

ILÍCITO PESSOAL E RESPONSABILIDADE CIVIL

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO

I — *Coordenadas do ilícito civil*

O tema do ilícito é nuclear na sistemática da responsabilidade civil. Esta depende antes de mais dos pressupostos que se vão buscar a concepções gerais do ilícito ou antijuridicidade.¹

Para tornar patente a problemática em causa, vamos partir de uma alternativa fundamental. O que é ilícito: é a ação ou é o dano?

Toda a responsabilidade civil tem como finalidade mínima a reparação de danos. Mas nem todo o dano da vida social deverá ser reparado. Poderá então pretender-se que é o caráter ilícito, injusto ou antijurídico — como se queira dizer — do dano, que dá o critério geral da atuação da responsabilidade civil. A concepção de que a ilicitude estaria no evento, e não na ação, unificaria todas as figuras relevantes, permitindo configurar a responsabilidade como a reação a um dano ilícito.²

Semelhante visão teria o mérito, para os seus autores, de reconduzir a chamada responsabilidade objetiva aos esquemas gerais da responsabilidade civil. Perderia desta forma o caráter de anomalia com que ainda é apresentada, porque emparceiraria com a responsabilidade dita subjetiva na reação a um ilícito, o acontecimento danoso. O fato de se exigir ou não a culpa seria subdistinção de menor relevância.

Mas tal concepção tem um preço, que é o de quebrar a unidade do conceito de ilicitude, ou antijuridicidade, que é uma das travas mestras da unidade da ordem jurídica. Não seria reconduzível a um conceito unitário uma ilicitude que no Direito Penal e no Direito Disciplinar, por exemplo, qualificaria uma ação, e no Direito Civil qualificaria um evento.

¹ Usamos as duas palavras em total sinonímia, mas a primeira parece-nos mais simples e expressiva.

² O tema tem ocupado os autores italianos, visto que o Código Civil deste país centra a responsabilidade no **danno ingiusto**. Cf., por exemplo, BONVICINI, *La responsabilità civile*, I, Milão, 1971, § 8 e *passim*.

Certos autores, como DEUTSCH, admitem abertamente esta consequência.¹ Mas pensamos que deve ser rejeitada. É necessário distinguir, da relevância específica do ilícito no ramo em que se origina (justificando por exemplo a aplicabilidade de sanções penais ao lícito penal) a sua relevância reflexa em toda a ordem jurídica.

Há uma necessária repercussão do Direito Civil no Direito Penal, que faz com que este acolha nos seus tipos as valorações civis relativas aos bens que tutela. A ilicitude civil é assim acolhida no Direito Penal. Como há uma repercussão do Direito Penal no Direito Civil, que se torna particularmente nítida quando a condenação penal está na origem do dever de indenizar. Basta-nos para este efeito invocar o art. 1.525 do Código Civil, que torna decisiva no civil a sentença criminal, para ter provada a necessária osmose da ilicitude entre todos os ramos do direito. Pode a ilicitude penal não relevar em matéria de responsabilidade civil: basta que não tenham sido provocados danos. Não pode é haver diversidade de natureza entre ilícito penal e civil.

Aliás, a tentativa de centrar a ilicitude civil no evento, e não na ação, defrontaria ainda outro obstáculo, quanto a nós decisivo. É que o ilícito civil *não está necessariamente associado à produção de danos*. O ilícito surge e tem consequências civis mesmo que porventura nenhuns danos haja a reparar. Basta pensar na ilicitude do ato jurídico não danoso, que conduz à sua invalidade, ou na ilicitude como pressuposto da legítima defesa, de que teremos oportunidade de falar de seguida. Não se pode admitir que no próprio direito civil haja duas concepções de ilícito, uma ligada à ação e outra ao evento.

Concluimos assim que o ilícito, em toda a ordem jurídica, qualifica a ação, e não o evento. Vamos ilustrá-lo com o exemplo com que MÜNZZBERG abria a sua obra dedicada especificamente à análise da conduta e do evento. Um camionista, que conduz cuidadosamente o seu pesado veículo, passa por uma pessoa cansada de viver, que se lança inesperadamente à frente do caminhão. O camionista não pode já evitar a colisão; mas, manobrando com habilidade excepcional, consegue reduzi-la, ferindo apenas de raspão num ombro o suicida frustrado.

1 Cf. *Haftungsrecht*, I Colónia, Berlim, Bonn e Munique, 1976, § 7, II, 4 e § 14, V. Parte da diversidade de funções da ilicitude em cada ramo da ordem jurídica. No Direito Civil, esta seria relevante no que respeita aos deveres de omissão, à legítima defesa e à reparação dos danos. Não se poderia supor que estas funções relevassem também noutros quadrantes da ordem jurídica.

2 MÜNZZBERG, WOLFGANG — *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und der Haftung*, Frankfurt, 1966.

Deveremos, perante esta lesão da integridade física, dizer que estamos perante a ocorrência de um ilícito? O que será ilícito: a lesão acontecida ou a conduta, que neste caso é irrepreensível? Não podemos deixar de afirmar que não há ilícito, ainda que porventura alguma regra impusesse, neste caso, o dever de indenizar.

Assim, a responsabilidade chamada objetiva revela-se como algo muito mais significativo do que uma responsabilidade sem culpa. É antes de mais uma *responsabilidade sem ilícito*, uma vez que a obrigação de indenizar não surge aqui associada à prática de nenhum ilícito.

De fato, nestes casos, como não há ilícito associado ao evento, não é possível encontrar ilícito nenhum. Num caso de acidente nuclear, por exemplo, seria absurdo pretender que o ilícito residisse na própria instalação ou laboração da usina nuclear. A instalação, que é ato meritório, realizado ou promovido pelos poderes públicos, não pode ser simultaneamente um ato ilícito. Temos de concluir que há reparação de danos não fundados em ilícito nenhum.

