

# O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS E A RATIFICAÇÃO DA ANTIJURIDICIDADE COMO REQUISITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Rafael Peteffi da Silva<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente estudo visa a analisar as múltiplas facetas da antijuridicidade na responsabilidade civil extracontratual. Primeiramente, existe uma grande incerteza sobre a nomenclatura utilizada para designar o instituto, principalmente quando confrontado com o termo ilicitude, gerando a comparação entre a ilicitude objetiva e a ilicitude subjetiva. Outrossim, o contraste entre a ilicitude formal e material auxiliará o leitor a aquilatar o conteúdo do instituto da antijuridicidade. O presente trabalho ainda visa a identificar a aplicação da antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil na ambiência da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil. Antijuridicidade. Ilicitude objetiva. Interesse juridicamente protegido. Requisitos da responsabilidade civil.

---

<sup>1</sup> Professor associado da Faculdade de Direito da UFSC. *E-mail:* rpeteffi@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

De uma maneira simplista e até mesmo tautológica, poder-se-ia afirmar que a antijuridicidade, também denominada de ilicitude, representa o ato contrário ao direito. Essa noção básica de antijuridicidade permeia o imaginário dos juristas e está plasmada nas lições doutrinárias sobre o tema. Uma abordagem mais detalhada sobre o assunto, contudo, mostra-se essencial para guiar o estudioso da responsabilidade civil por entre os intrincados problemas atuais que o instituto possui.

Na seara da responsabilidade civil contratual, a antijuridicidade é observada nas mais variadas modelagens de inadimplemento, pois o não cumprimento dos dispositivos livremente pactuados pelas partes evidencia conduta que se opõe ao ordenamento jurídico algo que também ocorre na violação dos deveres que advêm do princípio da boa-fé objetiva. Já na responsabilidade civil extracontratual, verifica-se a antijuridicidade nos fatos jurídicos que afrontam diretamente normas positivadas, sem a intermediação de um negócio jurídico realizado entre autor e vítima. Em ordenamentos jurídicos como o brasileiro, cujo sistema de responsabilidade civil extracontratual é caracterizado por grandes cláusulas gerais, a identificação de fatos que representem contrariedade ao ordenamento jurídico, considerado em sua totalidade, é, além de tarefa muitas vezes árdua, importante critério para selecionar condutas aptas a gerarem danos indenizáveis.

Porém, difícil negar que a antijuridicidade, não apenas em terras brasileiras, sofre certo desprestígio como requisito da responsabilidade civil. Além de ser ignorada por parte da doutrina nacional, que explora a noção de *faute* francesa, sem dar importância

ao seu elemento objetivo, a ilicitude acabou sendo confundida com a culpabilidade, ou *engolida* por teorias sobre o dano, cada vez mais ampliativas, restando como único resquício do seu fator operativo as chamadas causas excludentes, como a legítima defesa e o exercício regular de direito. (PENA LÓPEZ, 1998, p. 14 *et seq.*).

Ademais, ainda que a antijuridicidade seja uma noção fundante da esmagadora maioria dos sistemas europeus (EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, 2005, p. 25, comentários por KOZIOL), as modernas tentativas de harmonização da responsabilidade civil europeia acabam por trabalhar o espírito da antijuridicidade sob a roupagem dos interesses juridicamente protegidos, ou do *legally relevant damage*. (VON BAR; CLIVE; SCHULTE-NÖLKE, 2009).<sup>2</sup> Por fim, a importação por vezes acrítica da figura italiana do *danno ingiusto* acaba por dar ares novidadeiros a soluções já solidificadas em nossa tradição jurídica, que se utiliza dos múltiplos desdobramentos da antijuridicidade.

