

OS ILÍCITOS CIVIS NO PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

UNLAWFUL ACTS IN THE CIVIL CODE REFORM PROJECT

Felipe Braga Netto *

“O vício da gente esquecer das próprias faculdades de pensar é bastante comum. Mesmo entre os que pensam. Alguém faz uma afirmativa crítica e nós deitamos nessa jangadinha e vamos de rodada mansamente rio abaixo, sem interrogarmos mais se as cabeceiras do rio são puras nem se a jangada é legítima”.

Mário de Andrade

RESUMO: O artigo contempla a análise do projeto de reforma do Código Civil brasileiro, verificando a adequação do seu texto, na parte que trata dos ilícitos civis, com ênfase nos ilícitos indenizantes. Destaca-se uma visão ampla dos ilícitos, como conceitos fundamentais e multifuncionais dentro do sistema jurídico. Critica-se a antiga visão limitada dos ilícitos, apenas como geradores de indenização, defendendo que ilícitos podem ter várias consequências, nem sempre compensatórias. Enfatiza-se a necessidade de uma análise substancial e dinâmica dos ilícitos, rompendo com abordagens puramente formais e estáticas. A partir da análise dedutiva, teórica e qualitativa, com revisão de literatura, o artigo também aponta que o direito civil contemporâneo deve considerar a ilicitude de modo funcional e flexível, alinhado aos valores e princípios sociais.

ABSTRACT: The article analyzes the Brazilian Civil Code reform project, verifying the adequacy of its text, in the part that deals with unlawful acts, with emphasis on unlawful acts with compensatory effect. It highlights a broad view of unlawful acts, as fundamental and multifunctional concepts within the legal system. It criticizes the old limited view of unlawful acts, as merely generating compensation, arguing that wrongdoings can have several consequences, not always compensatory. It emphasizes the need for a substantial and dynamic analysis of wrongdoings, breaking with purely formal and static approaches. Based on deductive, theoretical and qualitative analysis, with literature review, the article also points out that contemporary civil law should consider wrongdoing in a functional and flexible way, aligned with social values and principles.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Ato ilícito. Princípios. Interpretação. Reforma do Código Civil brasileiro.

Keywords: Civil liability. Unlawful act. Principles. Interpretation. Reform of the Brazilian Civil Code.

SUMÁRIO: Introdução: codificação e reformas legislativas no direito civil. 2. O ilícito como um conceito fundamental: contextualização. 3. Os ilícitos na teoria geral do direito. 4. Lícitos e ilícitos: um dualismo que permanece. 5. Os ilícitos civis na tradição legislativa brasileira. 5.1. Os ilícitos civis no Código de 1916. 5.2. Os ilícitos civis no Código de 2002. 5.3. Os ilícitos civis no Projeto de Lei n. 4, de 2025. 5.3.1. A tutela preventiva do ilícito. 6. Conclusões: navegando em águas tolerantes e solidárias. Referências.

INTRODUÇÃO: CODIFICAÇÃO E REFORMAS LEGISLATIVAS NO DIREITO CIVIL

O tempo das grandes codificações passou? Esse foi um debate central na Itália na segunda

* Pós-doutor em Direito Civil pela Universidade de Bologna. Membro do Ministério Público Federal (procurador da República). E-mail: felipepeixotobraga@gmail.com. Site: felipebraganetto.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-8570-9436>

metade do século passado¹ e, em menor medida, no Brasil do início deste século. Atualmente a questão parece ter perdido importância, havendo certa naturalidade interpretativa em compreender que os códigos civis dialogam com os microssistemas legislativos tão comuns em nossos dias. Em outras palavras: hoje os códigos civis convivem harmoniosamente com diplomas legislativos recentes, tendo doutrina e jurisprudência refinado as reflexões acerca do diálogo das fontes.

Reformas legislativas podem protagonizar avanços ou recuos (a noção do que é avanço ou recuo depende do olhar). Um dos debates, hoje, é em que medida um código gestado e pensado muito tempo atrás pode atender ou refletir os anseios de hoje. Talvez caiba lembrar que a “permanência jurídica se manifesta, em toda sua plenitude, no setor específico das codificações. E, aí, especialmente em matéria de Direito Civil, tido por protótipo do conservadorismo jurídico. O caso de maior representatividade é o do Código Civil francês de 1804, que nasceu num país agrícola e continua servindo a uma potência atômica. Nosso Código Civil já passou dos sessenta e o Comercial festejou seu centenário há vinte e cinco anos. Por isso já se disse, não sem ironia, que em Direito os vivos são regidos pela vontade dos mortos”².

Sintomaticamente, os civilistas são conhecidos por simbolizar o conservadorismo jurídico. O civilista, cioso do notável arcabouço conceitual do passado, costuma enxergar com reservas mudanças legislativas, sobretudo se mais significativas, sobretudo se envolvem mudanças no Código Civil. Pierre Bourdieu, por exemplo, enxerga nos privatistas o “culto do texto, o primado da doutrina e da exegese, quer dizer, ao mesmo tempo da teoria e do passado”³.

A ideia de codificação, tão cara aos séculos XVIII e XIX, representou a concretização dos ideais de estabilidade e segurança, próprios às sociedades então existentes. Interessante é que os códigos refletiam não apenas as relações sociais cuja regulação apresentava-se como necessária, mas traduziam respeitável esforço analítico, e forcejavam por incluir todo o arcabouço teórico do direito civil acumulado desde os romanos. Os códigos civis têm perfil legislativo naturalmente mais estável em comparação às demais leis. Talvez seja adequado afirmar, sem fugir do óbvio: direito privado é construção cultural coletiva dos séculos⁴. É processo de elaboração contínua e de realização permanente. Ao mesmo tempo, parece inegável constatar que as soluções que o direito privado precisa

¹ IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione vent'anni dopo*. Milano: Giuffrè, 1999; CAMARDI, Carmelita. *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*. Torino: Giappichelli, 2017, p. 8.

² VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 144.

³ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 252.

⁴ Nesse sentido é importante registrar que “o direito civil, como obra da cultura humana, realizada difusamente ao correr de tantos séculos, assume feição histórica, sendo resultado não só do que somos hoje, mas também do que fomos antes. Imensa parcela daquilo que chamamos direito civil vem do passado, resulta das intuições geniais de muitos que vieram antes de nós. Não é exagero afirmar que os códigos civis, através dos ciclos históricos, foram tradicionalmente vistos como amplas catedrais conceituais, majestosas e colossais. Mais ainda: como o *locus* de reunião do saber jurídico de determinada época, uma espécie de súpula da evolução jurídica de um povo. Talvez por isso o direito civil tenha sempre sido orgulhoso do seu passado – historicamente rico e talhado em forte base conceitual” (ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Juspodivm, 2025, p. 35).

oferecer, hoje, são mais complexas, porque a sociedade é mais complexa⁵.

Tomemos como exemplo a responsabilidade civil. Não exageramos ao dizer que ela traça, de certo modo, com sua vocação para o novo, o resumo cultural de uma época. A responsabilidade civil permite que elaboremos aquilo que entendemos por dano. A difícil separação entre o que deve e o que não deve ser reparado ou compensado. O discurso humano nem sempre vê os danos do mesmo modo. As sociedades, através dos tempos, em seus ciclos evolutivos, renovam suas percepções acerca de quais são os riscos admitidos. O conceito de dano, histórico e relativo, modifica-se e renova-se ao caminhar do tempo. Por exemplo, seria impossível para alguém do século XIX – e mesmo de parte do século XX – entender o conceito de dano ambiental. Simplesmente não havia, na ambiência social, essa consciência. Soaria como algo absurdo, estranho, exótico.

Nesse contexto, circunstâncias sociais e valores ético-culturais definem o que determinada comunidade enxergará como dano (o permanente desafio de distinguir danos triviais daqueles injustos). Pontes de Miranda constatou: “Certamente, a teoria da responsabilidade tem que variar. Muda, às vezes, com o conteúdo do próprio conceito de dano. Com as necessidades gnosiológicas, econômicas e políticas da sociedade. A teoria teria que ser a do momento histórico⁶”. Enfim, o que antes, na linha do tempo, não era indenizável, hoje pode ser. Algo é certo: nas sociedades de risco há uma constante reavaliação dos riscos que são socialmente aceitáveis.

Ainda a respeito da responsabilidade civil, Fernando Noronha escreveu quando o Código de 2002 chegou: “Temos um Código novo mas que, quanto à responsabilidade civil, nasce velho”⁷. E esse fato é mais grave se lembrarmos que, na responsabilidade civil, o Código Civil atual, em ampla medida, reproduz o que constava no Código Civil de 1916 (cujo projeto é praticamente contemporâneo da escravidão no Brasil). Orlando Gomes lembra que no período “de elaboração do Código Civil de 1916, o divórcio entre a elite letrada e a massa inculta perdurava quase inalterado. A despeito de sua ilustração, a aristocracia de anel representava e racionalizava os interesses básicos de uma sociedade ainda patriarcal, apesar do seu sistema de produção ter sido golpeado fundamentalmente em 1888. Natural que o Código refletisse as aspirações dessa elite”⁸.

O Código Civil de 1916 – tecnicamente admirável – refletia os padrões mentais e culturais da sociedade patriarcal e patrimonialista em que se inseria (não esqueçamos que ele foi elaborado ainda antes de 1900, e teve tramitação lenta, assim como seu sucessor, quase um século depois). Pontes de Miranda afirmava, em relação ao Código de 1916, que se tratava de um código do século

⁵ Por exemplo, Aguiar Dias, nosso maior tratadista da responsabilidade civil, anota que “o mecanismo da responsabilidade civil visa, essencialmente, à recomposição do equilíbrio econômico desfeito ou alterado pelo dano” (AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 557). Hoje, sem negligenciar a dimensão econômica do dano – sempre fundamental –, outras dimensões a ela se aliam, acrescentando complexidade ao sistema.

⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. T. LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p. 57.

⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 549.

⁸ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 22.

XIX: “A data mental do Código (como do B.G.B. e do suíço) é bem 1899; não seria errôneo dizê-lo o antepenúltimo Código do século passado”⁹. A propriedade era a instituição em torno da qual orbitavam os demais interesses juridicamente protegidos. Não só. Quando o Código Civil de 1916 foi promulgado, a Constituição então vigente vedava que os mendigos se habilitassem no processo eleitoral. Tratava-se de norma que vigorou até a Constituição de 1934. Vedava-se, através dela, a participação como eleitor em razão de um só critério: a posse (ou sua ausência) de bens materiais.

Se recuarmos no tempo, constataremos que a Idade Média conheceu limitações da capacidade jurídica derivadas de condições de nascimento (estruturação medieval de classes, por exemplo) e questões de desonra (*Ehrlosigkeit*)¹⁰ – ideias que soam absurdas para nosso tempo. Houve tempo em que certas doenças como a lepra – envoltas em forte estigma – repercutiam nos direitos civis das pessoas, impedindo que pudessem ser herdeiras, até dando fim aos casamentos. Mulheres casadas não eram plenamente capazes, e as solteiras, em alguns países, recebiam uma espécie de tutela em razão do sexo. Filhos ilegítimos eram tidos como bastardos e lhes eram negados direitos. Havia até atos mais odiosos e graves, como a propriedade de uma pessoa sobre a outra. O Brasil, aliás, foi o último país das Américas a se livrar disso¹¹.

O direito civil não é o que foi, pelo menos não de modo exclusivo.

A autodeterminação existencial das pessoas não estava entre as preocupações prioritárias do direito civil por muitos séculos (pelo menos não para todos, nem para todas as categorias de direitos). Os direitos, em regra, eram individuais e patrimoniais. Para quem não se encaixava nas condições ideais, as perspectivas não eram boas. Tínhamos pessoas que eram proprietárias de outras, tínhamos mulheres sem capacidade para exercício de direitos, tínhamos doenças que transformavam juridicamente seres humanos em coisas, como a lepra (pessoas que perdiam, de fato, direitos, por conta disso). Quem era considerado louco – sabemos que situações imensamente diversas eram catalogadas sob esse estigma – era posto à parte da sociedade, com pouca ou nenhuma chance de ser ouvido ou de exercer direitos civis mínimos¹². Em termos de caminhada histórica do direito civil,

⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 85.

¹⁰ PLANITZ, Hans. *Principios de Derecho Privado Germanico*. Trad. Carlos Melon Infante. Barcelona: Bosch, 1949, p. 56-61.

¹¹ Se tivermos um olhar ainda mais retrospectivo, observaremos, no direito romano, o direito dos pais à vida e à morte dos filhos, assim como à sua venda e exposição (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1928, p. 77). É possível, na evolução dos institutos, notar uma lenta porém contínua caminhada no sentido da superação dos valores estritamente financeiros em favor de considerações de ordem ética, dimensões mais solidárias. Em outra passagem, Pontes de Miranda, falando em termos sociológicos, menciona a “lei de redução das dissimetrias”, afirmando que “vemos apagarem-se, aqui e ali, as diferenças, os privilégios e as desigualdades” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 61).

¹² Por exemplo, todos sabemos quão cruel foi a humanidade em relação àqueles que se distanciavam dos padrões mentais tradicionais. Paulo Lôbo argutamente anota: “A história da loucura é marcada por abusos e intrusões na autonomia das pessoas. O comportamento social, político ou ético desviante não significa deficiência ou enfermidade mental, mas exercício livre de escolhas, ainda que colidam com as que dominam na sociedade. Em verdade, as grandes mudanças sociais e os avanços do conhecimento foram provocados por pessoas que se desviaram dos comportamentos e valores comuns” (LÔBO, Paulo. *Curso de Direito Civil. Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 268).

multimilenar, esses fatos – hoje bizarros – não aconteceram há tanto tempo assim.

Pontes de Miranda – escrevendo em 1928 a propósito do Código Civil de 1916 – percebia: “O capítulo sobre pátrio poder ainda apresenta certas durezas patriarcais e a interpretação dos tribunais tem fortalecido a rotina”¹³. Essas “durezas patriarcais” simbolizavam o padrão mental convencional de então. A mulher era legalmente submetida ao homem, não só patrimonialmente, mas inclusive em aspectos existenciais. As famílias eram chefiadas pelos homens, que decidiam os destinos de seus membros, com o apoio solene dos códigos civis. Casamento e filiação eram categorias jurídicas centradas no pai, que decidia destinos, negociava bens, transmitia sobrenomes.

Certos modelos de família, de timbre autoritário, ficaram muito conhecidos por sua prevalência histórica, com fortes reflexos até os nossos dias. No modelo do Código Civil de Napoleão, por exemplo, que influenciou amplamente boa parte dos países ocidentais do *civil law*, o marido era tido – nas dimensões patrimoniais e até, em certo sentido, nas existenciais – como dirigente das atividades do casal e até das atividades isoladas da mulher. O marido podia, e isso era juridicamente aceito, proibi-la de sair de casa, de ir ao teatro, de ver essa ou aquela pessoa¹⁴.

As batalhas enfrentadas pelas mulheres não foram lutadas apenas dentro de casa, mas também lá fora, nos postos de trabalho. Na Europa, em geral, as mulheres somente são admitidas nas profissões jurídicas depois da Primeira Guerra Mundial¹⁵. Nos séculos passados alguns juristas chegavam a falar no “marido como el señor soberano en el matrimonio, tomando como ejemplo el poder absoluto del señor territorial en el Estado. Para todas las mujeres que no estaban casadas se instituyó otra vez una tutela por razón del sexo (*Kriegsvogtei*), que fué configurada a imitación de la *cura impuberum* romana”¹⁶. No Brasil, até 1962, a mulher casada era considerada relativamente incapaz.

Durante boa parte dos séculos passados, apesar da igualdade formal afirmada pelos juristas, os poderes privados eram – e, de certo modo, ainda são – marcados por forte sabor autoritário e preconceituoso. O marido sobrepunha-se, social e juridicamente, à mulher; assim como o pai ao filho e os empregadores aos empregados. Os códigos civis do século XIX não se preocupavam com

¹³ PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1928, p. 202.

¹⁴ Guido Alpa contextualiza: “In una società como quella che, uscita dalla Rivoluzione, si apprestava ad iniziare il nuovo secolo, il modello di famiglia da privilegiare rispondeva al tipo di modello sociale che si era prescelto: espressione di un regime autoritário, il Code civil improntò al principio di autorità anche la disciplina della famiglia. Le discussioni dinanzi al Corpo legislativo sono assai eloquenti, a questo riguardo. Così como la costante, infaticabile attenzioni che Napoleone diede proprio alla parte del Codice che riguardava i rapporti familiari. E alcune frasi, diventate celebri (“Oppure il marito ha il diritto di dire alla moglie: Signora, lei non uscirà. non andrai a teatro. Non vedrai questa persona o quella persona. Cioè: tu mi appartieni anima e corpo”). (ALPA, Guido. *Il diritto di essere se stessi*. Milano: La nave di Teseo, 2021, p. 88).

¹⁵ “Il percorso di emancipazione faticoso e umiliante non riguarda solo la famiglia, ma riguarda la donna nella società. Emblematica è la sorte della donna nelle professioni legali, a cui sarà amessa solo dopo la Prima guerra mondiale. Gli argomenti usati dai giuristi – uomini, ovviamente – ci appaiono oggi risibili, eppure riflettevano la mentalità dell’epoca; le esenzioni che si potevano contare erano rarissime” (ALPA, Guido. *Il diritto di essere se stessi*. Milano: La nave di Teseo, 2021, p. 91).

¹⁶ PLANITZ, Hans. *Principios de Derecho Privado Germanico*. Trad. Carlos Melon Infante. Barcelona: Bosch, 1949, p. 64.

desníveis de poder privado; antes os secundavam. Desigualdades são conceitos banhados de historicidade, que só podem ser compreendidos de modo contextualizado. São, mais do que conceitos, práticas sociais, hábitos geracionais. Não é fácil superar o desigual. Diferenças, ao invés de serem celebradas, quase sempre foram usadas de modo negativo e discriminatório¹⁷.

Hoje as situações existenciais ou patrimoniais são vistas com olhos igualitários e inclusivos¹⁸. Temos uma ordem jurídica orientada por direitos fundamentais. Existe, é certo, um imenso abismo entre enunciar direitos fundamentais e realizá-los, de forma concreta, na vida das pessoas. Um dos grandes desafios do direito atual, em todas as áreas, é tentar diminuir esse abismo, é fazer o direito menos retórico e mais perto das dificuldades reais das pessoas. Hoje, mais do que estruturas, importam as funções, os resultados concretos dos exercícios dos direitos, os contextos sociais de sua aplicação. Ao jurista de nossos dias é exigida uma abordagem mais realista dos fenômenos.

Temos, hoje, cada vez mais, um sistema – material e processual – de proteção dos vulneráveis. Nesse contexto os estudos sobre a vulnerabilidade ocupam lugar de destaque no direito privado do século XXI. A experiência jurídica atual busca, de algum modo, compensar a hipervulnerabilidade de certas pessoas ou grupos sociais. Essa foi outra mudança que ocorreu, porque nos séculos passados as questões relacionadas à capacidade eram tratadas a partir de um olhar patrimonial¹⁹.

O direito civil dos nossos dias traz deveres de solidariedade social. Está fundado em situações existenciais, em projetos de vida, em respeito às singularidades humanas. É um direito civil que dialoga de perto com novos modelos de comportamento, inclusive aqueles advindos das novas tecnologias. Somos seres progressivamente digitais, e as novas respostas jurídicas devem estar atentas a isso (a internet sequer existia no Brasil quando o Código de Defesa do Consumidor foi criado, por exemplo). Novas tecnologias renovam velhos hábitos. Aliás, hoje se sabe que as tecnologias podem impactar os direitos fundamentais, inclusive acentuando discriminações e situações de vulnerabilidade. As transformações tecnológicas e sociais levam a necessidade de afirmar novos direitos fundamentais – e, às vezes, de reafirmar antigos.

O Código Civil atual – hoje louvado – não era exatamente bem visto quando chegou, há mais

¹⁷ Bobbio enfatiza: “Da constatação de que os homens são desiguais, ainda não decorre um juízo discriminante” (BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade – e outros escritos morais*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Unesp, 2011, p. 108).

