

ATO ILÍCITO

Ricardo Pereira Lira

Procurador do Estado do Rio de Janeiro (aposentado)
Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

NOÇÃO INTRODUTÓRIA. DA ILICITUDE EM GERAL

1. É ilícita toda conduta humana violadora do direito, objetivamente considerado.

Ilícito é tudo aquilo que fere o direito.

A ordem jurídica tem como finalidade primordial proteger o lícito e reprimir o ilícito.

São inúmeras as modalidades com que se pode apresentar a ilicitude.

A ILICITUDE PENAL E A ILICITUDE CIVIL

2. Ponhamos em tela a distinção entre o ilícito penal e o ilícito civil.

Primeiramente os EFEITOS de cada um deles são diversos.

O efeito que decorre do ilícito civil é uma composição do prejuízo sofrido por alguém como resultado da ilicitude. Essa composição se traduz em um proveito para o prejudicado.

Se o ilícito é penal, não se exige do agente nada em favor do prejudicado, mas algo que represente um sacrifício para o autor da ilicitude. Se alguém tiver de tirar proveito, não será a vítima, mas o Estado em favor da comunidade.

Reprime-se o autor do ilícito civil ordenando-lhe recompor os prejuízos sofridos pelo prejudicado; o autor do ilícito penal se reprime mandando expiar uma pena, que se aproveita a alguém é apenas ao Estado.

Por outro lado, a ofensa, no ilícito penal, é contra a comunidade, alarmada, com maior ou menor intensidade dela, com a quantidade objetiva do delito. A ofensa, no ilícito civil, se dirige a um interesse particular.

Ademais, os ilícitos penais estão descritos na legislação pertinente através de figuras típicas: é a tipicidade. O ilícito civil é definido em um conceito geral e abstrato. ?

Impende salientar que determinado fato pode ser um ilícito civil e não ser um ilícito penal. Exemplo: um contratante que não paga as prestações devidas.

Determinado fato pode ser um ilícito penal e não ser um ilícito civil. Exemplo: tentativa de homicídio, em que a vítima nada sofre.

Determinado fato poder ser simultaneamente um ilícito penal e um ilícito civil. Exemplo: lesões corporais causando dano ao ofendido.

Nesse último caso, surge o problema da independência das jurisdições. Como regra a responsabilidade civil e a responsabilidade penal são independentes.

O agente pode ser responsabilizado penalmente e não sê-lo civilmente. E vice-versa.

Faz, contudo, coisa julgada na jurisdição civil a decisão criminal definitiva que

(a) decide quem seja o autor ou declare categoricamente a inexistência do fato (artigo 1.525, do Código Civil, e artigo 66 do Código de Processo Penal);

(b) reconhece ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, no estrito cumprimento do dever ou no exercício regular de direito (artigo 65, do Código de Processo Penal).

A RELAÇÃO JURÍDICA COMO PONTO DE PARTIDA PARA A DEFINIÇÃO DO ILÍCITO CIVIL

3. Para conceituar o ilícito civil, devemos partir da noção de relação jurídica.

Em toda relação jurídica, se identificam necessariamente dois elementos: o DIREITO e o DEVER.

Em função da natureza da relação jurídica varia a feição do dever. Por exemplo, pode ele apresentar-se como dever de fazer alguma coisa, dever de abster-se, dever de tolerar (**pati**, como acontece na maioria dos direitos reais de servidão). Essas variações do dever jurídico correspondem a variações do direito: direito relativo, direito absoluto, direito real, direito pessoal, etc...

Fixemo-nos no dever, para chegar à conceituação do ilícito civil.

Todo dever é suscetível de descumprimento.

Pois, **O ILÍCITO CIVIL É A TRANSGRESSÃO DO DEVER JURÍDICO.**

O **dever jurídico** pode surgir da lei ou da vontade dos indivíduos. Nesse último caso, os indivíduos criam para si deveres jurídicos, contraindo obrigações em **negócios jurídicos, que são os contratos e as manifestações unilaterais de vontade.**

Se a transgressão se refere a um dever gerado em negócio jurídico, há um ilícito negocial, comumente chamado ilícito contratual, por isso que mais freqüentemente os deveres jurídicos têm como fonte os contratos.