Nós iríamos até mais longe. Nos casos chamados de responsabilidade objetiva há *responsabilidade sem ação*. Não há ação, ou a lei abstrai dela. A reação nuclear que inopinadamente se desenrolou, fora das leis até então conhecidas do homem, não é um ato de *A* ou *B*, é um mero acontecimento, que dará em todo o caso origem ao dever de indenizar os prejuízos causados.

Nas outras hipóteses de responsabilidade civil há responsabilidade com ação. Mas a responsabilidade com ação pode fundar-se ainda em atos lícitos e em atos ilícitos. A responsabilidade por atos lícitos surge em casos excepcionais, quando a lei autoriza uma conduta mas, por razões de justiça, manda indenizar os danos causados a terceiro. O que por si bastaria aliás para demonstrar que, ainda que admitíssemos que a responsabilidade reside no dano, não conseguiríamos unificar todos os casos de responsabilidade civil. Porque estas hipóteses não podem deixar de ser consideradas de responsabilidade sem ilícito.

Assim, o ato de deterioração ou destruição de coisa alheia praticado em estado de necessidade é lícito (art. 160/II), mas o dono da coisa, não sendo culpado do perigo, tem direito à indenização do prejuízo que sofreu (art. 1.519).¹ Há um lícito, e todavia há o dever de indenizar os prejuízos dele derivados.

Enfim, temos a responsabilidade por fatos ilícitos, que é a que a lei contempla especificamente nos arts. 159 e 1.518 e seguintes

¹ Todos os preceitos de lei cuja origem não for indicada são de reportar ao Código Civil brasileiro.

e a que oferece de fato maior relevância. É apenas em relação a ela que tem cabimento esta pesquisa sobre a relação da concepção do ilícito com a responsabilidade civil.

II — *Aplicabilidade do ilícito pessoal no Direito Civil*

Chegados a este ponto, não podemos deixar de observar que, mesmo no que respeita à caracterização de uma ilicitude fundada na ação, não existe unanimidade entre os autores.

As próprias escolas criminalísticas alemã e italiana, que mais longe levaram estes estudos, continuam divididas entre a afirmação de uma ilicitude objetiva, de longe predominante na primeira, e o só reconhecimento da ilicitude subjetiva, generalizado na segunda. Para esta última, a culpabilidade seria constitutiva da ilicitude ou antijuridicidade do ato.

Não é esta porém a posição que seguimos, nem a dominante entre os autores brasileiros. Aceita-se a tripartição fundamental, consagrada por BELING, que distingue o fato, a ilicitude e a culpabilidade. Pode assim um fato ser ilícito, porque merecedor de objetiva reprovação por parte da ordem jurídica, sem que o seu autor seja culpado, por não se verificar o desvalor pessoal em que a culpabilidade consiste.

Fixamo-nos pois na orientação que propugna a demarcação de uma ilicitude objetiva.

Mas ainda então há grandes divergências na caracterização dessa ilicitude e na sua relação com a culpabilidade. Avulta o grande debate entre as concepções causais e finais da ação.

A tese clássica considerou o dolo e a culpa (em sentido estrito) elementos da culpabilidade (ou culpa, em sentido amplo) e construiu uma noção de ilicitude que deles abstrairia.

Pelo contrário a doutrina finalista, por considerar a finalidade constitutiva de toda a ação humana, deslocou a sede do dolo e da culpa. Em consequência o ilícito seria já em si *necessariamente doloso ou culposos*.

Esta tese foi aceita por correntes subseqüentes, pois mesmo a chamada doutrina social da ação a acolhe.

A polémica centra-se agora na delimitação do conceito de ação.

Podemos abstrair dela e concentrarmo-nos logo no momento da ilicitude. É aí que nos surge um ilícito que tem de ser já necessariamente qualificado como doloso ou culposos, por oposição ao ilícito causal das concepções anteriores.

Podemos falar então de um ilícito pessoal.¹

A este propósito enunciou LARENZ uma posição intermédia. Aceitou que também no domínio civil a ilicitude se centra na ação e não no evento, mas considerou que a ação é ilícita se ela trouxe imediatamente o evento. Assim, diz, a irmã de caridade que, por engano ou em consequência de ordem dolosa do médico, ministra uma injeção mortal ao paciente, procede ilicitamente. Contra ela poderá recorrer-se à legítima defesa, não obstante a boa fé com que a irmã procede.²

Os efeitos práticos que LARENZ procura com a sua posição são atingidos, nos termos da lei brasileira, com a concepção pessoal do ilícito, como teremos ocasião de ver a seguir. Para além disso, fica a nossa estranheza perante esta repartição de casos, sem fundamento científico unitário, que ressuscitaria o problema insolúvel da distinção da causação mediata e da causação imediata do evento.

Seria deslocado retomar a propósito do ilícito civil toda a polémica sobre a justificação geral das teses finalistas. O nosso objetivo é realizar uma pesquisa, tendo em vista a aplicação daquelas teses.

Vamos tomar como um dado a correção da tese finalista, tal como foi desenvolvida no Direito Penal; e como tema da pesquisa, a sua aplicabilidade ao ilícito civil. Abstraiamos pois de uma fundamentação geral e procuramos indagar das consequências jurídicas concretas.

Desta maneira, verificaremos no terreno de mais difícil análise — o dos possíveis efeitos jurídicos — se o Direito Civil suporta as incidências deste enriquecimento da noção da ilicitude. E será certamente proveitoso fazer um confronto entre a rica elaboração realizada ao nível do Direito Penal e a problemática do Direito Civil, num momento em que as contradições sistemáticas provindas das incessantes extensões da responsabilidade civil provocam sobre esta uma certa paralisia dogmática, muito visível nomeadamente na doutrina francesa.

Não estaremos isolados no caminho que nos propomos trilhar; mas os esforços neste sentido são todos muito recentes. Podemos colocar na sua origem NIPPERDEY, que procurou justamente apresentar a responsabilidade civil nos quadros da doutrina finalista.³

1 Cf., neste sentido, M. REALE JÚNIOR, *Antijuridicidade concreta*, São Paulo, 1974, 86 e *passim*. Toda esta temática é desenvolvidamente considerada pelo autor.

