

CAPÍTULO XXIII

ATO ILÍCITO

Sumário

113. Conceito de ilícito. **114.** Dolo. Culpa. **115.** Responsabilidade civil. **116.** Responsabilidade civil do Estado. **117.** Escusativas de responsabilidade e concorrência de culpa. **118.** Abuso do direito.

Bibliografia

Von Tuhr, *Derecho Civil*, III, parte 2ª, § 88; Henoch D. Aguiar, *Hechos y Actos Jurídicos*, vols. II e III; Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral*, p. 71; Colin e Capitant, *Cours*, II, n^{os} 175 e ss.; Oertmann, *Introducción al Derecho Civil*, § 62; Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado*, I, §§ 195 e ss.; Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité Élémentaire*, II, n^{os} 891 e ss.; De Page, *Traité Élémentaire*, II, n^{os} 901 e ss.; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, II, § 186; Serpa Lopes, *Curso*, I, n^{os} 258 e ss.; Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*; Mazeaud et Mazeaud, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*; Amaro Cavalcânti, *Responsabilidade Civil do Estado*; Sourdat, *Traité Général de la Responsabilité*; Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à Pessoa Humana*, Renovar; Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil*, Forense.

113. CONCEITO DE ILÍCITO

A conduta humana pode ser obediente ou contraveniente à ordem jurídica. O indivíduo pode conformar-se com as prescrições legais ou proceder em desobediência a elas. No primeiro caso encontram-se os *atos jurídicos*, entre os

quais se inscreve o negócio jurídico, estudado antes, caracterizado como declaração de vontade tendente a uma finalidade jurídica, em consonância com o ordenamento legal, e os atos jurídicos lícitos que não sejam negócios jurídicos (Código Civil, art. 185). No segundo estão os *atos ilícitos*, concretizados em um procedimento em desacordo com a ordem legal. O ato lícito, pela força do reconhecimento do direito, tem o poder de criar faculdades para o próprio agente. É *jurígeno*. Mas o ato ilícito, pela sua própria natureza, não traz a possibilidade de gerar uma situação em benefício do agente. O ato lícito, pela sua submissão mesma à ordem constituída, não é ofensivo ao direito alheio; o ato ilícito, em decorrência da própria iliceidade que o macula, é lesivo do direito de outrem. Então, se o ato lícito é gerador de direitos ou de obrigações, conforme num ou noutro sentido se incline a manifestação de vontade, o ato ilícito é criador tão somente de deveres para o agente, em função da correlata obrigatoriedade da reparação, que se impõe àquele que, transgredindo a norma, causa dano a outrem.

Ao transpor para o nosso direito o modelo português, o Código Civil qualificou os atos jurídicos, com a menção da liceidade. Procedeu desnecessariamente. Ninguém ignora que, numa distribuição global, as ações humanas ou se submetem à ordem legal, ou contra ela se insurgem. No rigor dos princípios, todos os autores, sistematizando os dois tipos de ações humanas, distinguem com nitidez o lícito do ilícito. É da mais absoluta obviedade que não poderia a lei civil destinar ao comportamento ilícito o requisito de validade, a representação, a condição, o termo, o encargo, o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão, a fraude contra credores, a nulidade dos atos negociais. Quando, pois, o art. 185 manda que se apliquem analogicamente aos atos jurídicos lícitos as disposições relativas aos negócios jurídicos, não tem em vista, como jamais poderia ter, os atos ilícitos, cuja dogmática é desenvolvida no Título III, arts. 186 a 188.

O artigo 185, na referência à liceidade dos atos a que se reporta, contém desnecessária menção. E pode ser simplesmente assim entendido. Distinguindo as ações humanas em duas classes – lícitas e ilícitas –, divide as primeiras em dois grupos: negócios jurídicos e atos jurídicos em geral. A estes manda aplicar as disposições relativas aos negócios jurídicos. Aos atos ilícitos reserva o disposto nos artigos seguintes.

O indivíduo, na sua conduta antissocial, pode agir intencionalmente ou não; pode proceder por comissão ou por omissão; pode ser apenas descuidado ou imprudente. Não importa. A iliceidade de conduta está no *procedimento contrário a um dever preexistente*. Sempre que alguém falta ao dever a que é adstrito, comete

um ilícito, e como os deveres, qualquer que seja a sua causa imediata, na realidade são sempre impostos pelos preceitos jurídicos, o ato ilícito importa na *violação do ordenamento jurídico*.¹ Comete-o *comissivamente* quando orienta sua ação num determinado sentido, que é contraveniente à lei; pratica-o por *omissão*, quando se abstém de atuar, se deveria fazê-lo, e na sua inércia transgredir um dever predeterminado. Procede por *negligência* se deixa de tomar os cuidados necessários a evitar um dano; age por *imprudência* ao abandonar as cautelas normais que deveria observar; atua por *imperícia* quando descumprir as regras a serem observadas na disciplina de qualquer arte ou ofício.

Como categoria abstrata, o *ato ilícito* reúne, na sua etiologia, *certos requisitos* que podem ser sucintamente definidos: a) uma *conduta*, que se configura na realização intencional ou meramente previsível de um resultado exterior; b) a violação do ordenamento jurídico, caracterizada na contraposição do comportamento à determinação de uma norma; c) a *imputabilidade*, ou seja, a atribuição do resultado antijurídico à consciência do agente; d) a penetração da conduta na esfera jurídica alheia, pois, enquanto permanecer inócua, desmerece a atenção do direito.

