima do dano causado pelo empregado possa incluir o empregador na lide, não terá que provar a culpa do agente direto do dano, nem a concorrência da culpa do patrão, que o escolheu mal ou não o vigiou. A jurisprudência, hodiernamente (*RT*, 238:26; Súmula 341 do STF), já entendeu que bastava a presunção da culpa do patrão, no prejuízo causado por ato de seu empregado, para que ele fosse responsabilizado pela sua indenização à vítima¹⁹⁵. E o novo Código Civil, nos arts. 932, III, e 933, prescreve que o empregador responde, ainda que não haja culpa de sua parte, por ato lesivo praticado por seu empregado, contra o qual terá ação regressiva (CC, art. 934).

C. ATOS LESIVOS QUE NÃO SÃO ILÍCITOS

Há casos excepcionais que não constituem atos ilícitos apesar de causarem lesões aos direitos de outrem. Há o dano, a relação de causalidade entre a ação do agente e o prejuízo causado a direito alheio. Mas o procedimento lesivo do agente, por motivo legítimo estabelecido em lei, não acarreta o dever de indenizar, porque a própria norma jurídica lhe retira a qualificação de ilícito¹⁹⁶. Deveras, pelo Código Civil, art. 188, I e II, não são atos ilícitos: a legítima defesa, o exercício regular de um direito e o estado de necessidade (CP, art. 23).

A *legítima defesa* é considerada, portanto, como excludente de responsabilidade civil (CC, art. 188, I, 1ª parte; *JTJSP*, 270:100; *RT*, 756:190, 808:224, 780:372) e criminal (CP, art. 25), se com o uso moderado de meios necessários alguém repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu

195. Silvio Rodrigues, *Direito civil*, cit., v. 1, p. 348 e 349; CC, art. 206, § 3º, V.

196. Caio M. S. Pereira, op. cit., v. 1, p. 579; Matilde M. Zavala de González, *Responsabilidad por el daño necesario*, Buenos Aires, Astrea, 1985; Gabriel C. Z. de Inellas, *Da exclusão da ilicitude*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2001; Gisela Sampaio da Cruz, *As excludentes de ilicitude no Código Civil de 2002, A parte geral*, cit., p. 387-415; Carlos Roberto Gonçalves, *Comentários ao Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2003, v. 11, p. 402-3; Venzon, *Excessos na legítima defesa*, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1989. Só a legítima defesa real tem o condão de excluir a responsabilidade do lesante, pois o lesado é um agressor injusto. Se o lesado for terceiro, por erro de pontaria (*aberratio ictus*), o lesante deverá pagar a indenização, tendo direito de regresso contra o agressor injusto. A legítima defesa putativa não exclui a reparação do dano, visto haver ilicitude no ato de quem a praticou, apesar de não haver punição penal, em razão da ausência de culpa por haver erro de fato sobre a existência da situação da legítima defesa, que não está presente. Há uma pseudoagressão.

ou de outrem; legítimo será o prejuízo infligido ao agressor pelo agredido, não acarretando qualquer reparação por perdas e danos, sendo improcedente qualquer pedido de indenização formulado pelo prejudicado. Caberá ação regressiva, para haver a importância que se ressarcir ao lesado contra aquele em defesa de quem se causou o dano (CC, art. 930, parágrafo único). Consagrada está a legítima defesa no Código Civil, no art. 1.210, § 1º, que prescreve: “O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”.