2 *Rechtswidrigkeit und Handlung in Zivilrecht*, em *Vom Deutschen Zum Europäischen Recht*, Tubinga, 1963, I.

3 *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, de ENNECCERUS, 9.^a ed. revista por H. C. NIPPERDEY, II, Tubinga, 1960, § 209, nomeadamente IV B 2 al. b, p. 1.297-1.299.

As pretensões finalistas foram porém contestadas por autores muito significativos. Ganha por isso a maior atualidade o exame do problema com referência exclusiva ao Direito Civil.

Há porém um aspecto que temos de deixar de fora deste trabalho, por ultrapassar os limites da indagação: é o que respeita à *culpabilidade*. Haveria de fato que examinar se há ainda espaço para falar em culpabilidade em matéria de direito civil, depois de se terem incorporado o dolo e a culpa na esfera do ilícito. É matéria que terá que ficar para outra ocasião. Daqui por diante, ocupar-nos-á em exclusivo o que respeita à ilicitude.

III — Pontos objeto da pesquisa

Ao contrário do que poderia parecer à primeira vista, são poucos os casos em que no Direito Civil pode ter relevância o mero ilícito, desacompanhado da culpabilidade.

Em matéria de responsabilidade civil, os casos de responsabilidade por ilícito são também casos de responsabilidade por culpa; tal como vimos atrás que os casos de responsabilidade sem culpa são também casos de responsabilidade sem ilícito. Não defluem assim na generalidade das hipóteses efeitos práticos da circunstância de considerarmos o dolo e a culpa elementos da culpabilidade ou base da ilicitude. De toda a maneira, só haverá dever de indenizar havendo dolo ou culpa.

Têm-se apresentado porém certas situações no Direito Civil em que a qualificação como ilícito de ato alheio seria pressuposto da valoração da ação do agente. Discute-se se essa qualificação como ilícito cabe ou não nos quadros do finalismo.

Vamos ensaiar a solução que resultaria da qualificação como ilícitos os seguintes atos:

- 1) A invasão do domínio reservado ao titular da propriedade, ou do direito real.
- 2) O esbulho, pressuposto das ações de reintegração da posse e de reivindicação.
- 3) O ato do autor material, de que o ato do cúmplice seria acessório, nos termos da participação.
- 4) A agressão ilegal ou injusta, que é pressuposto da legítima defesa.

Para além destes, haverá certamente muitos problemas de fronteiras em relação ao ilícito civil, que não poderemos examinar especificamente.

Para dar apenas um exemplo, consideremos uma hipótese formulada por LARENZ.

Abel, que habita um apartamento em edifício coletivo, gasta duradouramente no seu aquecimento carvão que retira de depósito alheio, porque supõe ser o próprio. Haverá aqui obrigação de indenizar? Caso afirmativo, como configurar o ilícito, se Abel está em erro?

Supomos que não há ilícito. Não tendo havido negligência, não há que alegar ilicitude. A hipótese não se enquadra no domínio da responsabilidade civil.

Tão pouco se poderão invocar princípios próprios dos direitos de exclusão e reclamar a reconstituição do estado de coisas anterior, porque esta é impossível: o carvão está já consumido.

Isto não implica que o mal não tenha remédio. Podemos ainda recorrer ao regime subsidiário do enriquecimento sem causa. Por natureza, este instituto opera quando a responsabilidade civil não funciona. Dispensamo-nos porém de examinar a disciplina que a hipótese receberia nos termos do enriquecimento sem causa, pois isso situa-se fora do nosso tema.

Passemos portanto à análise dos quatro problemas enunciados. Veremos que, ou o tema do ilícito se revela afinal irrelevante, ou a concepção pessoal do ilícito leva vantagem no seu enquadramento.

IV — *A invasão do domínio reservado ao titular do direito real*

O titular do direito real tem um poder genérico de exclusão de perturbações que o afetem no exercício do seu direito¹ para além do que respeita já à defesa possessória.

Mas essas invasões de terceiros deverão ser ilícitas, para que justifiquem o exercício do poder de exclusão? É a posição da doutrina corrente.

Se tivermos do ilícito uma visão pessoal, a consequência seria a de reduzir consideravelmente o âmbito do poder de exclusão,² pois a invasão de terceiros só poderia ser repelida se fosse dolosa ou culposa.³

Outra é porém a posição de NIPPERDEY. Considera que não é necessário que a intervenção alheia seja ilícita: basta que o proprietário não esteja obrigado a suportá-la.⁴ E cremos que tem razão.

¹ A doutrina alemã analisa desenvolvidamente este aspecto, fundada no § 1.004 do B.G.B., que permite ao titular exigir a eliminação de fatos prejudiciais, ou a omissão de prejuízos que se receiam.

² Neste sentido LARENZ, *Rechtswidrigkeit* cit., 173-174.

³ A posição foi defendida por um finalista, VON CAMMERER mas dentro de uma orientação particular do autor.

⁴ *Allgemeiner Teil* cit., 1.297-1.299.

Lembramo-nos que o direito real, como todo o direito absoluto, não assenta numa relação (como acontece com os direitos de crédito). Quando o invoca, o proprietário contenta-se em demonstrar o seu direito, e em exigir a observância do efeito real. Funda-se em *razões absolutas*, e não em qualquer posição particular que ocupe perante o outro sujeito.

Sendo este o espírito da tutela do direito real, compreende-se que a qualificação como lícito ou ilícito do ato do interventor seja irrelevante.¹ O beneficiário tem o direito de fazer cessar uma situação que o perturbe, pela razão suficiente de ser titular do direito real. O interventor tem de se submeter, quer tenha agido ilicitamente quer não. Não são considerações pessoais que estão em causa. Se a ação é ilícita, poderá ter de reparar ainda os danos causados, mas isso porque entram em ação princípios da responsabilidade civil que se cumulam com a tutela própria do direito real.