¹⁸ “L’espressione ‘capacità giurica’ deve essere intesa in senso filologico-storico e nel senso attuale. In oggi, l’espressione ‘capacità giuridica’ deve essere intesa in senso lato: comprensiva di tutti gli aspetti della persona, e di tutti i diritti e doveri, le situazioni soggettive, di cui essa è titolare di per sé. Non si potranno quindi ammettere riduzioni della capacità; se si accoglie la distinzione tra capacità giuridica e capacità di agire, saranno ammissibili le limitazioni a ques’ultima solo là dove non siano in conflitto con la natura e la dignità della persona e con il principio di eguaglianza” (ALPA, Guido. *Il diritto di essere se stessi*. Milano: La nave di Teseo, 2021, p. 160).

¹⁹ Stefano Rodotà constatou – no livro *A vida e as regras: entre o direito e o não direito* – que a abstração separava a vida do direito e como que liberava este último de se medir pelas situações reais. O direito partia, por exemplo, da distinção entre capazes e incapazes e confinava os incapazes a uma indiferenciada área de exclusão, considerando apenas relevantes as atividades com viés econômico (RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*. Trad. Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta. 2010, p. 43).

de vinte anos. Poderíamos citar muitas dezenas de manifestações, fiquemos apenas com algumas de juristas que particularmente admiramos. Gustavo Tepedino argumentou que “o novo Código nascerá velho principalmente por não levar em conta a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial, que protegem a personalidade humana mais do que a propriedade, o ser mais do que o ter, os valores existenciais mais do que os patrimoniais”, tendo também referido que o Código “é demagógico porque, engenheiro de obras feitas, pretende consagrar direitos que, na verdade, estão tutelados em nossa cultura jurídica pelo menos desde o pacto político de outubro de 1988”²⁰.

Antônio Junqueira de Azevedo destacou, algum tempo antes, que o projeto era ultrapassado e autoritário, sendo “preferível manter o atual Código Civil com todas as leis posteriores do que colocar, no seu lugar, um projeto que já nasce ultrapassado”²¹. Eugênio Fachinni Neto, em 2003, logo após o início da vigência do Código Civil atual, diagnosticou que “o novo diploma civil não alterou substancialmente este estado de coisas. Poucas foram as inovações profundas e significativas. A maioria das aparentes alterações legislativas nada mais é do que uma incorporação, à lei, de entendimentos jurisprudenciais consolidados ou tendenciais”²². Edson Fachin e Carlos Pianovski Ruzyk chegaram a afirmar que o Código Civil de 2002 era até mais patrimonialista que o Código Civil de 1916²³.

Há ainda outra observação possível, embora óbvia: não se produz mudanças significativas em códigos civis sem vivas resistências. Sempre foi assim, essas lutas de ideias (e de interesses) traduzem constante histórica. Há, ainda, na formação cultural do civilista, uma natural resistência ao novo, conforme argumentamos no início deste artigo.

Mário Delgado contextualiza essa resistência às mudanças legislativas mais amplas, frisando que se trata de constante histórica em épocas e países diversos: “Essas manifestações constituem verdadeira constante histórica em todos os processos de codificação. Quando se promulgou o Código francês, acusaram-no de refratário ao progresso homens tão ilustres quanto Benjamin Constant, Chenier, Guinguené e outros. Criticaram-no porque não continha nada de verdadeiramente novo, nenhuma criação legislativa que imprimisse à sociedade francesa um caráter próprio e duradouro, não sendo mais, diziam, do que uma tradução do direito romano e dos costumes, reduzida a artigos numerados e operada a partir das Institutas de Justiniano ou das obras de Domat e Pothier”²⁴.

E cabe reconhecer: o novo, em si, não é sinônimo de qualidade teórica. Nem de avanço. O autenticamente novo dialoga com a tradição, dela extraindo os sinais que potencialmente indicam os

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. *Temas de Direito Civil*. T. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 358.

²¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Jornal Tribuna do Direito*, março de 1998, p. 18.

²² FACCHINI NETO, Eugênio. *Da responsabilidade civil no novo Código*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 155.

²³ FACHIN, Luiz Edson; RUZIK, Carlos Eduardo. Um projeto de código civil na contramão da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 4, p. 243, set. /dez. 2000.

²⁴ DELGADO, Mário Luiz. Sobre as críticas ao anteprojeto de reforma do Código Civil. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jul-21/sobre-as-criticas-ao-anteprojeto-de-reforma-do-codigo-civil/>, acesso em 02/01/2025.

próximos passos.

Há, ainda, um dado cultural interessante: as reformas legislativas, sobretudo se de maior vulto, impulsionam o estudo, o desenvolvimento teórico dos temas nela versados. Se pensarmos em termos de códigos civis – seja o advento de um novo código, sejam reformas mais amplas –, a chegada do Código de 2002 provocou uma clara expansão do interesse, dos debates e estudos do civil no Brasil (ainda que a civilística fosse, em geral, abertamente contrária ao novo código). Isso claramente aconteceu no Brasil pós 2002.

Paulo Lôbo diagnostica que é creditado ao Código Civil de 2002 uma “explosão de obras jurídicas, provocando o renascimento do interesse pelo direito civil e da consciência de sua importância fundamental para o cotidiano das pessoas”, além de outros fatores de reformulação do direito civil brasileiro, conforme as demandas do século XXI, que são, “o desenvolvimento científico da área propiciado pelos programas de pós-graduação em Direito, com rigor metódico e pesquisa, superando o anterior autodidatismo, e a criação do Superior Tribunal de Justiça, pela Constituição de 1988, incumbido da harmonização jurisprudencial do direito federal”²⁵.

Não que se deva mudar o Código Civil para otimizar os debates e estudos, é certo que não. Mas se trata de um “efeito colateral” interessante, que costuma suceder às mudanças – e até as antecede, em certo sentido. Seja como for, cremos que a reforma do Código Civil brasileiro virá – cedo ou tarde, com maior ou menor extensão. Certamente haverá mudanças relativamente ao projeto original da Comissão de Juristas – essa, afinal, é a tarefa do Parlamento, em geral tão mal exercida. É dever do civilista do século XXI estar atento às novas relações sociais. Estamos mudando muito, e muito rápido. Não é exagero afirmar que atualmente a única permanência é a mudança. É preciso ter aquele senso, dizia Pontes de Miranda, para que o jurista não se apegue, demasiado, às convicções que tem, nem se deixe levar facilmente pelo novo²⁶.

Feitas essas considerações introdutórias sobre as mudanças sociais e seus impactos nas codificações civis recentes, este artigo investiga as eficácias e funções do ilícito civil, tanto na teoria geral do direito quanto na tradição legislativa brasileira. Analisa-se a proposta de reforma do Código Civil, revisando a literatura jurídica sob o método dedutivo, com abordagem teórica e qualitativa, buscando responder se o projeto traduz avanço relativamente aos ilícitos civis, e como a matéria foi tratada nos códigos civis brasileiros ao longo do tempo.

2. O ILÍCITO COMO UM CONCEITO FUNDAMENTAL: CONTEXTUALIZAÇÃO

O ilícito é um conceito fundamental. Conceito fundamental é aquele sem o qual não há condição de possibilidade de um sistema jurídico. Sem ilícitos não se constrói um ordenamento jurídico. Não existe ramo jurídico que possa prescindir dos ilícitos. Todo sistema jurídico tem de lidar com a

²⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 27-28.

²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. T. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, p. 38.

violação de suas normas. Estabelecer, juridicamente, padrões de conduta, importa em prever modelos de comportamento que se distanciem desses padrões. O ilícito é uma reação, juridicamente organizada, contra condutas que violem valores, princípios ou regras do sistema jurídico. São as reações (através da eficácia jurídica) que os ilícitos projetam que preservam a eficácia valorativa do sistema jurídico. A experiência jurídica atua prescrevendo reações contra ações ou omissões que transgridam as referências normativas adotadas. Nesse contexto, o ilícito reforça as pautas de valor situadas no vértice do sistema, ao *agir* contra os padrões de conduta destoantes do sistema jurídico.²⁷

A ordem jurídica, reprimindo comportamentos, olha para aquilo que a sociedade não quer se tornar (violenta, desleal, egoísta etc.). Mas é possível ir além, e direcionar o olhar para aquilo que *queremos* nos tornar (pacíficos, cooperativos, leais, solidários etc.). Enfim, um dos desafios é fazer da experiência jurídica atual não apenas um sistema de acusações, mas *um sistema de convites normativamente conduzidos*. A tarefa de induzir virtudes e os melhores comportamentos deve ser buscada não apenas fora, mas também dentro do sistema jurídico.

Metodologicamente, muita coisa mudou. A interpretação, a solução de conflitos entre princípios, e a própria forma de veicular normas estão sendo repensados. Seria teoricamente tolo insistir em repetir, mecanicamente, os ensinamentos tradicionais, quando os conceitos, categorias e institutos tanto se modificaram, assumindo, por vezes, roupagens inéditas aos nossos olhos. Alguns pronunciamentos, pela infecunda repetição dos informes legais, fazem crer que a ilicitude civil não tem luz própria. A superação de um estudo estritamente dogmático, aliada à necessária percepção que os ilícitos civis não se resumem à eficácia de reparar os danos causados, permite o ingresso numa nova etapa metodológica, com o consequente redimensionamento dos pressupostos teóricos, permitindo profícua compreensão.

Em geral, no direito civil, ilícitos são vistos como os fatos jurídicos dos quais decorre dever de indenizar. Para ficarmos apenas nas cláusulas gerais de ilicitude, segundo o Código Civil atual, quem, culposamente, causa dano a outrem, comete ato ilícito, e deverá repará-los (Código Civil, art. 186). Quem excede manifestamente os limites impostos pelo fim econômico ou social do direito, pela boa-fé ou pelos bons costumes (Código Civil, art. 187) também pratica ato ilícito, e a consequência, em ambos os casos, é a obrigação de repará-los, segundo a literalidade do Código.

Os ilícitos civis, cuja eficácia preponderante no direito civil é o dever de reparar danos, são amplamente identificados com a responsabilidade civil pela doutrina nacional. No entanto, essa visão não abrange completamente a realidade jurídica, pois os ilícitos civis são multifuncionais. É necessário questionar a configuração teórica dos ilícitos civis no Brasil e em que medida os paradigmas clássicos refletem as realidades atuais, dinâmicas e funcionalizadas.

A ilicitude civil tradicionalmente é perspectivada como uma condição por cujo intermédio tem

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*: volume único. 5ª ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2020, p. 431.

lugar uma sanção, representada – com exclusividade, segundo se pensa – pela indenização dos danos causados. Isso, porém, não nos parece correto. Talvez baste mencionar dois pontos: a) nem todo ilícito civil produz, como sanção, a responsabilidade civil; e b) a responsabilidade civil pode resultar de atos *lícitos*. Não há, nessa perspectiva, fundamento teórico para tratar, de forma indistinta, ilícitos e responsabilidade civil. Seria o mesmo, mal comparando, que confundir uma fábrica, produtora de um largo espectro de produtos, com apenas uma de suas produções. Cremos que tal postura empobrece o contexto dos ilícitos, *reduzindo o gênero ao estudo dos efeitos de uma de suas espécies*.

Em relação ao primeiro ponto (a), nem todo ilícito produz, como sanção, o dever de indenizar, a responsabilidade civil. É certo que o dever de indenizar é o efeito jurídico mais comum deles. Por isso, costuma ser identificado com a responsabilidade civil. Essa identificação não é adequada. Pontes de Miranda, escrevendo em meados do século passado, já consignava: “há mais atos ilícitos ou contrários a direito que os atos ilícitos de que provém obrigação de indenizar”²⁸. Aliás, ainda antes, em 1928, no seu livro *Fontes e Evolução do Direito Civil brasileiro*, Pontes já intuía que os ilícitos não se esgotavam no dever de indenizar²⁹. A responsabilidade civil – cabe sempre repetir – é efeito de certos ilícitos civis, não de todos. Existem ilícitos civis que não produzem, como eficácia, o dever de indenizar.

No universo da responsabilidade civil, o ilícito que importa é o *ilícito indenizante*, lembrando que atos ilícitos também podem originar responsabilidade civil. Como destaca Flávio Tartuce, o ilícito indenizante “é o ato é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem. Diante das ocorrências, a norma jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de ser o ato ilícito fonte do direito obrigacional”³⁰.

Em relação ao segundo ponto (b), convém frisar que a responsabilidade civil pode resultar de atos *lícitos*. Isto é, não bastasse o que dissemos acima (existem ilícitos civis cuja eficácia não se traduz na indenização), há outra razão que recomenda fortemente que não confundamos ilícito civil com responsabilidade civil: o dever de indenizar nem sempre resulta de atos ilícitos. A responsabilidade civil pode resultar – e em muitos casos assim ocorre – de *atos lícitos*. Na responsabilidade civil do Estado, por exemplo, é pacífico – assim entre os autores como na jurisprudência do STF – que é irrelevante a litude ou ilicitude da atividade estatal para a definição do dever de indenizar (o mesmo se diga da responsabilidade civil nas relações de consumo ou ambientais). Em outras palavras, mesmos *atos lícitos* do Estado (ou de particulares, em certos setores) podem ensejar a responsabilidade civil. Também a responsabilidade civil à luz da teoria do risco reflete, em sua origem, não um ilícito, mas um lícito.

Nesse contexto, nem sempre o dever de indenizar resulta de ilícitos. Trata-se de ponderação

²⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, T. II, p. 201.

²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1928, p. 176.

³⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 305.

já tradicional em nosso direito civil. Expressiva a ponderação de Orizombo Nonato: “Contudo é possível, diante deles, afirmar, como o egrégio Clóvis, que a ideia de dano ressarcível é, em nosso direito, mais ampla do que a de ato ilícito”³¹. Há casos em que a contrariedade ao direito é excluída, mas o dever de indenizar persiste. Há responsabilidade civil sem que haja ilicitude³². Assim, “há indenizabilidade – excepcionalmente, é certo – que não resulta da ilicitude. Repararam-se danos que se causaram sem que os atos, de que resultaram, sejam ilícitos”³³.

Não só. Na própria legislação brasileira o assunto se mostra claramente delineado. Vejamos o Código Civil. Quem age em estado de necessidade realiza ato lícito (Código Civil, art. 188, II). Estamos diante de uma excludente de ilicitude. Embora seja um ato lícito, dele decorre o dever de indenizar (Código Civil, arts. 929 e 930). Se, digamos, alguém, dirigindo seu carro, percebe que uma criança se soltou da mão da mãe e atravessa inesperadamente a rua, faz manobra brusca para evitar o atropelamento, colidindo com outro veículo, o ato será lícito, mas provocará dever de indenizar. Trata-se de ato em estado de necessidade. Há direito de regresso contra quem deu causa à situação perigosa. O estado de necessidade é um exemplo de um ato lícito que, segundo o Código Civil, provoca o dever de indenizar. Só um exemplo dentre muitos outros possíveis (convém reafirmar que a responsabilidade civil fundada na *teoria do risco* – Código Civil, art. 927, parágrafo único – é responsabilidade civil por *ato lícito*, não por ato ilícito).

Resumindo o que dissemos: embora, comumente, a responsabilidade civil provenha de atos ilícitos, ela também pode surgir como resultado de atos lícitos. Ambos, na ordem jurídica brasileira, podem dar ensejo à indenização. Portanto, dizer que determinado ato é lícito (ou dizer que é ilícito) nada esclarece acerca do dever ou não de indenizar, porquanto de ambas as espécies (lícitos e ilícitos) pode surgir o dever de reparar os danos causados. Teoricamente, não há uma relação *necessária* entre ilícitos civis e dever de indenizar³⁴. Os ilícitos civis também podem dar ensejo a perda de direitos e demais categorias de eficácia³⁵.

Talvez caiba citar exemplo ainda mais evidente, amplamente aceito pela doutrina. O abuso de direito é ato ilícito, segundo dicção legal (Código Civil, art. 187). A eficácia do abuso de direito, contudo, não se limita à responsabilidade civil, vai além dela, como a doutrina percebe e secunda. O Enunciado 539 das *Jornadas de Direito Civil*, por exemplo, reconhece que “o abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de

³¹ Citado por Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 69.

³² Em outro livro, Pontes de Miranda dá exemplo eloquente, no caso do que vendeu penicilina a ser entregue e, tendo havido grande desastre, a empregou nos feridos, não podendo adimplir, no dia, o contrato. Haveria, em tese, ilícito relativo, pela violação da relação contratual. Na espécie, no entanto, isso não ocorre, porquanto a contrariedade ao direito, essencial ao ilícito, foi pré-excluída pelo estado de necessidade (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, T. II, p. 229).

³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, t. LIII, p. 197.

³⁴ Exemplifique-se a situação de autorização como efeito de um ilícito com a ingratidão do donatário, que é um ilícito civil cujo efeito consiste na faculdade do doador de revogar a doação.

³⁵ O exemplo conhecido de perda de um direito como efeito de um ato ilícito civil é o do herdeiro que sonega bens, não os levando à colação, que perde o direito que sobre eles pudesse ter (Código Civil, art. 1.992).

posições jurídicas desafia controle independentemente de dano”. Em outras palavras, o suporte fático do art. 186 é distinto do art. 187. O art. 186 exige a culpa e o dano. O art. 187 não exige nem a culpa nem o dano. A eficácia do art. 186 é apenas o dever de indenizar. A eficácia do art. 187 pode ser o dever de indenizar ou outras categorias de eficácias. Ambos (art. 186 e art. 187) são ilícitos civis.

José Carlos Barbosa Moreira, há mais de vinte anos, diagnosticava: “Se assim não fosse – isto é, se para a configuração do abuso de direito tivessem de concorrer os pressupostos do art. 186 – tornar-se-ia inútil o art. 187. Haveria, não equiparação, mas identificação, ou melhor, subsunção da figura do abuso de direito na do ato ilícito segundo o art. 186”³⁶. Prossegue o admirável jurista:

“Se voltarmos os olhos, outra vez, para os textos dos arts. 186 e 187, veremos que apenas no primeiro se encontra alusão ao dano. Para quem pensa, como nos parece correto, que os pressupostos do art. 186 não são exigíveis para a caracterização do abuso do direito, esta figura poderá ocorrer sem que o comportamento do agente cause dano a outrem. Dir-se-á que, inexistindo dano, é juridicamente irrelevante que o agente haja exercido o direito de forma irregular, e por conseguinte não há utilidade em considerar abusivo o exercício. Mas é esquecer que o ordenamento muitas vezes admite sanções distintas da obrigação de indenizar”.

Enfim, tenta-se demonstrar – de modo singelo, breve – que os efeitos possíveis são múltiplos, não se resumem a uma eficácia única. Não convém vincular, de modo absoluto, os ilícitos civis a uma eficácia monolítica – ofuscando as ricas possibilidades que o sistema jurídico, adequadamente compreendido, oferece. Os civilistas, há décadas, tentavam negar o fenômeno. Os ventos mudaram, parecem estar mudando. Hoje a matéria é melhor estudada, e cada vez menos se identifica ilícito civil com responsabilidade civil (uma identificação bem mais comum quando o Código Civil de 2002 surgiu, por exemplo). A realidade não deixa de ser o que é porque a negamos ou desconhecemos seus reais contornos.

Uma compreensão teórica mais profunda, em nosso juízo, não pode prescindir da tentativa de conferir à categoria uma maior *adequação valorativa* e uma maior *adequação empírica*. O que isso significa? Primeiro, por adequação valorativa entendemos uma efetiva compreensão do direito civil – ilícitos inclusive – à luz dos direitos fundamentais. Essa é uma perspectiva por assim dizer substantiva, que remodela significativamente o direito civil, com notáveis mudanças hermenêuticas. Segundo, por adequação empírica entendemos o trabalho, analítico e amplo, de pensar as espécies possíveis de ilícitos civis. Apenas para exemplificar, é possível identificar no sistema ilícitos civis cujas eficácias não se resumem ao dever de indenizar. Então, tem inegável interesse teórico conhecer essas modalidades possíveis de eficácia, inclusive para melhor operacionalizar a aplicação do direito.

Os padrões clássicos de referência, na matéria, pedem revisão. A prática recomenda que

³⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Abuso de direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 13, p. 97-110, jan/mar, 2003. O art. 187 do CC está informado pela ideia de relatividade dos direitos. Isto é, os direitos flexibilizam-se mutuamente; não há direito isolado, mas dentro do corpo social, onde outros direitos convivem. Pontes de Miranda observou que “repugna à consciência moderna a ilimitabilidade no exercício do direito; já não nos servem mais as fórmulas absolutas do direito romano” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, T. LIII, p. 62).

novos conteúdos teóricos sejam forjados diante das distintas feições dos direitos em sociedades complexas, plurais e hiperconectadas. É equivocado insistir no ressarcimento pecuniário como forma por excelência de solução dos conflitos privados. O direito contemporâneo caminha para formas preventivas. A ênfase que o século passado deu à reparação de danos, o século atual vai dar – está dando – cada vez mais à prevenção deles. Prevenção é a palavra de ordem no século XXI. Voltaremos ao ponto no final deste artigo.