Nesta análise cabe toda espécie de ilícito, seja civil, seja penal. Não se aponta, em verdade, uma diferença ontológica entre um e outro. Há em ambos o mesmo fundamento ético: a infração de um dever preexistente e a imputação do resultado à consciência do agente. Assinala-se, porém, uma diversificação que se reflete no tratamento deste, quer em função da natureza do bem jurídico ofendido, quer em razão dos efeitos do ato. Para o direito penal, o delito é um fator de desequilíbrio social, que justifica a repressão como meio de restabelecimento; para o direito civil, o ilícito é um atentado contra o interesse privado de outrem, e a reparação do dano sofrido é a forma indireta de restauração do equilíbrio rompido.² O delito criminal, como violação da lei penal, pode às vezes confundir-se com o ilícito civil, como no caso do furto, a uma só vez contravenção da norma de interesse social e atentado ao direito subjetivo de outrem; mas pode dele distanciar-se, de sorte a haver ilícito civil estranho à órbita de ação criminal (exemplo, o inadimplemento de uma obrigação pecuniária), ou ilícito criminal que não penetra a noção de delito civil, como é o caso da tentativa de furto. Para o direito criminal, o ilícito ou delito motiva a segregação do agente, ou diminuição patrimonial, ou simplesmente a privação de uma faculdade; para o direito civil, cria o dever de reparação com o fito de recompor o bem jurídico ofendido. Mesmo no caso de um ilícito ser reprimido simultaneamente no cível e no criminal, há diferenciação, pois enquanto este tem em vista a pessoa do agente para impor-lhe sanção, aquele se preocupa com o resultado e cogita da recomposição

patrimonial da vítima. Enquanto o direito penal vê no ilícito a razão de *punir o agente*, o direito civil nele enxerga o fundamento da *reparação do dano*. Por isso mesmo a responsabilidade civil é independente da criminal, ainda que haja a superposição das duas áreas. Faz, contudo, *coisa julgada*, para impedir que se questione no cível a decisão criminal proferida sobre a existência do fato e sua autoria (Código Civil, art. 935). Mas, a fim de atender ao princípio da economia processual, o interessado (vítima, seu representante legal ou seu herdeiro), em vez de intentar ação de ressarcimento, pode promover no Juízo cível a execução da sentença criminal, para obter a reparação do dano (Código de Processo Penal, arts. 63 e ss.; Código de Processo Civil de 1973, art. 475-N, II; Código de Processo Civil de 2015, art. 515, VI).

114. DOLO. CULPA

O direito romano não chegou a elaborar a noção abstrata do ato ilícito, que conheceu com a denominação especial de *delitos civis*, na ocorrência de certos atos, como tais especificamente denominados e caracterizados: *furtum, noxia et iniuria*.³ Eram ilícitos típicos, que sujeitavam quem os cometesse à pena civil cominada, e esta responsabilidade dizia-se *ex delicto*. Mas, não podendo as figuras delituais típicas conter todas as hipóteses de danos reparáveis, foi necessário imaginar um fundamento para o dever de reparação fora daqueles casos, e, então, situações a eles estranhas passaram a exigir recomposição patrimonial, como se fossem delitos, e a responsabilidade decorrente era tida como se se tratasse de um delito – *quasi ex delicto*, e o prejuízo sofrido pelo indivíduo, equiparado ao proveniente do delito – *quasi ex maleficio teneri videtur*.⁴ Da mesma forma que procedeu quanto ao delito, transformando uma coleção de tipos concretos em categoria abstrata, igualmente agiu o direito romano no tocante ao quase delito, definido especiosamente no direito romano (“*actio de positum et suspensum*,⁵ *actio de effusum et deiectum*,⁶ *iudex qui litem suam fecit*”⁷ etc.), convertendo-o em um ente genérico, cuja conceituação, porém, tem fugido à argúcia dos escritores.

Coube à doutrina moderna esquematizar as figuras causadoras do dever de indenização, e transformar os tipos casuísticos dos delitos romanos na figura abstrata do fato ilícito, categoria genérica de procedimento que sujeita o agente à reparação, desde que se verifique o enquadramento da sua conduta nos respectivos extremos legais.⁸ Diga-se, porém, a bem da verdade, que tal foi a complexidade com

que tratou a matéria, que a construção dogmática do ato ilícito sofreu tormentos nas mãos dos escritores dos séculos XVIII e XIX. Não melhorou muito nas dos contemporâneos nossos, antes tem sido de tal modo intrincada que levou De Page a tachar de completa anarquia o que se passa no terreno da responsabilidade civil, tanto sob o aspecto legislativo, quanto doutrinário, como ainda jurisprudencial.⁹

Enquanto se preocupar com a diversificação das noções de *dolo* e *culpa* (o primeiro como *infração consciente* do dever preexistente ou a infração da norma com a consciência do resultado, a segunda como violação desse dever sem a consciência de causar dano), não poderá a doutrina aclarar devidamente a teoria do ato ilícito. Por outro lado, alguns escritores têm cogitado de distinguir na culpa uma gradação, que estrema a chamada *culpa grave*, equiparável ao dolo, da *culpa leve* que seria a violação de um dever em situação na qual se encontraria o bom pai de família, e ainda a *culpa levíssima*, em que se apresentaria a atuação do homem diligentíssimo, padrão de cuidado e probidade.

Considerando a inutilidade prática da diferenciação entre delito e quase delito, o direito brasileiro abandonou-a,¹⁰ fixando na ideia de transgressão de um dever o conceito genérico do ato ilícito, pois que tais filigranas nenhuma solução na verdade trouxeram ao problema.

As ideias vieram a clarear quando a doutrina abandonou estes conceitos diferenciais e essas distinções bizantinas, para se ater à figura do ato ilícito puro e simples. Sem indagar se o agente tinha ou não a consciência do resultado e sem cogitar se o seu procedimento se escusaria em função de qualificar-se ou não como homem diligente e probo, mas, atentando apenas para o caráter antijurídico da conduta e seu resultado danoso, o nosso direito fundiu as ideias de dolo e culpa, diversamente do que acontecesse com o ilícito penal, e desta sorte aboliu as distinções sutis, para dissecar o perfil do ato ilícito.