Se a transgressão pertine a um dever jurídico imposto pela lei, o ilícito é **extracontratual**, por isso que gerado fora dos contratos, mais precisamente fora dos negócios jurídicos.

Ilícito extracontratual é, assim, a transgressão de um dever jurídico imposto pela lei.

No ilícito contratual (ou negocial), o comportamento do transgressor, em primeiro plano, ofende a disposição contratual, e, repercutidamente, fere o ordenamento jurídico, que, de cima para baixo, dá vida ao negócio entre as partes.

No ilícito extracontratual, o comportamento do transgressor viola **diretamente** o ordenamento jurídico.

Interessa, nesse passo, o ilícito extracontratual (ou ilícito extranegocial), que é o **Ato Ilícito**, fonte de dever jurídico patrimonial, fonte de obrigação.

Aqui, não se cuida de violação de nenhum dever jurídico criado pelas partes, mas de violação do dever jurídico geral, imposto pela lei a todos, de respeitar a esfera jurídica alheia, os direitos absolutos dos outros indivíduos.

Quanto a esse **dever genérico**, importa lembrar que ele não se confunde com a **obrigação**.

Na obrigação é devedor uma pessoa determinada, a quem incumbe realizar uma certa prestação em favor de outra. Trata-se de uma **dívida**, que não é a mesma coisa que aquele **dever genérico** pesando sobre todos os membros da comunidade social, no interesse de todos, e cujo conteúdo consiste, geralmente, em não causar prejuízo a outrem (**neminem laedere**). O seu objeto não é uma **prestação determinada, e seus sujeitos não são pessoas determinadas**. O dever existente não representa uma **dívida**, que só surgirá com a concretização resultante da violação. Inexiste uma **obrigação preexistente**. Se existisse estar-se-ia em face de um paradoxo, já que todos seriam simultaneamente credores e devedores uns dos outros.

Esse **dever jurídico genérico** é que é violado no ilícito extracontratual.

Alcança-se, dessa maneira, a noção de **Ato Ilícito**.

Ato Ilícito é o comportamento humano transgressor de um dever jurídico imposto pela lei. Em outras palavras, transgressor de um dever jurídico genérico.

Vale esclarecer que, ao contrário do que possa parecer a uma primeira inspeção menos cuidadosa, **ato nulo não é ato ilícito**.

O ato nulo é diverso de ato ilícito.

O ato nulo pressupõe a inobservância de um requisito legal. O cônjuge que presta fiança sem a autorização do outro pratica um ato de nulidade relativa. É um ato relativamente nulo. Mas ele não tem o dever jurídico de prestar fiança, nem o dever jurídico de pedir a autorização do consorte. Assim não se cuida de um ato ilícito porque inexiste a transgressão de um dever jurídico, que é consubstancial no ato ilícito.

O DIREITO ROMANO E O ATO ILÍCITO

4. O conceito de ato ilícito nos chega pelo direito moderno. Pela obra cientificamente marcante dos pandectistas do Século XIX.

Não se identifica no Direito Romano a noção de ato ilícito, tal como a conhecemos hodiernamente.

Assim como, em princípio, nos contratos, o direito romano não lidava com uma noção abstrata e genérica do ato ilícito.

Os contratos eram a locação, a compra e venda, o mandato e a sociedade.

De outro lado, os romanos não elaboraram uma diferença entre o Direito Penal e o Direito Civil.

Os crimes eram públicos e privados, conforme fosse a pena estabelecida no interesse do Estado ou no interesse do indivíduo.

Os **crimina privata** (delitos que ofendiam um particular), na época clássica, eram quatro: o furto, o roubo (**bona vi rapta**), a injúria e o **damnum iniuria datum**. Eram **figuras concretas e específicas de lesão**. A **actio doli** veio alcançar situações não abrangidas por aquelas figuras nominadas, mas sancionava apenas o comportamento doloso em geral. **Faltava uma idéia geral e abstrata do delito privado**.