Podemos adiantar que o Projeto de Reforma do Código Civil³⁷, de modo sóbrio e adequado, desvincula a ilicitude civil do dever de indenizar. Isto é, o dever de indenizar continuará a ser a eficácia preponderante, diária, certamente a mais importante. Corrige-se, porém, o velho erro de supor que ela esgota as eficácias possíveis de um ilícito civil. Também retomaremos essa reflexão mais adiante, no final do artigo.

3. OS ILÍCITOS NA TEORIA GERAL DO DIREITO

A estrutura lógica da norma jurídica é questão das mais debatidas na literatura jurídica, sobretudo na teoria geral do direito. Qual, em seu esquematismo formal, a estrutura da norma de direito? Quais suas notas essenciais? O que, fundamentalmente, a define e a caracteriza? São questões perenes, que se renovam através dos tempos, sem que se alcance uma unidade de vistas, com debates sempre reabertos.

A questão entra em nosso campo de análise na medida em que determinados autores inserem o ilícito como nota caracterizante da estrutura jurídica normativa. De acordo com tais concepções, o ilícito não seria, apenas, um fato jurídico com conteúdo axiologicamente negativo, mas um componente necessário da norma jurídica, desde que enxergada esta sob uma perspectiva integral e analítica.

O ilícito espraia-se por todo o direito, seja este tido em sua dimensão de objeto, seja o direito estudado em sua dimensão ciência – admitindo-se que o seja, em perspectiva generosa – sobre o qual os estudiosos, em metalinguagem, emitem proposições³⁸. Sua relevância é tamanha que as grandes teorias que intentam explicar o direito, a exemplo da de Kelsen, engendram todo um sistema a partir do ilícito, conceituando-o como o pressuposto para a aplicação da sanção³⁹.

Nesse contexto, talvez seja relevante focar brevemente na questão da sanção.

A questão da sanção sempre ocupou enorme importância na ciência do direito. Pode-se

³⁷ Projeto de Lei n. 4, de 2025. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/166998>, acesso em 10 fev. 2025. Neste texto será tratado pelo vocábulo “Projeto”.

³⁸ VILANOVA, Lourival. *Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 129.

³⁹ *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 121/128.

mesmo dividir, sob esse aspecto, as concepções jurídicas em sancionistas e não-sancionistas, como faz Marcos Bernardes de Mello⁴⁰. O critério de bipartição, nesse caso, é o da essencialidade. Seria a sanção integrante necessária da estrutura lógica da norma jurídica? Os não-sancionistas, aduzindo que há inúmeras normas às quais não é relacionada sanção, dizem que pode haver, em normas jurídicas, sanção, porém não com a nota da necessariedade. Já os sancionistas entendem que a sanção está sempre presente, compondo a estrutura lógica da norma, embora advirtam que ela nem sempre se encontra explicitamente prevista no mesmo dispositivo legal.

Kelsen é o representante, por excelência, dos chamados sancionistas, entendendo que o direito é uma ordem coativa, ou seja, é um conglomerado de normas que estatuem atos de coerção⁴¹. Seu conceito de direito seria o de uma ordem segundo a qual, sob certas condições ou pressupostos pela ordem jurídica determinados, deve-se executar um ato de coação, pelo sistema especificado. A norma mais importante, para Kelsen, é a norma primária, a norma que estabelece a coação, como resultado de um ilícito, sendo a secundária uma norma não autônoma, porque dependente da norma sancionadora⁴².

Para Kelsen, a estrutura lógica da norma de direito é um juízo hipotético que envolve uma conduta como devida, ajuntando uma consequência que deve ser aplicada pelo órgão jurisdicional. Postula que a lógica da ciência jurídica é necessariamente distinta daquela que preside o estado de coisas nas chamadas ciências naturais. Haveria, portanto, dois modos de se ordenar os fatos do universo, um pela causalidade, próprio das ciências naturais, e outro pela imputação, lidando-se aqui com os conceitos de fato condicionante e fato condicionado⁴³.

Nasce, assim, na ciência jurídica, a clássica bipartição entre ser e dever-ser, nascida no neo-kantismo da escola de Baden, com Wildelband e Rickert à frente⁴⁴. Esse dualismo, que não nega, o que seria absurdo, a existência do ser, postula, entretanto, que tal lógica (do ser, que viera de Aristóteles) revela-se inadequada para explicar a realidade jurídica. A cisão entre ser e dever ser, que antes de transplantada ao campo jurídico já pertencia ao patrimônio filosófico, é considerada, por alguns, como um modo de pensamento, a exemplo do futuro e do passado e, de tal forma, ineliminável⁴⁵.

⁴⁰ *Teoria do Fato Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 27.

⁴¹ *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 65.

⁴² Um dos aspectos mais criticados da teoria kelseniana talvez tenha sido exatamente essa divisão da norma em primária e secundária, sendo a primária a que estabelece a sanção, esvaziando a importância da norma que estabelece o dever. Norberto Bobbio alterou os termos da questão, reservando para a norma primária a norma que estabelece o que deve e o que não deve ser feito. Também assim Lourival Vilanova. Em obra publicada postumamente (*Teoria Geral das Normas*), contudo, o próprio Kelsen reviu sua concepção, reformulando os conceitos e empregando o termo norma secundária para aludir à norma sancionadora.

⁴³ Para Carlos Cossio, foi Kelsen quem criou a lógica jurídica, entendida esta como a lógica do dever ser: "El descubrimiento de la lógica jurídica es el mérito sin par de Kelsen. Kelsen descubre la lógica jurídica con una amplitud comparable a la de Aristóteles para la lógica del ser". (COSSIO, Carlos. *Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964, p. 379).

⁴⁴ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 79.

⁴⁵ Georg Simmel sublinha: "O dever-ser (das Sollen) é uma categoria que, aditada ao significado real duma representação, determina a sua importância relativa para a praxis... Não há qualquer definição do dever-ser... O

O dever-ser não exprime nenhum juízo de valor social, moral, religioso ou político, não se refere ao valor intrinsecamente considerado do que deve ser, mas apenas relaciona, deonticamente, fatos, de jeito que um fato deve ser porque o outro é. “Com o termo ‘norma’ – observa Kelsen – se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira”⁴⁶. Para Kelsen, a norma é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou especialmente facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. Assim distingue ele a norma do ato de vontade que a constitui. “Na verdade – diz Kelsen – a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser”⁴⁷.

Para Kelsen, a norma somente é jurídica porque estabelece uma sanção. A norma desprovida de conteúdo coercitivo seria mero preceito moral, desqualificando-se como jurídica. O critério que informa essa classificação, vê-se, é a existência, no chamado preceito, ou prescritor normativo, da sanção, consubstanciada na possibilidade do uso da coação organizada, por intermédio do órgão jurisdicional, de modo a fazer valer as determinações prescritas nas normas.

De acordo com esse entendimento, o papel da norma jurídica se limitaria a definir as condições para o exercício da sanção estatal. Ficaria o direito, nesse passo, reduzido à norma sancionadora, de jeito a revelar a presença da coação. A chamada norma secundária, segundo a terminologia kelseniana originária, onde se revelariam o direito e dever jurídico correlativos, importaria apenas na medida em que serviria de pressuposto da norma primária, esta sim, segundo Kelsen, a autêntica norma jurídica, porque sancionadora⁴⁸.

Já os não-sancionistas, dentre os quais está Pontes de Miranda, defendem que a norma jurídica está completa quando contém, apenas, a indicação do suporte fático e dos efeitos a ele correspondentes (pensando nas regras jurídicas, modelo clássico de normas jurídicas). É, por conseguinte, irrelevante haver, ou não, uma sanção para o caso de transgressão. O que é fundamentalmente importante é a existência de uma proposição completa de juridicidade, que se forma com a previsão abstrata da norma, de um ou de um grupo de fatos, aos quais o sistema relaciona determinadas consequências jurídicas⁴⁹. Os termos suporte fático e preceito, ou hipótese e consequência, para designar a previsão e a atribuição de eficácia, desempenham, na estrutura da norma jurídica, a mesma função da “*protáse*” e da “*apódose*” na composição do juízo hipotético segundo os ensinamentos da lógica clássica⁵⁰.

dever ser é um modo de pensamento como o futuro e o pretérito”. (Apud. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, ENGLISH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988, p. 37).

⁴⁶ *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 5.

⁴⁷ *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 6.

⁴⁸ Lourival Vilanova enfatiza: “A primeira parte da proposição jurídica completa (que se constitui de norma primária e norma secundária) é composta de hipótese e tese. A hipótese é descritiva de fato de possível ocorrência – o fato jurídico recortado sobre o suporte fático (Pontes de Miranda) – mas a tese, normativamente vinculada à hipótese, tem estrutura interna de proposição prescritiva”. (VILANOVA, Lourival. *Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 54).

⁴⁹ Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do Fato Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 29. Este autor inclui, dentre os “não-sancionistas”, além de Pontes de Miranda, Larenz e Von Tuhr.

⁵⁰ ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988, p. 55.

Sabe-se que a teoria egológica, do jurista argentino Carlos Cossio, opõe-se à teoria pura⁵¹ de Kelsen no que refere à estrutura da norma jurídica. Enquanto para Kelsen ela é um “*juízo hipotético*”, para Cossio ela assume a forma de um “*juízo disjuntivo*”. Na teoria egológica, a norma jurídica completa é composta de duas estruturas proposicionais, a *endonorma* e a *perinorma*. A licitude estaria na endonorma, sob a forma da possibilidade de cumprir o devido, e a ilicitude estaria na perinorma, sob a ameaça de sanção tendo em vista o não cumprimento da prestação (dado A, deve-ser B, ou dado não-B, deve-ser S). Observe-se, contudo, que dissidências internas à parte, em ambas as teorias – pura, de Kelsen; e egológica, de Cossio – tem-se a ilicitude como integrante da estrutura da norma de direito. Escolhemos, para ilustrar, essas duas posturas teóricas, ainda que não sem um pouco de arbítrio, apenas para evidenciar quão relevante se mostra o ilícito na teoria geral do direito, ao menos nas visões tradicionais.

Há outra questão relativa aos ilícitos na teoria geral do direito que pode ser brevemente mencionada. O ilícito é fato jurídico? Existem três vertentes básicas, que podem ser grosseiramente separadas do seguinte modo:

- 1) A primeira reputa inadmissível que um fato antijurídico, que vai de encontro ao ordenamento possa ser considerado jurídico. É a posição de Caio Mário da Silva Pereira⁵², Vicente Ráo⁵³, dentre outros.
- 2) A segunda entende que somente por intermédio do ilícito é que se torna possível uma conduta penetrar no mundo do direito. Vê-se que a questão se deslocou radicalmente a questão para o polo oposto. É a posição de Kelsen.
- 3) A terceira postura entende que apenas tornando um fato jurídico, seja como lícito ou ilícito, e a ele relacionando efeitos, de acordo com os valores que o sistema recolhe como dado social, é que se pode disciplinar, juridicamente, o fato. É a posição de Pontes de Miranda⁵⁴ e Marcos Bernardes de Mello⁵⁵.

Não há unidade de vistas a respeito da posição da ilicitude, se dentro ou fora do mundo do direito, nem sobre qual sua tarefa, por assim dizer. Vejamos, em poucas linhas, cada uma dessas posturas teóricas.

⁵¹ Apesar da teoria kelseniana se autodenominar “*pura*”, força é constatar que seu conceito de eficácia é um conceito que tem raízes sociológicas, ao vincular a vigência da norma a um mínimo de eficácia: “Como a vigência da norma pertence à ordem do ser, deve também distinguir-se a vigência da norma da sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar na ordem dos fatos”. (VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 11). No sistema científico de Pontes de Miranda, denomina-se *efetividade* o que Kelsen chama de eficácia, que seria a reação comunitária, aplicando ou não, as normas que incidiram. É a norma em sua dimensão sociológica, na terminologia de Marcos Bernardes de Mello (*Teoria do Fato Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 14/15).

⁵² *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. I, p. 415.

⁵³ *Ato Jurídico*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 30.

⁵⁴ *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. II, p. 184.

⁵⁵ *Teoria do Fato Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 93.

Para a chamada doutrina clássica, que até hoje possui notável força, sendo representada notadamente pelos civilistas tradicionais, embora não somente por eles, representa contradição invencível atribuir o caráter de jurídico a fatos que, sobre não serem queridos, não geram direitos para quem os praticou. Tal modo de enxergar a questão está muito bem expressa no raciocínio de Vicente Ráo, ao argumentar que “só de modo impróprio pode, portanto, o delito (civil ou criminal) ser qualificado como ato jurídico, porque não consiste em ato de exercício da autonomia privada, dispositiva e preceptiva da vontade, destinado a criar, praticar, alterar, ou extinguir direitos, de conformidade com o ordenamento jurídico”⁵⁶. Assim, somente seriam jurídicos aqueles atos nos quais a vontade interviesse, conformando os resultados queridos. Talvez essa posição encontre explicação e amparo na definição de ato jurídico do Código Civil de 1916 que, descurando da clássica recomendação no sentido de evitar definições em lei, definiu ato jurídico, e definiu mal, pois definiu ato jurídico como o ato jurídico *lícito*⁵⁷.

Esse modo de enxergar a ilicitude foi diagnosticado por Arnaldo Vasconcelos: “À doutrina clássica repudiava incluir o ilícito no âmbito jurídico, como coisas que se expeliam e se negavam. O ilícito (jurídico, Direito) e o ilícito (injurídico, antidireito) eram notas que não convinham ao mesmo ser, porquanto lógica e ontologicamente uma excluía a outra. Essa impossibilidade de convivência impedia a caracterização da própria natureza do Direito”⁵⁸. Essa postura teórica trata o ilícito como entidade à parte, sem idoneidade para entrar no mundo jurídico. Raciocina-se do seguinte modo: sendo ato jurídico aquilo que a vontade faz jurídico, o dever que nasce à revelia da vontade não pode, em absoluto, ser jurídico. Para além do voluntarismo que tal concepção encerra, há muito afastado dos estudos mais perspicazes, tal modo de pensar confunde *antijuridicidade*, que é a negação da possibilidade de juridicidade, com *contrariedade ao direito*, que é o juízo de desvalor que o ordenamento faz a respeito de um fato, o que o torna ilícito, se a incidência vier a acontecer.

Vejamos a segunda posição.

Houve movimento pendular com o advento da doutrina kelseniana. Kelsen não só incluía o ilícito no mundo do direito, como condicionava toda juridicidade a ele. Para bem compreender o que propunha o jurista, nesse particular, cumpre recordar a formulação, em linhas mestras, de sua doutrina.

Opondo-se ao imperativismo de Karl Binding, a norma em Kelsen assume as vestes de um juízo hipotético, que pode ser assim traduzido: dada a não-prestação, deve ser a sanção; dado o fato temporal, deve ser a prestação. Essa formulação, como vimos antes, comporta ainda o desdobramento em duas normas: a primária, sancionadora, e portanto jurídica por excelência; e a secundária, condicionada e dependente, e, porque admite a realização voluntária, não tem interesse para o direito, fenômeno necessariamente sancionatório. Nessa visão, somente seria jurídico o que transpusesse o filtro estreito da norma sancionadora. Segundo tal doutrina, o único modo de uma conduta tornar-se

⁵⁶ *Ato Jurídico*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 30.

⁵⁷ Art. 81 do Código Civil de 1916 tem a seguinte redação: “Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico”. O Código de 2002, embora tenha se absterido de definir ato jurídico, atentou para a questão, ao mencionar, no art. 185, atos jurídicos *lícitos*.

⁵⁸ *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 35.

jurídica é por intermédio da sanção, daí a importância extrema que se dá ao ilícito. Este passa a ser parte do mundo jurídico, mas de forma estranha e deformada.

Percebe-se que Kelsen, ao contraditar a teoria clássica, foi longe demais. Sobre afastar a licitude do mundo jurídico, tornou o ilícito, através da sanção, o único componente do mundo jurídico, afastando, de maneira excludente, os demais fatos jurídicos: “E, então – aduz Kelsen – mostra-se que o ilícito não é um fato que esteja fora do Direito e contra o Direito, mas é um fato que está dentro do direito, e é por este determinado, que o Direito, pela sua própria natureza, se refere precisa e particularmente a ele”⁵⁹. Assim, na teoria pura, o “ilícito aparece como um pressuposto (condição) e não como uma negação do Direito”⁶⁰.

Por fim, a terceira doutrina, com uma visão mais intermediária, por assim dizer. Pontes de Miranda engendrou a síntese. Nem lá, nem cá. Dizemos que não era seu propósito porque sua posição, a respeito dos ilícitos, decorre de todo seu sistema de ciência, complexo e solidamente formulado, amparado na criação de fatos jurídicos⁶¹. Pontes jamais distinguiu fatos, como jurídicos ou não jurídicos, tomando por base seu conteúdo, mas apenas a evidência de, porque socialmente importantes, terem sido convocados para a disciplina jurídica. A técnica jurídica se traduz pela vinculação, aos fatos, de efeitos, mais ou menos gravosos, em consonância com a finalidade do regramento jurídico⁶².

O ilícito é um conceito fundamental. Conceito fundamental é aquele sem o qual não há condição de possibilidade de um sistema jurídico. Sem ilícitos não se constrói um ordenamento jurídico com conceitos, categorias e institutos corretamente postos e harmonicamente definidos. Não existe, tampouco, ramo jurídico que possa prescindir dos ilícitos.

Tanto Kelsen como Cossio, ao conceituarem, respectivamente, a norma jurídica como um “juízo hipotético”, e um “juízo disjuntivo”, incluem o ilícito, a chamada “não-prestação” como componente necessário da estrutura da norma de direito, e com isso distorcem, a nosso ver, os termos da discussão. É que se pode – deve-se, melhor diríamos – conceituar a norma jurídica com abstração da divisão entre lícito e ilícito. Tal bipartição, conquanto extremamente relevante⁶³, não tem lugar quando da definição do que seja norma jurídica.

Assim, não há espaço para, conceituando norma jurídica, falar em lícito ou ilícito. Mesmo porque, estruturalmente falando, é impossível estabelecer linha divisória entre o lícito e o ilícito, porque ambos ostentam a mesma configuração. Existem, destarte, diferenças semânticas e pragmáticas, jamais sintáticas. A contrariedade ao direito é apenas a valoração – já pertinente ao conteúdo da norma,

⁵⁹ *Teoria da Norma Jurídica*, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 169/170.

⁶⁰ *Teoria da Norma Jurídica*, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 170.

⁶¹ *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. I, p. 28, 74-75. Também, Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do Fato Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 70.

⁶² *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. I, p. 88/89.

⁶³ É, no dizer de Von Tuhr, a primeira classificação a ser feita no direito privado. *Teoría General del Derecho Civil Alemán*. Trad. Tito Rava. Buenos Ayres: Depalma, 1946, t. II, 1º, p. 118.

portanto – com conteúdo axiológico negativo. Cavar, na estrutura normativa, a separação entre licitude e ilicitude, dividindo a norma de direito em duas partes é forçar os fatos às teorias, sob as vestes de um pretensão rigor lógico.

As normas jurídicas preveem fatos, que podem já ser fatos jurídicos⁶⁴. Se o fato é conforme, ou é contrário ao direito, de acordo com a valoração que se objetivou na norma, isso não tem importância para a estrutura lógica das normas. Aliás, o fenômeno jurídico, no que se refere aos seus *conceitos fundamentais*, é formado por estruturas idênticas.

Por isso é que Lourival Vilanova diz que o direito possui homogeneidade sintática e heterogeneidade semântica⁶⁵. As estruturas são iguais, ou podem ser estruturadas de modo semelhante. Os conteúdos, não. Isso é, de certa forma, truismo, porém de necessária consagração, uma vez que, no que concerne aos ilícitos, há certa difusão de falsos conceitos, o que justifica a repetição de algumas noções básicas. Não há, dessa forma, distinção estrutural entre lícito e ilícito. Ambos são fatos jurídicos⁶⁶. Aliás, estamos diante não apenas de fatos jurídicos, mas de conceitos que se apresentam como essenciais para que o jurídico funcione⁶⁷.

