

ABUSO DE DIREITO E RESPONSABILIDADE POR ATO ILÍCITO: CRÍTICAS AO ENUNCIADO 37 DA 1.^a JORNADA DE DIREITO CIVIL

Abuse of rights and tort law: a critical approach to Statement 37 of the first Jornada de Direito Civil

Revista de Direito Civil Contemporâneo | vol. 7/2016 | p. 63 - 94 | Abr - Jun / 2016
DTR\2016\20336

Guilherme Henrique Lima Reinig

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP. Professor de Direito Civil da Universidade Federal de Santa Catarina. Foi pesquisador visitante do Instituto Max-Planck de Direito Comparado e Privado Internacional (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht). g.reinig@ufsc.br

Daniel Amaral Carnaúba

Professor Assistente de Direito Civil da Universidade Federal de Juiz de Fora. Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com estágio de pesquisa na Université Panthéon-Sorbonne. Mestre em Direito Privado pela Universidade Panthéon-Sorbonne (Paris I). dancarnauba@hotmail.com

Área do Direito: Civil

Resumo: O presente texto critica o entendimento acolhido no Enunciado 37 da 1.^a Jornada de Direito Civil, segundo o qual “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”. Aponta-se que o abuso de direito é um conceito empregado pelas cortes para concretizar regras de conduta, e que ele não ser utilizado como marco divisório entre uma ilicitude subjetiva e outra objetiva. Investiga-se também a relação do abuso de direito com a fundamentação das tutelas inibitória e de remoção do ilícito, recorrendo-se à experiência do direito civil alemão para indicar caminhos para a distinção entre culpa e antijuridicidade.

Palavras-chave: Abuso de direito - Ato ilícito - Culpa - Antijuridicidade - Tutela contra o ilícito - BGB.

Abstract: This article criticizes the statement 37 of the first Jornada de Direito Civil, according to which “civil liability arising from abuse of rights does not require fault and is based on the objective-finalistic criterion”. It is pointed out that abuse of rights is a concept employed by courts to determine duties of care, and that it should not be used to oppose subjective unlawfulness to objective unlawfulness. This text also deals with the relation between abuse of rights and remedies, namely prohibitory and mandatory injunctions, and explains how German private law distinguishes between fault and unlawfulness.

Keywords: Abuse of rights - Wrongful act - Fault - Wrongfulness - Remedies - BGB.

Sumário:

1 Abuso de direito e responsabilidade civil independente de culpa - 2 Culpa objetiva versus culpa subjetiva - 3 O papel do abuso de direito na responsabilidade civil por ato ilícito - 4 Abuso de direito e tutelas inibitória e de remoção do ilícito - 5 A antijuridicidade como pressuposto das tutelas inibitória e de remoção do ilícito - 6 O regime delitual do BGB e as teorias do resultado injusto e da ação injusta - 7 Deveres do tráfego e distinção entre lesão direta e indireta - 8 Considerações finais - Referências bibliográficas

1 Abuso de direito e responsabilidade civil independente de culpa

A doutrina brasileira reivindica ser o abuso de direito uma manifestação da responsabilidade objetiva. Nesse sentido, distingue-se o ato abusivo do simplesmente culposo, afirmando-se que o art. 186 do CC contém uma cláusula geral de

responsabilidade por culpa, enquanto o art. 187 oferece uma cláusula geral de ilicitude de natureza objetiva.¹ A tese, amplamente sustentada na doutrina,² foi aprovada na 1.ª Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. De acordo com o seu Enunciado 37, citado em inúmeros julgados,³ inclusive do STJ,⁴ "a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico".

Para essa corrente, exigir culpa no caso de abuso de direito significa manter-se fiel a uma "concepção absolutamente anacrônica",⁵ pois a tendência da moderna responsabilidade civil seria a objetivação dos critérios de imputação, de sorte a se ampliar a proteção das vítimas. De acordo com seus defensores, o legislador, ao tratar como ato ilícito o exercício abusivo de um direito, teria bipartido a cláusula geral de ilicitude, deixando claro se tratar de uma nova modalidade de ilicitude ensejadora de responsabilidade civil independente de qualquer apreciação subjetiva: basta que se ultrapassem os limites objetivos traçados pelo fim econômico e social do direito, pelos bons costumes ou pela boa-fé objetiva, não se exigindo que o lesante tenha agido com consciência da abusividade de sua ação ou que o erro seja inescusável.⁶

No entanto, o abuso de direito não deve ser utilizado como marco divisório entre duas modalidades de responsabilidade por ato ilícito, uma de natureza subjetiva e outra de natureza objetiva. Com isso não se pretende rejeitar a tendência de objetivação dos critérios de imputação da responsabilidade civil, muito menos afirmar que a responsabilidade em caso de abuso de direito é de natureza subjetiva no sentido de pressupor reprovabilidade moral ou ética da conduta lesiva. O que se defende é a irrelevância do abuso de direito para se determinar a natureza da responsabilidade civil por ato ilícito.

Para tanto, impende ter em mente que a responsabilidade civil por culpa não está necessariamente associada a critérios subjetivos, embora sempre exija análise da conduta lesiva. Nesse mesmo contexto, é preciso esclarecer por que é inconsistente invocar o abuso de direito como fundamento de objetivação da responsabilidade civil,⁷ além de indicar a exata funcionalidade da figura nesse âmbito. A tese acolhida no Enunciado 37 das Jornadas de Direito Civil é efeito colateral da tentativa doutrinária de alçar o art. 187 do CC a fundamento legal da tutela contra o ilícito, em especial da inibitória, a qual não requer culpa nem dano, conforme se sustenta na doutrina brasileira. Nesse sentido, vale indicar outros caminhos para a diferenciação entre culpa e antijuridicidade ou ilicitude. Isso se torna ainda mais premente diante do novo Código de Processo Civil, cujo art. 497, parágrafo único, dispõe que, "para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo".

A comparação com o direito civil alemão é recomendável, ao menos como ponto de partida ou de apoio para futuras investigações relativas ao direito civil brasileiro. Embora não seja diretamente relacionado com a crítica dirigida ao Enunciado 37 da 1.ª Jornada de Direito Civil, a investigação desse aspecto torna mais claro o cenário em que a doutrina e a jurisprudência devem buscar soluções para o problema da tutela contra o ilícito, sem correr risco de indesejados desvios em outras searas, em especial na responsabilidade civil por perdas e danos.

As ponderações desenvolvidas nos próximos itens dividem-se, pois, em duas partes. A primeira (itens 2 e 3) destina-se a denunciar a impropriedade de se invocar o abuso de direito para afastar a culpa como elemento da responsabilidade civil por ato ilícito; a segunda (itens 4 a 7), a explicar a possível razão desse erro, com a indicação, em seguida, de algumas discussões travadas pela doutrina alemã sobre o problema da antijuridicidade.

2 Culpa objetiva versus culpa subjetiva

Um pressuposto importante para compreender a crítica ao Enunciado 37 da 1.^a Jornada de Direito Civil é esclarecer o que se entende, para esse propósito, por responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva. A dicotomia não é empregada de forma clara e uniforme na doutrina.

Há autores que associam a responsabilidade subjetiva à reprovabilidade ética ou moral da conduta lesiva. Nesse sentido, Aguiar Dias, ao criticar a teoria objetiva da culpa dos irmãos Mazeaud, afirmou que a tese dos franceses "não é mais que responsabilidade objetiva (...) porque desnatura a noção de culpa e porque estabelece responsabilidade pelo risco (...)".⁸ Fica clara a oposição entre reprovação ética ou moral da conduta e critério objetivo de imputação da responsabilidade. Porém, não se distinguem claramente as hipóteses em que não se analisa a conduta lesiva daquelas em que o dever de indenizar pressupõe violação objetiva de um dever jurídico.

Outra possibilidade é contrapor a expressão "responsabilidade objetiva" à responsabilidade por culpa, abrangendo esta toda hipótese de responsabilização fundamentada na violação de um dever jurídico, independentemente da reprovabilidade subjetiva ou moral da conduta lesiva.⁹ Há aqui um problema de natureza meramente terminológica, que não causa prejuízo quando devidamente percebido: a responsabilidade por culpa não é necessariamente subjetiva.

Para evitar esse problema, é possível considerar a responsabilidade por culpa objetiva como uma espécie de responsabilidade objetiva, ao lado da responsabilidade pelo risco e de eventuais outros critérios não relacionados à investigação de uma conduta lesiva. Entretanto, perde-se, nesse caso, o elemento comum da contrariedade a um dever jurídico presente tanto na responsabilidade por culpa subjetiva, quanto na responsabilidade por culpa objetiva.

Deixando de lado essas discussões sobre a classificação das modalidades de responsabilidade civil, o fundamental é ter em mente que: (i) a responsabilidade por ato ilícito não se fundamenta necessariamente em critérios subjetivos, sendo seu elemento central a contrariedade da conduta lesiva a um dever jurídico; (ii) a expressão "responsabilidade objetiva" pode ser empregada tanto no sentido de responsabilidade independente de avaliação da contrariedade (subjetiva ou objetiva) de uma conduta lesiva ao direito, quanto no sentido de responsabilidade independente de uma avaliação ética ou moral de uma conduta lesiva. Trata-se, pois, de objetos cercados de ambiguidades, as quais, todavia, não precisam ser sanadas nesse momento. Para o propósito deste artigo basta deixar claro que a culpa, como elemento da responsabilidade por ato ilícito, não significa necessariamente reprovabilidade ética ou moral da conduta lesiva.

Nesse contexto, a objetivação dos critérios de imputação é realizável até mesmo no seio de normas de responsabilização baseada no critério da culpa. Há décadas se discute a natureza da apreciação deste requisito. No direito francês é conhecida a polêmica sobre ser ou não a imputabilidade ou a culpabilidade do agente lesivo pressuposto da responsabilização civil.¹⁰ Uma fração da doutrina francesa sustenta que a *faute* requer necessariamente um elemento subjetivo qualificado por alguns como moral e por outros como psicológico. Os irmãos Mazeaud criticaram esse ponto de vista na década de 1930, propondo uma concepção objetiva de *faute* ou culpa. Outros autores seguiram esse ponto de vista, com algumas variações. Para essa corrente a verificação de um desvio de conduta ou de uma transgressão a dever jurídico é suficiente para caracterizar o ilícito civil, sem ser necessário investigar o estado de espírito do agente lesivo.

Na vigência do Código Civil de 1916 muitos autores, influenciados pela doutrina francesa, defenderam uma sindicância objetiva, tendência constatada por Alvino Lima, o qual conclui pela existência de um movimento de objetivação da culpa: "Afasta-se a imputabilidade moral para se apreciar tão somente o erro de conduta em face do comportamento do homem normal, excluindo-se, porém, as circunstâncias internas, pessoais, do agente e assim se proclama com fundamento na própria culpa, a

responsabilidade dos que agem sem discernimento".¹¹ O próprio Clóvis Bevilacqua afirmara que a culpa aquiliana dispensa o elemento subjetivo da negligência ou da imprudência.¹²

Na Alemanha, predomina desde o início do século XX o critério objetivo de aferição da culpa.¹³ A medida do cuidado exigido não depende das habilidades individuais do lesante concreto, mas daquelas esperadas daqueles que pertencem ao "círculo social" (Vehrkreis) do agente. O rigor da jurisprudência alemã é tamanho que o Tribunal Federal Alemão (BGH) não afastou a responsabilidade de um motorista que atropelou um ciclista em razão de uma deficiência visual que até então lhe era desconhecida: a incapacidade pessoal para perceber sua própria deficiência não exculpa o autor do ilícito.¹⁴ A objetivação da culpa evita as grandes dificuldades que as cortes enfrentariam caso tivessem de investigar as habilidades e capacidades individuais do lesante.¹⁵

Destarte, o que se exige, como regra, é a observância do cuidado objetivo, sendo, pois, desnecessária a invocação do abuso de direito com justificativa para se objetivarem os critérios de imputação da responsabilidade civil. Distinguir atos realizados "sem direito" e "com abuso de direito" para afastar a culpa como critério de imputação é expediente tão inadequado que um mesmo ato, quando praticado por alguém no exercício de um direito subjetivo seu, seria tratado com mais rigor do que quando lhe carecesse esse mesmo direito. O possuidor sem justo título e de má-fé que causa prejuízo a imóvel alheio ao perfurar um poço, por exemplo, somente responderia por culpa, ao passo que, se fosse proprietário ou legítimo possuidor do bem, bastaria a investigação objetiva do abuso de direito.