O *exercício regular ou normal de um direito reconhecido* (CC, art. 188, I, 2ª parte) que lesar direitos alheios exclui qualquer responsabilidade pelo prejuízo, por não ser um procedimento prejudicial ao direito (RT, 563:230). Quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém (*qui iure suo utitur neminem laedit*). P. ex.: o credor que penhora os bens do devedor, proprietário que ergue construção em seu terreno, prejudicando não intencionalmente a vista do vizinho¹⁹⁷. Só haverá “ato ilícito” se houver abuso do direito ou seu exercício irregular ou anormal. Deveras reza o art. 187 do Código Civil: “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”. No uso de um poder, direito ou coisa além do permitido ou extrapolando as limitações de um direito, lesando alguém, traz como efeito jurídico o dever de indenizar. Realmente, sob a aparência de um ato legal, ou lícito, esconde-se a “ilicitude” (ou melhor, antijuridicidade *sui generis*) no resultado, por atentado ao princípio da boa-fé e aos bons costumes e por desvio da finalidade socioeconômica para a qual o direito foi estabelecido. No ato abusivo há violação da finalidade econômica ou social. O abuso é excessivo manifesto, ou seja, o direito é exercido de forma ostensivamente ofensiva à justiça. Para R. Limongi França, “o abuso de direito consiste em um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito”. A ilicitude do ato praticado com abuso de direito possui, segundo alguns doutrinadores e dados jurisprudenciais, natureza objetiva, aferível, independentemente de culpa e dolo (RTJRS, 28:373, 43:374, 47:345; RSTJ, 120:370, 140:396, 145:446; Súmula 409 do STF). Também entende o Enunciado n. 37 (aprovado na *Jornada de Direito Civil*, promovida, em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários

197. W. Barros Monteiro, op. cit., v. 1, p. 293. Vide CC, art. 100.

do Conselho da Justiça Federal) que: “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”. Trata-se, na verdade, de uma categoria *sui generis* e autônoma de antijuridicidade. O ato abusivo é uma conduta lícita, mas desconforme ora à finalidade socioeconômica pretendida pela norma, ao prescrever uma situação ou um direito, ora ao princípio da boa-fé objetiva, como diz Ripert. O abuso de direito para sua configuração requer uma valoração axiológica do exercício de um direito subjetivo (LINDB, art. 5^o), tendo por base os valores contidos na Constituição Federal. Isto é assim por constituir uma limitação ao exercício daquele direito, e não uma forma de ato ilícito. O art. 187, ao definir o abuso de direito como ato ilícito, deve ser, como dizem Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, “interpretado como uma referência a uma ilicitude *lato sensu*, no sentido de contrariedade ao direito como um todo, e não como uma identificação entre a etiologia do ato ilícito e a do ato abusivo, que são claramente diversas”. O Código Civil, art. 1.277, que reprime o uso anormal da propriedade, consigna um exemplo de abuso de direito (CC, arts. 186 e 187), pois permite ao proprietário ou inquilino impedir que a utilização do direito de propriedade pelo seu vizinho lhe danifique prédio, p. ex. (CPC, arts. 275, II, c, e 287). Assim, se alguém, p. ex., em sua propriedade produz ruído que excede à normalidade; usa cercas eletrificadas que possam causar morte; utiliza aparelho que interfere em TV ou rádio de vizinho; deposita lixo em terreno próximo a uma moradia, ter-se-á abuso do direito, que será reduzido às devidas proporções, por meio de ação judicial apropriada. Toda vez que houver excesso no exercício regular do direito, dá-se o abuso do direito (RT, 434:239; 445:229; 403:218; 494:225)¹⁹⁸. Na verdade, parece-nos que caem na órbita do abuso de direito,

198. Caio M. S. Pereira, op. cit., v. 1, p. 580-4; Bassil Dower, op. cit., v. 1, p. 277 e 278; W. Barros Monteiro, op. cit., v. 1, p. 296; Sílvio de S. Venosa, *Direito civil*, cit., v. 1, p. 492 a 499; Giulio Levi, *L'abuso del diritto*, 1993; José Calvo Sotelo, *La doctrina del abuso del derecho*, 1917; Sessarego, *Abuso del derecho*, 1992; Campion, *L'théorie de l'abus des droits*, 1925; Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Do abuso de direito*, 1999; Pedro Baptista Martins, *O abuso do direito e o ato ilícito*, 1997; Heloísa Carpena, *Abuso de direito nos contratos de consumo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001; Abuso do direito no Código de 2002 — relativização de direitos na ótica civil-constitucional, *A parte geral*, cit., p. 367; Fernando Cunha de Sá, *Abuso do direito*, Coimbra, Almedina, 1997; Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., v. 7, p. 562-3; *Código Civil anotado*, São Paulo, Saraiva, 2005, comentários ao art. 187; Gustavo Tepedino e outros, *Código*, cit., v. 1, p. 342; Jorge Americano, *Do abuso de direito no exercício da demanda*, São Paulo, 1932; Virgílio Giorgianni, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; José Horácio Halfeld Rezen-