4. LÍCITOS E ILÍCITOS: UM DUALISMO QUE PERMANECE

O raciocínio jurídico sempre foi fértil em binômios. Ao se passar em revista as grandes divisões do direito, nota-se a tendência em separar o “objeto” em duas categorias, opostas e irreduzíveis. Assim foi, e ainda é. Direito positivo e direito natural, direito objetivo e direito subjetivo, direito público e direito privado⁶⁸ e outras tantas. O dualismo entre lícito e ilícito entra na lista com singular destaque.

Para as grandes questões, para os problemas capitais, parece sempre haver uma resposta em termos duais. A própria filosofia do direito, se ampliarmos um pouco o campo de análise, é pródiga em dualismos, que poderiam, muito grosseiramente, ser divididos em posições formais e posições não-formais. Há as grandes polêmicas, já tradicionais, que fundamentalmente se baseiam em concepções

⁶⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 40.

⁶⁵ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 132.

⁶⁶ MEIRA, José de Castro. O ilícito civil e o ilícito penal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 70:159-174, abril/junho, 1981, p.168. Pontes de Miranda, de modo mais amplo, escreveu: “O direito é ser, no sentido da ciência, e não apenas ideal. Aliás, o próprio ideal é ser, se estudado pela ciência” (*Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922, t. I, p. 179).

⁶⁷ Pontes lembra que o direito prescinde da causalidade fática, porque cria nos pensamentos o seu mundo (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 1, p. 19).

⁶⁸ Chamada por Norberto Bobbio de “a grande dicotomia”, embora o pensador italiano tenha posto a questão em termos subjetivos, concernentes a diversidade de concepções, e não propriamente de objetos distintos, distinguindo uma “concepção privatística e uma concepção publicística do direito” (BOBBIO, Norberto. *Dalla Struttura alla Funzione*. Milano: Edizioni de Comunità, 1977, p. 155 e segs). Kelsen reputava essa dicotomia “funestíssima” (KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Trad. Luis Legaz y Lacambra. México: Editora Nacional, 1965, p. 105), não tendo faltado quem a considerasse reveladora do caráter de cada ordenamento jurídico (RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del Derecho*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1952, p. 169).

opostas e não convergentes, como as antinomias entre logicismo e finalismo; axiologismo e normativismo; e mesmo entre sociologismo e formalismo, de modo geral⁶⁹. A persistência desses dualismos talvez diga algo sobre a tendência conceitual dos juristas, sempre apegados a distinções. É bem possível, acrescenta Nelson Saldanha, que haja em tais dualismos uma implicação metafísica, que se vincula a arquétipos e a peculiares modos de pensar⁷⁰.

A lógica bivalente, que apoia sua visão do mundo em uma constante bipartição de categorias opostas, parece encontrar seu fundamento último no princípio da não-contradição, formulado por Aristóteles. De fato, sendo impossível que algo tenha e não tenha uma determinada característica ao mesmo tempo, é fácil concluir que, para cada fenômeno observado, teremos sempre, pelo menos a princípio, duas categorias opostas, de acordo com o ângulo de análise: a dos que têm, e a dos que não têm essa característica determinada.

A lógica tradicional aristotélica dominou, durante séculos, o padrão mental dos estudiosos⁷¹. Essa lógica formal, baseada sobretudo na teoria do silogismo, perpassou toda a Idade Média sem sofrer modificação ou progresso importante. Kant, ainda na segunda metade do século XVIII, falava na lógica formal como uma ciência que já se completara dois mil anos atrás, o que dá bem a dimensão da estagnação, ou falta de dinamismo, da matéria⁷².

Talvez possamos afirmar que a utilização compulsória de estruturas duais redundam em brechas conceituais, que comprometem o resultado do conhecimento. Pode-se argumentar que os dualismos, se impostos como expedientes necessários de apreensão da realidade, tornam-se um mecanismo limitador do conhecimento. Entretanto, observe-se que a crítica não se dirige às classificações duais em si mesmas, por vezes adequadas e satisfatórias. Dirige-se à tendência de querer encaixar dentro de certas categorias fenômenos que absolutamente não aceitam tão simples solução.

Convém ajustar o foco, centrando análise na ambiência que cercou os lícitos e ilícitos como categorias duais na literatura civilística. No Brasil, o ilícito não se desenvolveu, gerando monografias e discussões, como os atos lícitos de ordem civil. Estes atingiram notável grau de refinamento teórico, suscitando e resolvendo questões que surgiam do aprofundamento dos debates. Tamanha foi a dimensão do fenômeno, que o nosso direito positivo definiu ato jurídico como ato lícito, eclipsando a

⁶⁹ A contraposição entre idealismo e realismo é muito forte, e sob certo aspecto também resume as demais. Nesse sentido, Jaime M. Mans Puigarnau (PUIGARNAU, Jaime M. Mans. *Hacia una Ciencia General del Derecho*. Barcelona: Bosch, 1962, p. 73) chega a dizer que toda a história do pensamento jurídico desde o século dezoito até a atualidade se reduz a uma intermitente escolha entre a ideia e a realidade, entre racionalidade e historicidade. Aliás, é sintomático o índice do livro citado – Jaime M. Puigarnau (PUIGARNAU, Jaime M. Mans. *Hacia una Ciencia General del Derecho*. Barcelona: Bosch, 1962) – todo ele baseado em classificações dicotômicas: direito e moral; direito e justiça; monismo e dualismo; idealismo e realismo; direito natural e positivo; direito objetivo e subjetivo; direito público e privado e “outras manifestações do dualismo jurídico”.

⁷⁰ SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 77-78.

⁷¹ Para Pontes de Miranda tal persistência foi extremamente perniciosa, retardou uma série de avanços científicos. Pontes via no aristotelismo uma física infantil, “entismo” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1967, t. I, p. 51).

⁷² QUINE, Willard Van Orman. *O sentido da nova lógica*. Curitiba: Ed. da UFPR, 1996, p. 16.

categoria dos ilícitos, como ato jurídico gerador de efeitos civis. O individualismo jurídico era muito bem representado pelas três liberdades básicas do direito civil: liberdade de contratar, de ser proprietário e de testar⁷³.

Construiu-se, em relação aos lícitos, vigorosa doutrina, que atravessou ativamente a história do direito civil. Baseada fundamentalmente na autonomia privada, estabeleceu que as pessoas tinham uma esfera de condução dos próprios interesses ao abrigo de ingerências estranhas, e que poderiam, contratando, preencher esse *branco* deixado pelas normas. Trata-se, obviamente, de concepção de forte inspiração liberal, sem falar que a noção de autonomia privada hoje é vista de modo muito diverso da visão dos séculos passados. Hoje a proteção ao contratante vulnerável se incorporou não só às pautas decisórias como também ao nosso modo de pensar⁷⁴.

Mas é significativo sublinhar o exaustivo trabalho havido, de um lado, de construção de conceitos e categorias tendentes a explicar a realidade dos atos lícitos, e a praticamente nenhuma preocupação com os atos ilícitos, que, paralelamente aos lícitos, povoam o mundo civil. É pertinente averbar a profunda diferença entre as duas categorias, sob o prisma teórico. Com os lícitos, avultam livros, monografias, toda espécie de comunicação científica tendente a divulgar e discutir os aspectos atinentes ao tema. Assim, são fartas as menções aos pressupostos dos atos jurídicos lícitos, ao eterno debate entre as teorias da declaração e a da vontade, aos elementos essenciais e acidentais dos atos jurídicos, à questão da capacidade, da boa-fé, etc.

Os ilícitos foram relegados a um plano secundário, sem um estatuto teórico ou unidade lógica de pensamento, e as referências genéricas repetiam os pressupostos do ilícito indenizante, reforçando conceitos de culpa e dano. No Brasil, tratados e manuais de direito civil apresentaram os ilícitos civis como categoria sem maior profundidade de investigação, com a eficácia indenizante, desde que presentes as notas clássicas de *culpa* e *dano*.

Talvez a ausência de interesse se explique pela identificação surgida entre o gênero (os ilícitos civis) e uma espécie (o ilícito indenizante). Sempre que se falava no tema, invocava-se essa espécie, e tudo que fosse característica sua, atribuía-se, em descabida generalização, à classe, ao gênero ilícito. E como essa espécie é geradora de responsabilidade civil, nasceu outra identificação: ilícito civil é igual à responsabilidade civil. Cremos, porém, que a responsabilidade é efeito de *uma* espécie de ilícito. E mais ainda: pode haver responsabilidade civil que se origina de atos lícitos. Nada justifica tratamento conjunto de realidades distintas. As relações entre as categorias, ainda que comuns, são eventuais e episódicas, e não permanentes e necessárias.

Em síntese, o ilícito civil costuma ser pensado conjuntamente com a responsabilidade civil,

⁷³ STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*. Madrid: Briz, 1959, p. 20. Também: BARCELLONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta, 1996, p. 115.

⁷⁴ DIEZ-PICAZO. *La doctrina de los propios actos – Un estudio critico sobre a jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona: Bosch, 1963; MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoria General*. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 263 e seguintes.

que é apenas uma das modalidades possíveis de sua eficácia. Não surgiu a preocupação, em pesquisas monográficas, de teorizar o tema – como classe autônoma e de inegável importância de fatos jurídicos. Sintomático do abandono teórico a que foi relegada a matéria é o fato de que uma perspectiva adequada de análise tenha partido de um processualista, e não de um civilista, para usar as gastas e ambíguas qualificações tradicionais. Assim, Marinoni, argutamente, clamou pelo aprofundamento do estudo do conceito de ilícito civil⁷⁵.

Aliás, em relação ao conceito de ilícito civil, não é exagero dizer que, em certo sentido, o processo civil está mais avançado que o direito civil brasileiro. Nota-se, nesse contexto, em outras áreas - que não propriamente o direito civil-material -, saudável abertura científica a um conceito amplo (e exato) de ilícitos. Fredie Didier, por exemplo, adota para o processo civil brasileiro um conceito de ilícito que os classifica a partir de seus efeitos: indenizativos, caducificantes, invalidantes e autorizantes⁷⁶.

5. OS ILÍCITOS CIVIS NA TRADIÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA

A tradição legislativa brasileira, em relação aos ilícitos, tem seu ponto de partida com o Código Civil de 1916. As menções anteriores são esparsas e sem organicidade. O Brasil muito teria ganho se tivesse convertido em lei o *Esboço* de Teixeira de Freitas. Pontes de Miranda contextualiza: “Teixeira de Freitas foi, no século XIX, o gênio do direito civil na América. A *Consolidação das Leis Civis*, cujas notas são magníficas fontes de doutrina, e o *Esboço do Código Civil* representam o que melhor se tinha, em direito civil, em toda a América. Foi o inspirador dos Códigos civis americanos que apareceram dois de 1860 e – se bem que superior ao Código Civil de 1916 – foi esse projeto malogrado para o Brasil e bem-sucedido fora dele, na Argentina, no Uruguai, no Paraguai. Muitas disposições que se acham no *Bürgerliches Gesetzbuch* e no *Zivilgesetzbuch* acham-se nele, talvez sem que o soubessem os novos legisladores”⁷⁷.

Não que tudo tenha se perdido. Não só outros países adotaram o trabalho doutrinário realizado por Teixeira de Freitas, como o Brasil, no Código Civil de 1916, valeu-se de muitas das inovações que constavam no *Esboço*. Pontes de Miranda chega a dizer que em tudo que o Código de 1916 inovou relativamente ao que tínhamos antes – legislativamente e doutrinariamente –, o *Esboço* foi a fonte principal⁷⁸.

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 112.

⁷⁶ Fredie Didier contextualiza e explica sua trilha: “Adota-se, aqui, a classificação dos ilícitos feita por Felipe Peixoto Braga Netto, que, embora baseada na obra de Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello, avança em relação a essas” (DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 1. São Paulo: Juspodivm, 2025, p. 529 e seguintes).

⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 63.

⁷⁸ Assim, “das aproximadamente 1.929 fontes do Código Civil, ao direito anterior pertencem 479, à doutrina já vigente antes do Código Civil, 272, e ao *Esboço* de Teixeira de Freitas, 189. Isto quer dizer: em tudo que se alterou,

Aliás, talvez caiba aqui uma breve digressão, com sabor histórico. Uma ligação entre o Projeto de Atualização do Código Civil e o Esboço de Teixeira de Freitas. O tema tem relação com a responsabilidade pelo fato da coisa. Há, no Projeto, um relevante artigo, que é o 936-A. A norma tem a seguinte redação:

“Art. 936-A. O proprietário ou o guardião será responsável, independentemente de culpa, pelo dano causado pela coisa, salvo se demonstrado que ela foi usada contra a sua vontade, fato exclusivo da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior. Parágrafo único. Considera-se guardião, para os fins do disposto no *caput*, quem exerce, por si ou por terceiros, o uso, a direção e o controle da coisa, ou quem dela obtém um proveito”.

Não temos, no direito brasileiro atual, uma norma geral relativa à responsabilidade por fato da coisa. Já se percebeu que, “na verdade, o legislador de 2002, na matéria, pouco fez além de repetir, com pequenas modificações, a disciplina do Código de 1916. Aguiar Dias, por exemplo, já houvera percebido a aparente falta de lógica em responsabilizar, topicamente, certos casos de responsabilidade pelo fato da coisa (animais, ruínas ou coisas caídas de edifícios), e não responsabilizar outros”⁷⁹. Se aprovada a proposta, passaremos a ter uma previsão genérica da responsabilidade pelo fato da coisa (art. 927, III e art. Art. 936-A) – tal como ocorre no direito francês.

É uma inovação relevante e promissora. Na França, essa previsão permitiu um fecundo desenvolvimento da responsabilidade civil, com generosos resultados. Aliás, ninguém desconhece que o Código Civil francês difundiu um modelo cultural para o mundo ocidental⁸⁰. No Brasil, só temos, hoje, previsões específicas com resultados limitados – arts. 937 e 938 do Código Civil. São normas de importância menor em virtude de suas restrições temáticas. Não podem ser usadas para os danos vinculados a tecnologias digitais, por exemplo.

Como mencionamos, a doutrina francesa construiu a teoria da guarda da coisa a partir de determinado artigo do Código (art. 1.384, do Código Civil francês). Aliás, o art. 1.384, do Código de Napoleão é um bom exemplo a ser lembrado para aqueles que desconfiam dos poderes (imensos) da interpretação. Esse artigo ficou esquecido no Código de Napoleão por mais de um século. Até que a sensibilidade arguta de autores como Josserand e Saleilles impulsionaram a reconstrução do sentido

foi o *Esboço* a fonte principal” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 93).

⁷⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Curso de Direito Civil. V. 3. Responsabilidade Civil*. São Paulo: Juspodivm, 2025, p. 708; AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 462.

⁸⁰ Eugênio Facchini Neto, em culto artigo sobre as origens históricas do direito francês, anota em rodapé acerca do Código de Napoleão: “Do direito romano proveio praticamente todo o direito obrigacional, direito de vizinhança, direito testamentário e disciplina dos bens dotais. Na área do direito de família e sucessões, a influência predominante foi a consuetudinária – tendo por base especialmente o *Coutume de Paris*. No conjunto, a influência dos costumes germânicos foi muito grande, a ponto de, paradoxalmente, se poder dizer que ‘o código, geralmente considerado a codificação mais importante dos sistemas jurídicos romanistas, conserva um maior número de elementos germânicos do que o próprio Código Civil alemão’, por ter sido este baseado largamente sobre o direito romano estudado nas universidades – é a constatação feita por Zweigert e Kötz (1992, p. 108), bem como por David e Jauffret-Spinosi (2002, p. 45), citando texto de Raymond Saleilles de 1904. No mesmo sentido opina Van Caenegem (2003, p. 11)” (FACCHINI NETO, Eugênio. *Code Civil francês. Gênese e difusão de um modelo. Revista de Informação Legislativa*. Ano 50 Número 198 abr./jun. 2013, pp. 59-88, p. 68).

da lei, e esse artigo, até então de escassa valia, serviu como base normativa para o desenvolvimento da teoria da guarda da coisa inanimada⁸¹.

O episódio evidencia algo que os estudos mais recentes têm frisado: a interpretação é uma atividade complexa, na qual a lei, embora relevante, é apenas o ponto de partida. Aliás, a maior parte dos avanços da responsabilidade civil ocorreu no silêncio da lei. Isto é, são avanços que vieram não da lei, mas da doutrina e da jurisprudência (assim foi com a teoria do risco, com a teoria do abuso de direito, e até com a responsabilidade civil do Estado). A responsabilidade civil, historicamente, tem certa vocação para o novo, essa flexibilidade para incorporar certas necessidades sociais antes que o legislador o faça, o que não significa que em certos períodos históricos o legislador não possa ou não deva oferecer novas normas à sociedade, mais atuais e adequadas. Que permitam novos e generosos avanços.

O art. 936-A do Projeto é norma com amplas possibilidades hermenêuticas – inclusive, repita-se, no campo das tecnologias digitais. Já no que se refere aos temas tradicionais possivelmente abarcados pelo art. 936-A, há tempos o STJ considera solidária a responsabilidade do dono do veículo, que responderá juntamente ao condutor – pouco importa se o transporte é oneroso ou gratuito (mesmo o empréstimo do carro para um amigo atrai a responsabilidade civil para quem emprestou). Teremos, se aprovada a norma, base normativa para outras construções, sobretudo nos temas e desafios advindos do universo digital.

A condição de guardião, além do mais, está vinculada ao comando intelectual da coisa, sua direção ou controle, não sendo necessário – no contexto da teoria da guarda da coisa – que haja o comando material. A expressão “salvo se demonstrado que ela foi usada contra a sua vontade” (art. 936-A do Projeto) servirá para evitar injustiças evidentes, e consta em normas de outros países. A expressão não funcionará, esperamos, como freio impeditivo do avanço jurisprudencial na matéria. No que se refere às excludentes, seria mais adequado falar em fortuito externo do que em “caso fortuito ou força maior”, mas isso é um ponto menor, puramente terminológico.

O elogiado Código Civil argentino de 2015 (art. 1758) parece ter sido a inspiração imediata para a redação do Projeto:

“Sujetos responsables. El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta”.

⁸¹ Saleilles, a propósito, já na fase mais madura, menos combativa, de sua obra, reinterpretava o art. 1.384 do *Code* para dele extrair todo o fundamento da teoria do risco, no que foi acompanhado por boa parte da doutrina e da jurisprudência francesas. Josserand, ao contrário, justiça seja feita, sempre fundou seu sistema de responsabilidade objetiva – baseado no risco – no art. 1.384 do Código Civil francês.

A respeito da tradição argentina relativa aos códigos civis, convém lembrar que ela dialoga – historicamente falando – com a literatura civilística brasileira do século XIX. O Código Civil argentino – não o atual, mas o anterior, de 1869, elaborado por Vélez Sarsfield, professor da Universidade de Córdoba, que antes já havia elaborado o Código Comercial – foi confessadamente inspirado no esboço de Teixeira de Freitas⁸² – além, naturalmente, de outras fontes, doutrinárias e legislativas. Aliás, Teixeira de Freitas – conhecido na Argentina como Freitas, e sempre louvado por Pontes de Miranda como o mais genial dos nossos juristas⁸³ – criou, em seu Esboço de 1865, um título denominado: “Do dano causado pelas coisas inanimadas”. E, no art. 3.960, estatuiu: “Quando de qualquer coisa inanimada resultar dano a alguém, seu dono responderá pela indenização, a não provar que de sua parte não houve culpa.” Isto é, propôs, lá atrás, uma norma geral para a responsabilidade pelo fato da coisa – o que até hoje não tivemos.

Há, portanto, no Projeto, uma curiosa e fecunda circularidade histórica, um diálogo cultural que remonta às nossas origens com o notável esboço legislativo de Teixeira de Freitas. Tão inovador foi o *Esboço* de Teixeira de Freitas que se tivesse virado lei a discussão sobre o abuso de direito teria ocorrido com mais de um século de antecedência no Brasil⁸⁴. Em relação ao *Esboço*, Pontes de Miranda escreveu sobre a tentativa legislativa:

“Confiou-se a missão, em 1855, a Teixeira de Freitas, jurisconsulto de grande saber, independência e originalidade. Em 1857, concluiu-se a obra *Consolidação das leis civis*, ampla, erudita, fiel, em que se casam o espírito de organização e a técnica codificadora, de modo a constituir admirável construção, com os mais esparsos e infirmes elementos legislativos então

⁸² Nesse contexto, de fato, “Teixeira de Freitas foi mais conhecido na Argentina do que no Brasil, por conta dos juristas daquele país usarem seus escritos para a exegese do Código Civil de 1869. Ademais, por ele ter tentado na prática a unificação das obrigações civis e comerciais em um único código – ideia esta adotada no Código Civil italiano de 1942 –, e também por ele ter sido um romanista nas Américas, houve um resgate de sua vida e obra na Itália. Embora ele tenha recebido tributo logo após sua morte, incluindo a encomenda de escultura pelo Instituto dos Advogados do Brasil, e menções honrosas a seu trabalho por Clóvis Beviláqua, Pontes de Miranda, Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes, Moreira Alves e Miguel Reale, é certo que, desde a edição da famosa biografia escrita por Silvio Meira em 1983, por conta do centenário do falecimento de Teixeira de Freitas, cresceu o interesse e a reverência por ele nos últimos anos”. (TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A contribuição de Teixeira de Freitas para a responsabilidade civil. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; MORSELLO, Marco Fábio; ROSENVALD, Nelson. *Protagonistas da responsabilidade civil*. Indaiatuba: Iberc/Foco, 2022, p. 5-6).