Não havia como acontece atualmente uma fórmula geral em que o delito civil é uma categoria abstrata, na qual entra qualquer espécie de comportamento humano, imputável, e causante de dano a terceiro. Como, por exemplo, já se encontrava no artigo 1.151, do antigo Código Civil italiano, enunciando: "Qualquer fato do homem que produza dano a outrem, obriga aquele por culpa do qual sucedeu a indenizar o dano". Vale também como exemplo o artigo 159 do nosso Código Civil: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

Os romanos concebiam também casos em que a obrigação nascia **quasi ex delicto**. Cuidava-se, em princípio, de casos em que alguém era chamado a responder por fato alheio e não próprio, como por exemplo:

(a) no caso do **effusum et dejectum**;

(b) no caso do **positum et suspensum**;

(c) no caso do dano cometido relativamente a coisas dos viajantes, nos hotéis e navios, pelo qual respondiam o dono do hotel ou o capitão.

Outro caso de responsabilidade **quasi ex delicto**, mas fora do âmbito da responsabilidade indireta, é o do **iudex qui litem suam fecit**, por força do qual o juiz respondia quando, por erro ou negligência, pronunciava uma sentença injusta, ou em caso de prevaricação.

Já nas grandes codificações modernas, a expressão **delito** ficou reservada aos fatos dolosos, e **quasi delito** aos fatos culposos. Alguns

juristas preservaram a expressão **quasi delito** aludindo a hipóteses de responsabilidade indireta.

O Código Alemão de 1896, por influência dos pandectistas, adotou o conceito técnico de ato ilícito, abandonando a posição dicotômica do **delito** e **quasi delito**.

ELEMENTOS DO ATO ILÍCITO

5. O primeiro elemento a ser considerado é o **Elemento Subjetivo**.

É o nexó entre o agente e o ato. Entre a ação e aquele que a pratica. É preciso que o comportamento seja um ato de conduta voluntário. Surge, dessa maneira, a questão da imputabilidade. O ato ilícito decorre do **Dolo** ou da **Culpa**.

Decorre do dolo quando o agente quer o resultado. Decorre da culpa quando o agente não quer o resultado, mas o evento resulta de um comportamento voluntário, em que o agente se houve com negligência, imperícia ou imprudência.

O segundo elemento a ser mencionado é o **Elemento Formal**. É a violação de dever jurídico imposto pela lei.

É preciso que se esteja diante de um dever jurídico violado. Mera faculdade não é suscetível de violação.

O terceiro elemento a ser citado é o **Elemento Material**.

Todo ato ilícito exige a presença de um **dano**, infligido a outrem. Um prejuízo causado a outrem.

Esse dano pode ser **material ou moral**.

Se não há dano, não há ato ilícito.

Se alguém dirige acima do limite permitido, mas não causa dano a alguém, há violação de um dever jurídico imposto por norma obrigatória, mas não se está diante de um **ato ilícito** simplesmente porque inexistente dano a ser reparado.

No Direito Penal as coisas nem sempre se passam dessa maneira, já que no respectivo ordenamento jurídico se encontram **crimes formais**. O ato ilícito é sempre um **delito material**. É sempre um ato-evento e o evento do ato ilícito é um dano causado a alguém.

EFEITO DO ATO ILÍCITO

6. O ato ilícito é um dos fatos geradores de obrigação.

É fonte da obrigação de o agente causador do dano reparar o ofendido.

O objeto da obrigação é o **id quod interest**. É uma prestação, avaliada em dinheiro, segundo o prejuízo causado. Não se exclui a possibilidade de

o ofendido exigir do ofensor a reposição das coisas no seu estado anterior à ofensa.

ALGUMAS OBSERVAÇÕES FINAIS

DOLO E CULPA

7. O dolo pode ser **direto ou eventual**.

A culpa pode ser **contratual (negocial) ou extracontratual**. O conceito de culpa é unitário, é o mesmo nas duas modalidades. A distinção reside nos efeitos e na prova.

Classicamente a culpa podia ser **grave, leve e levíssima**.

Na responsabilidade indireta a culpa pode ser **in eligendo e in vigilando**.

Não há distinção entre o ato ilícito praticado com dolo e o ato ilícito praticado com culpa. As conseqüências são as mesmas.

Na responsabilidade contratual, os efeitos podem variar. Constitui exemplo dessa possibilidade a norma contida no artigo 1.057 do Código Civil Brasileiro, no pertinente aos contratos gratuitos.