Não ficou, porém, afastada a noção de culpa.¹¹ Ao contrário, está presente na composição do esquema legal do ato ilícito. É mesmo na culpa, definível como quebra do dever a que o agente está adstrito,¹² que assenta o fundamento primário da reparação. Abandonando aquelas outras sutilezas, o princípio da indenização vai procurar na *culpa* (*lato sensu*) seu melhor conteúdo ético. Mas a palavra *culpa* traz aqui um sentido amplo, abrangente de toda espécie de comportamento contrário a direito, seja intencional ou não, porém imputável por qualquer razão ao causador do dano.¹³ Esta concepção genérica de culpa – violação de uma obrigação preexistente – que confina com o dever geral negativo – não prejudicar a outrem – deve ser completada, por um *elemento concreto* positivado no “erro de conduta”, e então a

ideia se comporia em definitivo, dizendo-se que a *culpa importa em um erro de conduta, que leva o indivíduo a lesar o direito alheio*.¹⁴

Se se trata de dever oriundo de contrato, diz-se que há *culpa contratual*. Em caso contrário, chama-se *culpa extracontratual* ou *aquiliana*, nome este último preso à tradição romana, eis que naquele direito o dever de reparar o dano por fato culposo não contratual decorria da lei *Aquila* – a *Lex Aquilia de damno iniuria dato* (286 a.C.).

Ao lado da *culpa contratual* e da *culpa extracontratual*, a doutrina alemã, com Ihering, distingue a *culpa in contrahendo*, que se pode caracterizar no ilícito, situado na conduta do agente que leva o lesado a sofrer prejuízo do próprio fato de celebrar o contrato. Contra a opinião inicial de Ihering, que a conceituava como culpa contratual, é antes a rigor uma espécie de culpa *aquiliana*, porque não resulta de um dever predefinido em contrato, mas decorre do fato de criar o agente uma situação em que a celebração do ajuste é a causa do prejuízo. Fundada pelo criador, na doutrina do interesse geral negativo, foi aceita a noção de *culpa in contrahendo* pelo Código alemão, no caso de um dos contratantes induzir o outro à celebração do negócio, muito embora já conhecesse a impossibilidade da prestação (BGB, § 307).

Diz-se que há *culpa própria* quando o agente é obrigado à reparação motivada por seu procedimento antijurídico; *culpa de terceiro*, naquelas situações em que a conduta injurídica do agente repercute em outrem, admitindo-se o dever de indenizar por parte de uma pessoa diversa do causador do dano, mas a ela ligada por uma relação jurídica especial, como no caso do empregador, que responde pelo ato do empregado ou dos pais, pelos atos dos filhos.

A doutrina moderna, seguida pelo Código de 2002, fala em responsabilidade *sem culpa*, quando a obrigação de reparar o dano sofrido independe de apuração da culpa do agente. Neste propósito constrói-se a doutrina da responsabilidade civil objetiva (teoria do risco), a ser cogitada no nº 115, *infra*.

No mencionado terreno da responsabilidade por fato (ou culpa) de terceiro, chamava-se *culpa in eligendo* aquela que se caracterizava na má escolha do preposto; e *culpa in vigilando*, quando decorria da falta de atenção com o procedimento de outrem, por cujo ato ilícito o responsável deveria pagar. O Código de 2002, nesta matéria de responsabilidade indireta, tornou objetivas, isto é, independentes da presença de culpa, todas as hipóteses do art. 932 (cf. art. 933), embora tenha mantido a exigência de ato culposo por parte do agente causador do dano (empregado, filho etc.).

115. RESPONSABILIDADE CIVIL

O ato ilícito tem correlata a obrigação de reparar o mal. Enquanto a obrigação permanece meramente abstrata ou teórica, não interessa senão à moral. Mas, quando se tem em vista a efetiva reparação do dano, toma-o o direito a seu cuidado e constrói a *teoria da responsabilidade civil*. Esta é, na essência, a imputação do resultado da conduta antijurídica, e implica necessariamente a obrigação de indenizar o mal causado. Há, aqui, um problema em torno do qual se formaram duas correntes: uma, que afirma ser de *ordem pública* o princípio definidor da responsabilidade civil (escola francesa) e outra que sustenta ter sido ele instituído para salvaguarda de um interesse privado (escola belga), e, por conseguinte, admite sua derrogação pela vontade das partes.¹⁵ Daí advém este outro problema seriamente debatido, a propósito da validade da chamada *cláusula de não indenizar*. Os defensores da cláusula dizem que o princípio da responsabilidade foi criado na defesa de interesses particulares, e da mesma forma que é lícito limitar a responsabilidade por culpa contratual, é também permitido deixar à liberdade individual a responsabilidade por culpa aquiliana. Sustentamos que a cláusula de não indenizar é aceitável: a) quando não haja um dever de reparação instituído em lei de ordem pública; b) quando não seja expressamente proibida em lei; c) no caso de haver o agente causado o dano não intencionalmente.¹⁶

Em princípio, a responsabilidade civil subjetiva pode ser definida como fez o nosso legislador de 1916 (art. 159): a obrigação de reparar o dano imposta a todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem. Ao se transpor para o Código de 2002 o disposto no art. 159 do diploma de 1916, ocorreu um deslize que necessita de esclarecimento, a fim de evitar dúvidas. Nos seus elementos, constitui ato ilícito a violação do direito ou o dano causado. Tal como está redigido no art. 186, parece que o Código atual repudiou a alternativa, e exige como seus fatores etiológicos a conjugação de uma e de outro. Além disso, o Código retirou da cláusula geral do art. 186 a consequência da reparação do dano, indo incluí-la no art. 927,¹⁷ constante do Título da Responsabilidade Civil.

Do conceito, extraem-se os requisitos essenciais: a) em primeiro lugar, a verificação de uma *conduta antijurídica*, que abrange comportamento contrário a direito, por comissão ou por omissão, sem necessidade de indagar se houve ou não o propósito de malfazer; b) em segundo lugar, a existência de um *dano*, tomada a

expressão no sentido de lesão a um bem jurídico, seja este de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não patrimonial; c) e em terceiro lugar, o estabelecimento de um *nexo de casualidade* entre uma e outro, de forma a precisar-se que o dano decorre da conduta antijurídica, ou, em termos negativos, que sem a verificação do comportamento contrário a direito não teria havido o atentado ao bem jurídico.

Sobre o dano moral, v. nº 176, vol. II, antecipando desde logo que sua reparação encontrou acolhida no princípio geral contido no art. 5º, V e X, da Constituição de 1988, assim como na redação dada ao art. 186 do Código Civil.