⁸³ Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda – singulares, cada um a seu modo – são tidos por muitos estudiosos como os maiores juristas que tivemos. A respeito há uma curiosa observação: “Para lhes dar mais uma faceta de Victor Nunes Leal. O Victor gostava de tiradas, e ele dizia o seguinte: ‘O Brasil, o direito brasileiro tinha uma característica. Seus dois maiores juristas: um morreu louco e o outro nasceu louco. Teixeira de Freitas: morreu louco. Pontes de Miranda: nasceu louco’. (...). Pontes foi um estudioso do direito até a última hora. Pontes tinha uma concepção da fenomenologia jurídica... Ele compreendia o direito como um todo. E ele sabia pensar, ele sabia construir... A dialética dele é um ponto altíssimo, porque ele forma o seu raciocínio por meio de ideias que, na cabeça dele, vivem duelando uma com as outras. Ele tem independência. Ele não recua, ele não é ‘Jeca Tatu’, ele não fica com medo da coisa dita em língua estrangeira. Ele diverge de quem tiver para divergir (...). Pontes de Miranda conseguiu ver e conseguiu imaginar. Tanto é que a solução que não está em outros autores, você vai ver, está nele. Você pode até discordar, mas está nele. Ele pensou e ele imaginou. (...). Agora, você fica encantado como é que uma pessoa sabia tanto! Como é que ele pensa! O homem pensa! Ele não se preocupa em ser muito explícito nem didático. Ele tem páginas lindíssimas e páginas da mais grosseira mistificação. Por quê? Você vai descobrindo que Pontes de Miranda é um homem, apesar de ser um gênio” (BERMUDES, Sergio. *RTDC*, v. 32, out./dez. 2007, Diálogos com a Doutrina, p. 287-288).

⁸⁴ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A contribuição de Teixeira de Freitas para a responsabilidade civil. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; MORSELLO, Marco Fábio; ROSENVALD, Nelson. *Protagonistas da responsabilidade civil*. Indaiatuba: Iberc/Foco, 2022, p. 17.

vigentes e oriundos de 1603 a 1857”⁸⁵.

5.1. Os ilícitos civis no Código de 1916

Não é exagero afirmar que os códigos civis, através dos ciclos históricos, foram tradicionalmente vistos como amplas catedrais conceituais, majestosas e colossais. Mais ainda: como o *locus* de reunião do saber jurídico de determinada época, uma espécie de súpula da evolução jurídica de um povo. Talvez por isso o direito civil tenha sempre sido orgulhoso do seu passado – historicamente rico e talhado em forte base conceitual. O Código Civil de 1916 é um belo Código forjado pela sabedoria didática de Clóvis Beviláqua, que construiu algo característico, nacional. Pontes de Miranda dizia que era um Código mais para as faculdades de direito do que para a vida⁸⁶. Seja como for, traz as marcas de seu tempo, impossível que não trouxesse.

Vejamos, especificamente, a questão dos ilícitos civis.

Uma das mais conhecidas associações, que se faz a respeito dos ilícitos, diz respeito aos efeitos por eles produzidos. De fato, sempre que se pensa em ilícito civil, relaciona-se, quase que intuitivamente, o dever de indenizar, como eficácia naturalmente produzida. Essa visão se fortaleceu entre nós tendo como pano de fundo a definição de ilícito do Código Civil de 1916, que relacionou, de forma peremptória, ilícito ao dever de indenizar, como eficácia supostamente única (CC, art. 159: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”)⁸⁷. Trata-se de norma jurídica de saber clássico, tradutora do mais conhecido perfil da responsabilidade civil, presente em vários sistemas jurídicos. A utilidade de uma disposição desse teor evidencia-se pela presença em praticamente todos os ordenamentos, a exemplo do Código Civil Alemão (art. 823, B.G.B.), Código Civil Italiano (arts. 2.043), Código Civil Português (art. 2.398), Suíça – Código Federal das Obrigações – (art. 41), Espanha (art. 1.092), Áustria (art. 1.295). No Brasil, a noção de culpa no art. 159 do Código Civil de 1916 foi

⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 80.

⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 86-87.

⁸⁷ Trata-se, por certo, da mais conhecida cláusula geral do direito privado brasileiro, a cláusula geral da responsabilidade civil subjetiva (CC/1916, art. 159; CC/2002, art. 186). De toda sorte, e sem embargo das múltiplas críticas que se lhe possam ser feitas – no sentido de pretender esgotar o conceito de ilícito civil (não esgota) – é certo que o art. 186 do Código Civil é superior a outros modelos legislativos, como por exemplo o alemão. Aliás, o próprio BGB, tido como uma codificação tecnicamente esmerada, inseriu o ilícito civil na parte especial, no direito das obrigações, e não na parte geral, como fez o Código Civil brasileiro. Outrossim, o BGB optou (§ 823) por uma descrição tarifada dos bens jurídicos que, violados, ensejariam ilícitos, numa técnica inferior àquela adotada pelo Código Civil brasileiro, que se valeu de cláusulas gerais (arts. 186 e 187). A propósito, por incrível que possa parecer a um observador estrangeiro, no ordenamento alemão *não* se indenizam danos de caráter exclusivamente patrimonial (*reine Vermögensschäden*). Apenas o que eles chamam de “bens jurídicos absolutos” (*absolute Rechtsgüter*), que foram mencionados em modelo casuístico na lei (propriedade, integridade física e liberdade pessoal). Há, é verdade, uma tímida cláusula de abertura que menciona “demais bens jurídicos” (*sonstige Rechte*). Porém a jurisprudência alemã sempre interpretou de modo restrito esse conceito jurídico indeterminado.

introduzida pelo Senado Federal⁸⁸.

A disposição do Código Civil de 1916 foi interpretada como se esgotasse os ilícitos no direito civil. A doutrina poderia ter investigado e concluído que outros ilícitos existiam além da definição legal, mas isso não aconteceu devido a uma convicção de que a opção legislativa estava correta. A visão doutrinária foi restritiva, focando que a matéria se limitava à responsabilidade civil. Clóvis Beviláqua, durante a elaboração do Código Civil de 1916, argumentou contra a inclusão dos ilícitos num título único, acreditando que faltava "a necessária amplitude conceitual". Essa posição, embora vencida na redação do Código, refletia a mentalidade da época, que não via os ilícitos civis como uma questão que suscitasse cogitação teórica mais aprofundada.

A experiência jurídica contemporânea refuta a identificação entre ilícito e responsabilidade civil, pois esta é um efeito, não uma causa. Essa associação tradicional induz a análises equivocadas que turva o fato jurídico que origina o dever de indenizar. Uma abordagem restrita à responsabilidade civil ignora as eficácias não indenizantes dos ilícitos civis. A responsabilidade civil é efeito de certos ilícitos civis, e nem todos os ilícitos civis resultam em responsabilidade civil, de modo que uma abordagem conjunta e monolítica não se justifica, devido às diferenças significativas existentes entre cada figura jurídica.

No direito dos oitocentos, cujo paradigma legislativo foi tão bem traduzido pelo nosso Código Civil de 1916, os ilícitos já não ostentavam *apenas* a eficácia indenizante. Essa foi uma falha de perspectiva advinda do apego ao literalismo do Código. Existiam então – como ainda hoje existem – ilícitos com efeitos que consistem em autorizações, ou ilícitos que implicam na perda de direitos em relação a quem os praticou. Por outro lado, o dever de indenizar pode resultar de ato lícito. O dever de indenizar resultante de ato praticado em estado de necessidade não importa em resultante de ato ilícito, porquanto a contrariedade ao direito foi pré-excluída. Assim, “há indenizabilidade – excepcionalmente, é certo – que não resulta da ilicitude. Reparam-se danos que se causaram sem que os atos, de que resultaram, sejam ilícitos”⁸⁹.

Conquanto a maioria dos ilícitos civis resulte em dever de indenizar, isso não deve ocultar outras espécies de ilícitos. A eficácia indenizante não abrange todas as possíveis eficácias dos ilícitos civis, evidenciando a inadequação do critério clássico. Não há uma relação necessária entre ilícitos civis e dever de indenizar, pois este dever é uma eficácia de uma espécie específica de ilícito. A falta de aprofundamento teórico está relacionada à definição de ato ilícito do Código Civil de 1916, levando a doutrina a uma atitude de reverência ao conceito legal, sem avançar na análise sistemática jurídica pertinente.

A análise da jurisprudência não conduziu a doutrina brasileira a uma teorização acerca dos

⁸⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 162.

⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, T. LIII, p. 197.

ilícitos. Sem embargo de quase um século de vigência do nosso Código Civil de 1916, as análises mantiveram-se basicamente as mesmas, desde o início do século passado até o início do nosso século. O panorama teórico dos ilícitos, grosso modo, apresenta-se como uma vasta coleção de fatos empíricos apenas frouxamente ligados pela teoria. Houve, assim, certa paralisação teórica, um ambiente teoricamente morno, sem discussões significativas. Aliás, a matéria sempre se ressentiu de grave desvio de perspectiva, consistente em tratar dos ilícitos em conjunto com a responsabilidade civil. É preciso frisar que os temas, pertinentes à responsabilidade, não guardam necessária relação com os temas relativos aos ilícitos civis⁹⁰.

5.2. Os ilícitos civis no Código de 2002

O Código Civil de 2002 se referiu aos atos ilícitos por intermédio de duas cláusulas gerais. O art. 186 prevê: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. O art. 187 complementa: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Consagrou-se, com esse dispositivo, a teoria do abuso de direito, velha conhecida da doutrina e jurisprudência, cuja caracterização como ilícito, todavia, era polêmica⁹¹. O Código Civil, mais adiante, estatui no art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (lembrando que o suporte fático e o preceito – determinação de efeitos – de determinada norma podem não estar no mesmo dispositivo legal, como é o caso). É fácil perceber que o Código Civil de 2002, se interpretado literalmente, conduz à conclusão que a única eficácia possível, derivada do ilícito civil, é a obrigação de indenizar os danos causados.

Esse ponto da vinculação entre ilícito civil e dever de indenizar, porém, já foi abordado em outros pontos deste artigo. Cremos que convém, neste tópico, destacar aquela que foi a grande inovação do Código Civil de 2002 em relação aos ilícitos, o art. 187 – consagrando legislativamente o abuso de direito como ilícito civil entre nós.

O Brasil não conhecia, em termos legislativos, a categoria do abuso de direito, pelo menos com a generalidade posta no Código Civil de 2002. A jurisprudência, de qualquer sorte, consagrava a

⁹⁰ Mesmo numa perspectiva puramente ressarcitória – e oposta a adotada nesse trabalho – é possível perceber a tendência ao abandono da categoria clássica do ilícito extracontratual em oposição ao ilícito contratual, em favor de uma nova figura, de maior abrangência, denominada, por Grant Gilmore, de *contort* (*The Death of Contract*. Columbus: Ohio State University Press, 1974).

⁹¹ O art. 187 está informado pela ideia de relatividade dos direitos. Isto é, os direitos flexibilizam-se mutuamente; não há direito isolado, mas dentro do corpo social, onde outros direitos convivem. Pontes de Miranda observou que “repugna à consciência moderna a ilimitabilidade no exercício do direito; já não nos servem mais as fórmulas absolutas do direito romano” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, T. LIII, p. 62). Interessante observar que Pontes de Miranda sustenta, convictamente, que o abuso de direito já estava consagrado pelo Código Civil de 1916 – o que nos parece correto. Pontes chega a dizer que a vitória da teoria do abuso de direito no Código Civil de 1916 foi “completa” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 161).

categoria, impedindo o exercício abusivo de uma faculdade jurídica. Barbosa Moreira, falando sobre o abuso de direito, pondera: “Aliás, conforme tantas vezes aconteceu na história das instituições jurídicas, a elaboração doutrinária foi precedida da atuação dos tribunais: a jurisprudência, notadamente na França, adiantou-se à ciência”⁹². Adiante, cita o exímio jurista caso clássico, examinado pela jurisprudência francesa no início do século XX, relativo ao construtor de balões dirigíveis, cujo vizinho – decididamente um espírito malicioso – fez construir, em seu terreno, altas e finas torres de madeira com o só propósito de danificar os dirigíveis que se alçavam ou aterrissavam. A jurisprudência francesa, em todas as instâncias, não aceitou o argumento do agressor de que poderia usar a propriedade como melhor lhe aprouvesse, sendo certo que inexistia utilidade ou interesse do proprietário na manutenção das torres.

Toda utilização de um direito, portanto, que ultrapassar os limites do razoável, orçando pelo abuso, pelo perturbador, traz em si, de forma insofismável, a pecha da oposição aos valores que permeiam o sistema do direito civil brasileiro⁹³. Será, nesse contexto, contrário ao direito o ato ou a omissão que implicar um *estorvo social incompatível* com a dimensão do direito fruído. Convém sempre lembrar que a eficácia do abuso de direito (Código Civil, art. 187) não é apenas indenizante. Outras dimensões de eficácia podem surgir, e frequentemente surgem.

A teoria do abuso de direito somente surgiu no final do século XIX, como superação de concepções individualistas que entendiam o direito subjetivo como poder da vontade e expressão maior da liberdade individual e, assim, ilimitado. A teoria do abuso de direito resulta – como nota Orlando Gomes – de uma *concepção relativista* dos direitos⁹⁴. Aliás, os conceitos funcionais aparecem, com frequência, nas mais diversas searas jurídicas, sendo nota indissociável do direito contemporâneo. Desde a clássica obra de Bobbio, sublinhando a necessidade do abandono de uma concepção puramente estrutural em favor de uma postura funcional⁹⁵, é evidente a importância de semelhante perspectiva. Há uma tendência difusa, porém perceptível, no direito contemporâneo, de tolerar cada vez menos a dimensão puramente formal dos conceitos. Aliás, conforme ponderou Wieacker, umas das notas próprias do Estado Social é a relativização dos direitos, à luz de sua função social⁹⁶. Atualmente,

⁹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Abuso de direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 13, p. 97-110, jan/mar, 2003.

⁹³ A bibliografia sobre o tema é riquíssima. Citemos, em caráter exemplificativo, algumas obras específicas, começando pelas clássicas: JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Temis Librería, 1927; JOSSERAND, Louis. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Bogotá: Temis Librería, 1982; BUSTAMANTE, Lino Rodríguez-Arias. *El abuso del derecho*. Buenos Aires: EJE, 1971; CUNHA DE SÁ, Fernando. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997; MARTINS, Pedro Batista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997; CUNHA LUNA, Everardo da. *Abuso de direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1988; SESSAREGO, Carlos Fernandez. *Abuso del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1992; VALLADÃO, Alfredo. *O abuso do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996; CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do direito*. Curitiba: Juruá, 2005; JORDÃO, Eduardo. *Abuso de direito*. Salvador: Juspodivm, 2006.

⁹⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 131.

⁹⁵ BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

⁹⁶ Franz Wieacker assinala as três características que, a seu juízo, apontam para uma evolução no sentido de um Estado Social: a) a relativização dos direitos privados pela sua função social; b) a vinculação ético-social destes direitos; c) o recuo perante o formalismo do sistema de direito privado clássico do século dezenove. (WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967, p.

mercê da força, no direito atual, das diretrizes constitucionais pertinentes, é algo fora de dúvida que a utilização de um direito não pode se prestar a fins opostos àqueles que orientaram seu nascimento, nem tampouco podem colidir com princípios maiores, se em choque⁹⁷.

Por exemplo, o produto adequado, ao qual o fornecedor está obrigado, não é, apenas, aquele que cumpra as normas técnicas pertinentes. Vê-se que o direito atual vai além: para que o produto seja escoreito, livre de vícios, ele *deve ser adequado ao fim a que se propõe*. Funcionaliza-se, assim, o conceito de produto, evidenciando-se a insuficiência de se respeitar, estática e estruturalmente, as regras a ele aplicáveis. É necessário que ele satisfaça o consumidor, nos fins a que se propôs. O fornecedor, seja ele público ou privado, *deve* qualidade, segurança, presteza, adequação, pontualidade etc.

A funcionalidade, um conceito social que comporta certa dose de fluidez e que se concretiza casuisticamente segundo *standards* valorativos consensuais, é inegavelmente útil. No campo negocial, a boa-fé objetiva exerce, dentre outras, função de controle, a servir como mecanismo operacional para obstar condutas abusivas, antes, durante ou depois da relação negocial. Nesse contexto, o *ilícito funcional* surge do exercício dos direitos. Não haveria, a princípio, contrariedade ao direito, porquanto o ato não figura entre aqueles vedados pelo ordenamento. A contrariedade advém de uma distorção funcional, ou seja, o direito é exercido em descompasso com os padrões aceitos como razoáveis (a teoria do abuso de direito permite vislumbrar uma via intermediária entre o permitido e o proibido, trazendo maior fluidez conceitual para o ilícito civil, o que é positivo)⁹⁸.

A cada direito, conferido pelo sistema, corresponde um perfil, mais ou menos nítido, que fornece as proporções de sua utilização. Se ocorre um desvio no perfil objetivo do direito, cessa a tutela e passa a haver uma situação contrária ao direito. Os padrões ético-sociais de comportamento, devidamente contextualizados, aliados às circunstâncias do caso, definirão quando uma conduta ultrapassa os limites do aceitável, timbrando-se como ilícita. O direito contemporâneo repudia a utilização arbitrária, caprichosa ou inconsequente das situações jurídicas. Toda ação secundada em norma jurídica está condicionada à sua projeção social, onde certamente encontrará outras ações, igualmente amparadas, entre as quais deve haver uma mútua flexibilização. Isso implica, por óbvio, uma análise menos formal. Sempre que os limites, socialmente aceitos, forem ultrapassados, dando lugar a situações geradoras de perplexidade, espanto ou revolta, decorrentes do exercício de direitos, a resposta do ordenamento só pode ser uma: a repulsa ao agir abusado, desarrazoado⁹⁹.

624).

⁹⁷ Pontes de Miranda, desde o início do século passado, vigorosamente se punha contra o conteúdo despótico no exercício dos direitos subjetivos, antecipando, em longas décadas, o conceito de função social da propriedade e dos contratos: “Tampouco se definiria o direito subjetivo como poder de mandar, de impor, de comandar. Aos séculos de pontiagudo individualismo foi grata tal concepção, que pôs o indivíduo no lugar dos déspotas. O ‘meu’ direito (subjetivo) significava a minha força, o meu poder, a minha violência, sucedâneos da força, do poder, da violência do príncipe” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da Ação Rescisória*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 10).

⁹⁸ ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Código Civil comentado*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 284.

⁹⁹ Nos primeiros tempos da teoria do abuso de direito, os juristas, habituados a idolatrar a culpa, encaravam com

É um ilícito que nasce da *função* dos direitos. Ou, melhor dizendo, da *disfunção* dos direitos.

O *ilícito funcional* opera como uma *cláusula geral da ilicitude* – uma das mais ricas do Código Civil – destinada a manter o exercício do direito nos limites socialmente toleráveis. Tem aplicação ampla, em qualquer setor da experiência jurídica. Há, assim, no sistema do direito civil, uma *espécie ilícita aberta* que se manifesta no exercício dos direitos¹⁰⁰. O direito subjetivo, em nossos dias, é *direito-função*, isto é, não pode ser usado para desequilibrar (outras) situações jurídicas legitimamente construídas. Convém lembrar que a questão das *legítimas expectativas* ocupa espaço singularmente relevante nas reflexões e soluções jurídicas atuais.