IMPUTABILIDADE DO AGENTE

8. É a idoneidade psíquica do agente para discernir, para entender e querer.

Em nosso sistema, ao contrário do que acontece em outros ordenamentos, a regra é a da não responsabilidade do amental, em estado de incapacidade natural. Também não são responsáveis os menores de 16 anos. Quanto aos menores com 16 anos ou mais, o artigo 156 do Código Civil Brasileiro estabelece a sua responsabilidade pelo atos ilícitos. Essa responsabilidade é solidária com a dos pais, na medida e nos termos em que seja caracterizável.

EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE

9. A reparação deve ser a mais completa possível. Todavia, à luz do artigo 1.060, do Código Civil Brasileiro, ainda que a inexecução resulte de dolo do obrigado, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela **direto e imediato**.

Em princípio, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu (dano emergente), o que razoavelmente deixou de lucrar (lucros cessantes) (Artigo 1.059, **caput**, do Código Civil Brasileiro).

FATOS EXCLUDENTES DA ILICITUDE

10. O artigo 160, incisos I e II, do Código Civil, prevê a **legítima defesa**, **o estado de necessidade** e **o exercício regular de direito** como hipóteses de exclusão da ilicitude.

Os artigos 1.519 e 1.520 completam a disciplina legal da matéria, de onde se infere que podem existir casos de licitude com obrigação de indenizar.

CULPA RECÍPROCA E CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA

11. A culpa recíproca é caso de exceção ao princípio da reparação integral. Na reparação deduz-se a parte atribuível ao ofendido.

A culpa exclusiva da vítima determina a inexistência do dever de reparar.

O COMPORTAMENTO HUMANO NO ATO ILÍCITO

12. De regra o comportamento é **comissivo**, consistindo na prática positiva de um ato.

A responsabilidade, contudo, pode resultar da **omissão**, quando:

(a) há para o agente o dever legal de agir;

(b) o dever de agir deriva de um **precedente comportamento ativo**.

Exemplo: empresa concessionária de serviço público que habitual e precedentemente cerca e sinaliza os buracos abertos na via pública (in Pietro Trimarchi, **Instituições de Direito Privado**, 8ª ed., Milano, Giuseppe Editore, p. 139).

A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

13. Para que surja a obrigação de indenizar é indispensável a existência de uma relação de causalidade entre **o comportamento doloso ou culposos do agente** e **o dano**.

Nos fatos simples não há dificuldade maior na identificação desta relação. Um veículo, em excesso de velocidade, atropela um pedestre, que sofre um politraumatismo generalizado, vindo a falecer. Ninguém duvidará que o motorista **causou** a morte, pelo seu procedimento culposos.

Nem sempre é assim. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA traz à baila interessante situação: "o dono da arma retira-a da gaveta, e a empresta a outrem que a deixa sobre a mesa; um terceiro a encontra e, supondo-a descarregada, vai manuseá-la; o cômodo está vazio, porém, um quarto personagem entra inopinadamente e pretende assustar o que está segurando o revólver; este se volta e no momento aciona o gatilho; a arma

dispara e o projétil, através da porta, vai ferir a sua secretária na sala ao lado". (in **Responsabilidade Civil**, RJ, Forense, 1989, p. 86).

A seqüência dos eventos pode nublar a clareza com que se possa definir a **causa** ou **causas** do evento.

Não é de confundir a **relação de causalidade** significando a indicação dos elementos objetivos, externos, consistentes na atividade ou inatividade do sujeito, com a **culpabilidade**, que diz respeito a um elemento subjetivo, interno. Na primeira, se tem uma **imputatio facti**, na segunda uma **imputatio iuris**.

A causalidade aqui referida não é a causalidade das ciências naturais, mas a **causalidade jurídica**, um conceito de relação jurídico social.

Várias teorias procuram situar a questão da relação de causalidade, quando possam estar presentes mais de uma condição que se possam convolar em causa.

A primeira é a **doutrina da equivalência das condições**. É a teoria da **conditio sine qua non**. A causa de um determinado evento é a soma de todas as condições necessárias para produzi-lo. As condições são todas equivalentes, na medida em que na ausência de uma delas o evento não ocorreria.