Estabelecida a existência do nexo causal entre o comportamento do agente e o dano, há *responsabilidade por fato próprio*; quando esta relação causal repercute em terceiros a quem correrá o dever de reparar o mal causado, em decorrência de um vínculo jurídico especial, diz-se *responsabilidade por fato de terceiros*; quando o dano é causado por um objeto ou animal, cuja vigilância ou guarda era imposta a alguém, há *responsabilidade pelo fato das coisas*.

O princípio da responsabilidade por fato próprio é a ideia originária. Em seu desenvolvimento foi que se criou a responsabilidade pelo fato de terceiro e das coisas, também intitulada *responsabilidade indireta*. Não é nem pode ser arbitrária a sua definição. Ao contrário, provém ela de uma dedução legal que informa quando a uma pessoa pode ser imputada a conduta injurídica de outra pessoa ou de uma coisa: os pais, pela dos filhos menores que vivam sob sua autoridade e em sua companhia; o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, nas mesmas condições; o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais ou prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele; os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos (Código Civil, art. 932).

A responsabilidade civil é suportada pelas pessoas jurídicas, da mesma forma que pelas pessoas naturais, e atinge tanto as de direito privado, quanto as de direito público (v. nº 116, *infra*).

O *feito* da responsabilidade civil é o *dever de reparação*. O responsável, por fato próprio ou não, é obrigado a restabelecer o equilíbrio rompido, indenizando o que a vítima efetivamente perdeu (dano emergente), como o que razoavelmente deixou de ganhar, o chamado lucro cessante (Código Civil, art. 402);¹⁸ além de atender às regras específicas relativas à liquidação das obrigações por ato ilícito, em que se preveem casos especiais de homicídio, lesão corporal, mutilação, esbulho etc.

A jurisprudência, em todos os países, tem alargado a ideia de culpa, e estendido o princípio da responsabilidade civil, onde não se pode encontrá-la em sentido estrito. Criou a noção de *culpa presumida*, dando maior consideração à vítima do que ao autor do dano. Chegou a admitir a existência de culpa, em situações nas quais falta o pressuposto da conduta antijurídica. Tribunais há que lhes têm de tal modo ampliando o conteúdo, que definem a regra da existência de responsabilidade sempre que alguém causa dano a outrem, em razão do dever geral de não prejudicar.¹⁹

Foi sob a inspiração de ideias que têm seguido esta linha de orientação que nasceu a chamada teoria da *responsabilidade objetiva*. Em verdade, a culpa, como fundamento da responsabilidade civil, é insuficiente, pois deixa sem reparação danos sofridos por pessoas que não conseguem provar a falta do agente. O que importa é a causalidade entre o *mal sofrido* e o *fato causador*, por influxo do princípio segundo o qual toda pessoa que cause a outra um dano está sujeita à sua reparação, sem necessidade de se cogitar do problema da imputabilidade do evento à culpa do agente. O fundamento ético da doutrina está na caracterização da injustiça intrínseca, que encontra os seus extremos definidores em face da diminuição de um patrimônio pelo fato do titular de outro *patrimônio*.²⁰ Ante uma perda econômica, pergunta-se qual dos dois patrimônios deve responder, se o da vítima ou o do causador do prejuízo. E, na resposta à indagação, deve o direito inclinar-se em favor daquela, porque dos dois é quem não tem o poder de evitá-lo, enquanto o segundo estava em condições de retirar um proveito, sacar uma utilidade ou auferir um benefício da atividade que originou o prejuízo.²¹ O fundamento da teoria é mais humano do que o da culpa, e mais profundamente ligado ao sentimento de solidariedade social. Reparte, com maior dose de equidade, os efeitos dos danos sofridos, atendendo a que a vida em sociedade se tornou cada vez mais complexa e o progresso material a todo instante aumenta os riscos a que estão sujeitos os indivíduos. No campo objetivista situa-se a *teoria do risco* proclamando ser de melhor justiça que todo aquele que disponha de um conforto oferecido pelo progresso ou que realize um empreendimento portador de utilidade ou prazer, deve suportar os riscos a que exponha os outros. Cada um deve sofrer o *risco* de seus atos, sem cogitação da ideia de culpa, e, portanto, o fundamento da responsabilidade civil desloca-se da noção de *culpa* para a ideia de *risco*. Ao entendê-lo, os doutrinadores o encararam ora como *risco-proveito*, que se funda no princípio, segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*); ora mais genericamente como *risco criado*, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo,²²

corrente esta a que sempre me filiei.

A teoria não substitui a da culpa, porém deve viver ao seu lado. Ela não distingue, sob color de pretender maior equanimidade na distribuição dos encargos, o justo e o injusto, nem promove separação entre o indivíduo que age em obediência à norma legal e o que procede ao seu arrepio, admitindo que o agente indistintamente responda pela conduta culposa, como pelas consequências imprevisíveis do ato não culposos.²³ É preciso, sem dúvida, fixar a causa da responsabilidade, que deve residir em um fundamento ético de apuração direta ou indireta. Para a teoria do risco, o fato danoso gera a responsabilidade pela simples razão de prender-se à *atividade* do seu causador. Argumentam, então, os adversários que o fato danoso se acha ligado ao exercício de uma *atividade*, e o dano, em verdade, nasce do choque de *duas atividades*. Logo, não é bem que se escolha, em substituição ao critério da culpa, um outro que às cegas atribua sempre ao outro o dever de indenizar o prejudicado, concluem.²⁴

A teoria da culpa, no Código Civil, continua a ser fundamental na definição da responsabilidade civil, com os alargamentos que a jurisprudência lhe tem trazido.

A teoria do risco, contudo, é uma realidade admitida no direito moderno. O nosso sistema já a acolhia francamente em alguns casos, expressamente tratados na lei, em que o dever de reparação abandona totalmente a noção de culpa, para fixar-se na ideia do risco ou na definição pura e simples da responsabilidade sem culpa (v. nº 282, *infra*, vol. III).