Parte da doutrina se mostrou, por vezes, refratária à caracterização do abuso de direito como ato ilícito. Ponderava-se que o abuso de direito não seria uma agressão frontal ao direito, e portanto não seria um ato ilícito¹⁰¹. Não cremos, presentes as premissas que vimos desenvolvendo, que a agressão frontal seja uma característica dos ilícitos civis. Tudo depende, com efeito, dos paradigmas teóricos adotados. Se se afasta, do campo da ilicitude civil, as espécies que não se amoldam a certos padrões previamente definidos (*culpa, dano, dever de indenizar, além da previsão expressa*), a discussão como que se encerra, porquanto é impossível dialogar com dogmas.

Se, por outro lado, abrem-se as janelas para uma percepção mais arejada da ilicitude, sem os rígidos espartilhos formalistas, é possível a análise dos ilícitos a partir do sistema em que eles se inserem, iluminados pelos valores e princípios que os circundam. Essa nova atitude, despida de padrões prévios de aferição, possibilita que novos conteúdos semânticos sejam forjados, sem a inflexibilidade sacra da concepção clássica.

Atualmente, é lugar comum a afirmação da relatividade dos direitos. Não existem eles em situação de absoluta harmonia, como romanticamente já se pensou, em ilusão diariamente desmentida pela realidade. Assim, os direitos, porque existem para se realizar socialmente, colidem, entram em choque, superpõem-se, às vezes, dificultando o exato vislumbre de seus limites.

No direito civil (também) é ilícito o ato cujo resultado funcional seja distorcido. Se há desvio funcional no exercício, ainda que esse exercício seja permitido pelo sistema, o ato é ilícito, mercê da repulsa do direito moderno pela utilização abusiva e imoderada dos direitos. Não importa a razão

perplexidade alguém ser responsabilizado sem culpa – seja na teoria do risco, seja na teoria do abuso de direito. Fortaleceu a posição dos que assim pensavam o § 226 do BGB – Código Civil alemão de 1900 –, que estabelece: “É inadmissível o exercício de um direito, quando só possa ter o fim de causar dano a outrem”. Esse dispositivo, de conteúdo absurdamente restritivo, impõe que a vítima do abuso de direito prove que o agressor, ao se exceder no exercício do seu direito, teve apenas o fim de lesar. Ora, se tivesse, além desse, outro fim, já não estaríamos sob a proteção do dispositivo. Pouco tempo depois surge o Código Civil suíço, de 1907, cujo art. 2º dispõe: “Todos são obrigados a exercer seus direitos e executar suas obrigações segundo as regras da boa-fé. O abuso manifesto de um direito não é protegido pela lei”. Tal norma, ao contrário da alemã, perfilha uma concepção objetiva do abuso de direito, embora exija, assim como a brasileira, que o excesso seja manifesto.

¹⁰⁰ Aliás, nosso tão citado art. 187 do Código Civil – claramente inspirado no art. 334 do Código Civil português – tem o inegável mérito de destacar que os ilícitos civis não se esgotam na fórmula tradicional que reúne a culpa, o dano e o dever de indenizar. Apesar disso, cremos que a referida norma não inovou substancialmente o sistema jurídico brasileiro. O exercício abusivo de um direito já não era tolerado, mesmo antes do Código Civil de 2002.

¹⁰¹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 118.

jurídica de atuar. Fundamentalmente, o que é vedado é o agir desarrazoado, desviado de toda consideração social. O direito dos nossos dias repudia a utilização de uma faculdade jurídica em dissonância com sua função social. Não basta, em termos estruturais, ter direito. É fundamental que seu exercício se dê em limites socialmente adequados.

5.3. Os ilícitos civis no Projeto de Lei n. 4, de 2025

O Projeto mantém os conceitos atuais que já temos acerca dos ilícitos. Continuaremos – caso seja aprovado – com aquilo que foi relatado nos tópicos anteriores. Nada disso será perdido. O art. 187 persiste com redação idêntica, sem mudanças. O art. 186 passará a ter a seguinte redação: “Art. 186. A ilicitude civil decorre de violação a direito. Parágrafo único. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, responde civilmente”.

A alteração, literalmente singela, tem admiráveis efeitos na sistematicidade do direito material, pois desvincula o conceito de ilicitude civil do conceito de reparação de danos. A reparação de danos continuará sendo o efeito mais comum da ilicitude civil, sem que seja o efeito necessário e único.

Enfim, com a mudança manteremos os avanços já feitos, e iremos além. Vejamos os pontos que refletem os principais passos dados.

5.3.1. A tutela preventiva do ilícito

O Projeto cria – no Código Civil – uma tutela preventiva do ilícito (destinada a inibir a prática, a reiteração, continuação ou agravamento de ação ou omissão contrário ao direito, art. 927-A, § 3º), cuja redação é a seguinte: “Art. 927-A, § 3º Sem prejuízo do previsto na legislação especial, a tutela preventiva do ilícito é destinada a inibir a prática, a reiteração, a continuação ou o agravamento de uma ação ou omissão contrária ao direito, independentemente da concorrência do dano, ou da existência de culpa ou dolo. Verificado o ilícito, pode ainda o interessado pleitear a remoção de suas consequências e a indenização pelos danos causados”.

Teremos, com isso, no direito civil-material brasileiro, um conceito compatível com o conceito da legislação processual (CPC, art. 497, parágrafo único): “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 tutela inibitória tem natureza preventiva e busca impedir a prática de um ilícito, ou a continuação de seus efeitos. Aliás, o abuso de direito é um ato ilícito que independe do dano (justamente porque seu efeito não é, necessariamente, o dever de indenizar, a responsabilidade civil). O Enunciado 539 das *Jornadas de*

Direito Civil aponta: “O abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano”¹⁰².

Cresceram, no Brasil, nos últimos trinta anos, os estudos acerca da tutela inibitória (estudos esses que pedem um conceito mais amplo de ilícito civil). Nesse contexto, a tutela inibitória seria a *tutela adequada* para os ilícitos (ou pelo menos uma delas, a de conformação histórica mais recente), se tivermos em conta “a importância indiscutível da tutela inibitória, em virtude da necessidade de se conferir tutela preventiva às situações jurídicas de conteúdo não patrimonial. Não se avalia nem se investiga, para obtenção da tutela inibitória, a existência de dano provável ou de dano já consumado. Não é necessária a presença do dano nem da culpa ou do dolo. Para a obtenção da tutela inibitória, basta a demonstração de um ato ilícito”¹⁰³.

Aliás, uma curiosidade histórica: o projeto do Código do Consumidor previa, de forma inovadora, um sucedâneo do mandado de segurança tradicional, só que contra atos de particulares (art. 85). José Carlos Barbosa Moreira belamente escreveu: “A propósito de outro assunto, disse alguém certa vez: '*Torniamo all'antico, sarà un progresso*'. Fomos capazes de inventar o mandado de segurança preventivo contra atos de autoridade. Precisamos de um remédio equivalente contra atos ou omissões de particulares. O paralelo nada tem de arbitrário: justamente de '*segurança*' falava o legislador filipino. E, nos termos da vetusta Ordenação, era possível ao ameaçado pedir ao juiz que o segurasse '*a ele e as suas cousas*': a pessoa antes dos bens, em sequência filosoficamente irrepreensível”¹⁰⁴. Não obstante as ponderações, tal dispositivo foi objeto de veto presidencial.

Os ilícitos civis, tradicionalmente, foram encarados sob uma perspectiva repressiva, posterior à lesão ocorrida. Aquele que violasse direito alheio, causando-lhe dano, ficaria obrigado a indenizar os prejuízos havidos. Assim, só haveria espaço para cogitar de ilícito civil após a ocorrência do ato reputado ilícito. Atualmente, inverte-se, progressivamente, o prisma de análise. O ilícito passa a contar com uma nova dimensão, que é a dimensão prospectiva, com fecundas possibilidades normativas.

Contudo, pela própria dinâmica dos fatos, e pela velocidade crescente das mudanças sociais,

¹⁰² Nessa linha: “Reconhecido o ato abusivo (judicialmente, afinal somente cabe ao magistrado detectar, caso a caso, se houve transgressão ao exercício de um direito), a sanção ao ofensor será aquela que possa de maneira razoável atender às peculiaridades do caso. Como as consequências não são rígidas, em alguns casos defluirá o dever de indenizar, em outros, poderá o magistrado determinar a revisão de cláusulas abusivas. Por fim, em outras hipóteses o desfecho suficiente será a decretação da nulidade do ato” (ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Responsabilidade Civil. Teoria Geral*. Indaiatuba: Foco, 2024, p. 506). É preciso firmar uma premissa, forte nas lições de Pontes de Miranda: invalidade é sanção (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, T. LIII, p. 104). É uma sanção atípica, se nos atermos ao senso comum de que sanção, em direito civil, corresponde fundamentalmente à reparação dos danos causados.

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998.

¹⁰⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. *Temas de direito processual, segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 29.

a forma tradicional de regulação mostrou-se anacrônica¹⁰⁵. Não é mais possível, sob pena de frustrar a efetividade do direito, esperar que as violações ocorram, para somente depois agir, movimentando o lento e burocrático aparato judicial tendente a concretizar reparações pecuniárias. Marinoni lembra que “os direitos não patrimoniais devem ser tutelados sempre na forma preventiva, sob pena de o direito em si ser transformado em direito à indenização”¹⁰⁶. Essa regulação póster, voltada para o passado, é intolerável na experiência jurídica atual (sobretudo como modelo único). Não se pode tutelar direitos, mormente direitos não patrimoniais, acenando com uma possível possibilidade de indenizar, em pecúnia, o dano experimentado. A função do direito contemporâneo, nessa perspectiva, é otimizar instrumentos para que o dano não ocorra, para que o ilícito não se perfaça¹⁰⁷.

O ilícito civil, hoje, deve ser perspectivado não só como representante do dever de indenizar, mas também, fundamentalmente, como a categoria que possibilita uma atuação reativa do sistema para evitar a continuação ou a repetição das agressões aos valores e princípios protegidos pelo direito¹⁰⁸.

Pontes de Miranda – com a antevisão que o distinguia – já nas primeiras décadas do século passado já alertava para o regressivo erro de tratar outros direitos menos favoravelmente que o direito de propriedade¹⁰⁹. A propósito, Barbosa Moreira, com finura, percebeu que as possibilidades de tutela preventiva, no campo do direito privado, cingiam-se à proteção de coisas, e não dos direitos da personalidade. Assim é que existem, para litígios entre particulares, apenas o interdito proibitório e a nunciação de obra nova, remédios que protegem a posse e a propriedade¹¹⁰. Ocioso frisar que para os chamados novos direitos a tutela repressiva nem sempre se mostra adequada. É bem possível, face a certas situações concretas, que as providências pósteras à lesão ostentem caráter puramente paliativo,

¹⁰⁵ “No limiar do século XXI, a vertiginosa aceleração do ritmo histórico parece prestigiar a consagração do efêmero como categoria suprema”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O transitório e o permanente no direito. *Temas de direito processual, quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994, 225/231. Natalino Irti diagnóstica: “Il funzionamento calcolabile delle norme è ormai in piena crisi. Il preannuncio si vide nelle ‘clausole generali’ (buona fede, ragionevolezza, buon costume ecc.), che Schmitt salutò come ‘rinuncia al fondamento del positivismo’, e ‘nuovo modo di pensare giuridico’”, embora com uma perspectiva crítica (IRTI, Natalino. *Un diritto incalcolabile*. Torino: Giappichelli, 2016, p. 8).

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 55.

¹⁰⁷ PISANI, Andrea Proto Pisani. La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela. *Il Foro Italiano*. Roma, vol. CXIII, parte quinta, 1990, p. 5.

¹⁰⁸ Argumenta-se nesse sentido: “Um espaço que ainda está por ser definido dentre as necessidades diferenciadas de tutela no direito brasileiro é o da tutela inibitória, que opera para a prevenção de futuros danos a direitos, com base na mera ameaça de violação do *neminem laedere*, ou diante do perigo de reiteração de violação de deveres genéricos. Aqui a tutela preventiva se manifesta de forma autônoma. A feição acautelatória *ex ante* atua como potente elemento dissuasivo de potenciais comportamentos ofensivos a interesses alheios, com destaque para a defesa de situações jurídicas da personalidade. Sendo certo que o ilícito consiste em uma situação de contrariedade ao direito, a pronúncia inibitória traduz, sob o plano processual, uma proibição já presente no direito substancial. Mediante a ordem inibitória, o juiz se limita a aplicar a valoração negativa em termos de antijuridicidade expressa no ordenamento” (ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Responsabilidade Civil. Teoria Geral*. Indaiatuba: Foco, 2024, p. 173; ver ainda: DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 172; BIANCA, Massimo. L’inibitoria come rimedio di prevenzione dell’illecito. *Studi in onore di Nicolò Lipari*. T. I. Milano: Giuffrè, 2008, p. 304; BRAGA NETTO, Felipe. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003).

¹⁰⁹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 367.

¹¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. *Temas de direito processual, segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 26.

incapazes de oferecer uma proteção real ao bem jurídico¹¹¹.

A tutela repressiva é uma tutela concebida para violações patrimoniais. Não é a forma *ótima* de resguardo dos valores ligados à dignidade da pessoa humana, em todos seus espectros. Por envolver, necessariamente, uma longa e fatigante discussão, a tutela repressiva, póstera aos danos, é pouco adequada para fazer frente aos valores não patrimoniais. A tutela preventiva é a única forjada com instrumentos técnicos que podem proteger os valores não patrimoniais, atingidos por ilícitos civis. Isso, repita-se, raciocinando-se com modelos em tese eficientes, desprezando-se, como subsidiária, a tutela puramente patrimonial, sendo a conversão em perdas e danos o último caminho a ser seguido. Aliás, a tendência, hoje, é privilegiar a tutela específica em detrimento da conversão da obrigação em perdas e danos (CPC, art. 499, parágrafo único).

Ao direito dos nossos dias – sobretudo em se tratando de direitos fundamentais – não se tolera a indiferença diante dos danos, mesmo que futuros ou potenciais. Cabe progressivamente construir uma tutela não só repressiva, mas fundamentalmente preventiva. Não é valorativa ou funcionalmente equivalente preservar determinado bem jurídico fundamental ou aceitar sua lesão em lugar de uma posterior e imperfeita indenização monetária. A linha de tendência

hermenêutica, portanto, aponta para a proteção preventiva do bem, de todas as formas e de todos os modos possíveis. O princípio da proporcionalidade pode iluminar os contextos e orientar as soluções dos casos, nem sempre fáceis. Em relação a muitos dos danos do nosso século podemos dizer que a complexidade que os abraça nem sempre se situa no domínio das causas visíveis. Há, em muitos casos, riscos invisíveis, que não podem ser prontamente detectados. Como já dissemos, as possibilidades da dimensão preventiva da responsabilidade civil vêm sendo crescentemente estudadas.

O Projeto, no § 4º do art. 927-A, estabelece: “Para a tutela preventiva dos direitos são admissíveis todas as espécies de ações e de medidas processuais capazes de propiciar a sua adequada e efetiva proteção, observando-se os critérios da menor restrição possível e os meios mais adequados para garantir a sua eficácia”. Certos direitos e interesses gozam dessa proteção flexível e ampliada, que deve ser processualmente otimizada e não restringida. Trata-se de norma tradicional, em certo sentido, em nosso ordenamento, em diversos ângulos temáticos. Por exemplo, o art. 83 do CDC estatui: “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. Aliás, cabe lembrar que dentre os direitos básicos do consumidor está “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (CDC, art. 6º, VI). A tutela deverá ser, sempre que possível, preventiva, evitando danos.

Voltando às normas de perfil semelhante, o Estatuto da Pessoa Idosa, art. 82, estatui: “Para

¹¹¹ TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 55/71, p. 57.

a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes”. O ECA prevê em seu art. 212: “Para defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes”. É interessante observar como os estatutos protetivos dialogam entre si, possuindo similitudes, sobretudo no que toca à proteção dos vulneráveis. Aliás, em movimento que se intensificou no final do século passado, busca-se modos de evitar a armadilha – tão comum no discurso jurídico – de prestigiar belas consagrações retóricas de direitos com pouca ou nenhuma efetividade social. Herman Benjamim destaca que essa orientação permite “investigar-se por toda a legislação os instrumentos mais adequados a proteção do interesse defendido”. Existe, portanto, diálogo, soma de forças protetivas, sobretudo quando em jogo bens jurídicos relevantes ou pessoas e grupos vulneráveis.

Se quisermos levar a sério os direitos fundamentais, toda a atividade interpretativa-aplicativa (do legislador, do administrador e do juiz) deve ser orientada para a maior realização possível desses direitos. Talvez não seja exagero afirmar que o desafio, hoje, é concretizar os direitos fundamentais – e a solidariedade social – dentro do próprio direito privado (mas não só nele). A tutela dos direitos fundamentais é uma tutela amplíssima, que não se esgota nesse ou naquele remédio, nesse ou naquele instituto. E isso é particularmente relevante na tutela preventiva de direitos – sobretudo direitos fundamentais, direitos da personalidade. A tutela ótima, aqui, é apenas a tutela preventiva, as demais dificilmente tutelam o direito em si. A energia criativa dos nossos dias pode criar – e espera-se que crie sempre – novos meios e formas de se tutelar, eficazmente, os direitos fundamentais. Repetindo que a tutela deles será tanto melhor quanto mais envolver dimensões preventivas.

A tutela pode abranger tanto deveres negativos como positivos. Marinoni argumenta que “diante das normas que estabelecem deveres positivos para a proteção de determinados direitos fundamentais (por exemplo, o dever de instalar tecnologia para que seja evitada poluição), a tutela que impõe o cumprimento do dever legal mediante a imposição de fazer constitui tutela destinada a impedir o prosseguimento do ilícito e, assim, proteger o direito fundamental. Entender que a ordem positiva para o cumprimento de dever de fazer não constitui tutela inibitória é supor que essa só é cabível quando a norma estabelece dever negativo. É esquecer que a própria norma, em alguns casos, possui função preventiva e que a tutela jurisdicional destinada a dar-lhes atuação tem por fim dar tutela ao direito que a própria norma violada objetiva proteger”¹¹².

Cremos ser necessário desenvolver algumas reflexões sobre a prevenção em nossos dias,

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito*. São Paulo: RT, 2015, p. 70. Ver ainda: KISS, Alexandre. The rights and interests of future generations and the precautionary principle. *The precautionary principle and international law: the challenge of implementation*. Hague: Kluwer Law International, 1996, p. 27. Thaís Pascoaloto Venturi percebe adequadamente: “Nessa perspectiva, evidentemente que a proteção preventiva será tanto mais conveniente ou adequada quanto mais essencial ou fundamental o interesse ou direito tutelado. Se a violação e a lesão a direitos patrimoniais disponíveis podem comportar um tratamento repressivo, o mesmo não ocorre com a violação e a lesão a direitos não patrimoniais e indispensáveis, para os quais a responsabilidade civil deve operar em sentido eminentemente preventivo” (VENTURI, Thaís Gouveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 97).

dentro do direito privado¹¹³.

Hoje o direito privado perdeu o isolamento temático que por séculos ostentou. Se há algo que caracteriza o conhecimento científico atual são os diálogos e a necessária interdisciplinariedade. Prevenir é a palavra de ordem no século XXI. A ênfase que o século passado deu à reparação de danos, o século atual vai dar – está dando – à prevenção deles. As legislações, atuais e futuras, tendem a enfatizar esse ponto (basta lembrar da LGPD e, em relação às futuras, o projeto para regular a IA que está no Congresso Nacional). Os danos relacionados às assimetrias informacionais e ao uso discriminatório de dados pessoais não devem ser apenas reparados, devem ser sobretudo prevenidos. É certo que muito há por ser feito, inclusive na sedimentação de conceitos e funções. Seja como for, os deveres de prevenção vieram para ficar no século XXI. Não nos livraremos – felizmente – das reflexões, dentro do direito privado, relativas à prevenção de danos.

Enfim, estamos mudando – social e juridicamente – ainda que nem todas as faces da mudança sejam prontamente identificáveis. Paulo Lôbo enfatiza “que o Estado e o direito assumiram novas funções, incluindo as preventivas, de precaução e de proteção, de modo a evitar danos. O Direito progressivamente encaminha-se no sentido da regulação da responsabilidade preventiva, inclusive na legislação processual”¹¹⁴. Sobretudo a partir do final do século XX se fortaleceu a discussão sobre modos preventivos de combater ilícitos civis, riscos e danos. Percebeu-se, com progressiva clareza, a insuficiência do perfil clássico, de índole repressiva. Hoje se sabe que a compensação de danos não faz voltar, de forma real, a vítima para a situação que existia antes do dano. Sobretudo nos danos extrapatrimoniais isso é impossível.