Este posicionamento é essencial para se compreender um instituto que continua a apresentar-se muito nebuloso para a generalidade da doutrina: a vizinhança imobiliária, na sua contraposição à responsabilidade civil.

O Código Civil, ao regular o direito de vizinhança nos arts. 554 e seguintes, fala frequentemente em deveres de indenizar. Significará isto que as relações de vizinhança devam ser consideradas como afloramento dos princípios da responsabilidade civil?

Supomos que essas indenizações podem revestir diversa natureza. Assim, no art. 570, a indenização representa essencialmente um preço; e as perdas e danos referidos no art. 586 parecem respeitar diretamente à responsabilidade civil.

Mas o que caracteriza o direito de vizinhança como tal é o dever reciprocamente estabelecido de respeitar o *statu quo* — ou se quisermos, o estado de coisas ou o estado dos lugares. E este tanto releva quando a alteração for ilícita, como quando o não for. A propriedade imobiliária defende-se objetivamente, e não por se atender à posição subjetiva de um eventual infrator.²

Tomemos a situação prevista no art. 563: “O dono do prédio inferior é obrigado a receber as águas que correm naturalmente do superior. Se o dono deste fizer obras de arte para facilitar o

¹ É expresso neste sentido PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, vol. 14, §§ 1.587 e 1.588.

² Ao que supomos SAN TIAGO DANTAS, no seu clássico *Conflito de Vizinhança e sua Composição*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, 1972, p. 56 e segs., ao procurar o fundamento da responsabilidade nas relações de vizinhança, toca esta problemática; mas não a afronta diretamente, porque é motivado por problemática diferente.

escoamento, procederá de modo que não piore a condição natural e anterior do outro.”

Suponhamos então que esse proprietário encanou as águas, tomando todas as cautelas para evitar agravar a condição do prédio inferior.

Não obstante, por razões imprevisíveis, as obras ruíram, e o defluxo das águas aumentou.

Pode o titular do prédio inferior exigir a remoção das obras realizadas?

Nos termos da responsabilidade civil, não pode. Se o dono do prédio superior procedeu diligentemente, não há por definição ilícito, e portanto, não haverá obrigação de indenizar, mesmo no que respeita à restauração natural.

Mas nos termos do direito de vizinhança o que interessa é a manutenção do estado dos lugares. O titular do prédio superior não é obrigado a suportar a modificação no estado do prédio inferior que agrave a sua situação. Portanto, mesmo não havendo culpa, o titular do prédio inferior deverá remover o obstáculo.

Como este dever cabe ao proprietário do prédio, seja ele quem for, se a propriedade for transferida, passa a recair sobre o adquirente. É uma obrigação *propter rem*.¹ E compreende-se que seja assim, pois quem está em condições de manter o estado dos lugares é o titular do direito, e não o transmitente, que passou a ser um estranho.

Pode ainda acontecer que na feitura das obras tenha havido culpa. Há então que concatenar direito da vizinhança e responsabilidade civil.

Aplica-se o art. 586 do Código Civil. Todo aquele que violar as disposições dos arts. 580 e seguintes é obrigado a demolir as construções feitas, respondendo por perdas e danos. Cumulam-se então no titular dois deveres de indenizar. Se o titular transmitir o seu direito a terceiro, sobre esse passa a recair o dever objetivo de reconstituir o estado dos lugares, mas o dever de indenizar continua a caber ao transmitente, porque o sujeito é individualmente determinado.

Também pode acontecer que sejam pessoas diferentes, logo desde o início, o que praticou o ato ilícito e o titular do prédio onde se desrespeitou o estado dos lugares. Cabe então ao beneficiário, em termos de direito de vizinhança, uma pluralidade de ações, com fundamentos diferentes. Na medida em que os objetivos dessas ações possam ser coincidentes, pode o proprietário optar

¹ Veja-se a construção dogmática destas situações que realizamos em *As Relações Jurídicas Reais*, Lisboa, 1962.

entre agir em termos de direito de vizinhança ou em termos de responsabilidade civil.

Após esta análise, vejamos o que se apurou para efeitos de determinação das consequências da aplicação do ilícito pessoal à responsabilidade civil.

A conclusão é a de que o direito de exclusão do titular do direito real é insensível à concepção que se adotar de ilicitude. E isto pela razão radical de que não supõe o caráter ilícito da perturbação realizada pelo terceiro.¹

V — O esbulho

Qual a incidência da concepção finalista do ilícito em matéria de esbulho?

Advertimos que em rigor esta análise deveria recair sobre toda a situação de desconformidade ao direito que está na base, quer da defesa possessória, quer da petitoria. Vamos todavia limitar-nos a considerar a ação possessória de reintegração ou restituição e a ação de reivindicação.

É freqüente a afirmação de que nestas ações se reage contra a detenção *ilícita* de terceiros. Na causa de pedir incluir-se-ia um esbulho, e o esbulho seria um ato ilícito.² Sendo assim, compreende-se como seria grande neste caso a importância da noção pessoal de ilícito: estas ações só poderiam ser utilizadas desde que houvesse dolo ou culpa do esbulhador. Logo a uma primeira vista semelhante limitação na disponibilidade destas ações afigura-se inconveniente.

Mas cremos que o ponto de partida é errado. Na lei brasileira, não vemos onde fundar essa pretensa ilicitude do esbulho. Aquele que, por erro, penetra em casa alheia supondo que é a que lhe foi deixada em testamento, ou o *caddy* que entrega ao jogador de *golf* bola alheia que este lhe fizera crer que lhe pertencia, praticou esbulho, mas não praticou ato ilícito.

Na verdade, o esbulho pode ser violento ou não, pode ser de boa ou de má fé. Basta que as coisas se encontrem indevidamente em poder de terceiro para que nasçam as pretensões à sua restituição.