A ausência de menção a exemplos práticos para ilustrar a distinção defendida pela doutrina brasileira é, em si, sintomática desse problema. Nos tribunais, a invocação da tese geralmente é limitada à responsabilidade pelo exercício do "direito de informar" ou "de narrar".¹⁶ O objetivo disso é claro: evitar que a responsabilidade do meio de informação ou do jornalista seja afastada com base numa suposta insciência sobre a ilegitimidade de sua conduta ou na ausência de intento lesivo. Todavia, é desnecessário socorrer-se do abuso de direito para afastar a reprovabilidade moral da conduta como pressuposto tanto das tutelas inibitória ou de remoção do ilícito, quanto da indenizatória. Como será visto abaixo,¹⁷ no direito alemão é possível exigir a cessação de afirmações inverídicas independentemente de o jornalista haver reconhecido ex ante que suas informações estavam erradas. Distingue-se simplesmente antijuridicidade e culpa, para o que não é preciso invocar o abuso de direito. O dever de reparar o dano pressupõe, por sua vez, culpa do agente lesivo. Porém, a própria noção de culpa pode ser investigada segundo critérios objetivos, ou seja, independentemente de uma apreciação quanto à reprovabilidade moral ou ética, embora nesse caso sua distinção em relação à antijuridicidade se torne tênue.¹⁸

De qualquer forma, a adoção de uma concepção objetiva de culpa significa que a responsabilidade civil decorre da concretização, pela corte, de um dever objetivo de cuidado, cuja violação não exige consciência da ilicitude da conduta. Quem pretende publicar fatos potencialmente lesivos à honra alheia deve se adequar aos padrões de cuidado exigidos pelo ordenamento jurídico, o que abrange a própria capacidade para tomar conhecimento dessas regras de conduta, sejam elas veiculadas em lei ou concretizadas pelas próprias cortes. Em outras palavras, quem não estiver apto ou disposto a envidar esforços para conhecer esses padrões normativos deve ser responsabilizado independentemente da consciência subjetiva sobre a ilicitude de sua conduta. A sindicância sobre quais regras de conduta um jornalista ou um meio de comunicação deve ou não conhecer é, assim como a formulação dessas mesmas regras, realizada segundo critérios objetivos.

Por isso, é infundado o receio de que a necessidade de investigação da culpa do titular do direito levaria a "uma proteção àqueles que não conhecem escrúpulos".¹⁹ Na responsabilidade por ato ilícito, a investigação da reprovabilidade da conduta deve avançar ao íntimo do agente lesivo apenas excepcionalmente, em especial naquelas

situações em que vigora uma relação pessoal de confiança mútua entre as partes. Nesse sentido, a responsabilidade pode ser mais ou menos subjetiva (ou, ao contrário, mais ou menos objetiva), porém sempre fundamentada na inobservância de um dever jurídico, o qual pode estar previamente fixado em lei ou pode ser concretizado pelas cortes com base na própria cláusula geral de responsabilidade civil por ato ilícito. Decidir em que grau as circunstâncias subjetivas do agente lesivo devem ser levadas em consideração não depende da qualificação de seu ato lesivo como 'sem direito' ou 'com abuso de direito', mas de fatores outros, em especial da maior ou menor necessidade de proteção da confiança no tráfego jurídico.

Desse modo, afirmar que a exigência de culpa inviabilizaria a responsabilidade civil por ato praticado em abuso de direito é desconhecer a variedade de sentidos do termo culpa. Numa perspectiva estritamente subjetiva, predominante até o final do século XIX, poder-se-ia equiparar a culpa à reprovabilidade moral ou ética da conduta do agente lesivo, o que demandaria como regra a consciência da ilicitude. No entanto, esse ponto de vista não vigora em nosso sistema atual, no qual a culpa é geralmente aferida segundo o critério do homem médio ou do *bonus pater familias*, sendo, destarte, desnecessário bipartir a ilicitude em ato praticado sem direito e ato praticado em abuso de direito para a finalidade de justificar uma objetivação do critério de imputação.

O problema é que muitas vezes se toma como ponto de partida uma espécie de vedação geral de intervenção lesiva na esfera jurídica alheia, a qual, para ser lícita, precisa ser justificada, quando, na verdade, a responsabilidade por ato ilícito pressupõe sempre a violação de um dever jurídico. Naquele sentido, afirma-se, por exemplo, que o comerciante está legitimado pelo direito de concorrência a provocar prejuízo a seus concorrentes;²⁰ de forma semelhante, que o proprietário de um imóvel pode causar prejuízo aos seus vizinhos, instalando, a título ilustrativo, uma fábrica que desvaloriza os terrenos próximos. Porém, não se deve considerar que toda lesão ou prejuízo provocado a outrem configura, em princípio, um ilícito, implicando a responsabilização do agente, salvo se demonstrado o exercício regular de um direito. Ao contrário do que ocorre, por exemplo, com a legítima defesa e com o estado de necessidade - "circunstâncias que tornam lícita (ou justa) a omissão do comportamento que, não existindo elas, seria devido" -,²¹ o princípio *qui iure suo utitur nemini facit iniuriam* (quem exerce o próprio direito não responde pelos prejuízos daí advindos) não exprime uma causa de justificação.²² Em outras palavras, não se trata de uma "circunstância anômala, que conceda lícitude onde ela em princípio não existia".²³ Ou seja, a função do abuso de direito na responsabilidade civil não consiste em limitar através de critérios axiológicos (finalidade social, boa-fé e bons costumes) a suposta excludente do exercício regular de um direito, pois, de fato, as cortes formulam deveres jurídicos diretamente com base na cláusula geral de responsabilidade civil por ato ilícito.²⁴

3 O papel do abuso de direito na responsabilidade civil por ato ilícito

O verdadeiro papel do abuso de direito em matéria de responsabilidade civil é corrigir um modo de pensar estritamente conceitual e subsuntivo, evitando a injusta invocação do princípio *qui iure suo utitur nemini facit iniuriam* quando o ato ou a omissão é, na verdade, contrário ao direito.²⁵ Nesse sentido, o abuso de direito serve como um expediente de flexibilização de um modo de pensar que, em prol da separação entre as atividades legislativa e a judicante, negava ao juiz a tarefa de concretização valorativa dos institutos jurídicos, reduzindo sua função à subsunção do fato à categoria conceitual abstrata e à aferição de estados psíquicos do agente.²⁶

Na prática, tal processo de concretização importa na criação de deveres jurídicos estabelecidos pelas próprias cortes,²⁷ ainda que ausente o grau de generalidade daqueles veiculados por lei.²⁸ É nesse contexto, e não no de objetivação dos critérios de imputação, que o abuso de direito vem "alargar o âmbito de nossas responsabilidades":²⁹ uma conduta inserida nas faculdades abstratas do direito subjetivo pode, mesmo assim, ser considerada contrária ao direito quando violadora de um dever jurídico concretizado pelos tribunais.

De fato, portanto, as cortes individualizam deveres jurídicos para os casos concretos, considerando os interesses envolvidos e as circunstâncias particulares, sem, necessariamente, procederem a um juízo moral sobre a conduta do agente. Essa atuação é própria dos regimes de cláusula geral e independe da previsão legal da figura do abuso de direito, sendo da natureza daquela o reconhecimento aos tribunais de um papel ativo no desenvolvimento e concretização da norma de responsabilidade, a partir das noções genéricas de culpa, nexo de causalidade e dano. Nesse contexto, o abuso de direito não atua como um novo fundamento de responsabilização, mas como um corretivo à orientação conceitualista herdada do século XIX. O proprietário de imóvel que constrói uma ponte em local aberto ao público - exemplo retirado da casuística alemã - deve tomar o cuidado de verificar se a madeira utilizada não está apodrecida. Trata-se de um dever jurídico concretizado pelas cortes. De forma semelhante, o jornalista que pretende noticiar um crime precisa tomar algumas cautelas para garantir a veracidade das informações recebidas quando potencialmente lesivas à honra alheia. Não é necessário afirmar, em oposição a um suposto ilícito típico ou subjetivo, que o proprietário e o jornalista abusam, respectivamente, de seu direito de propriedade ou de narrar ao não atenderem a esse cuidado mínimo.

4 Abuso de direito e tutelas inibitória e de remoção do ilícito

No direito brasileiro, o dever de reparar o dano era considerado a única consequência jurídica do ato ilícito previsto no revogado art. 156 do CC/1916 (LGL\1916\1).³⁰ Isso esclarece por que o dano sempre foi indicado como pressuposto da própria noção de ilicitude civil,³¹ e por que a culpa era considerada o elemento específico da ilicitude.³²

A centralidade da tutela ressarcitória explica-se pelo predomínio de valores do direito liberal clássico.³³ O direito do século XIX era patrimonialista e caracterizado por uma rígida delimitação dos poderes de interferência do Estado na esfera jurídica dos particulares, assegurando-se, assim, a autonomia privada e, consequentemente, o funcionamento das leis do mercado. Essa é a razão pela qual o art. 1.142 do Code Civil francês determina que toda obrigação de fazer e não fazer resolve-se em perdas e danos em caso de inadimplemento do devedor,³⁴ o que explica, também, por que a configuração de um delito civil converge exclusivamente em perdas e danos. Com efeito, assim como o cumprimento específico das obrigações,³⁵ o reconhecimento genérico das pretensões inibitória e de remoção, ao lado da ressarcitória, aumenta a discricionariedade judicial, pois as medidas de efetivação da decisão vão além da mera expropriação de bens, abrangendo, por exemplo, a fixação de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e, até mesmo, em casos extremos, a prisão civil do sujeito passivo.³⁶

A razão material dessa nova perspectiva é a ampliação da tutela jurídica de interesses e bens jurídicos de natureza imaterial, tanto aqueles relacionados à empresa e ao gênio criativo humano, como propriedade industrial, o direito autoral, a proteção contra a concorrência desleal etc., quanto os relativos à personalidade humana, como a honra, a imagem etc. A sensibilidade do tema é evidente, em especial quando envolvidos direitos da personalidade, como, por exemplo, em casos de pedido de tutela inibitória em face de jornalista para que cesse a postagem de matérias consideradas ofensivas à honra do autor, tendo o STJ decidido que, mesmo em casos extremos, não se justifica a mitigação da regra que veda a censura prévia.³⁷

Nota-se, portanto, a importância de se definirem critérios para a fundamentação das pretensões inibitória e de remoção, as quais se encontram agora positivadas no novo Código de Processo Civil, cujo art. 497, parágrafo único, determina que "para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo".