Como resposta a um cenário que poderia ser de crise, além dos trabalhos monográficos que abordam o instituto como seu tema principal, a antijuridicidade continua a ser prestigiada nos mais modernos códigos civis, como os diplomas português, holandês e o recente Código Civil argentino, que a tem como um dos pilares do seu sistema de responsabilidade civil. No cenário brasileiro, o Código Civil de 2002 solidificou a tradição nacional de contar com a antijuridicidade ou ilicitude objetiva como elemento da cláusula geral de responsabilidade civil positivada no antigo artigo 159, por intermédio dos atuais artigos 186, 187 e 927, como será competentemente ilustrado pelos acórdãos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que serão abordados no presente artigo.

<sup>2</sup> Para uma análise mais detida destes diplomas de harmonização, veja-se o item 3.1 do presente trabalho.

Com efeito, é bastante expressivo o contingente doutrinário que suporta a tese que entende a antijuridicidade como requisito fundamental da responsabilidade civil subjetiva e objetiva, admitindo como única exceção os casos específicos de atos lícitos, cujas eventuais consequências danosas são consideradas, por determinação expressa do ordenamento jurídico, indenizáveis.<sup>3</sup> Importante destacar que os prejuízos gerados por condutas lícitas, na esmagadora maioria dos casos, são considerados como não indenizáveis. (USTÁRROZ, 2014, p. 7).

No primeiro capítulo do presente trabalho, analisar-se-á, sucintamente, algumas das metodologias de identificação de condutas antijurídicas, que podem ser conectadas com o campo da antijuridicidade formal e da antijuridicidade material, não sem antes tentar formar alguns consensos terminológicos sobre o instituto.

No segundo e derradeiro capítulo, serão analisados dois acórdãos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, demonstrando a firme disposição do sodalício de ratificar a antijuridicidade como um importante requisito da responsabilidade civil, tanto em situações de responsabilidade civil contratual como em situações de responsabilidade civil extracontratual.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Cf. PONTES DE MIRANDA, 2012a, p. 375-376, 384-385; PONTES DE MIRANDA, 2012c, t. XXII, p. 266, 276; PONTES DE MIRANDA, 2012b, t. LIII, p. 175-176, 276-277; PETEFFI DA SILVA, 2019, v. 18, p. 169-214; CAVALIERI FILHO, 2010, p. 9; NORONHA, 2013, p. 485; BATISTA, 2003, p. 25; MARTINS-COSTA, 2014, p. 7.087; SANSEVERINO, 2010, p. 152; PENA LOPEZ, 1998, p. 22-23; BIANCA, 2012, p. 555, 567-570; REGLERO CAMPOS; BUSTO LAGO, 2014, p. 75-80; BUE-RES, 2001, p. 478-502; ITURRASPE; PIEDECASAS, 2003, p. 8-15; PAPAYANNIS, 2014, p. 175-176; BUSTO LAGO, 1998, p. 165-175; CALVO COSTA, 2005, p. 119; e GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, 2013, p. 154-155.

<sup>4</sup> Nos estreitos limites do presente trabalho não serão enfocados aspectos da antijuridicidade como a identificação do seu *locus* operacional, majoritariamente relacionado com a conduta do agente ou com o fato causador do dano. Tampouco se poderá investigar as maneiras pelas quais a contrariedade ao ordenamento jurídico, atentando-se para as divergências entre as teorias do desvalor da conduta e do desvalor do resultado. Para a abordagem de tais aspectos consulte-se PETEFFI DA SILVA, 2019.

## 2 AMPLITUDE CONCEITUAL E CONTEÚDO DA ANTIJURIDICIDADE

### 2.1 Panorama da terminologia da antijuridicidade

O termo antijuridicidade é fruto do desenvolvimento observado na dogmática penal alemã. (CALVO COSTA, 2005, p. 1.504). Quando os autores passaram a abandonar o latim e escrever em alemão, vários foram os termos utilizados para expressar o ato contrário ao Direito, tais como *Unrecht*, *Rechtswidrigkeit* ou *Widerrechtlichkeit*. (GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, 2013, p. 1.513).<sup>5</sup>