¹ Pode ainda entender-se que no caso há uma responsabilidade por atos lícitos. O problema é, para a nossa análise, irrelevante: o que nos interessava era apenas excluir que o Direito de Vizinhança como tal pressupusesse o caráter ilícito das intervenções a que reage.

² O § 858 do B.G.B. qualifica mesmo expressamente o esbulho ou a perturbação como ilícitos. Não obstante LARENZ, *ob. cit.*, 174, discorda da qualificação.

Há que ter presente a especificidade dos meios de defesa próprios dos direitos absolutos, e nomeadamente da propriedade. O proprietário, quando afirma o seu direito, quando procede, por exemplo, à reivindicação, não confronta o seu direito com o do detentor da coisa, não impugna as causas de aquisição deste, não qualifica a posição subjetiva do detentor. Para efeitos de reivindicação, tudo isso é deslocado. Ele contenta-se em demonstrar o seu direito, e em exigir conseqüentemente a entrega da coisa. Funda-se no que chamamos há pouco *razões absolutas*, e por isso não se submete à contradita. Desde que demonstre a propriedade a coisa deve ser-lhe entregue, seja qual for a posição subjetiva do detentor.

O art. 524 assegura ao proprietário o direito de reaver a coisa do poder de quem quer que *injustamente* a possua. Possuir *injustamente* é ambíguo, mas aqui significa, simplesmente, possuir os bens, sem que uma causa específica torne essa posse oponível ao proprietário. Prevê-se uma situação objetiva, que não requer a qualificação como ilícita.¹

Repare-se aliás que na ação de reivindicação o réu pode ser um mero detentor (art. 647, por exemplo),² e a detenção, por maioria de razão sobre o que dissemos quanto à posse, não se pode qualificar como ilícita, muito embora fira o direito do proprietário.

Os mesmos princípios funcionam em matéria de posse — embora a fundamentação seja diferente, por a posse, a nosso ver, dever ser considerada direito relativo.³ Os arts. 499 e seguintes do Código Civil pressupõem expressamente um esbulho. Mas o esbulho é entendido objetivamente: é toda a situação que importe subtração da coisa da esfera de atuação do possuidor, sem causa legítima. O esbulhador poderá ser até, por sua vez, um possuidor de boa fé.

A lei determina que a reintegração da posse se fará *à custa do esbulhador, e no lugar do esbulho* (art. 503 do Código Civil). Não é no lugar onde a coisa se encontra nem basta ao esbulhador tomar atitude passiva. Deve entregar a coisa, suportando as despesas, no lugar do esbulho, em conseqüência da relação com o possuidor que pelo esbulho se constituiu, ainda que não tenha havido ilícito.

¹ É o que significa PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, vol. 14, § 1.571/2; § 1.573/3, quando fala em ter consigo o bem sem *ius possidendi*. A análise do autor sobre este ponto é muito certa.

² Cf. na doutrina, v.g., WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Direito das Coisas*, 19.^a ed., São Paulo, 94.

³ Cf. os nossos *Direitos Reais*, 4.^a ed., Coimbra, 1983, n.º 62.

No que respeita à propriedade, não há regra específica, mas o mesmo regime deve considerar-se aplicável.¹ E isto até por maioria de razão, pois a situação do proprietário não pode ser menos favorável que a do mero possuidor. O art. 503 é, pois, um lugar paralelo de aplicação irrecusável.

Em qualquer dos casos, pretende-se assim a reconstituição da situação tutelada. No que toca à propriedade há a pretensão ao respeito absoluto do direito real, que atinge quem quer que objetivamente interfira com ela. No que respeita à posse há uma situação análoga.²

Maior atenção merece a previsão da *indenização dos prejuízos*. O art. 503 diz-nos que o possuidor mantido ou reintegrado tem o direito à indenização dos prejuízos sofridos.

Quando o esbulho for um ato ilícito, sem dúvida que o possuidor esbulhado acumula, com a pretensão de reintegração, a de indenização dos prejuízos sofridos. Mas a previsão do art. 503.^o não se destinará a criar uma responsabilidade objetiva, que atingirá o esbulhador em todos os casos?

Não o pensamos, porque não teria sentido que isso acontecesse em benefício do possuidor e não em benefício do proprietário. Ora, a propósito da reivindicação nada diz a lei quanto à indenização, pelo que se aplicam integralmente os princípios gerais.

O significado do art. 503 é antes o de resolver um problema próprio da posse, esclarecendo um tema contestado: a posse é um direito subjetivo. Como é um direito subjetivo, a sua ofensa dá origem à reparação de perdas e danos. Mas só o dará nos termos gerais, portanto concorrendo ilicitude e culpabilidade. Estes são os requisitos comuns para que de uma violação de um direito subjetivo nasça uma pretensão à indenização dos prejuízos causados.

Qual a conclusão que devemos então retirar desta análise do esbulho?

É semelhante à que resultou do estudo dos poderes de exclusão do titular do direito real, matéria aliás aparentada com esta.

O esbulho não é previsto pela lei como um ato ilícito. Sendo assim, a introdução de uma ilicitude pessoal não irá ter nenhuma repercussão neste domínio.

Quando muito poderíamos ser levados, a partir daqui, a distinguir violação e *violação ilícita* de direitos. O próprio art. 159

¹ Neste sentido, PONTES DE MIRANDA, *ob. cit.*, § 1.572/2; mas no § 1.573/8 sustenta que o lugar da entrega é o da situação da coisa. Assim não se reconstitui devidamente a situação real atingida.

² Esta regra representa todavia uma anomalia em matéria de posse pois, como dissemos já, esta não é um direito real.

do Código Civil nos poderia dar apoio para esta distinção. A invasão do direito real ou o esbulho representariam violações, mas não violações tipicamente ilícitas. Já a responsabilidade civil, nos casos normais, suporia a violação ilícita. Duvidamos porém que valha a pena acentuar esta distinção, pois ela conduziria a breve trecho a dissídios meramente terminológicos.