Do ponto de vista prático, o citado dispositivo estabelece o que parte da doutrina, vislumbrando uma nova espécie de ilicitude desvinculada das noções de culpa e de dano,

buscou fundamentar com base no art. 187 do CC/2002 (LGL\2002\400). Nessa linha, afirma-se, por exemplo, que "a ilicitude no novo CC alcança hipótese normativa mais ampla e com abertura suficiente para não apenas amparar a obrigação de reparação, mas formas diversas de obrigações civis".³⁸ Entretanto, associar a antijuridicidade ou ilicitude objetiva ao abuso de direito desvia as investigações de uma questão essencial: identificar critérios ou pontos de partida para a distinção de culpa e ilicitude ou antijuridicidade, para o que a experiência alemã oferece algumas orientações iniciais.

5 A antijuridicidade como pressuposto das tutelas inibitória e de remoção do ilícito

As discussões sobre o ato ilícito durante a vigência do Código Civil de 1916 centraram-se no papel da imputabilidade subjetiva do agente e na natureza abstrata ou concreta do padrão de conduta utilizado como referencial.³⁹ A distinção conceitual entre culpa e antijuridicidade não é, pois, da tradição civilista brasileira, enquanto na Alemanha o cenário é diverso.

Desde o século XIX distingue-se, com Jhering, antijuridicidade de culpa.⁴⁰ Ao tratar da antijuridicidade, o referido jurista tinha em mente a diversidade de consequências entre os casos de posse de boa-fé e de furto de coisa alheia. No primeiro deles, o determinante é a existência do direito de propriedade, deferindo-se ao seu titular a ação reivindicatória para cessar a antijuridicidade da situação do possuidor de boa-fé. No entanto, este não responde por eventuais prejuízos resultantes do uso da coisa. Há um injusto (Unrecht), porém objetivo. Já no segundo caso há violação culposa do direito, ou seja, um injusto subjetivo, o que fundamenta o direito do proprietário a perdas e danos.

Seguindo essa tradição, o direito civil alemão estrutura o delito em tipicidade, antijuridicidade e culpa. A relação entre esses planos sucessivos de individualização do injusto civil fica clara no delito de violação de bem jurídico absoluto, previsto no § 823 I do BGB, segundo o qual "quem por dolo ou negligência viola de forma antijurídica a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou um outro direito (ein sonstiges Recht) de outrem deve reparar os danos daí resultantes".⁴¹ Da tipicidade da conduta lesiva infere-se sua antijuridicidade, que somente é afastada se demonstrada uma excludente de antijuridicidade, como, por exemplo, a legítima defesa. Caso contrário, a conduta é objetivamente ilícita, embora o dever de reparar o dano ainda dependa da configuração de culpa.

Para a doutrina,⁴² uma das funções da antijuridicidade é definir o âmbito de proteção do direito delitual. Nesse sentido, no direito alemão, somente recebem a proteção do § 823 I do BGB os bens jurídicos enunciados no dispositivo ou reconhecidos como "outro direito" (sonstiges Recht) pela jurisprudência. Por essa razão, o terceiro que impossibilita a realização da prestação devida pelo devedor ao seu credor não deve indenizar o prejuízo daí resultante com fundamento no § 823 I do BGB,⁴³ como no clássico exemplo de ruptura de cabo de fornecimento de energia elétrica.⁴⁴ Não há violação da propriedade, da vida, do corpo, da saúde ou de outro bem jurídico absoluto, mas de um direito relativo. A relevância disso para a responsabilidade civil por ato ilícito reside na seletividade dos interesses tutelados pelo direito delitual, não propriamente na qualificação da conduta lesiva como contrária ou conforme ao ordenamento jurídico.

A segunda função da antijuridicidade consiste em determinar quando uma agressão a um bem jurídico pode ser repelida judicialmente ou mediante tutela privada.⁴⁵ Trata-se, em outras palavras, de definir em que situações são cabíveis a legítima defesa e as tutelas inibitória e de remoção do ilícito. Em princípio, uma agressão antijurídica, ainda que não culposa, pode ser repelida mediante força, o mesmo não ocorrendo com uma agressão a um bem jurídico conforme o direito. Os casos investigados por Jhering contextualizam-se nessa função: não obstante a ausência de culpa, o possuidor de boa-fé deve restituir a coisa ao seu proprietário, pois a ocupação é antijurídica.

Portanto, é pouca ou nenhuma a relevância prática de distinguir antijuridicidade de culpa para o fim de fundamentação da pretensão indenizatória. Ausente uma ou outra o lesado

carece, em todo caso, do direito de ser ressarcido do prejuízo sofrido. A importância da oposição reside, pois, na definição dos pressupostos da legítima defesa e das tutelas inibitória e de remoção do ilícito. Quanto à legítima defesa, há um exemplo muito discutido na doutrina alemã. Uma enfermeira pretende aplicar em seu paciente uma substância letal acreditando, sem deixar de observar o cuidado devido (como, por exemplo, na hipótese em que houve troca da etiqueta da ampola), tratar-se de inofensivo medicamento. O exemplo é pouco factível, mas ilustra muito bem a discussão teórica. Alguns autores defendem a possibilidade de legítima defesa, pois a antijuridicidade decorre objetivamente da intervenção no bem jurídico,⁴⁶ enquanto outros afirmam que a antijuridicidade somente se configura se houver infração de um dever de cuidado. De acordo com essa segunda corrente, a atitude defensiva representaria estado de necessidade (Notstand),⁴⁷ questão que também é relevante para o direito brasileiro, pois, não legitimada a defesa, o paciente deverá indenizar a enfermeira ou seus herdeiros nos termos do art. 929 do CC.⁴⁸⁻⁴⁹

O reconhecimento ou não da legítima defesa no exemplo da enfermeira explica-se pela existência de duas teorias sobre a antijuridicidade: as teorias do resultado injusto e da ação injusta. Todavia, antes de passar para essa discussão, impende salientar a relevância do problema da antijuridicidade para as tutelas inibitória e de remoção do ilícito, ponto em que se verifica, para o direito brasileiro, uma intersecção com a temática do abuso de direito, na medida em que essa figura foi utilizada por parte da doutrina como fundamento para uma ilicitude de natureza objetiva.

O BGB cuida das "pretensões resultantes da propriedade" (Ansprüche aus dem Eigentum) em seus § 985 a 1007. O § 1004 I do Código alemão prevê as pretensões de remoção e de abstenção (Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch), dispondo que, se a propriedade for lesada de outra forma que não por esbulho ou pela recusa à restituição da posse, o proprietário pode exigir de quem perturba seu direito a "remoção" da interferência; se houver receio de outras interferências, então o proprietário pode demandar pela abstenção do ato.⁵⁰⁻⁵¹ O BGB não disciplina pretensões correlatas para a tutela do direito geral de personalidade, mas a jurisprudência aplica analogicamente o § 1004 do BGB, não se exigindo, outrossim, uma primeira violação para o reconhecimento da pretensão de omissão da conduta ilícita, apesar da redação do dispositivo.⁵² A fundamentação dessas pretensões não requer conduta culposa do lesante. Por isso, é viável exigir a cessação de afirmações inverídicas ou posterior retratação mesmo quando não tenha sido possível ao jornalista reconhecer ex ante o erro de suas informações.⁵³

A doutrina brasileira busca justificar a mesma solução prática com apoio no abuso de direito, afirmando tratar-se de ilicitude objetiva. Todavia, para tal finalidade não é necessário invocar o art. 187 do CC brasileiro, como já observado acima. O decisivo é investigar possíveis critérios de distinção de culpa e antijuridicidade ou ilicitude, ou, caso se chegue a outra conclusão, rejeitar a funcionalidade da dicotomia buscando outros fundamentos para o deferimento da tutela inibitória ou de remoção do ilícito. O art. 497, parágrafo único, do novo CPC (LGL\2015\1656) aponta para a primeira solução. Nesse contexto, é prudente e profícuo socorrer-se das discussões sobre o tema na doutrina alemã ao menos como ponto de partida ou de apoio para conclusões voltadas para o ordenamento jurídico brasileiro.

No que diz respeito à crítica ao Enunciado 37 das Jornadas de Direito Civil, a comparação com o direito civil alemão ajuda a esclarecer a diferença dos pressupostos para as pretensões indenizatória, de um lado, e de remoção do ilícito ou inibitória, de outro. A primeira, quando fundada em ato ilícito, pressupõe culpa, o que, como já assinalado, não significa necessariamente que o critério de imputação será subjetivo no sentido de reprovação ética ou moral da conduta; a segunda e a terceira não exigem culpa, baseando-se, em princípio, na antijuridicidade ou ilicitude. Para se alcançar essa diferenciação, pressupondo-se aqui ser ela correta, não é necessário invocar o abuso de direito como marco divisório.

6 O regime delitual do BGB e as teorias do resultado injusto e da ação injusta

Para compreender a distinção entre antijuridicidade e culpa no direito civil alemão, é mister entender os contornos gerais do regime delitual do BGB e, em especial, o delito de violação de direito absoluto previsto no já citado § 823 I do Código tedesco.⁵⁴

Os redatores do Código Civil alemão consideraram que uma cláusula geral de responsabilidade civil não oferece critérios minimamente precisos para os juízes decidirem os litígios, o que os sobrecarregaria, além de contrariar a concepção de judicatura então prevalecente na Alemanha.⁵⁵ Adotou-se, então, um regime construído sobre três dispositivos principais: os §§ 823 I (violação de direito absoluto), 823 II (infração de lei de proteção) e 826 (lesão dolosa e contrária aos bons costumes).

De acordo com o § 823 I do Código Civil alemão, "quem por dolo ou negligência viola de forma antijurídica a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou um outro direito (ein sonstiges Recht) de outrem deve reparar os danos daí resultantes".⁵⁶ São cinco, portanto, os bens jurídicos protegidos: a vida, a saúde, o corpo, a propriedade e a liberdade, sendo este último bem jurídico compreendido no sentido específico de liberdade de locomoção.

O objetivo do legislador alemão foi excluir do § 823 I a tutela de aspectos imateriais da personalidade, bem como a responsabilidade por prejuízos puramente patrimoniais.⁵⁷ A expressão "outro direito" (sonstiges Recht), apesar de ter sido utilizada como meio de ampliação da tutela delitual através do reconhecimento jurisprudencial do "direito à empresa" (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb)⁵⁸ e do direito geral de personalidade,⁵⁹ tem, em princípio, um sentido restrito. Utilizam-se, como referência, os direitos absolutos, de sorte que os direitos relativos não recebem como regra geral a tutela do § 823 I do BGB.⁶⁰

A proteção delitual dos bens e interesses não abrangidos pelo § 823 I realiza-se através das outras duas figuras delituais: a infração de normas de proteção (§ 823 II do BGB) e o dano provocado por dolo e em contrariedade aos bons costumes (§ 826 do BGB). O § 823 II do BGB dispõe que "o mesmo dever [de reparar o dano] incumbe àquele que infringe uma lei que objetive a proteção de outrem. Ainda que, segundo o seu teor, a lei possa ser transgredida independentemente de culpa, o dever de reparação somente se configura no caso de culpa".⁶¹ Para o § 826 do BGB, "quem, de maneira contrária aos bons costumes, causar por dolo dano a outrem fica obrigado a repará-lo".⁶²

Subjacente ao delito de violação de direito absoluto (§ 823 I do BGB) há uma concepção delitual orientada pelo resultado: a tipicidade consiste na lesão a um dos bens jurídicos enunciados no § 823 I do BGB ou a algum bem jurídico reconhecido pela jurisprudência como "outro direito", sendo a investigação da antijuridicidade residual: inferida do resultado típico, ela somente é afastada se configurada uma excludente. No exemplo da enfermeira, como sua conduta é típica e não há uma causa justificadora, então ela é antijurídica, ainda que se tenha observado o cuidado devido, aspecto que se situa no plano da culpa. Consequentemente, se o paciente repelir a injusta agressão, sua defesa será legítima.