As primeiras traduções do instituto feitas para algumas línguas latinas, como o espanhol, ocorreram somente no século XX. Desde essa época, as complexidades foram notadas, principalmente em relação ao instável relacionamento semântico entre os termos ilicitude e antijuridicidade (CALVO COSTA, 2005, p. 119),<sup>6</sup> muitas

<sup>5</sup> Texto original: "Cuando los autores del área germánica empezaron a escribir en su lengua materna, tradujeron el término iniuria bien como *Unrecht* (literalmente, 'no Derecho' o 'antiderecho'), bien como *Rechtswidrigkeit* o *Widerrechtlichkeit* ('antijuridicidad'), aunque probablemente el término más usado hoy día sea *Rechtswidrigkeit*. Al final de este proceso, el último autor del *Usus Modernus Pandectarum*, Christian F. Glück (1755-1831) escribió que 'El daño puede ser causado por una persona cabal mediante la lesión antijurídica (*widerrechtlich*) en la cosa de un tercero. Tal daño antijurídico (*rechtswidrig*) es llamado *damnum iniuria datum*'".

<sup>6</sup> Complementando, GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, 2013, p. 1.514: "Una aclaración sobre la terminología en castellano. El término que, desde el punto de vista etimológico, mejor traduciría '*Rechtswidrigkeit*' sería 'injuria', hasta tal punto que la palabra alemana surgió para traducir el 'iniuria' latino. Sin embargo, injuria ha adquirido un significado muy particular en castellano que desaconseja su uso. Las palabras clásicas castellanas para designar estas situaciones han sido siempre 'ilícito' e 'ilicitud', mientras que 'antijuridicidad' es un neologismo doctrinal reciente. En nuestro idioma, tradicionalmente, lo jurídico ha sido lo referido al Derecho, no lo conforme al Derecho (ej., problema jurídico, estudios jurídicos, etc.). Además, está compuesta de muchas sílabas, lo que es bastante corriente en alemán, pero no en castellano; por ello, se la ha calificado de 'feo trabalenguas' [Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, IV, 2. ed., Losada, Buenos Aires (1961)], que propuso luego el término 'antijuridicidad', que es el que utilizan algunos autores, como Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte general*, 8 ed., Tirant lo Blanch, Valencia (2010), p. 300 y ss.; o Pantaleón, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid (1993), artículo 1902, p. 1993."

vezes tidos por sinônimos e outras tantas vezes utilizados para marcar diferenças conceituais.

A literatura portuguesa, de grande influência em nosso país, tem na palavra ilicitude a manifestação comum do instituto analisado. Muitos autores utilizam-na isoladamente,<sup>7</sup> enquanto outros fazem conexão direta com a antijuridicidade, tratando-as como termos equivalentes. (ALMEIDA COSTA, 2009, p. 532).

Menezes Cordeiro situa a ilicitude abordada pela doutrina portuguesa como sendo correlata ao termo *unlawfulness* (MENEZES CORDEIRO, 2010, p. 349), utilizado pelos comparatistas europeus, que também têm na palavra *wrongfulness* um dos seus signos linguísticos preferidos.<sup>8</sup>

Na Itália, Francesco D. Busnelli e Giovanni Comandé afirmam que, no Código de 1942, a antijuridicidade foi recepcionada por intermédio da *"ingiustizia del danno"*, um dos requisitos contidos na ampla norma positivada no art. 2.043. Os autores comentam que, vinte anos depois da promulgação do novo diploma civil, importante parte da doutrina italiana passou a entender que a injustiça não se relacionava com a conduta danosa, mas com o próprio dano (BUSNELLI; COMMANDÉ, 1998, p. 69-86, p. 69 *et seq.*), apesar de ainda contarmos com defesas importantes da antijuridicidade situada no fato causador do dano. (BIANCA, 2012, p. 551, nota 22). Especificamente em relação ao aspecto terminológico, notam-se autores como Carlo Castronovo utilizando-se dos dois termos, ilicitude e antijuridicidade, mas com preferência para o termo *antigiuridicità* (CASTRONOVO, 2006, p. 17 *et seq.*) enquanto Massimo Bianca expressamente admite a utilização de ilicitude e antijuridicidade como sinônimos: *"L'illeceità può essere igualmente*

<sup>7</sup> Cf. FRADA, 2010, p. 76; MENEZES LEITÃO, 2010, p. 298.