ensejando responsabilidade civil: a) os *atos emulativos* ou *ad emulationem* (CC, art. 1.228, § 2º) que são os praticados, dolosamente pelo agente, no exercício normal de um direito, em regra, o de propriedade, isto é, com a firme intenção de causar dano a outrem e não de satisfazer uma necessidade ou interesse do seu titular. P. ex.: se um proprietário constrói em sua casa uma chaminé falsa com o único objetivo de retirar luz do seu vizinho. Embora o nosso Código Civil, no art. 1.299, permita ao proprietário levantar em seu terreno todas as obras que quiser e a construção da falsa chaminé não se enquadre nas restrições às relações de vizinhança dos arts. 1.301 e s., não há dúvida que o direito brasileiro não aprova os atos emulativos, visto que no art. 1.277 o Código Civil reprime o uso nocivo ou abusivo da propriedade ao proibir os atos do proprietário do imóvel que prejudiquem a segurança, o sossego ou a saúde do vizinho, ainda que esses atos venham atender algum interesse de quem os pratica. Esse artigo do Código Civil consigna um exemplo de abuso

de Ribeiro, O abuso do direito e a justiça social. *O Código Civil e sua interdisciplinaridade* (coords. José Geraldo Brito Filomeno, Luiz Guilherme da C. Wagner Junior, Renato Afonso Gonçalves), Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 347-69; Inácio de Carvalho Neto, *Abuso do direito*, Curitiba, Juruá, 2005; R. Limongi França, *Instituições de direito civil*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 889; José de Oliveira Ascensão, A desconstrução do abuso do direito, *Novo Código Civil — questões controvertidas*, v. 4, São Paulo, Método, 2005; Milton Flávio de A. C. Lautenschläger, *Abuso de direito*, São Paulo, Atlas, 2007; Bruno Miragem, Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro, *Doutrinas essenciais*, cit., v. II, p. 433-80. Para Nestor Duarte (*Código Civil comentado* — coord. Peluso, Barueri, Manole, 2008, p. 139): “Em diversas outras passagens, o Código Civil coíbe o abuso de direito, a saber nos arts. 421, 422, 1.228, §§ 1º e 2º, e 1.648, bem como a legislação extravagante, a exemplo da hipótese de limitação ao direito de o inquilino purgar a mora nas ações de despejo por falta de pagamento (art. 62, parágrafo único da Lei n. 8.245/91). No campo do direito constitucional, várias são as condenações de conduta abusiva (arts. 14, §§ 9º e 10, 173, § 4º, da CF). No âmbito do direito processual, o litigante que abusar das faculdades que lhe são concedidas responde por isso (arts. 14, parágrafo único, 17, 18 e 538, parágrafo único, do CPC). Não exige a lei o elemento subjetivo, ou a intenção de prejudicar, para a caracterização do abuso de direito, bastando que seja distorcido o seu exercício”. Ninguém poderá ser responsabilizado civilmente pelo exercício regular do direito seu, enquanto se mantiver dentro da ordem jurídica, ainda que terceiro venha sofrer prejuízo sem ter sido parte na ação. Nenhuma reparação lhe deve o titular do direito. O interesse legítimo é sempre excludente de qualquer responsabilidade. De sorte que deve ser permitido a quem exerce um direito provar que teve interesse legítimo em proceder pela forma que procedeu. E se isso conseguir provar desaparece qualquer ideia de abuso de exercício de direito, ainda que a pessoa que o exerceu tivesse consciência de que ia prejudicar os interesses de outrem. O remédio jurídico adequado para quem não sendo parte na ação vê seus bens sequestrados por ordem judicial são os embargos de terceiro previstos no art. 1.046 do Código de Processo Civil, e não a ação indenizatória contra o autor da ação que acarretou a constrição legal em seus bens (TJSC, ADCOAS, n. 84.906, 1982).