Prevenir tem se mostrado o melhor caminho, ainda que não seja um caminho fácil. O instrumental normativo do direito privado não foi classicamente pensado para prevenir. Porém, para novos tempos, novos caminhos – inclusive novos caminhos normativos. Paulo Lôbo destaca ainda: “Para além da função restitutiva, na contemporaneidade, assumiu importância fundamental a função preventiva da responsabilidade civil. Assenta-se, igualmente, no fundamento do *neminem laedere*, não mais para reparar a lesão, mas sim para evitá-la. O direito contemporâneo da responsabilidade civil

¹¹³ Cria-se, no Projeto, um dever geral de evitar danos (art. 927-A e § 1º): “Art. 927-A. Todo aquele que crie situação de risco, ou seja responsável por conter os danos que dela advenham, obriga-se a tomar as providências para evitá-los. § 1º Toda pessoa tem o dever de adotar, de boa-fé e de acordo com as circunstâncias, medidas ao seu alcance para evitar a ocorrência de danos previsíveis que lhe seriam imputáveis, mitigar a sua extensão e não agravar o dano, caso este já tenha ocorrido”. Com a previsão do Projeto de Lei n. 4/2025 do Senado, insere-se, no Código Civil, o dever de evitar danos previsíveis (dever que abrange, também, não agravar o dano já ocorrido e mitigar sua extensão). Em relação às leis atuais e recentes, temos cada vez mais exemplos do dever de prevenir dentro do direito, com evidentes repercussões na responsabilidade civil. Por exemplo, a Lei n. 12.608/2012, que institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, PNPDEC – alterada pela Lei n. 14.750/2023 – dispõe no art. 5º: “São objetivos da PNPDEC: III - recuperar as áreas afetadas por desastres, de forma a reduzir riscos e a prevenir a reincidência; (redação dada pela Lei n. 14.750/2023); IX - produzir alertas antecipados em razão de possibilidade de ocorrência de desastres (redação dada pela Lei n. 14.750/2023); XVI - incluir a análise de riscos e a prevenção a desastres no processo de licenciamento ambiental dos empreendimentos, nas hipóteses definidas pelo poder público; e (incluído pela Lei n. 14.750/2023); XVII - promover a responsabilização do setor privado na adoção de medidas preventivas de desastres e na elaboração e implantação de plano de contingência ou de documento correlato. (incluído pela Lei n. 14.750/2023).

¹¹⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil: Obrigações*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 330-332.

orienta-se a partir dos seguintes fundamentos específicos: 1. Primazia da vítima; 2. Reparação integral; 3. Solidariedade social; 4. Prevenção”¹¹⁵.

Só em 2024, tivemos no Brasil eventos terríveis relacionados ao clima. Em 2024, tivemos em maio a maior catástrofe climática da história do Rio Grande do Sul, com as traumáticas enchentes (que despertaram a solidariedade de todo o país). Poucos meses depois, em setembro, tivemos o país em chamas, com incêndios descontrolados, fumaças tornando o ar quase irrespirável em muitos Estados. Tudo isso evidencia a necessidade de novos protocolos de prevenção (em 11/09/2024, segundo o serviço de monitoramento suíço *IQAir*, São Paulo foi a metrópole com a pior qualidade de ar no mundo pelo terceiro dia seguido). Estado, empresas e cidadãos não podem agir apenas de modo reativo, depois dos danos. Hoje – e cada vez mais será assim – cabe ao Estado e a cada um de nós adotar ações e comportamentos que evitem danos, ou pelo menos contribuam para isso. Obviamente as exigências em relação ao Estado e aos gestores públicos são maiores, inclusive em termos de planejamento, responsabilização e eficiência. Não só em relação ao Estado, mas também aos particulares, cidadãos e empresas. Numa palavra: prevenção.

Em relação à questão dos desastres climáticos, hoje a doutrina está abandonando a expressão “desastres naturais” e preferindo usar “desastres climáticos” – porquanto há inegavelmente um componente humano, nada desprezível, nesses desastres. Mesmo porque os desastres climáticos não são apenas instantâneos. São, ou podem ser, também cumulativos. As mudanças climáticas, por exemplo, estão relacionadas aos ciclos, à instabilidade climática. Aliás, os estudos mais atuais a respeito do tema já mencionam o direito fundamental à estabilidade climática¹¹⁶.

Nesse contexto podemos indagar: como lidar com eventos extremos, cada vez mais comuns? O direito privado deve se manter alheio a isso? Devemos apenas ter respostas *post factum*? Enfim, trata-se de algo cujas respostas jurídicas estão em construção. O direito vive, aliás, em variados setores, um conflito entre velhas estruturas e novas (e necessárias) funções. As categorias clássicas parecem insuficientes. Enfim, lidamos cada vez mais com eventos extremos, e o direito nem sempre está pronto para lidar com eles (talvez seja mais exato dizer que quase nunca está). Precisaremos, individual e socialmente, reaprender muito. A afirmação parece válida para múltiplos campos do conhecimento jurídico, sobretudo – mas não apenas – aquela parte do direito privado que dialoga com novas e disruptivas tecnologias.

Aliás, tamanhas são as mudanças hoje – não só tecnológicas, mas comportamentais – que não é exagero dizer que a única permanência é a mudança. E o direito não pode virar as costas para as mudanças, não se trata de postura razoável ou realista. Nem convém, no extremo oposto, abraçar cegamente o novo apenas por ser novo. Como sempre, o caminho do meio costuma ser mais adequado. Porém, para o civilista – cuja formação cultural e padrão mental é tradicionalmente conservador – o erro mais comum habitualmente não é abraçar cegamente o novo, mas se agarrar às

¹¹⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil: Obrigações*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 329.

¹¹⁶ CARVALHO, Délton Winter de. *Constitucionalismo climático*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2025.

lições do ontem, mesmo quando não explicam ou solucionam mais os conflitos e dilemas do hoje. E a consequência é clara: quando o direito se recusa a olhar para as necessidades do hoje, ele perde a relevância. Como belamente afirmou Georges Ripert – notável civilista francês, que foi reitor da Universidade de Paris – quando o direito ignora a realidade, a realidade se vinga ignorando o direito¹¹⁷.

Tudo isso, é certo, exige sobretudo uma mudança cultural. As verdadeiras mudanças são culturais, não legislativas. Mais realização extrajudicial do direito civil, e menos busca por judicializar demandas. Em relação àquelas judicializadas, sobretudo em casos complexos, mais prevenção e menos dano (é certo que isso é fácil de afirmar e difícil de realizar na maioria dos casos, mas é um objetivo a ser buscado). E há avanços, em termos normativos, conceituais e de prática. O juiz precisa deixar de ser o juiz do dano para ser o juiz da prevenção¹¹⁸. Algo parece certo: quanto mais a humanidade avança, aumentam também os potenciais lesivos – sejam industriais, empresariais ou tecnológicos. O próprio conceito de dano vem se ampliando e sendo objeto de variados estudos atuais. Dano, em termos jurídicos, é um conceito que só pode ser compreendido em determinado contexto temporal. Exige que precisemos lugar e época a que estamos nos referindo. O conceito de dano ambiental, por exemplo, seria incompreensível para alguém do século XIX, simplesmente não havia essa consciência, essa percepção em termos sociais.

Não basta mais sentar na poltrona confortável da força maior, atribuindo esses danos à natureza, isso deixou de ser aceitável. Trata-se de postura teórica que fica melhor no museu das ideias. Se, por exemplo, os avanços científicos permitem que se saiba do evento extremo com antecedência,

¹¹⁷ Josserand, de modo semelhante, afirmou que os juristas devem viver a sua época, se não querem que esta viva sem eles (JOSSEAND, Louis. *Derecho Civil*. T. II. Trad. Santiago C. Y Manterola. Buenos Aires: EJE, 1950, p. 449).

¹¹⁸ O direito dos desastres, por exemplo, integra transversalmente diversas áreas do direito (ambiental, civil, consumidor, processo civil, administrativo etc). No direito material, pede novas compreensões acerca dos riscos e dos danos. No direito processual, ênfase em tutelas específicas (sobretudo preventivas). Buscando-se atender situações de vulnerabilidade (vulnerabilidade agravada) e gestão de riscos (realocação de vítimas, por exemplo). Sempre através da necessária integração funcional entre direito material e processual. Lidamos cada vez mais com processos complexos, estruturais, que envolvem o gerenciamento de crises comunitárias. Processos que objetivam não apenas reparar, mas também prevenir, mitigar e restaurar (restaurar a estabilidade comunitária perdida, por exemplo). Aqui estamos diante de um perfil processual mais fluido e dinâmico, certamente. Não por acaso, o STJ, através do ministro Herman Benjamin, afirmou que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova – CPC, art. 373, §1º – traduz a passagem, na relação processual, da isonomia formal para a isonomia substancial. Fundamental – não só nesses casos, mas sobretudo neles – termos uma integração e aderência funcional entre direito material e processual, buscando resultados efetivos. A tutela dos interesses transindividuais exige um processo civil mais flexível, com ênfase não apenas em tutelas específicas, mas também, dinamicamente, instituindo meios e modos de se acompanhar e aferir aquilo que foi implementado. Hoje, sobretudo em casos que envolvem múltiplas pessoas (ou mesmo comunidades), não basta decidir e dar as costas para a decisão, mas há também camadas de estratégia e acompanhamento dinâmico das decisões. É algo muito distante da reparação clássica, e o direito privado material deve estar atento à questão. Os demais ramos do direito – se é que ainda podemos falar assim, salvo por simplificação didática – contam conosco, com conceitos atuais e úteis da civilística para lidar com esses problemas tão reais e tão dos nossos dias. Aliás, no contexto do direito material, a responsabilidade civil atua na fase jurídica do pós-desastre, mas não apenas (relativamente às causas, agravamentos de danos ou ausência de medidas de prevenção). As possibilidades da dimensão preventiva da responsabilidade civil vêm sendo crescentemente estudadas (cabe citar como uns estudos precursores no Brasil a respeito do tema: VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva*. São Paulo: Malheiros, 2014). Algo parece certo desde já: a ausência de medidas preventivas pode ser fator relevante para a imposição do dever de indenizar. Seja para o Estado, seja para as empresas. Em relação às mineradoras, por exemplo, isso ficou evidente nos dois desastres mineiros (ausência de adequadas medidas de prevenção). Em relação ao Estado, podemos sempre perguntar: havia dever de agir para evitar o dano? Se o Estado agisse eficaz e preventivamente, os danos poderiam ser evitados ou minorados?

e o Estado não se prepara nem realoca cidadãos, não faz uma gestão prévia da crise, não emite alertas, nessa hipótese a responsabilização já se mostra possível e adequada¹¹⁹. Podemos concluir este tópico afirmando que não parte do direito material um conceito restrito de ilícito civil. O ilícito civil, hoje, deve ser perspectivado não só como representante do dever de indenizar, mas também, fundamentalmente, como a categoria que possibilita uma atuação reativa (diríamos: também preventiva) do sistema para evitar a continuidade das agressões aos valores e princípios protegidos pelo direito.

6. CONCLUSÕES: NAVEGANDO EM ÁGUAS TOLERANTES E SOLIDÁRIAS

Interpretar é atribuir sentido. Não temos, no direito, a possibilidade de *não interpretar*. Interpretamos textos (legais e negociais), interpretamos intenções e, também, interpretamos fatos. Aliás, como agudamente observou Nelson Saldanha, a tendência do pensamento jurídico a representar o direito como uma estrutura (sistema, ordem, ordenamento) permitiu que seu conceito se desdobrasse em uma imagem, sobre a qual incidiu – desde os romanos – o desejo de repartir, distinguir, classificar¹²⁰.

Os civilistas, com seu conservadorismo inteligente, hesitam muito em abandonar antigos esquemas ou classificações ou renovar velhas pautas temáticas. Uma visão filosoficamente bem fundada dos ilícitos civis aceita lidar com uma rede de conexões conceituais aberta e múltipla, funcional, sem as pesadas correntes teóricas que já compuseram o perfil do conceito no passado. O ilícito civil não exige, como notas essenciais, nem a culpa, nem o dano, nem o dever de indenizar. Ilícito civil não se confunde com responsabilidade civil.

O direito civil atual rejeita as velhas fórmulas individualistas e patrimonializantes. Busca uma lógica decisória mais flexível, à luz das opções valorativas básicas expressas na Constituição da República e no diálogo com os direitos fundamentais. Funcionaliza-se na proteção dos cidadãos mais vulneráveis.

Convém retomar alguns dos passos trilhados até aqui, de modo breve.

Verificamos que o ilícito ostenta a condição de conceito fundamental, conceito sem o qual não há condição de possibilidade de operar juridicamente (com as ordens jurídicas consideradas em

¹¹⁹ Nesse contexto, “mesmo uma litigância pós-desastre, seja com objeto de resposta de emergência, compensação ou reconstrução, deve sempre ter no centro das decisões jurisdicionais a gestão de riscos, refletida na antecipação ao agravamento das situações e dos conflitos em curso. Portanto, não há uma dicotomia rígida entre a atuação antes e depois, mesmo porque a premissa em casos de atuação do judiciário em casos de desastres deve ser manter a gestão circular do risco como princípio central de todo o processo decisório, assim como na redução das vulnerabilidades, sejam elas institucionais (processos estruturais), físicas, sociais, tecnológicas. Como reflexo disso no Processo Civil, tem-se que mesmo nas demandas atinentes às fases pós-evento haverá a possibilidade de tutelas diversas, mesmo aquelas tradicionalmente preventivas (a fim de evitar o agravamento de um evento em curso)” (CARVALHO, Délton Winter de; ZANETI JR., Hermes. O papel das cortes judiciais no pós-desastre: litigância de massa em casos de desastres, casos repetitivos e tutela coletiva. *Revista de Processo*. Vol. 351/2024, p. 201- 229, Maio, 2024; CARVALHO, Délton Winter de. *Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica*: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020).

¹²⁰ SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 76.

sua totalidade). Ademais, concluímos pela superação da antiga suposição que postulava que os ilícitos não são jurídicos. Sob certo sentido, o direito, como fenômeno normativo, não pode prescindir da ilicitude, porque ela preserva a integridade do sistema, ao prescrever reações contra as ações ou omissões que transgridam as referências normativas adotadas.

As mudanças, metodológicas e substanciais, que atingem o direito civil contemporâneo lançam luzes, também, sobre seus ilícitos. Seria mesmo espantoso que tantas e tão significativas alterações, havidas e em curso, nada modificassem nos contornos dos ilícitos, tendo-se presente a *função de reação* que eles desempenham no sistema jurídico. O ilícito reforça as pautas de valor situadas no vértice do sistema, ao “agir” contra os padrões de conduta destoantes daqueles incorporados por determinado sistema jurídico.

O ilícito civil, perspectivado em termos históricos, nunca gozou de largo prestígio teórico no Brasil. Foi observado um tanto obliquamente, a partir de sua eficácia mais visível, que é o dever de indenizar os danos causados. Não houve, em sede doutrinária, a preocupação com a construção de um estatuto teórico para os ilícitos, onde a análise se detivesse na categoria em si, e não apenas nos seus efeitos mais evidentes. Na trajetória teórica que permeou a construção deste artigo, valemo-nos amplamente das reflexões de Pontes de Miranda. Suas contribuições ao direito privado são imensas, como os estudos atuais cada vez mais o demonstram¹²¹. Pontes foi o primeiro jurista, ao que nos

¹²¹ Felipe Braga Netto, por exemplo, aponta: “São muitas as contribuições de Pontes de Miranda para a doutrina da responsabilidade civil. Dentre as mais importantes – e que perfazem forte tendência atual – estão: desvincular a responsabilidade civil da ilicitude civil; evidenciar que o ilícito civil não depende de culpa (algo inovador em meados do século passado); mostrar que podemos ter ilícito civil sem culpa e, até, sem dano (algo que a processualística atual destaca com ênfase). Todos esses são aspectos em que a doutrina de Pontes venceu, por assim dizer. Antecipou-se ao lugar comum teórico e trouxe uma nova visão, singular e renovadora”. Segue apontando: “Se nos limitarmos à responsabilidade civil, ainda assim as possibilidades seriam muitas... Poderíamos, por exemplo, escrever um artigo só para enfatizar algo que é uma forte tendência atual da responsabilidade civil: a superação da dicotomia entre responsabilidade civil contratual e extratual. Pontes de Miranda, com a antevisão que o caracterizava, já apontava isso em meados do século passado: “É possível, portanto, esperar-se que se apaguem as distinções entre a responsabilidade delitual e a responsabilidade negocial, de modo que se crie, por sobre elas, mais solidamente, outro sistema, unitário, de reparação fundada na culpa ou em equilíbrio material de posições jurídicas” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, t. LIII, p. 186). É preciso esclarecer que quando ele fala em “responsabilidade delitual” está se referindo à extracontratual. Ou seja, temos hoje – como a última palavra em termos de tendência – algo que Pontes propunha muitas e muitas décadas atrás. Outro exemplo possível: sabemos, hoje, que o conceito de dano moral – ou de dano extrapatrimonial – é pacificamente aceito, seja na dimensão individual, seja na coletiva. Sabemos ainda que em grande parte do século passou não era assim, no Brasil. Em relação ao dano moral, o STF, até meados dos anos 60, dizia, de modo peremptório, que “não é admissível que os sofrimentos morais deem lugar à reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material” (STF, RE 11.786). Ou seja, não se compensavam, no Brasil, os danos morais; apenas os danos patrimoniais seriam indenizáveis. Pontes de Miranda, em 1927, com a genialidade que o distinguia, escreveu: “Não compreendemos como se possa sustentar a absoluta irreparabilidade do dano moral. Nos próprios danos à propriedade, há elemento imaterial, que se não confunde com o valor material do dano. Que mal-entendida justiça é essa que dá valor ao dano imaterial ligado ao material e não dá ao dano imaterial sozinho? Além disso, o mais vulgarizado fundamento para se não conceder a reparação do dano imaterial é o de que não seria completo o ressarcimento. Mas não é justo, como bem ponderava Josef Kohler, que nada se dê, somente por não se poder dar o exato” (PONTES DE MIRANDA. *Das obrigações por atos ilícitos*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1927, t. I, p. 182). O tempo deu razão a Pontes, um dos pioneiros nesta luta” (BRAGA NETTO, Felipe. Pontes de Miranda e a responsabilidade civil: alguns aspectos de sua contribuição. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; MORSELLO, Marco Fábio; ROSENVALD, Nelson (Coords). *Protagonistas da Responsabilidade Civil*. Indaiatuba: Ibero/Foco, 2022). Podemos acrescentar um ponto à reflexão feita. Pontes, com suas idiossincrasias, era o único autor – durante todo o século passado – que só se referia à usucapião no feminino. Todos os demais usavam a palavra no masculino, como recomendava a conveção ortográfica da época. Curiosamente, o tempo deu razão a Pontes. Mudança ortográfica ocorrida muitas décadas

consta, a evidenciar que a ilicitude civil tem um espectro eficaz múltiplo, não restrito¹²².

Mesmo sob o ângulo puramente dogmático, existem ilícitos civis que não provocam, necessariamente, o dever de indenizar. Um pai que espanca o filho pratica (além dos eventuais ilícitos penais) um ilícito civil que pode ter como efeito a perda do poder familiar. Um donatário que é ingrato com o doador também pratica um ilícito civil (e pode ter como sanção a revogação da doação realizada). Um ato de alienação parental (Lei n. 12.318/2010) pode ensejar, como sanções civis, autorizações e perdas de direitos. São muitas as possibilidades, são muitos os efeitos possíveis – nem todos indenizatórios.

Convém separar o conceito de ilícito civil dos conceitos de dano, culpa e indenização. Tradicionalmente, mormente no Brasil, falar de ilícito civil é falar de ato danoso, culposo e gerador do dever de indenizar. Nenhuma dessas características integra, a nosso juízo, o conceito de ato ilícito civil. Há espaço para percorrer as brechas conceituais no raciocínio convencional, em ordem a expor sua inadequação. Não bastaria, entretanto, lançar luzes sobre eventuais rupturas teóricas do senso comum, sem que, paralelamente a isso, houvesse um esforço de reorganização das premissas, com vistas a estabelecer novos padrões de referência, que se proponham a explicar o campo material das condutas ilícitas.

