
EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO E RESPONSABILIDADE CIVIL

*Ricardo Rodrigues Gama*¹

Introdução

A indenização expressa uma ideia de recomposição da situação anterior a ocorrência lesiva, uma vez que emerge o dever de desfazer a desvantagem sofrida no plano material ou mesmo na esfera não-patrimonial². Deveras, emergem aqui três possibilidades, quais sejam a de restabelecer o estado anterior (*status quo ante*), a compensação o prejuízo sofrido diante da impossibilidade de restaurar o bem lesado e, por fim, a indenização frente à inexistência de perda patrimonial (é o caso do dano moral).

Após a prática do ato ilícito, as consequências convertem-se em indenização daquele que sofreu prejuízo. Frise-se a exigência do ato gerador do dever de indenizar no antecedente. Primeiramente, verifica-se a existência de ato ilícito consumado e, a partir daí, abre-se a possibilidade de ressarcimento com as condições reparadoras do transgressor.

A ilicitude do ato pode ser afastada por determinação da própria norma e é isso que se dá com os atos justificados pela legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal³. Ao admitir que o ato desenvolvido sob o manto da excludente não vaza para a ilicitude, afasta-se a possibilidade de indenização e o afastamento da responsabilidade civil apresenta-se como inevitável. Sob outra ótica, as justificadoras mantêm somente a aparência de ilícito do ato praticado⁴ e a colisão de interesses pende para o direito que estiver

¹ Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas-SP, Mestre em Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos pela UNIMEP de Piracicaba-SP, Professor do Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta) de Jundiaí-SP, advogado e membro da Academia Jundiaense de Letras Jurídicas.

² Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, V. 22, p. 181.

³ Remessa de informações por autoridade judicial ao ministério público. Ausência de ato ilícito. Ato praticado em cumprimento de exercício de direito e estrito cumprimento do dever legal. Dever de indenizar não caracterizado (TJRN - AC 2008.011144-8 - 2ª C.Cív. - DJ 27.01.2009).

⁴ Enrico Ferri, *Princípios de Direito Criminal*, p. 411.

abrigado pela excludente de ilicitude. Dada a dimensão considerável das causas de exclusão, encarregaremos-nos somente do exercício regular de direito no presente artigo a ser desenvolvido com vistas ao direito civil.

No plano jurídico, especificamente no tocante à legislação, como bem dispõe o art. 188, inc. I, do Código Civil, *não constituem atos ilícitos os praticados no exercício regular de um direito reconhecido*. Frente à justificativa, vale dizer que o ato lesivo não se apresenta como ilícito por estar respaldado pela regularidade de um direito em exercício.

1. Ato Ilícito

Há predomínio das atividades humanas permitidas pelas regras jurídicas e, em contraposição, persistem alguns atos afrontados com a punição por serem prejudiciais a bens jurídicos alheios. Assim, há sobreposição considerável dos permissivos sobre as proibições, desenvolvendo a vida em sociedade com as relações conhecidas e outras a serem geradas com as novas versões do contato interpessoal.

As especificações de condutas contrárias aos ditames jurídicos expressam a ilicitude da atividade da pessoa frente ao exigido pelas regras de direito. No plano do direito civil, a precisão dos atos ilícitos não goza da precisão manifesta no direito penal e, até por conta da distância entre as punições, tal fenômeno torna-se aceitável. É que a infração penal decorre somente da descrição legislativa da conduta lesiva, enquanto o ilícito civil emerge como derivação das regras legisladas, principiológicas, consuetudinárias, jurisprudenciais e doutrinárias⁵. Deveras, os direitos são instituídos pelas regras jurídicas e o afronta a tais direitos constitui ato ilícito passível de indenização.

⁵ No abuso de direito, o art. 187 do Código Civil de 2002 dispõe: *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*. A pessoa até tinha direito, mas afrontou o direito do obrigado ao transpor os limites impostos por diversas regras, inclusas aqui as regras consuetudinárias. Mais expressivo é o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e, conforme seu texto, *quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito* (vide art. 126 do CPC, art. 7º do CDC). No reconhecimento de direito, além dos meios de integração da norma (analogia, equidade e direito comparado), o juiz pode se valer das demais fontes do direito para suprir a deficiência do ordenamento legislativo, quais sejam os princípios, os costumes, a doutrina e a jurisprudência.