Todavia, na década de 1950 iniciou-se um movimento de questionamento sobre a concepção delitual do BGB relativa ao delito de violação de direito absoluto (§ 823 I do BGB), fundamentada na teoria clássica da ação, para a qual o resultado típico é parte integrante de uma ação em sentido jurídico.⁶³ Alguns autores,⁶⁴ tomando como ponto de partida a teoria finalista da ação de Welzel, defenderam que a mera "provocação" (Verursachung) da lesão a um bem jurídico não é suficiente para legitimar um juízo genérico de antijuridicidade nos delitos culposos. Diversamente dos delitos dolosos,⁶⁵ caracterizados pela produção intencional do resultado previsto na norma como pressuposto do dever de indenizar, nos culposos a contrariedade da conduta com o ordenamento sempre depende da inobservância de uma regra de conduta (teoria da ação injusta). Um "processo causal cego" (blinder Kausalprozess) não pode ser objeto de mandamentos e proibições. Somente a produção dolosa da lesão de um bem jurídico pode ser juridicamente proibida, assim como apenas se pode exigir o emprego daquele

cuidado considerado necessário e suficiente para evitar a lesão de um bem jurídico, o que se afere segundo os critérios do tráfego jurídico e da "adequação social" (Sozialadäquanz).⁶⁶

A discussão ganhou repercussão com uma decisão proferida pelo BGH em 4 de março de 1957.⁶⁷ O autor feriu-se ao embarcar em um bonde. Todavia, não ficou esclarecido se o acidente foi devido a uma apressada sinalização do fiscal (Schaffner) para que o veículo partisse ou ao estado de embriaguez da vítima. Tratava-se, portanto, de um caso de responsabilização por ato do preposto (Verrichtungsgehilfe) (§ 831 do BGB). O BGH invocou uma "nova" causa de exclusão da antijuridicidade para acidentes de trânsito, a qual foi denominada pela corte de "causa legitimadora do comportamento conforme o tráfego" (Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhalten): a lesão é em princípio antijurídica, incumbindo ao demandado demonstrar a conformidade da conduta do agente lesivo com ordenamento jurídico.

A referida causa legitimadora não foi mais invocada pelo BGH e atualmente a decisão é compreendida como um caso de inversão do ônus da prova quanto ao descumprimento do dever de cuidado pelo preposto.⁶⁸ A relevância da decisão é mais teórica do que prática. No entanto, o julgado é fundamental para as discussões na medida em que, superada a invocação da excludente, a violação de uma regra de conduta é transposta para o centro do debate acerca da natureza da antijuridicidade.

Qual o eventual reflexo prático disso para a pretensão de remoção do ilícito? Se, como afirma a doutrina brasileira, tal espécie de tutela fundamenta-se na ilicitude da conduta lesiva, como resolver o seguinte exemplo, emprestado de von Caemmerer?:⁶⁹ o automóvel do requerido é atingido durante ultrapassagem indevida realizada por terceiro, invadindo a propriedade do autor. Eventuais perdas e danos não podem ser exigidas do requerido com base na responsabilidade por ato ilícito, pois este não agiu com culpa. Todavia, o autor demanda que o automóvel seja rebocado de seu imóvel à custa de seu proprietário, o qual não possui interesse algum no bem, reduzido a sucata. A mera intervenção na propriedade alheia configura a antijuridicidade da conduta ou faz-se necessária, para tanto, a violação de uma regra de conduta?⁷⁰ O exemplo pode ser alterado, imaginando-se que o veículo fora roubado e abandonado pelos criminosos no imóvel do autor. Mesmo assim, deve o seu proprietário rebocá-lo?

Outro problema prático: uma pessoa maior e capaz torna-se delitualmente inimputável e, em seguida, promove a negativação indevida de devedor que já pagara o débito, provocando-lhe danos de natureza patrimonial e extrapatrimonial. Em princípio, é possível negar ao lesado direito de ser indenizado pelo prejuízo em razão de a conduta do agente lesivo não ser culposa. Seria, porém, viável condenar o incapaz a retirar o nome do lesado do cadastro de maus pagadores, reconhecendo a este uma pretensão de remoção do ilícito? Em sentido afirmativo, poder-se-ia alegar ser suficiente a demonstração da antijuridicidade ou da ilicitude da conduta lesiva, mas para isso seria necessário, assim como no primeiro exemplo, determinar se é ou não indispensável a violação de uma regra de conduta.

Eventualmente sequer será decisivo estabelecer se a conduta lesiva é ou não objetivamente contrária ao direito. Essa seria uma possível resposta daqueles que consideram justo determinar, no exemplo do roubo, que o proprietário do automóvel reboque o veículo. Na Alemanha, há quem defenda que a "ação de remoção" (Beseitigungsklage) não se direciona contra a conduta de quem "interfere" (stören)⁷¹ no direito, mas contra a situação provocada ou mantida por tal conduta. Todavia, a pretensão é afastada se houver um Duldungspflicht, ou seja, um "dever de tolerar" imposto ao titular do direito.⁷² O problema passa a ser, então, definir quando há um dever dessa natureza.

Contudo, para proceder a essa outra forma de justificação é preciso enfrentar o tema da antijuridicidade, identificando sua natureza e verificando se realmente é possível distingui-la da culpa.

7 Deveres do tráfego e distinção entre lesão direta e indireta

Mas para solucionar tal espécie de problema é indispensável compreender o que se entende por antijuridicidade e culpa. Apontar o abuso de direito como marco divisório não contribui para esse escopo. No direito civil alemão um importante elemento da discussão foi o desenvolvimento jurisprudencial dos "deveres do tráfego" (Verkehrspflichten) e da distinção doutrinária, a eles associada, entre lesão direta e indireta. Com isso se chegou a uma "solução de compromisso" entre as duas concepções antagônicas de ação acima indicadas: as lesões diretas são antijurídicas independentemente de violação de regra de conduta; as indiretas, para o serem, pressupõem o descumprimento de um dever jurídico.

Originalmente denominados de "deveres de segurança do tráfego" (Verkehrssicherungspflichten), os deveres do tráfego são descritos na jurisprudência alemã por meio de uma fórmula: incumbe a quem cria ou mantém uma "fonte de riscos" tomar todas as medidas de segurança necessárias segundo as circunstâncias concretas em vista da proteção de terceiros.⁷³ Inicialmente esses deveres foram impostos a proprietários de bens imóveis, estradas, locais abertos ao público, instalações portuárias, pontes etc. Segundo a jurisprudência do Tribunal do Reich, quem permite o acesso público a tais bens ou instalações deve mantê-los em estado seguro,⁷⁴ entendimento posteriormente aplicado a proprietários de lojas, tabernas, possuidores de imóveis, fabricantes e distribuidores de mercadorias, empreiteiros, profissionais liberais, transportadores e depositários etc., não se diferenciando entre atos omissivos e comissivos.⁷⁵

Aponta-se como primeiro caso o julgado RGZ 52, 373, decidido pelo Tribunal do Reich em 1902. Enquanto transitava por uma via pública, o demandante sofrera dano causado pela queda de uma árvore apodrecida. A corte reconheceu a responsabilidade do proprietário da árvore (no caso, o Estado) por danos provocados por suas coisas na medida em que deve evita-los em justa consideração dos interesses de terceiro. No julgado RGZ 54, 53, o mesmo tribunal imputou aos proprietários de imóveis destinados e equipados para a circulação pública o dever de cuidado em relação aos transeuntes. No caso, a vítima sofrera queda em uma escada escorregadia e mal iluminada.

Um elemento comum dessas duas decisões é a responsabilização por um "âmbito de domínio" (Herrschaftsbereich) espacial e material.⁷⁶ Contudo, esse elemento foi superado em uma terceira decisão, proferida no caso Milzbrand (RGZ 102, 372). Na espécie, o mesmo Tribunal do Reich ampliou a abrangência desses deveres para situações em que a lesão não resultava do estado de uma coisa, mas de uma atividade desenvolvida pelo responsável. Tratava-se de um caso envolvendo um veterinário e um açougueiro que abateram gado infectado com antraz (Milzbrand). Embora a mão do açougueiro apresentasse uma ferida visível, o veterinário não tomou qualquer providência para protegê-lo do risco de contaminação. Consequentemente, foi condenado a indenizar os danos sofridos pela vítima.⁷⁷

Por muito tempo acreditou-se que os deveres do tráfego se circunscreviam à problemática da responsabilidade por omissão, mas, especialmente após as investigações de von Caemmerer,⁷⁸ passou-se a entender que eles não se limitam à hipótese, sendo de fundamental importância para as "lesões indiretas" (mittelbare Verletzungen).

Muito ilustrativo dessa situação foi o desenvolvimento jurisprudencial da responsabilidade civil delitual do produtor no direito alemão, o qual se deu, dentre outros expedientes, através da especificação de deveres do tráfego.⁷⁹ Quando o fabricante coloca seu produto em circulação, eventual dano sofrido pela vítima não possui vínculo direto com a conduta apontada. Entre a fabricação e o acidente há a interposição de diversas condições, como a própria utilização da coisa pela vítima. Em razão disso, não é possível inferir a antijuridicidade da conduta do simples resultado lesivo, como no exemplo em que a vítima se corta ao utilizar uma faca. Para o

surgimento do dever de reparar, é necessário que haja a violação de um dever do tráfego.

De fato, os acidentes e danificações inevitáveis mesmo com a observância de todas as providências preventivas exigíveis não podem, a posteriori, transformar em delito uma conduta que originalmente era conforme ao direito.⁸⁰ O jardineiro que pulveriza suas plantas com agrotóxico não age necessariamente de forma contrária ao direito se as abelhas de um apicultor forem colocadas em risco. A antijuridicidade de sua conduta dependerá da violação de regras de cuidado relacionadas à correta e à apropriada aplicação do produto,⁸¹ o que, no contexto da formulação ou da concretização dos deveres do tráfego, envolve ponderação de interesses. De acordo com von Caemmerer, cuida-se, na hipótese, do grau de probabilidade e da extensão do dano ameaçado, do significado da atividade em questão e da importância do interesse colocado em risco: "[a]s mutáveis concepções jurídicas e sociais sobre a importância dos interesses envolvidos, os riscos a serem suportados e as medidas de proteção exigíveis decidem sobre o que é permitido e quais medidas preventivas devem ser consideradas necessárias e suficientes".⁸²

A dicotomia lesão direta e indireta é aceita pela doutrina majoritária alemã, embora inexista consenso entre seus defensores sobre o critério de distinção.⁸³ Von Caemmerer, apoiando-se na teoria finalista,⁸⁴ entende que somente configuram lesões diretas aquelas ações cuja finalidade é empregar bens ou exercer poderes conferidos a outrem através de um direito de domínio. Segundo essa concepção, quem subtrai coisa alheia age antijuridicamente, independentemente da infração de um dever de cuidado. O mesmo, porém, não ocorre com o ato daquele que, de forma não reprovável, erra o prego (*aberratio*) e martela uma parede, danificando-a. Esta segunda ação não é finalisticamente destinada ao exercício de poderes conferidos pelo ordenamento exclusivamente ao titular da propriedade do imóvel danificado. Por isso, sua qualificação como antijurídica pressupõe a infração de regra de conduta.⁸⁵