<sup>8</sup> Utilizando os dois termos como sinônimos, veja-se KOZIOL, 1998b, p. 11.

*indicata come antiggiuricit . Illiceit  e antiggiuridicit  esprimono infatti la medesima nozione di contrariet  alla norma*". (BIANCA, 2012, p. 557).

Em Espanha, Busto Lago entende que, por influência da doutrina italiana, a civilística espanhola utiliza os termos antijuridicidade e ilicitude como sinônimos. (BUSTO LAGO, 1998, p. 47). Assevera, ainda, que o termo "antinormatividade" representa fen meno menor, pois expressaria apenas uma contrariedade a uma norma, mas não um ato contrário ao ordenamento como um todo, como poderia acontecer nos casos de uma conduta que desrespeitasse uma norma, mas que preenchesse, ao mesmo tempo, o suporte fático de uma preexcludente da antijuridicidade, como o exercício regular do direito. O "injusto" igualmente possui significado distinto, pois conteria juízo valorativo moral que o aproximaria do conceito de justiça, enquanto a antijuridicidade representa uma contradi o ao ordenamento jurídico, sem qualquer rela o com aquela valora o. (BUSTO LAGO, 1998, p. 47).

Para Martín García-Ripoll Montijano (GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, 2013, p. 1.514, nota 44), o termo clássico, para designar o fen meno, em língua espanhola, sempre foi ilicitude, sendo o termo antijuridicidade observado nas obras mais recentes.<sup>9</sup>

O ordenamento jurídico francês, caracterizado pela paradigmática cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva positiva, no art. 1.382 do Código de Napoleão (VAN DAM, 2013, p. 53),<sup>10</sup> baseada no conceito de *faute*, possui convívio errático com o conceito de antijuridicidade. Não se pode dizer que a doutrina

<sup>9</sup> Como exemplo de publica es recentes com a utiliza o preferencial do termo antijuridicidade, tem-se: REGLERO CAMPOS, 2014, p. 76 *et seq.*; IZQUIERDO TOLSADA, 2015, p. 139 *et seq.*; D EZ-PICAZO, 2011, p. 296 *et seq.*

<sup>10</sup> O autor mostra a imensa influência que a sistemática francesa de cláusula geral aberta teve em inúmeros sistemas jurídicos.

francesa não se utilize da palavra *illicéité*, mas essa surge como integrante da estrutura da *faute* (JOURDAIN, 2010, p. 46-51),<sup>11</sup> sonegando-lhe campo operativo próprio.

Nesse contexto, existe a confusão entre a culpa e a antijuridicidade.<sup>12</sup> A *faute* pode ser alusiva à culpa, à ilicitude e a certos fenômenos que misturam esses dois elementos, sendo o centro de uma ampla cláusula geral que foi exportada com grande intensidade para os países latino-americanos. (MENEZES LEITÃO, 2009, p. 52).

A influência francesa, em países como Brasil e Argentina, por exemplo, é inegável,<sup>13</sup> causando reflexos profundos na doutrina ali produzida. Como a abordagem terminológica encontrada nos aludidos ordenamentos correlaciona-se com a distinção entre os conceitos de ilicitude objetiva e subjetiva, a sequência da análise dar-se-á no próximo item.

## 2.2 Ilicitude objetiva e ilicitude subjetiva

A arquitetura legal que moldou o desenvolvimento das noções de ato ilícito, culpa e antijuridicidade, no Direito brasileiro, está preponderantemente positivada em algumas normas, como os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil.

Apesar da influência inegável do modelo napoleônico, importante notar que a legislação brasileira confere maior destaque à antijuridicidade, plasmada na locução “violação do direito” (DIAS,

<sup>11</sup> No mesmo sentido, no Direito brasileiro, veja-se: PINHEIRO, 2016.