Como exemplo de responsabilidade sem culpa, pode-se lembrar o alargamento jurisprudencial, agora especificado em lei, do dever de reparação imposto ao que explora uma indústria insalubre, ou mantém um depósito de explosivos ou inflamáveis, em suma é dono de atividades perigosas, embora o fato em si de sua manutenção não se possa capitular de contrário a direito, sujeito a indenização quando carrega dano para outrem.²⁵ Na responsabilidade por fato de terceiro, na do pai, do tutor, do curador, pelos filhos, pupilos, curatelados; na do patrão, pelo empregado; na do dono de hospedaria, pelo hóspede, o conceito de culpa recebe uma tal elasticidade, que na essência é levado a segundo plano, se se ponderar em que a jurisprudência afirma o dever de reparação ainda que não tenha havido culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, contentando-se com a demonstração do fato danoso e da relação jurídica da paternidade, da tutela, da preposição etc. É um critério abolitivo da aferição de culpa, que desloca o fundamento da responsabilidade para outro terreno.

No Código Civil, assentou-se, como princípio geral da responsabilidade civil, a culpa (art. 927) admitindo, entretanto, a *responsabilidade sem culpa* quando a lei expressamente o estabelecer, inclusive com a instituição do risco criado (art. 927, parágrafo único), associando destarte as duas noções: a de culpa como fundamento geral da responsabilidade e a do risco por extensão. Por estas razões, defendemos a coexistência da teoria subjetiva e da teoria do risco.²⁶ O princípio da responsabilidade objetiva, que desenvolvemos em nosso livro *Responsabilidade Civil* (n.ºs. 212 e ss.), é acolhido na Constituição de 1988, art. 21, XXIII, *d*, e no art. 37, § 6º; no Código de Defesa do Consumidor, art. 14; e passou a integrar o Código Civil, no parágrafo único do art. 927.

116. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Dentro da concepção política do Estado absoluto não pode caber a ideia de reparação dos danos causados pelo Poder Público, dado que não se admite a constituição de direitos contra o Estado soberano, que goza da imunidade total. Esta condição ainda continua sendo sustentada em nome do princípio da *separação dos poderes*, em virtude do qual a sustentação da responsabilidade do Poder Público importaria na censura ou no julgamento dos seus atos, atividades defesas ao Poder Judiciário.²⁷

Repugnando à sensibilidade do jurista um tal entendimento, marchou a doutrina na direção oposta, e passou, através de um processo lógico e sutil, a admitir alguns casos de responsabilidade, enquanto em outros a recusava. Foi assim que efetuou uma distinção. Às vezes, o Estado procede no exercício de sua soberania, na qualidade de poder supremo, supraindividual, e os atos que nessa qualidade pratica, atos *iure imperii*, estão acima de julgamento, e, portanto, ainda quando causadores de danos ao súdito, são insuscetíveis de gerar direito à indenização. No exercício do seu *império*, que traduz o poder de comando em função de suas atribuições políticas, não é compelido a reparar o dano que esta atividade possa impor a quem quer que seja. Outras vezes, o Estado procede como se fosse um particular, atuando na mesma categoria de atos que o cidadão, promovendo a realização de fins não políticos, e em tais circunstâncias se equipara à empresa privada, sujeitando-se ao julgamento de sua conduta em termos análogos ao comitente ou à pessoa jurídica de direito privado. Quando assim age, em situação semelhante à do particular na gestão de seu patrimônio, os atos *iure gestionis*, que pratica, são passíveis de apreciação,

importando no dever de reparar, quando o comportamento de seus prepostos, ou agentes, tenha sido de molde a causar dano a alguém.

Esta distinção foi um grande passo, pois que importou em abrir brecha na cidadela do princípio da irresponsabilidade.²⁸

Seguindo a linha de evolução neste sentido do reconhecimento do dever de reparação, a doutrina foi pouco a pouco marchando para a meta da afirmação do princípio da responsabilidade civil do Estado. Abolindo a distinção entre os atos *iure imperii* e atos *iure gestionis*, sustentou pura e simplesmente a obrigatoriedade da reparação pelos danos causados aos particulares.

Este é o princípio dominante no direito brasileiro. Sendo, como é, o Estado um ente abstrato, somente pode agir por intermédio de seus agentes ou prepostos. Ter-se-á, então, de apurar se estes agem como representantes do Poder Público, não no sentido de que sejam portadores de um mandato que os invista em poderes de representação regular, mas se os atos danosos são praticados por alguém que esteja realizando uma atividade inerente a um órgão estatal, ou execute uma função ou um serviço que seja próprio do Estado, ou lhe compita. Verificada esta circunstância, apurada a existência do dano, fixado o nexo causal entre o fato e a lesão, dever-se-á afirmar a obrigação de indenizar. Não importa qual seja a pessoa jurídica de direito público: União, Estado-membro, Distrito Federal, Município, empresas estatais ou pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Qualquer que seja, é responsável civilmente pelos atos de seus representantes que, nesta qualidade, causem dano a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito, ou faltando a dever prescrito em lei (Constituição Federal, art. 37, § 6º).

Fundamentando a responsabilidade do Estado, três correntes se constituíram. A primeira, da *culpa*, afirma que, para se positivar a obrigação de indenizar, é mister se apure se o agente procedeu culposamente e, em caso afirmativo, deflui daí a responsabilidade. Uma segunda teoria, chamada de *acidente administrativo* ou de *falta impessoal* do serviço, não exige a verificação da culpa individual do agente, pois esta nem sempre se pode exatamente positivar: basta comprovar a existência de uma falha objetiva do serviço público, ou o seu mau funcionamento, ou uma irregularidade qualquer que importa em desvio da normalidade, para que fique estabelecida a obrigação de reparar o dano. A terceira teoria, do *risco administrativo*, adotada majoritariamente na atualidade, encara o dano sofrido pelo particular em consequência do funcionamento, puro e simples, do serviço público. Não se cogita se era bom, se era mau. O que importa é a relação de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e o ato do preposto ou agente estatal. Desde que se

positivo o dano, o princípio da igualdade dos ônus e dos encargos exige a reparação. Não deve um cidadão sofrer as consequências do dano. Se o funcionamento do serviço público, independentemente da verificação de sua qualidade, teve como consequência causar prejuízo ao indivíduo, a forma democrática de distribuir por todos os respectivos efeitos conduz à imposição, à pessoa jurídica, do dever de ressarcir o prejuízo, e, pois, em face de um dano, é necessário e suficiente que se demonstre o nexo de causalidade entre o ato e o prejuízo causado.²⁹