de direito, pois permite ao proprietário ou inquilino impedir a utilização do direito de propriedade pelo seu vizinho que lhe prejudique a segurança, o sossego ou a saúde. Assim, se alguém em sua propriedade produzir ruído que exceda a normalidade, ter-se-á abuso de direito, que será reduzido às devidas proporções, por meio de ação judicial apropriada. Além disso, observa Antunes Varela que nosso Código Civil, no art. 1.229, ao definir os limites materiais da propriedade imóvel, colocando o critério da utilidade real acima do princípio do poder ilimitado ou arbitrário, nega ao proprietário o direito de se opor a trabalhos que, pela altura ou profundidade a que são efetuados, ele não tenha interesse de impedir, contanto que, como é óbvio, tais trabalhos correspondam a um legítimo interesse de terceiro. Os atos praticados pelo proprietário, sem qualquer utilidade relevante para ele, com o escopo de danificar prédio contíguo, constituem indubitavelmente um exercício irregular do direito de propriedade. Igualmente, se o exequente, que tem o direito de penhorar bens do devedor impontual, para prejudicá-lo e forçá-lo a pagar dívida de existência duvidosa, impedir o devedor de ser nomeado depositário das máquinas penhoradas e exigir remoção destas, forçando o fechamento da indústria, deve reparar o dano (RT, 296:646), por ter sido movido por espírito de emulação agindo abusivamente. O art. 574 do Código de Processo Civil dispõe que o credor ressarcirá ao devedor os danos por este sofridos, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que deu lugar à execução; b) os *atos ofensivos aos bons costumes ou contrários à boa-fé*, apesar de praticados no exercício normal de um direito, constituem abuso de direito (CC, art. 187). P. ex.: se o credor, após haver cedido seu crédito, tendo ciência de que o cessionário não notificou o devedor do fato, interpela este e obtém o pagamento do débito. Ora, o Código Civil, no art. 290, considera a cessão de crédito ineficaz em relação ao devedor enquanto a este não for notificada, logo, será requisito para a cessão a realização da notificação do devedor com o intuito de lhe dar conhecimento da cessão, evitando que pague ao credor primitivo. Assim sendo, o devedor não notificado, ao pagar a prestação devida ao cedente, cumpriu seu dever, exonerando-se da obrigação. O cedente, por sua vez, exerceu formalmente o seu direito de crédito perante o devedor, interpelando-o para cumprir, mas deverá restituir ao cessionário aquilo com o que injustamente se locupletou à custa dele, pois, se não o fizer por estar de má-fé, o cessionário poderá mover ação contra ele e não contra o devedor não notificado (CC, art. 884). Se o litigante ou exequente (CPC, art. 598), em processo de conhecimento ou de execução, formular pretensões, oferecer defesas ciente de que são destituídas de fundamento, praticar atos probatórios desnecessários à defesa do direito, alterar

intencionalmente a verdade dos fatos, omitir fatos essenciais ao julgamento da causa, enfim, se se apresentarem todas as situações caracterizadoras da má-fé arroladas no Código de Processo Civil, art. 17, estará agindo abusivamente e deverá responder por perdas e danos, indenizando a parte contrária dos prejuízos advindos do processo e de sua conduta dolosa. Se o réu lançar mão de recursos procrastinadores e de expedientes censuráveis, estará abusando de seu direito de defesa (RT, 138:727), causando dano que deverá reparar. Suponha-se, ainda, que o vendedor de jogo de loteria venda um bilhete a um cliente após o sorteio. O cliente não ignora a realização do sorteio, mas não sabe o seu resultado, porém o alienante já tinha conhecimento de que o bilhete estava branco, agindo, portanto, de má-fé. O vendedor, ao alienar bilhete que lhe pertencia, exerceu seu direito de propriedade; o comprador, por sua vez, sabendo que o sorteio tinha-se efetuado, correu o risco de adquirir um bilhete em branco, logo não houve erro substancial de sua parte sobre as qualidades essenciais do objeto. Entretanto, o silêncio do alienante, dissimulando um fato essencial à declaração da contraparte, indicou, sem dúvida, sua má-fé na celebração contratual, exercendo abusivamente seu direito; c) *os atos praticados em desacordo com o fim social ou econômico do direito subjetivo*. Como o direito deve ser usado de forma que atenda ao interesse coletivo, logo haverá ato abusivo, revestido de iliceidade de seu titular se ele o utilizar em desacordo com sua finalidade social. Assim, se alguém exercer direito, praticando-o com uma finalidade contrária a seu objetivo econômico ou social, estará agindo abusivamente. Jossierand explica-nos que o abuso pode ser constituído pelo caráter antieconômico do ato praticado. O juiz deverá pesquisar o móvel visado pelo agente, a direção em que encaminhou seu direito e o uso que dele fez. Se essa direção e esse uso forem incompatíveis com a instituição, o ato será abusivo, tornando-se, então, produto de responsabilidade. Haverá, portanto, abuso de direito se o agente, ao agir dentro dos limites legais, deixar de levar em conta a finalidade social e econômica do direito subjetivo e, ao usá-lo desconsideradamente, prejudicar alguém. Não há violação dos limites objetivos da norma, mas tão somente um desvio aos fins socioeconômicos a que ela visa atingir. P. ex.: se A, credor de B, encontrando-se este doente e endividado, ameaça a filha do devedor com o requerimento judicial de falência do pai, se ela não se casar com ele, está exercendo anormalmente seu direito, pois a cominação do requerimento da falência não visa obter o pagamento do débito, mas sim extorquir da filha do devedor o consentimento de casar, o que o art. 153 do Código Civil considera como coação sobre o declarante.