Para Larenz, a ação é uma atuação final, no que reconhece o mérito da teoria finalista. Porém, algumas vezes a verdadeira natureza daquela somente se revela *ex post*. Trata-se de hipóteses nas quais sobressai o decurso fático da ação não representado pelo agente, de forma que circunstâncias por ele não reconhecíveis ou um desvio (*aberratio*) inconsciente do ato em relação à direção pretendida conferem objetivamente à ação um caráter que ela não deveria ter segundo sua representação finalista.⁸⁶ O motorista diligente, ao atropelar uma criança que invade a pista de maneira totalmente imprevisível, não viola um dever de cuidado, mas provoca lesão corporal.⁸⁷ A ação do caçador que mira um animal silvestre, mas, de forma não reprovável, acerta pessoa escondida num arbusto, não se extingue com a pressão do gatilho; ela "alcança" o resultado lesivo,⁸⁸ o qual, pode-se afirmar, "faz parte" da conduta do agente. Em situações como estas, nas quais o efeito revela a verdadeira natureza da conduta, não há nenhum problema em inferir a antijuridicidade diretamente do resultado lesivo. Nesse contexto, Larenz considera como diretas aquelas intervenções em direito ou bem jurídico alheio que se inserem "no contexto da ação" realizada pelo interveniente (*im Rahmen der Handlung*).⁸⁹ Em sentido semelhante, Huber afirma haver lesão direta quando "o fenômeno lesivo ainda se encontra sob o controle, o domínio do interveniente, ainda que esse controle seja exercido da maneira errada ou sequer seja utilizado".⁹⁰

Outros autores rejeitam a distinção. Consideram-na um "compromisso" entre as teorias da conduta e do resultado injusto, pugnando por uma estrutura delitual unitária, centrada na ideia de "violação de dever" (*Pflichtwidrigkeit*). Nesse sentido, Wagner afirma que a diferenciação entre condutas lesivas diretas e indiretas não se fundamenta numa cisão do conceito de antijuridicidade ou de negligência em lesões diretas e indiretas. Em verdade a existência e o alcance de deveres de cuidado delituais mostram-se evidentes quando o agente viola "de própria mão" um direito, o que geralmente não ocorre quando há interposição de concausas entre a conduta do responsável e a lesão ao bem jurídico.

O autor compara duas situações. Se numa caçada um dos participantes sofre dano porque outro tropeça, provocando este um disparo involuntário de sua arma, a inobservância do dever de cuidado salta aos olhos, pois quem sai numa caçada em grupo com uma arma carregada deve tomar toda providência necessária para que seus companheiros não sejam atingidos por um disparo involuntário. O mesmo não acontece em relação ao proprietário da floresta que derruba uma árvore e a deixa na mata, ocasionando a queda do caçador.⁹¹

8 Considerações finais

A crítica de Wagner é importante pois indica a violação de um dever de conduta como o elemento central da responsabilidade por ato ilícito, violação que se torna "mais evidente" quando há um "adensamento" entre risco relacionado à conduta ilícita e sua concretização numa lesão a bem jurídico. Entretanto, para a finalidade do presente artigo, não é necessário decidir se a dicotomia lesão direta e indireta deve ser transposta ao direito brasileiro. Mais relevante do que isso é destacar a necessidade de investigar, para além do abuso de direito, critérios para a distinção entre culpa e antijuridicidade ou ilicitude. A dicotomia lesão direta e indireta indica um meio caminho entre duas concepções antagônicas sobre a natureza da antijuridicidade, uma orientada ao resultado lesivo e outra à contrariedade da ação a um dever de conduta.

Para alcançar um posicionamento seguro na matéria, é preciso evitar a tendência generalista de meramente apontar o art. 187 como cláusula geral de ilicitude objetiva em oposição ao art. 186 como cláusula geral de ilicitude subjetiva. O Enunciado 37 da 1.ª Jornada de Direito Civil simplifica os problemas que envolvem o tema da ilicitude ou antijuridicidade, o que ocasiona equívocos na fundamentação de decisões judiciais. É necessário compreender o verdadeiro papel do abuso de direito na responsabilidade civil: flexibilizar uma concepção metodológica meramente conceitual e não servir como fundamento para uma nova espécie de responsabilidade objetiva. Ao mesmo tempo, a doutrina não deve se agarrar ao art. 187 como único caminho para a fundamentação das tutelas inibitória e de remoção do ilícito. Nesse sentido, a experiência alemã aponta para outras discussões, em especial sobre ser ou não a inobservância de um dever de conduta pressuposto necessário da antijuridicidade, debate que também envolve a difícil tarefa de decidir se realmente é viável distinguir culpa de antijuridicidade. Com a aprovação do novo Código de Processo Civil, essas questões se tornam ainda mais prementes.

Outro aspecto a ser destacado em relação à comparação com o direito delitual alemão é a função exercida pela distinção lesão direta e indireta na flexibilização do sistema delitual do BGB. Com base nela, o delito previsto no § 823 I do BGB adquiriu, ao menos em parte, natureza de "suporte fático aberto" (ein offener Tatbestand)⁹² ou de cláusula geral (Generalklausel)⁹³ a ser preenchida pela jurisprudência através do desenvolvimento e da concretização dos deveres de conduta.⁹⁴ Servindo como instrumento de delimitação do âmbito das condutas exigidas ou proibidas,⁹⁵ estes deveres colmataram uma significativa "lacuna" do regime delitual alemão, situando-se numa "zona periférica de proteção" dos direitos absolutos, cuja ampliação é questão de natureza jurídico-política a ser decidida pelas cortes.⁹⁶

O mesmo ocorre, por sua própria natureza e de forma mais ampla, nos regimes de cláusula geral de responsabilidade civil por ato ilícito, como é o caso do Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro. O art. 927, caput, c/c o art. 186 do CC, outorga considerável dimensão criativa à jurisprudência no desenvolvimento e na atualização do direito da responsabilidade civil. As cortes estabelecem ou deveriam estabelecer, através de sua casuística, um plano de condutas para diversos círculos sociais, o que é realizado com base na própria noção de culpa, compreendida aqui como um suporte fático aberto que não pressupõe necessariamente a reprovabilidade subjetiva, moral ou ética da conduta lesiva como requisito do dever de reparar o dano. Os tribunais precisam, nesse contexto, adotar uma perspectiva diferenciadora, possibilitando, dessa forma, uma investigação mais clara e direta dos problemas de imputação da responsabilidade, sendo um erro

proceder a um corte radical entre lesão praticada "sem direito" e "com abuso de direito". Para ilustrar referida perspectiva, poder-se-ia cogitar em duas situações semelhantes, mas com soluções possivelmente opostas. É razoável decidir que um jornalista não se exime de seu dever de verificar com cuidado a veracidade de informações potencialmente lesivas à honra alheia alegando que não tinha ciência da contrariedade de sua conduta ao ordenamento. Porém, eventualmente seria possível reconhecer essa defesa a um não profissional que divulga as mesmas informações em um blog ou no twitter, negando-se ao lesado o direito de reparação do dano, sem prejuízo, porém, da tutela de remoção do ilícito.

Referências bibliográficas

BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria geral do direito civil. 2 ed. rev. e atual. por Caio Mario da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Rio, 1980.

BOULOS, Daniel M. Abuso do direito no novo Código Civil. São Paulo: Método, 2006.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do novo Código Civil brasileiro. *Ajuris*. n. 96. p. 205-224. Porto Alegre, dez. 2004.

CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. Questões controvertidas no novo Código Civil. São Paulo: Método, 2004. vol. 2.

DEUTSCH, Erwin. Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt: eine privatrechtliche Untersuchung. 2. ed. Colônia: Carl Heymann, 1995.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. vol. 1 e 2.

DIEDERICHSEN, Uwe. Wohin treibt die Produzentenhaftung? *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*. n. 27. p. 1281-1292. Munique, jul. 1978.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. vol. 1.

FERREIRA, Keila Pacheco. Abuso do direito nas relações obrigacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GUERRA, Alexandre. Responsabilidade civil por abuso do direito. São Paulo: Saraiva, 2011.

HUBER. Zivilrechtliche Fahrlässigkeit. In: FORSTHOFF et al. (orgs.). *Festschrift für Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag am 8. Juni 1973*. Göttingen: Otto Schwarz, 1973.

JHERING, Rudolf von. Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht. Giessen: Emil Roth, 1867.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 1995. Reimpressão.

JOSSERAND, Louis. De l'esprit des droits et de leur relativité. 2. ed. Paris: Dalloz, 1939. Reimpressão de 2006.

KÖTZ, Hein; WAGNER, Gerhard. Deliktsrecht. 11. ed. Munique: Vahlen, 2010.

KULLMANN, Hans Joseph. ProdHaftG: Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte. Kommentar. 5. ed. Berlim: Erich Schmidt, 2006.

LANDLOCK, Gisela. Das Produkthaftungsrecht im Lichte neuerer Gesetzgebung und Rechtsprechung. Juristische Arbeitsblätter (JA). n. 12. p. 981-989. Köln: Zeitschrift für Studenten und Referendare, 2003.

LARENZ, Karl. Lehrbuch des Schuldrechts. Band I. Allgemeiner Teil. 14. ed. Beck: Munique, 1987.

_____. Lehrbuch des Schuldrechts. Band II: besonderer Teil. 11. ed. Munique: C. H. Beck, 1977.

_____. Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivil Recht. In: VON CAEMMERER, Ernst et al. (orgs.). Vom deutschen zum europäischen Rechts. Festschrift für Dölle. Band I: Deutsches Privat- und Zivilprozessrecht, Rechtsvergleichung. Tübingen: Mohr, 1963.

_____; CANARIS, Claus-Wilhelm. Lehrbuch des Schuldrechts. Zweiter Band: besonderen Teil. 2. Halbband. 13. ed. Munique: C. H. Beck, 1994.

LEITÃO, Adelaide Menezes. Normas de proteção e danos puramente patrimoniais. Coimbra: Almedina, 2009.

LEVADA, Claudio Antonio Soares. O abuso e o novo direito civil brasileiro. Jundiaí: UniAnchieta, 2007.

LIMA, Alvino. Culpa e risco. 2. ed. rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1998.

LOOSCHELDERS, Dirk. Schuldrecht. Allgemeiner Teil. 7. ed. Colônia: Carl Heymann, 2009.

LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. Revista dos Tribunais. vol. 886. p. 49-68. São Paulo: Ed. RT, jul. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção (art. 497, parágrafo único, CPC/2015 (LGL\2015\1656)). São Paulo: Ed. RT, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. Questões controvertidas. Parte geral do código civil. São Paulo: Método, 2007. vol. 6.

MIRAGEM, Bruno. Abuso de direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

MÜNZBERG, Wolfgang. Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1966.

NIPPERDEY, Hans Carl. Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld. NJW. vol. 10. p. 1777-1782. 1957.

_____. Rechtswidrigkeit und Schuld im Zivilrecht. Karlsruher Forum (Beiheft zu VersR). p. 3-9. 1959.

NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OERTEL, Christoph. Objektive Haftung in Europa: rechtsvergleichende Untersuchung zur Weiterentwicklung der verschuldensunabhängigen Haftung im europäischen Privatrecht. Tübingen: Mohr, 2010.

REINIG, Guilherme Henrique Lima. O problema da causalidade na responsabilidade civil - A teoria do escopo da de proteção da norma (Schutzzwecktheorie) e a sua aplicabilidade no direito civil brasileiro. Tese de Doutorado. São Paulo, USP, 2015.