VI — A participação

O art. 1.518 do Código Civil prevê a hipótese de a ofensa ter mais de um autor. Nesse caso, todos responderão solidariamente pela reparação.

No parágrafo único, determina-se que são solidariamente responsáveis com os autores os cúmplices, além de outras categorias de pessoas. Surge assim a previsão desta categoria especial, os cúmplices, distinta da dos autores.

O Código Penal, no seu art. 25, determina genericamente que quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas para este cominadas.

Acontece porém que esta assimilação, aliás de duvidosa oportunidade, da pena aplicável às diversas categorias de participantes, não elimina a necessidade da distinção das várias formas materiais de participação. Vamos partir da concepção corrente de que as várias atividades devam ser causais para a produção do evento; mais adiante teremos oportunidade de a pôr em causa.

Com efeito, como tem sido observado,¹ os tipos penais descrevem a ação típica. Autor é quem executa essa ação. Se houvesse apenas os preceitos da parte especial, os cúmplices não poderiam ser incriminados. Mas os arts. 25 a 27 realizam uma extensão, tornando aplicável àqueles a lei penal.

De toda a maneira, porém, o cúmplice só pode ser responsabilizado em consequência da posição relativa que ocupa, com respeito ao autor. Nisto consiste a característica da acessoriedade. Não pode haver cumplicidade sem haver autoria.

Há, porém, divisão na caracterização desta autoria, em referência à qual se marca a acessoriedade do ato do cúmplice. Distinguem os penalistas uma acessoriedade mínima, limitada ou máxima, consoante for bastante um fato típico, um fato ilícito ou

¹ Cf., por exemplo, HELENO FRAGOSO, no *Comentário ao Código Penal* de NELSON HUNGRIA, I, II, arts. 11 a 27, 5.^a ed., Rio de Janeiro 1980, n.º 83; MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, I, 20.^a ed., São Paulo, 1982, n.º 132. Em sentido contrário, afastando toda a referência à acessoriedade, NELSON HUNGRIA, *ob. cit.*, n.º 112.

só um fato culposo do autor, como ponto de referência dessa acessoriedade.

A concepção da ilicitude pessoal pode levar a aceitar ou rejeitar a tese da acessoriedade limitada, portanto da admissão de um ato ilícito como ponto de referência de toda a acessoriedade.

Não vamos entrar, obviamente, no debate penal. Mas que consequência terá, no plano da participação no ilícito civil, a concepção pessoal da ilicitude?

Suponhamos que só uma pessoa praticou o dano, quer dizer, executou a ação diretamente danosa (ofensas corporais, por exemplo); mas que outro executa uma atividade auxiliar que contribui causalmente para a verificação do evento (entrega a arma do crime, por exemplo). Na apreciação de responsabilidade deste cúmplice, suscitar-se-á o mesmo problema de acessoriedade e de delimitação da ilicitude do ato do autor material que vimos ser característico da responsabilidade penal?

Respondemos negativamente. A problemática penal está estreitamente dependente do princípio da legalidade. Se a lei tipifica a execução correspondente aos vários delitos, os cúmplices não deveriam ser incriminados, pois não praticam atos executivos. Para obviar a tal impunidade surge justamente o tipo de participação, que funciona como tipo extensivo da incriminação. Mas essa extensão só pode operar em relação a atos acessórios a um fato, que provavelmente deverá ser qualificado como ilícito.

Não assim na responsabilidade civil. Porque o *ilícito civil não é típico*. Qualquer ato ilícito que produza danos gera a obrigação de indenizar, quer em abstrato o seu autor se devesse qualificar como autor ou cúmplice. O que interessa é que o ato tenha sido causalmente relevante para a produção do dano, e concorram os outros requisitos da responsabilidade civil.

A ser assim, concluiríamos que, em matéria de participação, a concepção que se adotar da ilicitude é irrelevante em matéria de responsabilidade civil. A responsabilização do participante não estaria dependente de acessoriedade em relação ao ato do autor.

Isto seria assim se aceitássemos o trilho aberto pela doutrina dominante sobre este assunto. Devemos porém acrescentar que não cremos que o problema se resolva com esta simplicidade.

Partimos do princípio, genericamente afirmado, de que as várias atividades deverão ser causais para a produção do dano. A esta luz, teríamos de entender o art. 1.518/parágrafo único como disposição destinada, não a distinguir, mas pelo contrário a assimilar os vários participantes.

Mas o princípio da necessária relevância causal do ato do cúmplice tem de ser reexaminado. Ele é por vezes apresentado com certa insegurança.¹

Mas na verdade, há atividades auxiliares que não são causais. Se o cúmplice do incendiário transporta juntamente com este até à plantação de materiais inflamáveis que não chegam a ser utilizados, o ato não é causal; mas é estranho admitir que não seja responsável civilmente, como aliás que fique penalmente impune.

É por isso que sugerimos que o art. 1.518, parágrafo único, seja entendido, não como um tipo indiferenciador, mas um tipo ampliativo da responsabilidade, no que respeita ao cúmplice. É ele que permite que o cúmplice que não teve intervenção causal seja responsabilizado. Doutra maneira seria inútil.

Sendo assim, reabre-se, no Direito Civil, a querela da acessoriedade. Não há cumplicidade em abstrato, há cumplicidade em relação a um ato principal, causador do dano. Temos então de saber se esse ato deve ser ou não ilícito, e como o ilícito deve ser caracterizado.

Supomos que nada impede que o Direito Civil siga as vias abertas no Direito Penal.

Se não há ilícito, não há participação. Se o executante age por erro, sem dolo ou culpa, não se pode responsabilizar quem o auxiliar não causalmente. Esta figura não se confunde porém com a da chamada autoria mediata, porque então a atividade foi causal, muito embora a causalidade se tenha desenrolado através de motivações de outrem.

Se há dolo ou culpa do executante, desenha-se a participação, nos termos da doutrina chamada da acessoriedade limitada.