A doutrina – de modo geral e por muito tempo – associou ilícito civil e culpa. Cremos inexata tal identificação, existindo ilícitos civis culposos e não culposos. Trabalhamos progressivamente com conceitos abertos, com argumentações e raciocínios funcionais. Aliás, os romanos, com o pragmatismo empírico que os definia, não chegaram a ter uma teoria acerca da responsabilidade civil, nem desenvolveram adequadamente a noção de culpa.¹²³ A culpa não comparticipa da ontologia do ilícito, em direito civil. Aliás, Enneccerus há mais de um século excelentemente o vira, ao definir como ilícitos civis os atos contrários ao direito, quase sempre culposos, dos quais resulta *ex lege* uma consequência desvantajosa para o seu autor¹²⁴.

O juízo de ilicitude, atualmente, há de ser um juízo substancial, e não apenas formal. O referencial de análise abandonou uma perspectiva puramente estrutural, passiva e estática, e passou a conter um elemento funcional, no qual sobreleva a atuação social dos direitos, com especial ênfase

depois da morte de Pontes passou a autorizar o uso da palavra no feminino. Hoje os livros jurídicos só usam a palavra no feminino – como Pontes usava, sozinho, no século passado.

¹²² Já mencionamos que Pontes de Miranda, escrevendo em meados do século passado, já consignava: “há mais atos ilícitos ou contrários a direito que os atos ilícitos de que provém obrigação de indenizar”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. II, p. 201). No direito brasileiro, Pontes de Miranda percebeu, precursoramente, que ilícitos civis podem ensejar a caducidade (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. II, p. 216).

¹²³ Aguiar Dias teoriza: “De qualquer modo, acreditamos, como os Mazeaud, que a noção de culpa sempre foi precária no direito romano, onde jamais chegou a ser estabelecida como princípio geral ou fundamento da responsabilidade, o que de nenhum modo exclui a convicção de que a evolução se operou definitivamente neste sentido. A concepção do direito justinianeu era já a culpa subjetiva; mas seria arriscado identificá-la com a moderna noção do instituto, não obstante constituir a origem comum de legislações atuais fundadas na culpa” (AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 57).

¹²⁴ ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil*. v. 1. Trad. Blas Pérez Gozález y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1955, t. II, p. 128.

para o momento interpretativo. Nessa trilha, os ilícitos civis deixaram de ser – inclusive legislativamente, mercê do art. 187 do Código Civil – concebidos de forma unívoca, evidenciando que o espectro temático é bem mais amplo do que faz supor o apego à fórmula clássica do art. 186 do Código.

Abandona-se, nessa ótica, uma abordagem puramente formal do ilícito. Ganha a matéria uma perspectiva substancial, onde os referenciais de análise não são estáticos, e sim fundamentalmente dinâmicos, colhidos na análise da experiência social. O direito civil desloca o eixo temático da ilicitude, rompendo com a visão tradicional, marcadamente estrutural e conservadora, e passando a considerar o ilícito de modo funcional e flexível, permitindo sua definição também a partir dos princípios incorporados ao sistema.

Essa percepção naturalmente conduz a uma ampliação da função dos ilícitos no sistema jurídico. De fato, um entendimento meramente estático dos ilícitos, a partir de certas propriedades abstratamente postas, não se concilia com um sistema jurídico fundado em valores e princípios, cujas bases são essencialmente axiológicas, e não puramente lógico-formais (CF, art. 1º). Aliás, a identificação entre ilícito civil e responsabilidade civil sequer é correta se tivermos em conta, como paradigma de análise, a realidade atual (tal como amplamente aceita pela doutrina). Por exemplo, temos, no Código Civil atual, dois conceitos de ilícitos (art. 186 e art. 187). Apenas em relação ao primeiro a identificação entre ilícito civil e dever de indenizar existe. O mesmo não se dá em relação à segunda espécie, ao ilícito do art. 187. Aqui, segundo a doutrina atual, temos amplo espectro de eficácia jurídica, que não se limita à indenização.

Citamos anteriormente o Enunciado 539 das *Jornadas de Direito Civil*: “O abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano”. Essa afirmação reflete a visão de grande parte da doutrina sobre o tema. Correta, portanto, a redação proposta pelo art. 186 do Projeto, ao conceituar a ilicitude – de modo conciso – do seguinte modo: “A ilicitude civil decorre de violação a direito”. A fórmula é correta, sóbria, e permite o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, sem falsas associações.

Dito de outro modo: haveria um inevitável déficit operacional se os ilícitos não pudessem ser vislumbrados numa perspectiva dinâmica e flexível, pluralista como os valores que ele, como categoria jurídica, pretende resguardar. Essa é uma abordagem que valoriza a dimensão histórica e potencializa a força normativa dos princípios, ensejando uma contínua relação do sistema jurídico com os demais sistemas sociais. Os novos padrões de conduta, na esfera civil, são iluminados por valores, tais como a dignidade da pessoa humana, justiça social, igualdade substancial, solidariedade, entre outros. Não existe mais uma rígida tipologia de condutas possíveis e condutas vedadas. Não, pelo menos, na órbita civil. As ações permitidas e as ações repudiadas são definidas em razão dos condicionamentos históricos, recebendo substancial influência de outros setores sociais, que penetram no sistema jurídico através dos princípios, que por sua vez carecem de concretização mediadora.

Entendemos que a responsabilidade civil é efeito de uma espécie de ilícito, e não do gênero ilícito civil. Existem outras eficácias, igualmente legítimas, que decorrem de ilícitos civis. As sanções civis não se resumem no dever de indenizar ou ressarcir, podendo também compreender: a) a autorização para a prática de certos atos pelo ofendido, b) a perda de certas situações jurídicas (direitos, pretensões e ações) ou c) a neutralização da eficácia jurídica (não produção dos efeitos jurídicos como sanção). O ilícito civil, se perspectivado em termos contemporâneos, ostenta uma permeabilidade aos valores que é inédita aos olhos clássicos. Possui uma mobilidade que lhe permite transitar pelo sistema jurídico incorporando referências axiológicas e as traduzindo em sanções, em ordem a assegurar, de forma aberta e plural, a preponderância dos valores fundamentais no sistema do direito civil¹²⁵.

Essa percepção naturalmente conduz a uma notável ampliação da função dos ilícitos no sistema jurídico. De fato, um entendimento meramente estático dos ilícitos, a partir de certas propriedades abstratamente postas, não se concilia com um sistema jurídico fundado em valores e princípios, cujas bases são essencialmente axiológicas, e não puramente lógico-formais (Constituição da República, art. 1º, III; art. 3º, I, III). Amplia-se, assim, o espectro dos ilícitos civis, com a possibilidade que eles defluam da violação a princípios, sem a tipologia fechada que caracteriza o direito penal. Sustenta-se que os ilícitos civis são abertos, no sentido de que princípios, e não apenas regras, podem servir de base material para sua configuração.

A construção de uma sociedade mais justa e solidária não se faz apenas imputando aos danos reparações monetárias. É fundamental ampliar os espaços de autodeterminação existencial – nas famílias, nos contratos, nas empresas, ou em quaisquer relações subjetivas que projetem efeitos jurídicos. Cabe aos civilistas abandonar a postura neutra – claramente envelhecida e historicamente gasta –, e estabelecer, à luz da Constituição, paradigmas diferenciados de proteção, otimizando proteção àquelas formas de contrato, de propriedade, de união familiar, que melhor realizem os direitos fundamentais e situações jurídicas existenciais.

Para Franz Wieacker “o *pathos* da sociedade de hoje é o da solidariedade: ou seja, da responsabilidade, não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros individuais, pela existência social (e mesmo cada vez mais pelo bem-estar) de cada um dos membros da nossa sociedade”¹²⁶. Seja as relações jurídicas entre o Estado e seus cidadãos, seja relações jurídicas entre cidadãos (compreendidos também quaisquer entes coletivos privados), a solidariedade tem – e espera-se que tenha cada vez mais – lugar não só nas soluções dos conflitos, como vetor interpretativo, mas também e sobretudo como convite normativo a que se aja melhor, de

¹²⁵ Nelson Rosendal, em seu belo trabalho de pós-doutorado – um deles – escreve que “na passagem do singular ao plural (a propriedade/as propriedades; a família/as famílias) cumpre também verificar a transposição do ilícito para os ilícitos” (ROSENVALD, Nelson. *Funções da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3). Essa conclusão se mostra de acordo com a perspectiva que adotamos. Não parte do direito civil-material brasileiro um conceito restrito de ilícito civil. Essa visão mais ampla, funcionalmente plástica, se coloca de acordo, inclusive, com as necessidades teóricas das reflexões processualísticas do século XXI no Brasil.

¹²⁶ WIEACKER, Franz. *A História do Direito Privado Moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha, 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 718.

modo mais ético, cuidadoso e pacífico. Solidariedade é avanço civilizacional, uma sociedade que cuida dos seus vulneráveis é uma sociedade mais civilizada. Aliás, Pietro Perlingieri lembra que a civilização de um país é medida pela forma com que são tratadas as pessoas mais vulneráveis¹²⁷.

O princípio jurídico da solidariedade, em certo sentido, reconstrói valorativa e funcionalmente o direito privado atual. A passagem da solidariedade ética para a solidariedade jurídica é algo do nosso tempo, não é algo que o direito civil trabalhava – o direito civil pensado e praticado no século XVIII, XIX, e mesmo durante boa parte do século XX, por exemplo.

O sentido de busca ética no agir humano redefine funções e perfis do direito civil – e não só do direito civil, é uma tendência normativa mais ampla. Cuidar dos idosos, por exemplo, em nossos dias, não é só um dever ético apenas no plano espiritual ou caritativo. É dever jurídico, conforme explicitado no Estatuto da Pessoa Idosa. O mesmo se diga do princípio do melhor interesse da criança, princípio que se concretizou em múltiplas leis e decisões judiciais. Embora essa tendência se faça presente em várias leis – e cada vez mais assim será –, o que é interessante, hoje, é que o princípio da solidariedade não depende de previsões em leis específicas para ter força jurídico-normativa.

É a solidariedade – como princípio jurídico constitucionalmente previsto – que torna o direito civil ético. Em outras palavras, a solidariedade juridiciza a ética. Cabe ao intérprete reconstruir o sistema, oferecer novos horizontes de sentido – sistemáticos e funcionais. A interpretação jurídica sempre será feita levando em conta a totalidade do ordenamento jurídico, seus valores, princípios e fins. Paulo Lôbo lembra que “cada interpretação é um microcosmo da imensa tarefa de realização de uma sociedade livre, justa e solidária”¹²⁸. Talvez não seja exagero afirmar que um dos desafios metanarrativos, hoje, é concretizar a solidariedade social dentro do direito privado (mas não só nele). Já se percebeu que à luz do princípio da solidariedade devem ser lidas não apenas as normas constitucionais, mas todo o ordenamento jurídico¹²⁹.

O princípio da solidariedade pode ser concretizado através de leis, através de decisões judiciais (aplicação direta do princípio normativo), ou pode ser realizado pelas pessoas em condutas intersubjetivas, que podem ser juridicamente relevantes. O egoísmo, a intolerância, a discriminação, condutas assim serão cada vez menos aceitas, não só pelas normas sociais de convívio, mas também pelo direito civil, que se vê banhado por águas tolerantes e solidárias.

Convém repetir o que dissemos: *não parte do direito material um conceito restrito de ilícito civil*. A repetição, tantas vezes feita, do ilícito como ato culposos, danoso e gerador do dever de indenizar não traduz a real situação da experiência jurídica brasileira. O ilícito civil, em termos de hoje, deve ser perspectivado não só como representante do dever de indenizar, mas também, fundamentalmente, como a categoria que possibilita uma atuação reativa do sistema para evitar a continuação ou a

¹²⁷ PERLINGIERI, Pietro. Trad. Maria Cristina de Cicco. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 787.

¹²⁸ LÔBO, Paulo. *Curso de Direito Civil. Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 44.

¹²⁹ PERLINGIERE, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Camerino: Jovene, 1972, p. 161.

repetição das agressões aos valores e princípios protegidos pelo direito.

Tentamos evidenciar, ainda, a rede de conexões conceituais e histórica que existe entre certos pontos do Projeto – pensemos na responsabilidade por fato da coisa, por exemplo – e as contribuições teóricas de Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda¹³⁰. Seja em relação a esse ponto, seja em relação aos demais que antes abordamos, cremos que a opção do Projeto em relação aos ilícitos civis é adequada e merece ser aprovada.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

ALMEIDA, Ana Maria Machado. *Ensino de história: fundamentos e métodos*. São Paulo: Contexto, 2021.

ALPA, Guido. *Il diritto di essere se stessi*. Milano: La nave di Teseo, 2021.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Jornal Tribuna do Direito*, março de 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Abuso de direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 13, p. 97-110, jan/mar, 2003.

BARCELLONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta, 1996.

BARROS, José Dário. *Historiografia e identidade nacional*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015.

BEVILÁQUA, Clóvis. *O Código Civil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade – e outros escritos morais*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

BRASIL. *Ministério da Educação. Base Nacional Comum Curricular*. Disponível em:

¹³⁰ Juliano Heinen tem observação interessante: “No que se refere às fontes luso-brasileiras, Pontes de Miranda era profundo conhecedor. O maior destaque neste aspecto, por ser de nodal presença na obra construída ao longo de décadas, é a influência marcante de Teixeira de Freitas (1816-1883). Tanto em termos de método, como em termos de conteúdo, Pontes de Miranda se inspira em muito na produção intelectual do autor citado, como se fosse verdadeiro ‘continuador’ da Consolidação das Leis Civis, de Freitas. Entre tantos pontos em comum, destaca-se um: ambos os juristas não encontraram um ambiente profícuo para debater suas ideias, passando a discutir a dogmática posta” (HEINEN, Juliano. O que aconteceu com Pontes de Miranda? Implicações da doutrina do jurista e filósofo brasileiro na dogmática jurídica brasileira do século XX. *Cadernos do Programa de Pós Graduação em Direito da PPGDir/UFGS*. Edição digital. Porto Alegre. V. XIV, n. 2, 2019, p. 213-233, p. 221). Pontes de Miranda, no final do belíssimo prefácio ao seu *Tratado de direito privado*, anota: “Há certo fio de coerência histórica e espiritual em realizarmos, já no plano da sistematização, com o material do direito vigente, complexo e de diferentes datas, versado *lealmente*, o que, no plano da técnica legislativa, fora o sonho do jurista brasileiro (Teixeira de Freitas), há quase um século. Serve isso para mostrar, mais uma vez, que o Brasil tem um *destino*, que lhe traçaram o universalismo português e as circunstâncias jurídico-morais da sua história de mais de quatro séculos. É ele, e não apenas nós (o civilista do século XIX e o autor desta obra), que planeja e executa. Somos apenas os instrumentos da sua avançada na dimensão do Tempo, a serviço da ordem jurídica e da ciência, na América e no mundo” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Prefácio. In: *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. I, p. XXIII).

<http://basenacionalcomum.mec.gov.br>. Acesso em: 20 jan. 2025.

BUSTAMANTE, Lino Rodriguez-Arias. *El abuso del derecho*. Buenos Aires: EJEJA, 1971.

CAMARDI, Carmelita. *Certeza e incerteza no direito privado contemporâneo*. Torino: Giappichelli, 2017.

CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do direito*. Curitiba: Juruá, 2005.

COSSIO, Carlos. *Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964.

CUNHA DE SÁ, Fernando. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997.

CUNHA LUNA, Everardo da. *Abuso de direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

DELGADO, Mário Luiz. *Sobre as críticas ao anteprojeto de reforma do Código Civil*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jul-21/sobre-as-criticas-ao-anteprojeto-de-reforma-do-codigo-civil/>. Acesso em: 2 jan. 2025.

DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 1. São Paulo: Juspodivm, 2025.

DIEZ-PICAZO. *La doctrina de los propios actos – Un estudio crítico sobre a jurisprudência del Tribunal Supremo*. Barcelona: Bosch, 1963.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.

ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil*. v. 1. Trad. Blas Pérez González y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1955, t. II.

FACCHINI NETO, Eugênio. Code Civil francês. Gênese e difusão de um modelo. *Revista de Informação Legislativa*, ano 50, número 198, abr./jun. 2013.

FACCHINI NETO, Eugênio. *Da responsabilidade civil no novo Código*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Luiz Edson; RUZIK, Carlos Eduardo. Um projeto de código civil na contramão da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 4, p. 243, set. /dez. 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*: volume único. 5ª ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Curso de Direito Civil*. V. 3. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Juspodivm, 2025.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 60. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2020.

GADOTTI, Moacir. *Perspectivas atuais da educação*. São Paulo: Cortez, 2018.

GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. Columbus: Ohio State University Press, 1974.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HEINEN, Juliano. O que aconteceu com Pontes de Miranda? Implicações da doutrina do jurista e filósofo brasileiro na dogmática jurídica brasileira do século XX. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da PPGDir/UFGRS*. Edição digital. Porto Alegre. v. XIV, n. 2, 2019, p. 213-233, p. 221.

- IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione vent'anni dopo*. Milano: Giuffrè, 1999; CAMARDI, Carmelita. *Certeza e incerteza nel diritto privato contemporaneo*. Torino: Giappichelli, 2017.
- JORDÃO, Eduardo. *Abuso de direito*. Salvador: Juspodivm, 2006.
- JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Temis Librería, 1927.
- JOSSERAND, Louis. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Bogotá: Temis Librería, 1982.
- KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Trad. Luis Legaz y Lacambra. México: Editora Nacional, 1965.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- LÔBO, Paulo. *Curso de Direito Civil. Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2021.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LOPES, Eliane Marta Teixeira; GALVÃO, Ana Maria de Oliveira. *História da educação no Brasil*. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MARTINS, Pedro Batista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales*. Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.
- MEIRA, José de Castro. O ilícito civil e o ilícito penal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 70:159-174, abril/junho, 1981.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. I.
- PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Camerino: Jovene, 1972.
- PERLINGIERI, Pietro. Trad. Maria Cristina de Cicco. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- PLANITZ, Hans. *Principios de Derecho Privado Germanico*. Trad. Carlos Melon Infante. Barcelona: Bosch, 1949.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. T. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1967, t. I.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1928.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. T. LIII. Rio de Janeiro:

Borsoi, 1966.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, T. II.

PONTES DE MIRANDA. Prefácio. In: *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. I, p. XXIII.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 1.

PUIGARNAU, Jaime M. Mans. *Hacia una Ciencia General del Derecho*. Barcelona: Bosch, 1962.

QUINE, Willard Van Orman. *O sentido da nova lógica*. Curitiba: Ed. da UFPR, 1996.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del Derecho*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1952.

RAÓ, Vicente. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. I.

RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*. Trad. Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta. 2010.

ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Código Civil comentado*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Juspodivm, 2025.

ROSENVALD, Nelson. *Funções da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2013.

SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SALEILLES, Raymond. *Teoria do risco no Direito*. In: *Código Civil de 1904*.

SAVIANI, Dermeval. *Escola e democracia*. Campinas: Autores Associados, 2019.

SESSAREGO, Carlos Fernandez. *Abuso del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1992.

SILVA, Tomaz Tadeu. *Documentos de identidade: uma introdução às teorias do currículo*. 4. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2019.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

SOUSA, Raquel de Almeida. *Currículo e ensino: desafios contemporâneos*. Recife: UFPE Editora, 2021.

STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*. Madrid: Briz, 1959, p. 20. Também: BARCELLONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta, 1996.

STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*. Madrid: Briz, 1959.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

TEPEDINO, Gustavo. O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. *Temas de Direito Civil*. T. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A contribuição de Teixeira de Freitas para a responsabilidade civil. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; MORSELLO, Marco Fábio; ROSENVALD, Nelson. *Protagonistas da responsabilidade civil*. Indaiatuba: IBERC/Foco, 2022.

TUHR, Von. *Teoría General del Derecho Civil Alemán*. Trad. Tito Rava. Buenos Ayres: Depalma, 1946.

VALLADÃO, Alfredo. *O abuso do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*, São Paulo: Malheiros, 1993.

VILANOVA, Lourival. *Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

WIEACKER, Franz. *A História do Direito Privado Moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha, 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967.

Recebido: 29/01/2025.

Aprovado: 15/02/2025.

Como citar: BRAGA NETTO, Felipe. Os ilícitos civis no projeto de reforma do Código Civil. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 8, n. 1, p. 30-79, jan./abr. 2025.