RODOVALHO, Thiago. Abuso de direito e direitos subjetivos. São Paulo: Ed. RT, 2011.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1973. Reimpressão de 1997.

SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. In: RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Rafael Peteffi da; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Dano reflexo ou por ricochete: ponto de partida para a diferenciação dos sistemas brasileiro e português de responsabilidade civil extracontratual. In: SILVA, Rafael Peteffi da; CELLA, José Renato Graziere (orgs.). *Direito mercantil, direito civil, direito do consumidor e novas tecnologias*. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. vol. 1.

STOLL, Hans. Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte. *AcP*. vol. 162. p. 203-236. 1963.

TAUTENSCHLAEGGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Abuso do direito*. São Paulo: Atlas, 2007.

TARTUCE, Flávio. Considerações sobre o abuso de direito ou ato emulativo civil. In: VINEY, Geneviève; JORDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. 4. ed. Paris: L.G.D.J., 2013.

VON CAEMMERER, Ernst. Die absoluten Rechten in § 823 Abs. 1 BGB. In: LESER, Hans G. (Org.). *Ernst von Caemmerer Gesammelte Schriften. Band I: rechtsvergleichung und Schuldrecht*. Mohr: Tübingen, 1968, p. 554-579.

_____. Wandlungen des Deliktsrechts. In: LESER, Hans G (org.). *Ernst von Caemmerer Gesammelte Schriften. Band I: Rechtsvergleichung und Schuldrecht*. Tübingen: Mohr, 1968.

WAGNER, Gerhard. Das neue Produktsicherheitsgesetz: öffentlich-rechtliche Produktverantwortung und zivilrechtliche Folgen (Teil I). *Betriebs-Berater (BB)*. n. 49. p. 2489-2498. Heidelberg: Zeitschrift für Recht und Wirtschaft, dez. 1997.

_____. Das neue Produktsicherheitsgesetz: öffentlich-rechtliche Produktverantwortung und zivilrechtliche Folgen (Teil II). *Betriebs-Berater (BB)*. n. 50. p. 2541-2546. Heidelberg: Zeitschrift für Recht und Wirtschaft, dez. 1997.

_____. *Münchener Kommentar zum BGB*. 6. ed. Munique: Beck, 2013.

WIECKHORST, Thomas. Bisherige Produzentenhaftung, EG-Produkthaftungsrichtlinie und das neue Produkthaftungsgesetz. *Juristische Schulung (JuS)*. n. 2. p. 86-94. Zeitschrift für Studium und praktische Ausbildung, fev. 1990.

1 Nesse sentido cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral* e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. vol. 1, p. 587; GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade civil por abuso do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 266 e ss.; BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. p. 141 e ss.

2 Cf., dentre outros, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 587 e ss.; BOULOS, Daniel. *Op. cit.*, p. 140 e ss.; MIRAGEM, Bruno. *Abuso de direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 119 e ss.; GUERRA, Alexandre. *Op. cit.*, p. 321 e ss.; FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do direito nas relações obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 138 e ss.; RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*.

São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 175 e ss.; LEVADA, Claudio Antonio Soares. O abuso e o novo direito civil brasileiro. Jundiaí: UniAnchieta, 2007. p. 39-40, afirmando ser desnecessária a culpa para a responsabilidade por abuso de direito; TAUTENSCHLAEGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Abuso do direito. São Paulo: Atlas, 2007. p. 82, citando o Enunciado 37 das Jornadas de Direito Civil; TARTUCE, Flávio. Considerações sobre o abuso de direito ou ato emulativo civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. Questões controvertidas no novo Código Civil, vol. 2. São Paulo: Método, 2004. p. 89-110, especialmente p. 92; CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional, In: TEPEDINO, Gustavo. A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 377-396, especialmente p. 392, a qual, todavia, critica a concepção do abuso de direito como espécie de ato ilícito, pois isso, "além de obscurecer seus contornos, caminha no sentido da responsabilidade subjetiva, sendo a culpa elemento quase indissociável do conceito de ilicitude"; CACHAPUZ, Maria Cláudia. A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do novo Código Civil brasileiro. *Ajuris* 96/205-224, a qual, embora concluindo por uma dispensa da ideia de abuso de direito (idem, p. 214-215), afirma, em relação ao art. 187, que "o elemento subjetivo (a previsibilidade pela culpa) à imputabilidade do ato ilícito não se configura essencial para a caracterização da responsabilidade em si" (idem, p. 213, nota 19). Em relação ao Código Civil de 1916 cf. MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. Questões controvertidas. Parte geral do Código Civil (LGL\2002\400). São Paulo: Método, 2007. vol. 6, p. 506-544; DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. vol. 2, p. 126 (= n. 184).

3 Cf., por exemplo: TJSP, Ap 0202879-75.2009.8.26.0100, 14.^a Câmara de Direito Privado, j. 10.12.2015, rel. Des. Edson Luiz de Queiróz; TJSP, AgIn na Ap 2069723-87.2014.8.26.0000, 8.^a Câm. Direito Privado, j. 01.12.2015, rel. Desembargador Salles Rossi; TJRS, Ap 70054674080, 9.^a Câm. Civ., j. 24.06.2014, rel. Des. Miguel Ângelo da Silva; TJRJ, Ap 0446536-79.2012.8.19.0001, 10.^a Câm. Civ., j. 16.12.2016, rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto.

4 STJ, Ag em REsp 839940, decisão monocrática, j. 05.02.2016, rel. Min. Moura Ribeiro; STJ, Ag em REsp 187317, decisão monocrática, j. 10.04.2015, rel. Min. Raul Araújo.

5 CARPENA, Heloísa. Op. cit., p. 392.

6 Cf. GUERRA, Alexandre. Op. cit., p. 294.

7 Criticando a invocação do abuso de direito para objetivar a responsabilidade civil cf. SÁ, Fernando Augusto Cunha de. Abuso do direito. Coimbra: Almedina, 1973. Reimpressão de 1997, p. 496 e ss. (= n. 66).

8 DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. vol. 1, p. 138 (= n. 64).

9 Cf. OERTEL, Christoph. Objektive Haftung in Europa: rechtsvergleichende Untersuchung zur Weiterentwicklung der verschuldensunabhängigen Haftung im europäischen Privatrecht. Tübingen: Mohr, 2010. p. 5. O autor, ao analisar a responsabilidade objetiva no âmbito europeu, opõe essa expressão à "responsabilidade por culpa" (Verschuldenshaftung). Todavia, a responsabilidade por culpa não se fundamenta necessariamente numa "culpa individualmente censurada" (ein individuell vorwerfbares Verschulden), abrangendo também normas de responsabilidade baseadas na censura objetiva da conduta lesiva.

10 Sobre o tema cf. VINEY, Geneviève; JORDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. 4. ed. Paris: L.G.D.J., 2013. p. 446-449 (= n. 444).

11 LIMA, Alvino. Culpa e risco. 2. ed. rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 108-109 (= n. 24).

12 BEVILAQUA, Clóvis. Teoria geral do direito civil. 2. ed. rev. e atual. por Caio Mario da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Rio, 1980. p. 274: "A culpa aquiliana, compreendida na sua extensão atual, corresponde ao ato ilícito, o qual para determinar o dano dispensa o elemento subjetivo da negligência ou imprudência". Em sentido contrário cf. DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 139 (= n. 64): "A culpa, elemento moral gerador da infração, tem sua noção inapelavelmente jungida o requisito moral".

13 Cf. LARENZ, Karl. Lehrbuch des Schuldrechts. Band I. Allgemeiner Teil. 14. ed. Beck: Munique, 1987. p. 282-288; LOOSCHELDERS, Dirk. Schuldrecht. Allgemeiner Teil. 7. ed. Colônia: Carl Heymann, 2009. p. 178 (= n. 516); KÖTZ, Hein; WAGNER, Gerhard. Deliktsrecht. 11. ed. Munique: Franz Vahlen, 2010. p. 54 e ss. (= n. 113 e ss.).

14 Cf. LARENZ, Karl. Op. cit., p. 286; KÖTZ, Hein; WAGNER, Gerhard. Op. cit., p. 55 (= n. 116).

15 Cf. KÖTZ, Hein; WAGNER, Gerhard. Op. cit., p. 55 (= n. 116).

16 STJ, AgRg no REsp 1390289/SC, 3.^a T., j. 24.11.2015, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; AgRg no AREsp 516984/AL, 4.^a T., j. 01.10.2015, rel. Min. Raul Araújo; AgRg no REsp 1354696/PR, j. 23.10.2014, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

17 Cf. item 5.

18 Cf. observações no item 5 infra sobre a diminuta relevância da distinção entre antijuridicidade e culpa para o direito da responsabilidade civil.

19 BOULOS, Daniel. Op. cit., p. 142, citando expressão de HORSTER, Heinrich Ewald. A parte geral do Código Civil português: teoria geral do direito civil. Coimbra: Almedina, 1992. § 460, p. 282. Concordando com o autor brasileiro cf. GUERRA, Alexandre. Op. cit., p. 336.

20 Cf. observações críticas de BOULOS, Daniel M. Op. cit., p. 104-105, nota 16.

21 JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. Op. cit., p. 153 (= n. 50).

22 Nesse sentido cf. JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. Op. cit., p. 193 (= n. 61) e p. 207 (= n. 66).

23 JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. Op. cit., p. 193 (= n. 60).

24 E sentido semelhante, JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 1995. Reimpressão, p. 205 (= n. 65), afirma que "o reconhecimento do direito de exercer certa atividade não elimina o pleno funcionamento do dever geral de diligência" (destaque do autor).

25 Nesse sentido, JOSSERAND, Louis. De l'esprit des droits et de leur relativité. 2. ed. Paris: Dalloz, 1939. Reimpressão de 2006, p. 33: "o ato abusivo é simplesmente aquele que, praticado em virtude de um direito subjetivo cujos limites foram respeitados, é, todavia, contrário ao direito considerado em seu conjunto e como juridicidade, vale dizer, como um corpo de regras sociais obrigatórias". Quanto ao Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro, cf. LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. RT 886/62: "nada mais coerente, dentro de um sistema que tem como pilares a ética e a socialidade, taxar de antijurídico o exercício do direito que excede os limites impostos por seu fim econômico e social, pela boa-fé e pelos bons

costumes".

26 Com efeito, em geral nem a lei, nem o negócio jurídico, contêm enunciação exaustiva das condutas ou ações facultadas ao titular do respectivo direito, cuidando-se, na maioria das vezes, de referência a categorias de atividade (usar, fruir, gozar, dispor, administrar etc.) (cf. JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. Op. cit., p. 197 (= n. 63)). Ao lado de eventuais instruções específicas quanto ao exercício de determinados direitos, as cortes, pautadas em orientações legislativas genéricas aplicáveis a todo e qualquer direito, atualizam os possíveis conflitos de interesses segundo critérios desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base no próprio ordenamento jurídico e nos valores sociais imperantes. (em sentido semelhante, cf. as conclusões de LIMA, Alvino. Op. cit., p. 233-234 (= n. 43), sobre as críticas dirigidas à teoria do abuso de direito: "os poderes que a lei nos confere no exercício de cada direito não têm limites objetivos precisos e fatais; quando agimos dentro destes limites exercemos a prerrogativa legal, o direito subjetivo, tal como diz a norma, em si mesma considerada. Mas ao lado destes limites objetivos, outros limites são necessários ao exercício normal do direito, sob pena do desequilíbrio social; estes limites não os encerra o preceito legal quando define e concede cada direito, mas são impostos pelos princípios gerais do direito, pelos princípios da boa-fé, por princípio de ordem moral"). A verdadeira função do abuso de direito é "relativizar" os direitos e demais posições jurídicas, como no clássico exemplo da emendatio morae nas relações locatícias. (Sobre o assunto cf. GUERRA, Alexandre. Op. cit., p. 361-362 e p. 368, nota 43). A solução jurisprudencial foi positivada no art. 36, § 2.º, da Lei 6.649/1979: "Não se admitirá a purgação da mora se o locatário já se houver beneficiado desta faculdade, por duas vezes, nos doze meses imediatamente anteriores à propositura da ação, e se o débito, na data do ajuizamento da petição inicial, for superior a dois meses de aluguel". Atualmente dispõe o art. 62, § 1.º, da Lei 8.245/1991, que "não se admitirá a emenda da mora se o locatário já houver utilizado essa faculdade nos 24 (vinte e quatro) meses imediatamente anteriores à propositura da ação". Ao atribuir um direito a um sujeito o ordenamento jurídico já estabelece a prevalência de certos interesses em relação a outros. Em outras palavras, determina quais condutas devem ser realizadas ou toleradas pelas partes envolvidas nos potenciais conflitos.