A Constituição Federal consigna, em forma sucinta, o princípio da responsabilidade civil do Estado, pelos danos que os seus funcionários, nesta qualidade, causem a terceiros, ressalvado o direito de agir regressivamente contra os causadores do dano, quando tiverem procedido com culpa. A pessoa jurídica de direito público está sempre sujeita à reparação. Apurada a sua responsabilidade, descarregará o encargo, reembolsando-se, em ação regressiva, contra o direto causador do prejuízo, se houver culpa dele (Constituição Federal, art. 37, § 6º). O mesmo princípio estende-se às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

O Código Civil, na esteira da Constituição, estabeleceu no artigo 43 a responsabilidade objetiva plena da pessoa jurídica de direito público interno, somente cogitando da culpa para instituir o regresso contra os causadores do dano, por parte da entidade indenizadora.

117. ESCUSATIVAS DE RESPONSABILIDADE E CONCORRÊNCIA DE CULPA

Sendo pressuposto do ilícito o procedimento contrário a direito, não se deveria cogitar senão daqueles atos em que há ofensa à ordem legal. Mas, em algumas hipóteses, todos os elementos configurativos da responsabilidade aparentemente se apresentam, e não obstante isto, não ocorre o dever de reparação, porque alguma circunstância existe, hábil a justificar o comportamento do agente ou negar o dever de reparação. O fato danoso está comprovado, e a relação de causalidade entre a ação e o dano. Mas o procedimento do agente encontra escusativa que lhe retira qualificação de ilícito ou o absolve do dever de reparar.

A primeira destas circunstâncias é a *legítima defesa*, que a lei civil não entende necessário definir, porque a doutrina vai encontrar no direito penal os extremos de

sua conceituação.³⁰ Se o agente não provocou o dano, mas foi levado a praticá-lo na repulsa a uma agressão injusta, não é suscetível da acusação de iliceidade (Código Civil, art. 188, I). Pela mesma razão que, na esfera criminal, o seu comportamento é imune à punição, na órbita civil deixa de seguir-se a reparação.

Em segundo lugar, prevê a lei o *exercício regular de um direito reconhecido*, e na existência deste está a própria excludente da responsabilidade – “*feci sed iure feci*” –,³¹ pois que, se no ilícito há um procedimento contrário a direito, a conduta do agente, subordinada ao exercício regular de um direito reconhecido, elimina da estrutura do ato a contravenção a um dever preexistente, neutralizando desta sorte os efeitos do dano causado (Código Civil, art. 188, I).

Em terceiro lugar, a lei prevê o *estado de necessidade*, que se encontra na deterioração ou destruição de coisa alheia, para remover perigo iminente, desde que seja absolutamente necessária (Código Civil, art. 188, II). Na “iminência do perigo” à pessoa ou aos bens, o agente defronta a alternativa de deixá-los perecer ou levar dano à coisa de outrem. Optando por este, não procede ilicitamente, desde que não exceda os limites do indispensável à remoção do perigo. Mas, não sendo embora ilícito o procedimento, haverá dever de reparação ao dono da coisa, se este não for culpado do perigo (Código Civil, arts. 929 e 930). É assegurado ao agente que tiver indenizado o dono da coisa ressarcir-se do que despendeu agindo regressivamente contra aquela terceira pessoa, cuja culpa gerou a situação. O mesmo raciocínio, com mais extremado rigor, aplica-se ao sacrifício à pessoa de outrem, que somente deixa de ser ilícito se o agente se encontra em estado de real necessidade de o fazer.

No terreno da amenização dos efeitos do ilícito inscreve-se o problema da *concorrência de culpa* (Código Civil, art. 945).

O agente, segundo a doutrina tradicional, somente afastada em casos excepcionais, responde pela culpa, de que decorre o fundamento da reparação. Não pode, por isso mesmo, permanecer o direito estranho à circunstância de ser o mal causado uma consequência da atuação da própria vítima. E, dela cogitando, verifica que a contribuição do lesado, na construção dos elementos do dano que sofreu, pode graduar em escala diferente a sua concorrência culposa no evento prejudicial, e, consequentemente, graduar-lhe também os efeitos. Assim é que, se a causa do prejuízo está toda inteira no fato da vítima, ocorre a excludente da responsabilidade. Se a vítima apenas concorreu para o acontecimento, em cuja elaboração fática se adicionaram a falta da vítima e a falta do acusado, reduz-se a indenização, na proporção em que o lesado concorreu para o dano sofrido.³²

118. ABUSO DO DIREITO

O problema do abuso do direito provocava a mais viva celeuma entre os escritores modernos, e até a promulgação do Código de 2002 (art. 187) não se podia afirmar a existência de uma solução satisfatória. A controvérsia começava na sustentação da teoria em si mesma, pois se havia autores que defendiam a sua procedência, não faltava quem (Planiol) se insurgisse contra ela, apontando na expressão mesma de sua designação uma *contradictio in adiectio*,³³ pois que a ideia de abuso já é a negação do direito, enquanto o conceito de direito repele a noção de abuso.³⁴ O direito moderno, vendo nesta doutrina uma necessária amenização do individualismo, tentou delinear seus extremos, mas não encontrava harmonia de pareceres entre os que dela cogitavam.

O seu germe prendia-se à noção do exercício dos direitos, que só se constituíam para proporcionar benefícios, vantagens ou utilidades ao respectivo sujeito. Consequentemente à ideia do direito estaria imediatamente vinculado o correspondente desfrute, situado na sua utilização, e, como esta é uma faculdade ou um poder do titular, admitir-se-ia em princípio que poderia ser levada ao último extremo, ainda que tal programa viesse a causar a ruína, a desgraça, a humilhação alheia. Quem o sustentasse poderia arrimar-se à velha parêmia que é deduzida em Gaio: “*nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*”³⁵ e dizer que o exercício do direito, não podendo tachar-se de ilícito, tem como limite (apenas) o próprio conteúdo do direito.