Não altera esta situação o fato de o executante não ter culpabilidade, ou ser isento de pena. Assim, o cúmplice do louco, ou do que praticou furto doméstico, podem e devem ser responsabilizados pelo prejuízo causado.

Pelo contrário, o cúmplice que não desenvolveu atividade causal será irresponsabilizado se o executante foi justificado. Seria na verdade chocante que o cúmplice não causal do causador do dano que está abrangido por eximente fosse responsabilizado e o executante não.

Corrige-se assim a extensão demasiada que resultaria de um entendimento da solidariedade do cúmplice, imposta pelo art. 1.518/parágrafo único, que não fizesse a correção através da acessoriedade.

¹ Assim, HELENO FRAGOSO ob. cit., n.º 92, afirma que tem de haver contribuição causal, mas acrescenta duas páginas depois que “não se exige que o auxílio seja *conditio sine qua non*”.

Em matéria de participação, chegaríamos assim à conclusão de que a aplicação ao Direito Civil do esquema da ilicitude pessoal é vantajosa, porque corrige uma amplitude excessiva da responsabilização, que seria a consequência de uma noção causal de ilícito.

VII — A agressão “ilegal”

Apreciamos agora a qualificação da agressão, que é pressuposto da legítima defesa.

A legítima defesa tem relevância como eximente tanto no Direito Civil como no Direito Penal. O Código Civil contentou-se porém em prever a sua admissibilidade (art. 160, I). É o Código Penal que caracteriza mais detidamente os seus pressupostos, em preceito que deve ser generalizado.

Ora, segundo o art. 21, o sujeito que age em legítima defesa “repele injusta agressão”.

A qualificação como *injusta*, uma vez que não pode estar em causa uma apreciação à luz do valor Justiça, significa que a agressão é contra o direito. A agressão injusta é a agressão ilegal, ilícita, ou antijurídica.

Temos assim que há um ato ilícito que é pressuposto da legítima defesa. Vamos verificar se esse ilícito pode ser entendido como ilícito final, em vez de causal.

Será então de exigir, para que haja legítima defesa, que a agressão seja dolosa ou ao menos culposa, de harmonia com uma concepção pessoal do ilícito? E quais as consequências para o agredido, se não houver dolo ou culpa?

O problema tem sido suscitado a propósito da agressão de *inimputáveis*, mas indevidamente, ao que pensamos.

Como crescentemente se reconhece, o inimputável não é como tal um “incapaz de ação”. A sua anomalia no entender e querer não impede que lhe formule propósitos e aja segundo objetivos. Daí resulta uma ação humana, que merece, como todas as ações, o qualificativo de lícita ou ilícita. Se for ilícita, o agredido não tem de a suportar e poderá usar contra ela de legítima defesa.

Pergunta-se porém se ao inimputável será aplicável o regime próprio da legítima defesa. O problema tem-se centrado num eventual dever de fugir à agressão. Admite-se normalmente que aquele sobre quem se dirige agressão atual ou iminente não tem o dever de fugir, se isso puder ser considerado no meio social manifestação de covardia. Deverá então concluir-se que da mesma forma ele está autorizado a enfrentar um louco?

O argumento pareceu suficiente a NELSON HUNGRIA para concluir que contra inimputável não há legítima defesa, mas apenas estado de necessidade.¹ Mas não é a posição dominante.²

De fato, a conclusão não é necessária, pois o problema não é tão significativo como parece. E isto porque o requisito da racionalidade da defesa, em relação à agressão, deve ser apreciado em concreto. É em concreto que se verifica se a conduta do defensor foi racional, considerando a circunstância de o agressor ser inimputável. “Meios porventura desonrosos noutras circunstâncias serão, quanto a agressores inimputáveis, o meio racional de defesa.”³

Consideremos então as hipóteses verdadeiramente problemáticas.

Pode ou não haver legítima defesa contra ato não doloso nem culposo de terceiro? Ainda então temos a agressão ilegal que é pressuposto da legítima defesa?

Tracemos o quadro das situações possíveis:

1) Nem sequer há ação.

Por exemplo, quem nos precede na subida da escada rolante é acometido de síncope e ameaça arrastar-nos na queda aparatosa.

É impossível então falar em agressão. Qualquer *que seja* a reação possível, nunca poderá estar enquadrada na admissão da defesa contra agressão ilegal.

2) Há agressão, motivada porém por erro.

Abel prepara-se para disparar sobre o arbusto onde Bento se escondera, supondo tratar-se de peça de caça. Para facilitar a análise, vamos supor que não há negligência da parte de Abel.

Não há um ato ilícito e portanto não se pode falar em legítima defesa.

A reação de Abel terá de se fundar no estado de necessidade, ou numa figura geral de “ação direta” que representará como que um tipo residual, onde cabem todas as hipóteses de autotutela lícitas que não tenham sido autonomizadas nas figuras da legítima defesa e do estado de necessidade,⁴ mas não pode invocar a legítima defesa.

¹ Ob. cit., I, II, 296.

² Cf., por exemplo, ANÍBAL BRUNO, **Direito Penal, Parte Geral**, 1.º, 3.ª ed., 2.ª tiragem, Rio de Janeiro, 1978, 376, que observa que não há nenhum desastre na fuga pelo que a esta deverá o agredido recorrer.

³ CAVALEIRO DE FERREIRA, **Direito Penal**, I, Lisboa, 1979/80, 446.

⁴ Adotou esta orientação o Código Civil Português de 1966, que prevê no art. 336 a ação direta. Cf. o nosso **O Direito — Introdução e Teoria Geral**, 2.ª ed., Lisboa, 1980, n.º 38/VII.

A conclusão é muito importante, porque na legítima defesa a condição do agressor é diminuída, dado justamente o caráter ilegal da sua agressão. Contra ele podem ser usados meios que não seriam possíveis noutros casos, ou sacrificar-se bens para além da medida própria do estado de necessidade. Seria inadmissível que contra o "agressor" que age por erro fossem utilizados esses meios, por se considerar que o seu ato seria ilícito.