27 JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. Op. cit., p. 203 (= n. 64), afirma, em sentido semelhante, que "as limitações ao exercício do direito estão formuladas na lei em termos de dever jurídico e que, consequentemente, a violação voluntária delas integra a figura do acto ilícito proprio sensu".

28 Generalidade no sentido de que as normas veiculadas por lei em sentido formal devem ser observadas por todos os magistrados, enquanto aquelas reconhecidas pela jurisprudência não devem, necessariamente, ser aceitas por todos os órgãos judiciais. O mesmo órgão, ao reconhecer uma regra de conduta como vinculativa, pode, em outra decisão, mudar seu entendimento. Isso atribui uma natureza difusa à produção normativa jurisprudencial, o que a edição de súmulas, em especial as vinculantes, coloca em risco.

29 LIMA, Alvino. Op. cit., p. 205.

30 De acordo com o dispositivo, "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, viola direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. (...)" (destaque nosso). BOULOS, Daniel M. Op. cit., p. 113, observa que o dispositivo "desde logo demonstra tratar ele de responsabilidade civil e não meramente da conceituação de ato ilícito. Por esse motivo, o 'dano' e o próprio 'dever de repará-lo' figuram como elementos da referida norma, embora se estivesse, formalmente, tão somente no reduto dos 'atos ilícitos'".

31 Sobre o tema cf., dentre outros, MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção (art. 497, parágrafo único, CPC/2015 (LGL\2015\1656)). São

Paulo: Ed. RT, 2015. p. 17 e ss.; BOULOS, Daniel M. Op. cit., p. 111 e ss.

32 Sobre essa associação, mas pautando-se na evolução do direito italiano, MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 28, afirma: "Supunha-se, exatamente porque se fazia uma identificação entre ilícito e dano, que o elemento psicológico (dolo ou culpa) fosse absolutamente necessário para a configuração do próprio ilícito. Na verdade, se o ilícito é compreendido na perspectiva da responsabilidade civil, torna-se natural não só a confusão entre ilícito e dano, mas também a exigência da culpa ou do dolo como componente do ilícito".

33 MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 31 e ss.

34 "Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur".

35 Positivado em 1990 no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor e introduzido com a reforma de 1994 no Código de Processo Civil de 1973.

36 MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 251 e ss.

37 STJ, REsp 1388994/SP, 3.^a T., j. 19.09.2013, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 29.11.2013. Quanto ao STF cf. ADIn 4815/DF, Tribunal Pleno, j. 10.06.2015, rel. Min. Cármen Lúcia.

38 CACHAPUZ, Maria Cláudia. Op. cit., p. 216. Em sentido semelhante invoca-se o abuso de direito para justificar uma nova construção de ilicitude, que "abrang[e] também a ilicitude derivada do exercício jurídico de que não resulte consequência indenizatória, mas outras formas de tutela, inclusive processuais, como as (...) 'tutelas de remoção do ilícito'" (MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 523).

39 Cf., dentre outros, LIMA, Alvino. Op. cit., p. 43 e ss. (= n. 9 e ss.).

40 JHERING, Rudolf von. Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht. Giessen: Emil Roth, 1867. p. 4 e ss. Sobre o tema cf. DEUTSCH, Erwin. Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt: eine privatrechtliche Untersuchung. 2. ed. Colônia: Carl Heymann, 1995. p. 20.

41 "Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet".

42 KÖTZ, Hein; WAGNER, Gerhard. Deliktsrecht. 11. ed. Munique: Vahlen, 2010. p. 50 (= n. 105).

43 O lesado precisará encontrar outro fundamento legal, como, por exemplo, a violação de uma "norma de proteção" (§ 823 II do BGB) ou o dano provocado com dolo e mediante violação dos bons costumes (§ 826 do BGB). Cf. infra.

44 Sobre os cable cases no direito civil alemão cf. SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da. Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 731-739, especialmente p. 733: "durante obras de construção em uma rua, um cabo elétrico foi danificado, e uma fábrica confinante ficou sem eletricidade, tendo que interromper a sua produção por várias horas, com a consequência lógica de experimentar uma perda econômica". Observe-se que não houve violação a nenhum bem jurídico da empresa, tratando-se de dano puramente patrimonial. Por essa razão, o pedido foi julgado improcedente com base no § 823 I do BGB.

45 KÖTZ, Hein; WAGNER, Gerhard. Op. cit., p. 50 (= n. 105).

46 Cf. LARENZ, Karl. Lehrbuch des Schuldrechts. Band II: besonderer Teil. 11. ed. Munique: C. H. Beck, 1977. p. 593.

47 Cf. KÖTZ, Hein; WAGNER, Gerhard. Op. cit., p. 52 (= n. 109).

48 "Art. 929. 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".

"Art. 188. Não constituem atos ilícitos: (...) II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. (...)".

49 Há autores que defendem que, "[s]imilamente ao que acontece no estado de necessidade, também a legítima defesa não exclui a obrigação de reparar danos que eventualmente sejam causados a terceiros, isto é, a pessoas que não sejam os agressores, como se determina no art. 930, parágrafo único" (NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 394). No caso da enfermeira, desde que configurada legítima defesa, ou seja, desde que pressuposta a antijuridicidade de sua conduta não obstante a ausência de violação de uma regra de conduta, o entendimento defendido por Noronha não se aplicaria em princípio, uma vez que lesada e agressor se confundem na mesma pessoa.

50 § 1004 do BGB. (Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch): "(1) Wird das Eigentum in anderer Weise als Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von der Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigung zu besorgen, so kann der Eigentümer aus Unterlassung klagen. (2) Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist".

51 A "pretensão reivindicatória" (Herausgabeanspruch) do proprietário está prevista no § 985 do BGB: "Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen".

52 KÖTZ, Hein; WAGNER, Gerhard. Op. cit., p. 165 (= n. 409).

53 Idem, ibidem (= n. 410).

54 Sobre o regime delitual alemão e as discussões sobre antijuridicidade cf. REINIG, Guilherme Henrique Lima. O problema da causalidade na responsabilidade civil - A teoria do escopo da de proteção da norma (Schutzzwecktheorie) e a sua aplicabilidade no direito civil brasileiro. Tese de Doutorado. São Paulo, USP, 2015, p. 13 e ss.

55 Cf. KÖTZ, Hein; WAGNER, Gerhard. Op. cit., p. 45 (= n. 93).

56 Cf. nota 41 supra.

57 Sobre os danos puramente patrimoniais cf. SILVA, Rafael Peteffi da; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Dano reflexo ou por ricochete: ponto de partida para a diferenciação dos sistemas brasileiro e português de responsabilidade civil extracontratual. In: SILVA, Rafael Peteffi da; CELLA, José Renato Graziere (orgs.). Direito mercantil, direito civil, direito do consumidor e novas tecnologias. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. vol. 1, p. 1-30; SCHMIDT, Jan Peter. Op. cit., p. 732-734. Segundo Schmidt "o patrimônio em si nunca [foi] reconhecido como bem jurídico tutelado pelo § 823, I, BGB" (idem, p. 732). O autor cita os cable cases como exemplo (cf. nota 44 supra). Sobre o tema no direito português cf. LEITÃO, Adelaide Menezes. Normas de proteção e danos puramente patrimoniais. Coimbra: Almedina, 2009.

58 Cf. LEITÃO, Adelaide Menezes. Op. cit., p. 562 e ss. (= § 19): "considera-se que este 'direito' não é um clássico direito absoluto e que deve ser visto no contexto de uma proteção patrimonial do empresário através de deveres do tráfego (Sondervermögensschutz für Unternehmen durch Verkehrspflichten). A função deste 'direito' seria proteger interesses patrimoniais puros dos empresários. (...) [T]ratar-se-ia de um 'direito' específico dos empresários, que implicaria uma proteção do patrimônio restrita ao contexto do desenvolvimento empresarial" (idem, p. 562-563).

59 Sobre a proteção delitual do direito geral de personalidade na jurisprudência alemã do pós-guerra cf. KÖTZ, Hein; WAGNER, Gerhard. Op. cit., p. 151-152 (= n. 375-377). A decisão do BGH que pela primeira vez reconheceu o Direito Geral de Personalidade como "sonstiges Recht", ou seja, como tutelável pelo § 823 I do BGB, foi proferida em 1954 (BGHZ 13, 334).

60 Cf. KÖTZ, Hein; WAGNER, Gerhard. Op. cit., p. 71 e ss. (= n. 158 e segs.); SCHMIDT, Jan Peter. Op. cit., p. 732.

61 "Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein".

62 "Wer in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet".

63 Cf. STOLL, Hans. Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte. AcP 162/208.

64 Nipperdey é considerado o primeiro jurista a defender essa concepção de antijuridicidade no direito civil alemão. Cf. NIPPERDEY. Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld. NJW 10/1777-1782; idem, Rechtswidrigkeit und Schuld im Zivilrecht. Karlsruher Forum (Beiheft zu VersR), p. 3-9, 1959.

65 Quanto a esse aspecto, critica-se a distinção entre delito doloso e culposos. Para a doutrina penal nem toda produção intencional de resultado lesivo típico é antijurídica. Cita-se, como exemplo, o caso do sobrinho que reserva passagem aérea para seu tio, do qual é herdeiro, com a esperança de que o avião caia. Para haver antijuridicidade é necessário que se ultrapasse o risco permitido. É nesse sentido que Stoll afirma que a orientação de von Caemmerer na teoria finalista é "aparente" (STOLL, Hans. Op. cit., p. 206-207). Citando Welzel, Stoll afirma que, pela teoria finalista, a intervenção típica e dolosa em direito alheio jamais é per se antijurídica, pois nesse caso também é necessária a infração de um dever de cuidado objetivo. Sobre a orientação de von Caemmerer cf. infra.

66 Para uma síntese dos argumentos da teoria cf. LARENZ, Karl. Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivil Recht, p. 169-179 In: VON CAEMMERER, Ernst et. al. (orgs.). Vom deutschen zum europäischen Rechts. Festschrift für Dölle. Band I: Deutsches Privat- und Zivilprozessrecht, Rechtsvergleichung. Tübingen: Mohr, 1963. p. 169-200.

67 BGHZ 24, 21 (= JZ 1957, 543 = NJW 1957, 785). Sobre a decisão cf., dentre outros, DEUTSCH, Erwin. Op. cit., p. 49-50.

68 Cf. KÖTZ, Hein; WAGNER, Gerhard. Op. cit., p. 116 e ss.

69 VON CAEMMERER, Ernst. Die absoluten Rechten in § 823 Abs. 1 BGB, p. 570. In: LESER, Hans G. (org.). Ernst von Caemmerer Gesammelte Schriften. Band I: rechtsvergleichung und Schuldrecht. Mohr: Tübingen, 1968. p. 554-579.