Enquanto o direito penal traz os tipos penais com condutas hipotéticas facilmente enquadráveis em ocorrências, o direito civil opera com o critério da lesão de direito, difundida pela violação de direito e pelo ocasionamento de dano⁶. A descrição de conduta genérica encontra materialização no caso concreto no direito penal, persistindo uma quantidade infinita de possibilidades para o direito civil no desrespeito ao direito contemplado por todo o sistema jurídico vigente. No segundo plano, há ato ilícito quando a atividade desenvolvida cause dano e daí merecer reparação por meio de fatores conducentes à montante indenizatório. Esse prejuízo sofrido pode assumir o formato material ou moral. A lesão patrimonial implica em dano material; enquanto, no dano moral, dada a dimensão sentimental, ausenta-se o aspecto patrimonial no primeiro momento; depois, com fundamento no ideal de reparação, atribui-se valoração econômica ao dano não-patrimonial.

Ao exercitar o direito dentro da normalidade exigida para o caso, embora possa implicar em violação de direito e até mesmo gerar dano a outrem, a pessoa não comete ato ilícito; assim, deixa de constituir ato ilícito aquela conduta que é praticada no exercício regular de direito que retire a ilicitude da atividade desenvolvida. Noutros termos, mesmo que se dê a violação de direito e provoque dano a outrem, não se poderia admitir a ilicitude de ato que expressa o exercício de direito reconhecido por regra

⁶ Como bem acentuou o douto professor José Luiz Gavião de Almeida em suas memoráveis aulas, é cediço que há uma mudança substancial promovida pelo emprego equivocado da partícula *e* no lugar de *ou*. Eis que o art. 159 do Código Civil de 1916 trazia a seguinte redação: *aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano*. Equivocadamente, o art. 186 do Código Civil de 2002 dispõe que *aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*. No lugar da alternativa, aparece a combinação dos dois elementos para se obter a ilicitude do ato praticado. Além da precisão conceitual do art. 186 sobre o art. 159, acima referidos, admitindo-se os textos em seu conjunto, pode-se afirmar que a conjunção alternativa *ou* foi substituída pela conjunção aditiva *e*. Em interpretação textual rigorosa, a hipótese de alternância deu lugar a de adição, exigindo-se a violação de direito e o efetivo dano.

Alguns tribunais seguem julgando com base na interpretação do texto da lei civil em vigor, todavia, as confusões ainda persistem com a mescla dos textos. Assim, decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais que *aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, ficando obrigado a repará-lo, exegese dos arts. 186 e 927 do código civil* (TJMG - AC 1.0059.04.003430-4/001(1) - 11ª C.Civ. - Rel. Des. Afrânio Vilela - DJ 19.04.2007).

Na mesma linha, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região decidiu que, *segundo o art. 186 do CCB, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito passível de reparação* (TRT3ª R. - RO 01064-2008-104-03-00-0 - 5ª T. - Rel. Juiz José Murilo de Moraes - DJ 13.12.2008).

jurídica consagrada no ordenamento⁷. Talvez a atenção se concentre no direito exercido sem que isso revele a intenção de lesar o direito de outrem, ou ainda, a regularidade no exercício do direito reduza a importância do dano causado ao patrimônio, à pessoa ou ao seu sentimento. Mas, a verdade é que o exercício regular de direito retira a ilicitude do ato aparentemente contrário ao ordenamento jurídico.

2. Definição

O desmembramento das palavras combinadas no *exercício regular de um direito reconhecido* contribui com o melhor entendimento sobre o instituto sob análise. Primeiramente, o *exercício regular* afasta a possibilidade de extrapolamento do direito daquele que desenvolve a atividade e o fato de o *direito ser reconhecido* atesta a consciência da pessoa a respeito da condição especial que lhe permite lesar direito de outrem.

Objetivamente, o direito exercido não encontra fronteiras no direito civil e é daí que emerge a noção de que não importa a espécie de direito; extensivamente, comporta-se aqui todo direito subjetivo decorrente da legislação, dos princípios geradores de regras essenciais, dos costumes jurídicos, das pregações doutrinárias consagradas ou das decisões judiciais reiteradas. Emprega-se aqui a noção dos limites dos direitos, servindo como parâmetro o direito do outro; assim, o direito exercido não pode ultrapassar os limites impostos pelo direito de outrem. Emerge daqui a questão da parede de contenção de outro direito, ou seja, um porto seguro para o titular do direito reconhecer os limites de seu direito.

Na busca dessa fundamentação, o *exercício regular de direito* sustenta-se no princípio do interesse preponderante daquele que exercita seu direito. Tal assertiva não pode ser compreendida isoladamente e é daí que emerge a necessidade de revelar a verdadeira restrição incidente sobre o direito exercido. Em outros termos, valoriza-se sobremaneira o direito da pessoa conhecer sua condição de titular do direito e a expressa vontade de exercitá-lo⁸. Noutro extremo, para evitar o excesso na execução do direito,

⁷ Aparecida Amarante, *Excludentes de Ilícitude Civil*, p. 65.

⁸ Luiz Regis Prado, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, V. 1, p. 357.

mencione-se o princípio da dignidade da pessoa humana e que isso sirva de indicativo da proibição da ofensa à dignidade pessoal⁹. Deveras, apresentou-se uma barreira visível ao direito exercido.