<sup>12</sup> VINEY, 1998, p. 57: “En droit français, l’*illicéité* n’est pas un élément distinct de la *faute*: les deux notions sont confondues”. No mesmo sentido, BARBOSA, 2006, p. 26.

<sup>13</sup> AZEVEDO, 1994, p. 193: “a teoria da responsabilidade civil no Código Civil brasileiro é totalmente derivada do Código de Napoleão”. Cf. CAPANEMA DE SOUZA, 2004, p. 36-51.

1997, p. 32) e encontrada tanto no Código Beviláqua (art. 159) como no atual Código Civil (art. 186); ao contrário do que acontece com outros dispositivos legatários do paradigma francês, como o art. 1.092 do Código Civil espanhol, que não possui referência direta à antijuridicidade.<sup>14</sup>

José de Aguiar Dias ensina que a ausência da antijuridicidade, no modelo francês, levou à obrigatoriedade de se afastar a *faute* da noção de culpa clássica, admitindo-se que a *faute* fosse composta por dois elementos diversos: i. o objetivo, que representaria a ideia básica de antijuridicidade, caracterizando o ato contrário ao direito, ii. e o subjetivo, vinculado à ideia clássica de culpa, que implicaria apreciação valorativa da conduta do agente. (DIAS, 1997, p. 46).

Essa noção de *faute* justifica-se como opção de inúmeros doutrinadores franceses clássicos, pelas particularidades de seu sistema,<sup>15</sup> mas não pode albergar a ideia de que a culpa, entendida dentro da sistemática do Direito brasileiro, também seria composta pelos dois elementos referidos, como admitido por parcela da doutrina, que realiza uma tradução simplista da palavra *faute*.<sup>16</sup>

No ordenamento brasileiro, os elementos subjetivo e objetivo somente podem estruturar o ato ilícito, que é uma das outras traduções admitidas para a *faute* francesa. Com efeito, por seu “*enunciado e por sua posição estrutural na arquitetura codificada*”,<sup>17</sup> o artigo 159 do Código Beviláqua naturalmente guiou a melhor doutrina brasileira, que entende que a violação do direito

<sup>14</sup> Cf. PANTALEÓN, 1991, p. 1.993 *et seq.*; PENA LOPEZ, 1998, p. 17; GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, 2013, p. 1.505.

<sup>15</sup> Para uma visão da amplitude dogmática atingida pela *faute* no Direito francês, consulte-se, exemplificativamente, JOURDAIN, 2010.

<sup>16</sup> Para uma visão da doutrina brasileira e estrangeira que adota essa noção de culpa (*faute*), veja-se: LIMA, 1999, p. 52. Para uma recensão e crítica de autores que confundem a antijuridicidade com a culpa, veja-se PENA LOPEZ, 1998, p. 1.617.

<sup>17</sup> Cf. MARTINS-COSTA, 2007, v. 6; DELGADO, 2007, p. 505-544, 516.

de outrem, somada à ação ou omissão culposa, não são elementos da culpa, mas, ao contrário, compunham o suporte fático do artigo 159 do Código Beviláqua, que tinha por missão precípua estruturar o conceito operacional de ato ilícito.

Essa realidade deu causa às duas acepções do termo ilicitude aceitas no Direito brasileiro. Primeiramente, a “ilicitude subjetiva”, sustentada por uma das acepções da *faute* e pela possibilidade semântica de se considerar que a consequência jurídica imediata da verificação de todos os requisitos do ato ilícito, positivado em nosso ordenamento (art. 159/1916), geraria *ilicitude*. Com a tradição jurídica alicerçada na norma contida no art. 159 do antigo Código Civil, ilicitude subjetiva estaria, sempre, vinculada ao ato voluntário e culposo do agente que contraria o direito. A chamada ilicitude objetiva, por seu turno, vincular-se-ia à noção de antijuridicidade que vem sendo trabalhada no presente estudo.<sup>18</sup>