A concepção pessoal do ilícito elimina este problema. Não há agressão ilegal, logo não há legítima defesa. Pelo que nos parece que, neste ensaio, a concepção pessoal do ilícito averba nova vantagem.

3) Que acontecerá porém se o defendente erra sobre a situação do agressor, e supõe o caráter ilícito da atuação deste?

Fundados em hipóteses desta ordem, NIPPERDEY e outros autores pretendem dissociar a legítima defesa do caráter ilícito da agressão. Ou melhor, a ilicitude da agressão mede-se pelo ponto de vista do ofendido: ilícita é a agressão que o atingido não esteja obrigado a tolerar.

Supomos porém que desta maneira se cria a contradição entre as apreciações do ilícito próprias do defendente e do defensor; e ainda se atinge o princípio da unidade do ilícito por nós anteriormente já sustentado. Por outro lado, desconhece-se o que há de essencial no regime positivo da legítima defesa, que é a reação contra a agressão ilegal. Transforma-se a legítima defesa em mero sopesar de interesses contrapostos, como o estado de necessidade, o que desfigura o regime legal.

Procuremos equacionar devidamente o problema. Trata-se, efetivamente, de erro.

Se o dono de casa toma por assaltante o funcionário que vem remover o lixo e o agride, supõe que age em legítima defesa, mas erra. Há um erro sobre o pressuposto da causa de justificação, que é representado pela agressão ilegal.

Se falta o pressuposto, não há legítima defesa. Se a "defesa" causou prejuízos, esses prejuízos resultam de ato ilícito do defendente e deverão ser indenizados.

Não acontecerá porém assim se o erro for desculpável, nos termos gerais da responsabilidade civil, o que bem pode ter acontecido. O problema desloca-se então para a sede da culpabilidade e deixa de nos interessar especificamente. Basta-nos saber que se não houver culpabilidade do "defendente", a vítima terá de suportar os danos, embora esteja inocente. Isto é mera aplicação dos princípios gerais da responsabilidade por ilícito.

4) A defesa, motivada por erro, é objetivamente uma agressão, desde que dolosa ou negligente.

Contra ela se abrem, em benefício do terceiro, possibilidades de reação análogas às do “defensor”, e sujeitas ao mesmo regime.

5) Pode enfim alguém versar em erro sobre causa de justificação, ou causa de exclusão da antijuridicidade, que lhe permita causar dano a terceiro. Assim, Abel pretende prender Bento, supondo ter autoridade para o fazer, quando não acontece assim.

A causa de justificação putativa não afasta a ilicitude. O ato de Abel é objetivamente uma agressão. Resistindo, Bento está amparado pela legítima defesa. Os danos causados a Bento resultam de ato ilícito de Abel, que os deverá indenizar, nos termos gerais. Também aqui, porém, não acontecerá assim se o erro de Abel for desculpável.¹ Caímos da mesma forma numa apreciação de culpabilidade.

De tudo resulta que a noção de um ilícito pessoal leva a resultados superiores aos da doutrina corrente, permitindo distinguir hipóteses que para esta ficariam confundidas.

VIII — Conclusão

Eis-nos no termo da nossa pesquisa, destinada a verificar a aplicabilidade da concepção pessoal do ilícito ao Direito Civil, e particularmente à responsabilidade civil.

Verificámos em primeiro lugar que o mero ilícito, desacompanhado da culpabilidade, poucos efeitos tem em matéria civil. A introdução de uma concepção finalista do ilícito não estaria pois destinada a ter numerosas repercussões práticas.

No que respeita aos pontos em que o debate se tem concentrado, verificamos que em algumas hipóteses, tal como na invasão por terceiro do domínio exclusivo de titular do direito real, ou na detenção indevida que é pressuposto das ações de reivindicação ou de reintegração da posse, se tratava de um falso problema, pois a situação contrária ao direito não é necessariamente um ato ilícito. Estes domínios são pois insensíveis ao debate sobre o carácter causal ou final do ilícito.

No domínio da participação, a admitir-se que só são relevantes os atos de cumplicidade que forem causais para o dano, a polémica suscitada no Direito Penal não teria equivalente no Direito Civil. Ela justifica-se pela tipicidade penal — enquanto que o ilícito civil não é típico.

A dispensar porém (como nos parece correto), aquela relevância causal, o ilícito pessoal revela maior potencialidade expli-

¹ Seria assim, supomos, nos termos da chamada **teoria da culpa**, que permitiria excluir a culpabilidade por falta de consciência desse aspecto da ilicitude que é a causa da exclusão da antijuridicidade.

cativa e conduz a melhores resultados na análise da cumplicidade que a concepção corrente.

O mesmo concluímos no respeitante à agressão ilegal que é pressuposto da legítima defesa, pois só a concepção pessoal do ilícito corresponde à substância do instituto, que é centrado no repúdio do ato do agressor.

Verificamos assim que não há contra-indicações à aplicação da concepção final do ilícito à ilicitude civil e, mais ainda, que ela pode levar aí a resultados melhores que os correntes. Força a fazer distinções, entre ato material e ato ilícito, e entre ato meramente ilícito e ato ilícito e culposo, mas a doutrina causalista também as teria de fazer —¹ apenas os critérios seriam diferentes.

Restaria ainda fazer análoga pesquisa em matéria de culpabilidade. Este é porém um tema que não cabe nesta pesquisa, centrada sobre a ilicitude.

A partir daqui, podemos avançar para outra conclusão: a de que a ilicitude, no domínio civil, se centra realmente na ação, e não no evento.

E vimos enfim reforçada a convicção da unidade fundamental do ilícito em toda a ordem jurídica. Este é sempre um ilícito da ação, embora varie o seu enfoque consoante o setor onde se situem as regras jurídicas especificamente violadas.

¹ Para excluir, por exemplo, a “agressão” praticada por pessoa que é acometida por síncope do domínio da legítima defesa retomando o exemplo atrás dado.