Assim, na dificuldade em definir um instituto sem fronteiras no direito, pode-se dizer que o *exercício regular de direito* consiste numa justificativa reconhecida pelo direito para a atividade assimilada como ato ilícito em circunstâncias normais. Escora-se a lesão de direito no exercício de direito próprio, já que a norma permissiva afasta a ilicitude da conduta lesiva¹⁰. Por ser autorizado pela legislação, como bem prevê o art. 187, inc. I, do Código Civil, o ato que seria ilícito passa para o plano da licitude. Ao exercitar seu direito, a pessoa desenvolve ato que se torna lícito por ter uma causa justificadora.

3. Responsabilidade Civil e Penal

Transposta a fase de atribuição da atuação lesiva a alguém, a nova fase consiste na vinculação da pessoa à punição. Seja ela civil ou penal, a responsabilidade está diretamente ligada aos efeitos das obrigações e, com é cediço, a quem for imputada a conduta recai o dever de suportar a punição penal ou de responder patrimonialmente. Para fazer frente à prática ilícita, a pessoa vincula-se as consequências jurídicas do ato qualificado como confrontante com o direito alheio.

4. Excludentes

Em número de quatro, as excludentes de ilicitude habitam todos os desdobramentos do direito, quais sejam: a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito.

Todas as excludentes afastam a ilicitude do ato praticado e, com isso, não pode ser imposta qualquer punição ao titular do ato. Apesar de ser visível o fato de eximir o

⁹ Luiz Regis Prado, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, V. 1, p. 357.

¹⁰ Basileu Garcia, *Instituições de Direito Penal*, V. 1, t. 1, p. 319.

agressor da indenização, o destaque das causas excludentes de ilicitude está voltado para a inclusão do ato entre os casos de licitude.

5. Natureza

O exercício legítimo do direito posiciona-se no compartimento que trata da determinação das condutas a serem tomadas como lícitas ou ilícitas. Alguns comportamentos são classificados como lícitos, embora aparentem a ilicitude num primeiro momento. No plano jurídico, as condutas acobertadas pelas excludentes nascem lícitas a partir de sua prática. Para atestar a existência da excludente, há que se analisar o reconhecimento do direito exercido, como as atribuições do médico na execução de cirurgia, do pai na correção do filho, a prática esportiva violenta do boxe ou luta livre... Se há autorização jurídica para a prática do ato, a consumação do mesmo só vai confirmar sua licitude.

6. Fundamento

A ilicitude do direito civil deve alcançar outras esferas e não encontrar mandamentos de licitude para a conduta, uma vez que ela passará a ser considerada lícita nesse caso. Assim, reconhecida a licitude pelo direito administrativo ou processual, o direito civil não carrear a atividade para o campo da ilicitude.

Ao confrontar o ilícito civil com as demais regras da ordem jurídica, percebe-se que há enquadramento do ato na regra proibitiva, mas isso não basta para a regra permissiva do mesmo direito civil ou de outra área do direito. Apesar de o objeto de terceiro ser tutelado por regras jurídicas, a autorização jurídica para cometer o ato lesivo não passa do simples exercício de direito¹¹.

Na harmonização do ordenamento jurídico, para acentuar a falta de real colisão entre as regras de diferentes ramificações, o exercício regular de direito funciona como meio estabilizador.

¹¹ José Frederico Marques, *Tratado de Direito Penal*, V. 2, pp. 177-8.

Com mais precisão, o fundamento dessa excludente está no brocardo latino que dispõe: *qui iure suo utitur neminem laedit*: quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém.

7. Elementos Constitutivos

Os elementos formadores do exercício regular de direito apresentam-se em número de quatro, vejamos cada um deles:

a) *direito atual*: ao tempo da prática do ato, a exigência do reconhecimento do direito por regra jurídica é inafastável; assim, o direito deve ser pré-existente a prática do ato lesivo. Complementa aqui a ideia de o direito subjetivo ser exercitável, legitimando a atuação lesiva que não constitui ato ilícito. Ao atuar, seja desprovido de direito ou contrariamente ao direito, logo se vê afastada a possibilidade de se encampar a atuação como fruto do exercício de direito;

b) *direito reconhecido*: o direito exercido provém de qualquer ramificação do direito, seja o direito civil, comercial, administrativo, tributário... Diante da aprovação da conduta pelo ordenamento jurídico, a norma permissiva funciona como um mecanismo de aprovação da conduta e, com isso, retira a ilicitude. Além disso, o titular deve ter o direito disponibilizado, ou seja, no ponto de ser exercido pela simples atuação. Desponta-se aqui o direito subjetivo lançado pela regra jurídica em prol do sujeito de direito e este se dispõe a exercitá-lo;