Mas, sendo articulado na definição do *ius* o princípio da convivência, uma análise mais detida do fenômeno já impunha conciliar a utilização do direito como respeito à esfera jurídica alheia, e aconselhava fixar-lhe um limite. É precisamente na ideia desta limitação que assenta a doutrina do abuso.

Os que vão buscar inspiração no direito romano defrontam-se, na verdade, com uma espécie de escusativa genérica para o exercício abusivo dos direitos,³⁶ a qual é atingida por tão frequentes exceções que forçam a conclusão segundo a qual, *in concreto*, aquele sistema nunca deixou de condicionar o exercício das faculdades jurídicas ao respeito pela norma abstrata de convivência.

Os modernos, encontrando várias hipóteses em que se configura o desvirtuamento do conceito de justo, na atitude do indivíduo que leva a fruição do seu direito a um grau de causar malefício a outro indivíduo, criaram a figura teórica do *abuso do direito*, que ora encontra fundamento na regra da *relatividade dos direitos*,³⁷ ora assenta na dosagem do conteúdo do exercício, admitindo que se o

titular excede o limite do exercício regular de seu direito, age sem direito; ora baseia-se na configuração do *animus nocendi*, e estabelece que é de se reprimir o exercício do direito, quando se inspira na intenção de causar mal a outrem.³⁸

Vê-se, portanto, que, mesmo quando se alcança uma zona de certa tranquilidade na repressão ao exercício abusivo dos direitos, ainda perdura controvertida a questão do alicerce doutrinário da sua dogmática.

Não se pode, na atualidade, admitir que o indivíduo conduza a utilização de seu direito até o ponto de transformá-lo em causa de prejuízo alheio. Não é que o exercício do direito, feito com toda regularidade, não seja razão de um mal a outrem. Às vezes é, e mesmo com frequência. Não será inócua a ação de cobrança de uma dívida, o protesto de um título cambial, o interdito possessório que desaloja da gleba um ocupante. Em todos esses casos, o exercício do direito, regular, normal, é gerador de um dano, mas nem por isso o comportamento do titular de ser conforme ao direito, além de moralmente defensável.³⁹ Não pode, portanto, caracterizar-se o *abuso do direito* no fato de seu exercício causar eventualmente um dano ou motivá-lo normalmente, porque o dano pode ser o resultado inevitável do exercício regular do direito, a tal ponto que este se esvaziaria de conteúdo se a sua utilização tivesse de fazer-se dentro do critério da inocuidade. É por isto que todas as teorias que tentam explicar e fundamentar a doutrina do abuso do direito têm necessidade de desenhar um outro fator, que com qualquer nome que se apresente estará no propósito de causar o dano, sem qualquer outra vantagem. Abusa, pois, do seu direito o titular que dele se utiliza levando um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer mal, e sem proveito próprio. O fundamento ético da teoria pode, pois, assentar em que a lei não deve permitir que alguém se sirva de seu direito exclusivamente para causar dano a outrem.⁴⁰

Expurgada a teoria de todas as suas nuances e sutilezas, resta o princípio, em virtude do qual o sujeito, que tem o poder de realizar o seu direito, deve ser contido dentro de uma limitação ética, a qual consiste em cobrir todo exercício que tenha como finalidade exclusiva causar mal a outrem, sujeitando, portanto, à reparação civil aquele que procede desta maneira.

No campo legislativo, encontrou a teoria do abuso do direito acolhida no § 226 do Código Civil alemão, como no art. 2º do Código Civil suíço, este com referência apenas ao enunciado genérico: “*O abuso manifesto de um direito não é protegido pela lei*”.

No Código brasileiro de 1916 não fora, e nem nas leis posteriores, enunciada

uma regra consagrada da teoria do abuso do direito, tal como foi consignada no § 226 do BGB ou no art. 2º do Código suíço. Não faltou, entretanto, quem a visse no art. 160, por uma interpretação *a contrario sensu*, sob o argumento de que, se não é ato ilícito o dano causado no exercício regular de um direito, é abusivo o exercício irregular.⁴¹

Assinalam-se, contudo, algumas hipóteses legais em que se vislumbra a aplicação dela. Era assim que o art. 554 do Código Civil de 1916, reprimindo o uso nocivo da propriedade, consignava um exemplo de abuso do direito, pois permitia ao proprietário ou inquilino impedir que a utilização do direito de propriedade, pelo seu vizinho, lhe prejudicasse a segurança, o sossego ou a saúde. É bem de ver que não há aqui os extremos do ato ilícito, porém de exercício abusivo do direito de propriedade, e tanto assim que o mesmo comportamento do indivíduo será tolerado, ou não, conforme a casa seja em lugar ermo ou afastada de outras, ou, ao revés, aporquinada de outras edificações. O art. 101 da Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005) erige o pedido abusivo de falência em ato sujeito à indenização, permitindo que se funde aí uma caracterização típica de abuso de direito.⁴² O art. 17 do Código de Processo Civil de 1973 (art. 80 do Código de Processo Civil de 2015) fornece os elementos definidores do abuso de direito no exercício da demanda. E, assim, outros casos podem ser isolados em várias leis.

No campo jurisprudencial, a doutrina já encontrava viva repercussão, sendo hoje aplicada por todos os tribunais, como disto dão testemunho todos os repertórios.

Atendendo a tais circunstâncias e à necessidade de conter o sujeito da relação jurídica nos lindes morais de seu exercício, o Código Civil de 2002 consagra, no art. 187, a teoria do *abuso do direito*, qualificando-o na conceituação genérica do ato ilícito.

O dispositivo oferece os extremos da caracterização do abuso do direito, assentando que o exercício dele há de ser limitado. O parâmetro instituído no Código está em que o sujeito de um direito subjetivo não o pode exercer em afronta à finalidade econômica ou social dele, ou contrariando o princípio da boa-fé ou os bons costumes. Não importa, na caracterização do uso abusivo do direito, a deliberação de malfazer – *animus nocendi*. É suficiente determinar que, independentemente desta indagação subjetiva, abusa de seu direito aquele que leva o seu exercício ao extremo de convertê-lo em prejuízo para outrem. O propósito de causar dano não requer apuração de intenção íntima do titular. Induz-se o abuso da circunstância de se servir dele o titular, excedendo manifestamente o seu fim econômico ou social, atentando contra a boa-fé ou os bons costumes.