Há um processo hipotético de eliminação de determinada condição seguido da verificação da persistência ou não do evento.

A jurisprudência germânica nutre simpatia por essa solução. É reiterada a opinião de que a concorrência de outras circunstâncias não é importante para negar o nexo de causalidade. Por exemplo, condena-se por homicídio culposos o agente que feriu levemente outra pessoa com o lançamento de uma pedra, pessoa que finda morrendo em razão da sua condição de hemofílico (circunstância ignorada pelo ofensor).

Os efeitos práticos dessa teoria nem sempre são satisfatórios. Responderia por homicídio o agente que tenha provocado uma lesão em uma pessoa que, conduzida ao hospital, nele falece em conseqüência de um incêndio. De acordo com a hipotética eliminação de uma certa condição, se não tivesse havido a lesão, a vítima não teria morrido, sendo assim de ser consideradas ambas as condições **equivalentes** na produção do evento morte.

Ironicamente, BINDING tece críticas a essa teoria da equivalência das condições afirmando que, no caso de um adultério, deveriam ser reputados co-autores não só a mulher e o varão que, não sendo marido, com ela coabitou, como também o carpinteiro que tenha construído a cama. (Apud JIMENEZ de ASUA, in **Elk Criminalista**, Buenos Aires, TEA, 1950, p. 134).

A segunda teoria a ser mencionada é a **teoria da causa próxima**, adotada até certo momento no direito anglo-saxão. A **causa próxima** ou **proximate cause** é aquela que provocou o dano - sem a qual este não teria

acontecido - em uma cadeia contínua e natural, não quebrada por outra causa eficiente.

Essa concepção recebe crítica do seguinte teor: assim como a última de quatro unidades é o número quatro, o último movimento é a condição última que determina o efeito e por isso se converte em causa. Mas como a última das unidades poderia formar o número quatro, se não preexistissem as outras três?

Dita teoria pode conduzir a solução iníqua.

Um indivíduo lança um objeto em chamas em um mercado. O atendente de uma das barracas, para se livrar do objeto, lança-o para fora no exato momento em que chega um freguês que, em conseqüência, atingido pelo objeto, sofre graves lesões.

Nesse caso, não seria a causa mais próxima que deveria ser levada em conta para determinar a causalidade jurídica. Não estaria na condição mais remota a verdadeira causa, na série de condições considerada?

Veja-se a **teoria da condição mais eficiente**.

Esta corrente parte da idéia de que as condições necessárias de um resultado possuem eficácia diversa.

A causa é a condição que contribui em maior grau para a produção do efeito. É uma questão de eficácia preponderante.

Anote-se a **teoria da predominância**.

Toda mudança nasce de um conflito de forças positivas (endereçoas no sentido da produção do fenômeno) e forças negativas (atuantes no sentido de impedir a realização do fenômeno). A condição que rompe o equilíbrio dessas forças, inclinando o resultado no sentido da ocorrência do fenômeno, é a **causa**. Essa concepção é considerada de difícil operação.

Enfoque-se, finalmente, a **teoria da causa adequada**. É a que reúne maiores sufrágios. Nem todas as condições necessárias de um resultado são equivalentes. A condição determinante da causa é a adequada geralmente a produzir o efeito.

Faz-se um juízo de probabilidade dirigido a responder se a ação ou omissão do agente era em si mesma capaz de provocar normalmente o dano.

Em vez de apreciar o fenômeno **in concreto**, avalia-o **in abstracto**.

BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*.
COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d'Analyse Dualiste de l'Obligation en Droit Privé*.
DIAS, Aguiar. *Responsabilidade Civil*.
DIAZ, Julio Alberto. "Do Dogma da Causalidade à Causalidade Suposta: A Responsabilidade Coletiva", Tese de Doutorado defendida na UFMG, Belo Horizonte, 1995.
GOMES, Orlando. *Contratos*.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições*, v. I.

-- *Responsabilidade Civil*.

RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil*.

SAN TIAGO DANTAS. *Programa de Direito Civil*, v. I.

TRIMARCHI. *Instituições de Direito Privado*.