d) *consciência*: o titular do direito deve ter consciência do direito e do fato de o estar exercitando no momento em que ocorrem as colisões de direitos;

c) *exercício moderado*: o exercício do direito deve respeitar a intensidade determinada pela regra que o instituiu ou o regulamentou, respeitando evidentemente o excesso. Ao exercitar o direito, as justas proporções funcionam como controle para não transbordar para a ilicitude, trata-se do emprego dos meios necessários para exercitar o direito;

d) *objetivo*: o objetivo do titular do direito exercitado é satisfazer seus interesses. Com isso, afasta-se do abuso de direito pelo fato de não visar especificamente causar prejuízo a outrem¹²;

8. Características

As características estão todas ligadas ao modo de exercitar o direito em questão, daí ser exigida a ausência de culpa, a presença de interesse legítimo, o comprometimento moral do executor, a moderação na conduta e o atendimento ao ritual do direito.

Detalhadamente, vejamos as características com os devidos comentários:

a) *ausência de culpa*: a referência aqui é ao dolo e à culpa, não podendo qualquer deles se fazer presente no exercício regular de direito. Assim, ao propor uma ação judicial, a ausência culpa afasta a conduta da ilicitude, ainda que o juízo entenda inexistir os fundamentos alegados para a causa¹³;

b) *presença de interesse legítimo*: a legitimação do interesse deve ser avaliado diante do outro interesse em questão, daí o interesse da maioria sobrepor ao interesse individual;

c) *comprometimento moral*: o comprometimento moral afasta a má-fé do exercente do direito;

d) *moderação na conduta*: a cautela no exercício do direito evita a invasão de direito alheio;

e) *comportamento adequado*: a forma de proceder varia de um direito para outro e é com base na conduta do exercente do direito que se verifica a harmonia entre o direito exercido e o interesse alheio.

9. Limitações de Direito

¹² J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, V. 3, p. 347.

¹³ TJBA - AC 812812005 - 2ª C. Cív. - J. 12.05.2005.

No exercício do direito, tomando por base as limitações existentes, discute-se o excesso como conversor da situação de exclusão para o campo da ilicitude. Assim, quais são os limites da intervenção cirúrgica, a barreira de contenção da violência nos esportes agressivos, o extremo do ato corretivo... A proporcionalidade aqui deve ser bem debatida para evitar que algumas situações sejam tomadas como normais, quando expressam casos de atuações desmedidas. Ao transpor os limites permitidos, o ato transpõe a barreira da licitude e assume o formato ilícito com base no excesso ou desvio.

10. Abuso de Direito

O direito a ser exercido pode ter diversas origens e o seu exercício deve ser nos limites que evitem a atividade abusiva e não alcancem interesses ilegítimos.

É que a linha que separa o exercício regular de direito do abuso de direito conta com espessura inexpressiva¹⁴, ou seja, ao exercitar seu direito, a pessoa choca-se com direito alheio e do combate emerge a invasão de direito que estava obrigado a respeitar.

Na tentativa de estabelecer reais confinamentos para o exercício pleno do direito, as fronteiras podem ser rompidas e os direitos alheios serem afrontados com comportamentos inapropriados para o titular do direito. Por outro lado, há conflito de interesses primeiramente no exercício regular do direito, passando depois para o confronto de direitos no abuso.

Ao transpor as barreiras imposta pela dignidade da pessoa humana, o exercício do direito deixa de ser regular e assume a natureza de abuso de direito. Abertamente, deixa de ter proteção jurídica o exercício de direito que passe a caracterizar o abuso. Sob outro aspecto, a concentração do exercício de direito na lesão de direito alheio afasta a licitude do ato.

Visando evitar o desconforto da instabilidade dos limites do abuso de direito decorrente de exercício regular de direito, alguns entendem que devem se fazer presentes os requisitos do ato ilícitos. Ao averiguar denúncia imputada ao autor, a empregadora passa ao exercício regular de um direito e isso afasta eventual ilicitude do

¹⁴ Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, p. 316.

ato¹⁵. Por outro lado, a caracterização do abuso de direito ficaria atrelado à presença dos requisitos do ato ilícito, quais sejam a conduta, a culpa, o nexo de causalidade e o dano.

Referências:

AMARANTE, Aparecida. *Excludente de Ilicitude Civil: Legítima Defesa, Exercício Regular de um Direito Reconhecido, Estado de Necessidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Tradução de Luiz de Lemos D'Oliveira, Campinas: Russell, 2003.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Max Limonad, 1968.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Millennium, 1997.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 8ª ed., São Paulo: RT, 2008.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

¹⁵ TRT13ª R. - Proc. 00326.2008.004.13.00-7 - DJ 09.09.2008.