70 Poder-se-ia argumentar não haver conduta lesiva do proprietário do veículo, pois o

automóvel teria sido "lançado" para o terreno pelo veículo do terceiro que o ultrapassava. Para evitar esse tipo de argumentação, basta pressupor que a invasão se deveu a uma reação do motorista ao choque sofrido.

71 O verbo utilizado em alemão é "stören", que se traduz para "perturbar". Nesse sentido, apontam-se as "perturbações" (Störungen) nas relações obrigacionais. Optou-se, porém, por traduzir "stören" como "interferir" para melhor compreensão do leitor.

72 MÜNZBERG, Wolfgang. Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1966. p. 381 e ss.

73 LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. Lehrbuch des Schuldrechts. Zweiter Band: besonderen Teil. 2. Halbband. 13. ed. Munique: C. H. Beck, 1994. p. 400 (= § 76 III).

74 RGZ 54, 53, citado por VON CAEMMERER, Ernst. Wandlungen cit., p. 479.

75 Cf. VON CAEMMERER, Ernst. Wandlungen des Deliktsrechts, p. 479 e ss. In: LESER, Hans G (Org.). Ernst von Caemmerer Gesammelte Schriften. Band I: Rechtsvergleichung und Schuldrecht. Tübingen: Mohr, 1968. p. 452-553. Em especial quanto ao último aspecto, o citado autor afirma que "na literatura alemã e na suíça as coisas são na maioria das vezes consideradas como se esses deveres do tráfego houvessem sido desenvolvidos exclusivamente para se poder abranger como conduta delitual a lesão de bens jurídicos por omissão de medidas de proteção" ("[i]n der deutschen und der schweizerischen Literatur werden die Dinge meist so angesehen, als seien diese Verkehrspflichten lediglich herausgearbeitet, um die Verletzung von Rechtsgütern durch Unterlassung von Schutzmaßnahmen als deliktisches Verhalten erfassen zu können" - idem, p. 481; destaque no original). Os atos comissivos que estabelecem condição para a lesão de um bem jurídico seriam antijurídicos independentemente da inobservância de um dever de tal natureza, o que somente seria relevante no plano da culpa. Todavia, von Caemmerer demonstrou inexistir diferença substancial entre as hipóteses. Em algumas situações elas até se sobrepõem: "quem coloca um vaso de flor na janela de uma casa, o qual cai sobre a cabeça de um transeunte, transgrediu um dever do tráfego mediante sua ação. Se no caso concreto uma fixação segura por uma tábua ou uma medida semelhante fosse realizável, então também se poderia visualizar a transgressão na omissão de uma medida de segurança" ("[w]er einen Blumentopf vor das Wohnungsfenster stellt, der einem Passanten auf den Kopf fällt, hat durch sein Tun gegen eine Verkehrspflicht verstoßen. War eine sichere Befestigung durch Anbringung eines Blumenbretts oder ähnliche Maßnahmen im konkreten Fall durchführbar, so kann man den Vestoß auch in der Unterlassung dieser Sicherheitsmaßnahme sehen" - idem, p. 482).

76 LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit., p. 400.

77 RGZ 192, 372.

78 Cf. nota 75 supra. Cf., outrossim, LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit., p. 401 e ss.

79 A Alemanha promulgou sua lei sobre a responsabilidade por produtos defeituosos (Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte - Produkthaftungsgesetz) em 15.12.1989, a qual entrou em vigor em 01.01.1990 (§ 19 da ProdHaftG), transpondo a Diretiva 85/374/CEE para o direito nacional. Antes disso o desenvolvimento jurisprudencial alemão na matéria pautou-se principalmente nos dispositivos do BGB que disciplinam a responsabilidade civil extracontratual. Com apoio no § 823 I do BGB os tribunais estabeleceram "deveres (de segurança) do tráfego" (Verkehrs(sicherungs)plichten) para responsabilizar o fabricante de produtos defeituosos. Nessa linha, a casuística alemã desenvolveu diversos deveres específicos do produtor,

classificando-os em setores: o de construção (Konstruktion) ou projeção, o de fabricação (Fabrikation), o de instrução (Instruktion) e, finalmente, o de observação ou acompanhamento do produto (Produktbeobachtung). Em linhas gerais esse era o cenário normativo que antecedeu à transposição da Diretiva europeia. Observe-se que a jurisprudência alemã, ao se socorrer da noção de deveres de segurança do tráfego e também da inversão do ônus da prova (a principal decisão quanto a esse aspecto foi proferida no caso da peste dos frangos (BGHZ 51, 91 = NJW 1969, 269 - Hühnerpest)), fortaleceu de tal maneira a responsabilidade do produtor a ponto de se considerar que o advento de lei instituindo um regime de responsabilidade independente de culpa somente poderia melhorar a proteção dos lesados em dois pontos: (i) quanto aos Ausreißer, ou seja, defeitos de fabricação considerados inevitáveis mesmo com o recurso a todas as medidas de segurança e prevenção necessárias e exigíveis; (ii) quanto aos riscos do desenvolvimento. Sobre a responsabilidade civil do produtor no direito alemão cf., dentre outros, KULLMANN, Hans Joseph. ProdHaftG: Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte. Kommentar. 5. ed. Berlim: Erich Schmidt, 2006; LANDLOCK, Gisela. Das Produkthaftungsrecht im Lichte neuerer Gesetzgebung und Rechtsprechung. Juristische Arbeitsblätter(JA) 12/981-989, 2003; DIEDERICHSEN, Uwe. Wohin treibt die Produzentenhaftung? Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 27/1281-1292; WIECKHORST, Thomas. Bisherige Produzentenhaftung, EG-Produkthaftungsrichtlinie und das neue Produkthaftungsgesetz. Juristische Schulung (JuS) 2/86-94; WAGNER, Gerhard. Das neue Produktsicherheitsgesetz: öffentlich-rechtliche Produktverantwortung und zivilrechtliche Folgen (Teil I). Betriebs-Berater (BB) 49/2489-2498; idem. Das neue Produktsicherheitsgesetz: öffentlich-rechtliche Produktverantwortung und zivilrechtliche Folgen (Teil II). Betriebs-Berater (BB) 50/2541-2546.

80 VON CAEMMERER, Ernst. Wandlungen cit., p. 489.

81 VON CAEMMERER, Ernst. Die absoluten Rechte cit., p. 559-560.

82 Idem, p. 559: "[d]ie sich wandelnden rechtlichen und sozialen Anschauungen über das Gewicht der beteiligten Interessen, die hinzunehmenden Risiken und die zumutbaren Schutzmaßnahmen entscheiden darüber, was erlaubt ist und welche Sicherungsmaßnahmen als geboten und ausreichend anzusehen sind".

83 Cf. WAGNER, Gerhard. Münchener Kommentar zum BGB. 6. ed. Munique: Beck, 2013, § 823, n. 7.

84 Cf. crítica de Stoll na nota 65 supra.

85 Segundo von Caemmerer, não se distingue entre lesão direta e indireta nos casos de lesão à vida, à saúde, ao corpo, à liberdade (de locomoção) etc., pois estes direitos não possuem um âmbito de ações de uso e de exercício de posições jurídicas exclusivamente atribuído ao seu titular (VON CAEMMERER, Ernst. Die absoluten Rechte cit., p. 561 e ss.). Dentre outros exemplos, o autor cita o barbeiro que fere a pele de seu cliente ao afeitá-lo: o ato não é antijurídico, pois o cliente assume o risco de pequenas lesões dessa espécie; a antijuridicidade da conduta pressupõe a inobservância de um dever de cuidado. Da mesma forma, não age antijuridicamente a enfermeira que, sem o saber e sem que devesse ter conhecimento desta circunstância, injeta substância letal em seu paciente.

Outros autores rejeitam esta última diferenciação. Segundo Stoll, os direitos à vida, à integridade física, à liberdade (de locomoção) garantem na mesma medida que a propriedade e qualquer outro direito de domínio o poder de excluir intervenções sobre a esfera espaço-temporal juridicamente tutelada (STOLL, Hans. Op. cit., p. 227). Ou seja, a intervenção direta em tais direitos deve ser considerada antijurídica segundo o mesmo critério aplicado às intervenções espaço-temporais no âmbito de domínio de um direito real. Larenz também não visualiza justificativa para a distinção. Criticando von Caemmerer, afirma ser contraditório inferir do resultado lesivo a antijuridicidade da ação

daquele que consome carvão alheio, negando, porém, a mesma solução ao exemplo da enfermeira: "a enfermeira engana-se sobre a natureza do líquido por ela injetado, o consumidor de carvão alheio sobre a propriedade deste" (LARENZ, Karl. *Rechtswidrigkeit* cit., p. 185: "[d]ie Krankenschwester irrt über die Beschaffenheit der von ihr injizierten Flüssigkeit, der Verbraucher der fremden Kohlen über das Eigentum an ihnen").

86 LARENZ, Karl. *Rechtswidrigkeit* cit., p. 186.

87 Em sentido contrário cf. HUBER. *Zivilrechtliche Fahrlässigkeit*. In: FORSTHOFF et al. (orgs.). *Festschrift für Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag am 8. Juni 1973*. Göttingen: Otto Schwarz, 1973. p. 253-289, especialmente p. 277. O autor defende uma definição mais restrita de intervenção direta ou imediata, comparativamente a Larenz. Em situações como a acima descrita Huber considera que o resultado lesivo decorre da interposição de circunstâncias não mais controláveis pelo agente, configurando-se, pois, lesão indireta: "dirigir em velocidade excessiva, ingressar num cruzamento sem observar a preferência não é uma lesão direta, mas uma 'periclitación' (Gefährdung) de outrem" ("[d]as zu schnelle Fahren, das Einfahren in die Kreuzung ohne Achtung auf die Vorfahrt ist nicht unmittelbare Verletzung, sondern es ist Gefährdung anderer" - idem, p. 277).

88 LARENZ, Karl. *Rechtswidrigkeit* cit., p. 184-185.

89 Idem, p. 195.

90 HUBER. Op. cit., p. 276: "ein 'unmittelbarer' Eingriff [liegt] [...] vor, wenn der Verletzungsvorgang selber noch der Kontrolle, der Beherrschung durch den Eingreifenden unterliegt, mag er dieser Kontrolle auch unrichtiger Weise oder überhaupt nicht ausüben".

91 WAGNER, Gerhard. Op. cit., § 823, n. 22.

92 VON CAEMMERER, Ernst. *Die absoluten Rechte* cit., p. 557.

93 VON CAEMMERER, Ernst. *Wandlungen* cit., p. 489.

94 Idem, p. 478 e ss.; idem, *Die absoluten Rechte* cit., p. 559 e ss. Originalmente o direito civil alemão não conhecia algo semelhante às figuras da negligência ou da falta, compreendidas no sentido de uma hipótese de incidência objetiva consistente na violação de deveres de cuidado. Em princípio, a responsabilidade civil segundo o BGB somente se fundamenta na infração de um dever de cuidado quando este for estabelecido por uma "lei de proteção", no sentido de seu § 823 II, ou em outras hipóteses específicas previstas nos §§ 831 a 838 do citado diploma legal.

95 VON CAEMMERER, Ernst. *Die absoluten Rechte* cit., p. 559.

96 Nesse sentido cf. STOLL, Hans. Op. cit., p. 229.