O *estado de necessidade* consiste na ofensa do direito alheio (deterioração ou destruição de coisa pertencente a outrem ou lesão a uma pessoa) para

remover perigo iminente, quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário e quando não exceder os limites do indispensável para a remoção do perigo (CC, art. 188, II, e parágrafo único; CP, art. 24, §§ 1º e 2º; *RJTJSP*, 41:112; *RT*, 626:172). Não se exige, porém, que o direito sacrificado seja inferior ao direito salvaguardado, nem mesmo se requer a absoluta ausência de outro meio menos prejudicial. Em regra, o perigo resulta de acontecimento fortuito, natural ou acidental, criado pelo próprio prejudicado ou terceiro. De forma que, pelo art. 929 do Código Civil, “se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram”, e, pelo art. 930, “no caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado”. Só não há dever de ressarcir o dano se o prejudicado for o próprio ofensor ou o próprio autor do perigo. Não se caracteriza como estado de necessidade o motorista que, preocupado com um princípio de incêndio em seu veículo, perca a direção e invada a contramão, provocando colisão em outro (*RT*, 395:289); ou o caso do pai que rapta a filha de quem a detinha por força de decisão judicial (*RT*, 393:354). Por outro lado, constituem hipóteses de estado de necessidade: o sacrifício de um automóvel alheio para salvar vida humana, evitando atropelamento (*RT*, 782:211); destruição de prédio alheio para evitar que incêndio se propague em todo o quarteirão; matar um cão de outrem, atacado de hidrofobia e que ameaça morder várias pessoas (*RT*, 180:226); arremessar carro contra edifício alheio, danificando-o, para evitar morte por abalroamento de caminhão; jogar latas de gasolina na rua destruindo carroça, para evitar que incêndio se propague por toda a garagem (*RT*, 163:642)¹⁹⁹.

199. Orlando Gomes, op. cit., p. 448; Bassil Dower, op. cit., v. 1, p. 277; W. Barros Monteiro, op. cit., v. 1, p. 293 e 294; Silvio Rodrigues, *Direito civil*, cit., v. 1, p. 353 e 354; André de Oliveira Pires, *Estado de necessidade*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2000; Gabriel Cesar Zaccaria de Inellas, *Exclusão de ilicitude*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2001; Marcelo Briguglio, *El estado de necesidad en el derecho civil*, Madrid, 1971; Alberto R. de Souza, *Estado de necesidad: um conceito novo e aplicações mais amplas*, Rio de Janeiro, Forense, 1979; *RT*, 509:69; *RJE*, 4:9. “Atropelamento e excludente do estado de perigo — Motorista que, sentindo-se ameaçado pelo estado belicoso dos grupos que se enfrentavam em rixa ao redor de seu veículo, aciona a partida e acaba atropelando um dos contendores — Perigo que exclui a ilicitude do ato, não podendo obter indenização civil quem dessa forma contribui para o resultado lesivo — Exame da doutrina — Ação de indenização improcedente — Decisão mantida” (1ª TACSP, 4ª Câm., AC 526.074-0 — Tatuí, rel. Juiz Carlos Bittar, j. 23-11-1994, v. un.).