-
- ¹ Oertmann, Introducción, § 62; Enneccerus, *Tratado*, I, § 195; Von Tuhr, *Derecho Civil*, III, parte 2ª, § 88.
 - ² Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral*, p. 350. Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, I, n. 5, observa que, no dano causado ao indivíduo, há um fator de desequilíbrio social. Sustenta a quase identidade de fundamento da responsabilidade civil e da responsabilidade criminal, esta consequente à violação da norma compendiada na lei, e aquela emergente do fato danoso; e doutrina que a reparação civil restaura a situação patrimonial anterior do prejudicado, enquanto a sanção penal restitui a ordem social ao estado anterior à turbação.
 - ³ “Furto, dano e injúria”. Giffard, *Précis de Droit Romain*, II, nº 310.
 - ⁴ “Parece considerar-se como se proviesse de um delito”. Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral*, p. 349.
 - ⁵ “Dano causado por queda de coisa suspensa”.
 - ⁶ “Dano causado por arremesso de objetos sólidos ou líquidos em local indevido”.
 - ⁷ “Dano cometido dolosamente pelo juiz”.
 - ⁸ Ruggiero, *Istituzioni*, § 186.
 - ⁹ De Page, II, nº 901 e ss.
 - ¹⁰ Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, I, nº 65.
 - ¹¹ Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral*, p. 352.
 - ¹² Savatier, *Responsabilité Civile*, I, nº 5.
 - ¹³ Ruggiero, *loc. cit.*
 - ¹⁴ De Page, II, nº 939.
 - ¹⁵ De Page, *Traité*, II, nº 911.
 - ¹⁶ De Page, II, nºs 1.052 e ss.; Aguiar Dias, *Da Cláusula de Não Indenizar*; Demogue, *Obligations*, V, nº 1.164; Mazeaud et Mazeaud, *Responsabilité Civile*, II, nº 2.516. Cf., sobre a cláusula de não indenizar, o vol. II, destas *Instituições*.
 - ¹⁷ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.
 - ¹⁸ V. cap. XXXVII, *infra*, vol. II destas *Instituições*.
 - ¹⁹ Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité*, II, nº 919.
 - ²⁰ Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, II, § 186.
 - ²¹ Colin e Capitant, *Cours*, II, nº 183.
 - ²² Hénoc D. Aguiar, *Hechos y Actos Jurídicos*, II, p. 223; Serpa Lopes, *Curso*, I, nº 261; Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, I, nºs 21 e ss.; Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil*, nº 218.

- 23 Enneccerus, *Tratado*, I, § 199.
- 24 Colin e Capitant, nº 185.
- 25 Código Civil, art. 927, parágrafo único.
- 26 Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil*, nº 237.
- 27 De Page, *Traité*, II, nº 1.062.
- 28 Caio Mário da Silva Pereira, “Responsabilidade Civil do Estado”, in *Revista Forense*, vol. 102, p. 38.
- 29 Amaro Cavalcânti, *Responsabilidade Civil do Estado*, p. 271 e ss.; Pedro Lessa, *Do Poder Judiciário*, p. 165; Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, II, nº 210; Orosimbo Nonato, voto em *Diário da Justiça* de 2 de fevereiro de 1943, p. 602; Caio Mário da Silva Pereira, “Responsabilidade Civil do Estado”, parecer, in *Revista Forense*, vol. 102, p. 38; Mazeaud et Mazeaud, *Responsabilité Civile*, I, nº 81, p. 78.
- 30 Código Penal, art. 25 – Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.
- 31 “Fiz, mas fiz de acordo com a lei”.
- 32 Colin e Capitant, *Cours*, II, nº 182.
- 33 Contradição em termos.
- 34 Planiol, *Traité Élémentaire*, vol. II, nº 871.
- 35 D. 50.17.55. “Não se reputa agir com dolo quem usa de seu direito”.
- 36 Várias passagens o autorizam, como estas: *Digesto*, Livro 50, tit. 17, frgs. 55 e 151.
- 37 Josserand, *De l’Esprit des Droits et de leur Relativité*, p. 311.
- 38 Ripert, *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, nºs 90 e ss.
- 39 Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado*, I, § 220.
- 40 Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité Élémentaire*, II, nº 983; Enneccerus, *loc. cit.*; Oertmann, *Introducción*, § 65. Sobre o Abuso do Direito, ver ainda: Colin e Capitant, *Cours*, II, nº 195; Bonnetcase, *Supplement au Traité de Baudry Lacantinerie*, III, nºs 187 e ss.; Demogue, *Obligations*, vol. VI, nºs 634 e ss.; Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, vol. I, p. 266; George Ripert, *La Règle Morale*, nºs 89 e ss.; Jorge Americano, *Do Abuso de Direito no Exercício da Demanda*; Tito Arantes, “Abuso de Direito”, in *Revista de Direito*, vol. 114, p. 49; Henri Capitant, “Sur l’Abus des Droits”, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, vol. 27, 1928, p. 365; Paulo Dourado de Gusmão, “Abuso de Direito”, in *Revista Forense*, vol. 118, p. 359, e vol. 120, p. 372; Samuel Puentes, “Abuso de Direito”, in *Revista de Direito*, vol. 84, p. 203; G. Noto Sardegna, *L’Abuso del Diritto*; José Olympio de Castro Filho, *Abuso do Direito no Processo Civil*; Caio Mário da Silva Pereira, “Abuso de Direito”, in *Revista Forense*, vol. 159. *Idem*, *Responsabilidade Civil*, nºs 238 e ss.

- ⁴¹ Clóvis Beviláqua, em comentário ao art. 160 do Código de 1916, defendia a presença da teoria no referido dispositivo.
- ⁴² Caio Mário da Silva Pereira, “Abuso de Direito”, in *Revista Forense*, v. 159, p. 106.