Apesar da utilização maciça do termo ilicitude, na sua feição subjetiva, a melhor doutrina brasileira, todavia, não se furtou a isolar a antijuridicidade ou ilicitude objetiva como elemento autônomo do ato ilícito. Pontes de Miranda identifica os dois elementos que determinam o conteúdo do ato ilícito e assevera que “a contrariedade a direito, o ir contra o conteúdo da regra jurídica, não é elemento da culpa. É elemento da ilicitude do ato: contrariedade a direito mais culpa igual a ilícito. Tal o suporte fático”. (PONTES DE

<sup>18</sup> BUERES, 2001, p. 476-477; CAVALIERI FILHO, 2010, p. 9-10; e NORONHA, 2013, p. 383. Ressalte-se que alguns autores acabam por fazer a distinção entre antijuridicidade objetiva e subjetiva, nesse sentido: MONTENEGRO, 2005, p. 9; MARTINS-COSTA, 2007, p. 520. “Como consequência, admite-se uma complexa dimensão da ilicitude que engloba a chamada ilicitude subjetiva e a objetiva: é subjetiva quando a norma determina seja o nexo de imputação balizado pela culpa, impondo-se a verificação da negligência ou da imprudência ou, ainda no caso do dolo, também da intencionalidade; é objetiva quando não é necessário averiguar se, subjacente ao ato ou conduta, houve ato negligente ou imprudente, pois a ilicitude estará caracterizada pelo desvio ou pela contrariedade à norma de dever-ser imposta pelo Ordenamento [...]”

MIRANDA, 2012b, t. LIII, p. 92).<sup>19</sup>

O termo antijuridicidade, ao invés de ilicitude, também é prestigiado por outros autores, que o caracterizam como um dos pressupostos mais importantes para o nascimento do dever de indenizar. Alguns, inclusive, expressamente ressaltam a sinonímia existente entre os termos ilicitude e antijuridicidade (MONTENEGRO, 2005, p. 17), o que reforçaria uma visão atual de utilização do termo ilicitude em sua acepção objetiva. Ainda assim, pode-se afirmar que, no Direito brasileiro, a falta de uma padronização terminológica mais rigorosa constitui um obstáculo substancial para a racionalidade do debate sobre a ilicitude (objetiva) ou antijuridicidade.

A distinção entre ilicitude objetiva e subjetiva sempre teve grande importância na doutrina argentina, apresentando os mesmos contornos conceituais aqui já abordados pelos doutrinadores brasileiros, inclusive em relação ao conceito de ato ilícito. (CALVO COSTA, 2005, p. 110 *et seq.*). A corrente majoritária adota a acepção objetiva, utilizando os termos ilicitude e antijuridicidade como sinônimos.<sup>20</sup>

Mesmo o Código argentino oitocentista já continha um artigo que propiciava um isolamento conceitual da ilicitude, ainda que prescrevesse a voluntariedade do ato com um dos requisitos do ato ilícito positivado no art. 1.066.<sup>21</sup> A esmagadora maioria da doutrina moderna alinhou-se ao conceito objetivo de ilicitude,

<sup>19</sup> Apesar de comungar da mesma opinião, isolando a antijuridicidade com um elemento do ato ilícito, Noronha realiza uma clara distinção entre ilicitude e antijuridicidade, utilizando-se do primeiro termo preferencialmente em sua feição subjetiva, veja-se NORONHA, 2013, p. 392.

<sup>20</sup> Calvo Costa (2005, p. 115) enumera, como integrantes dessa corrente, nomes como Bueres, Orgaz, Alterini, López Cabana, Zavala de González, Agoglia, Vásquez Ferreyra, entre outros.

<sup>21</sup> "Art. 1066. Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto."

entendendo que a voluntariedade, entendida como capacidade do agente do ato antijurídico, não se colocava como um requisito a ser observado, admitindo-se a antijuridicidade ou ilicitude, mesmo quando da violação do ordenamento jurídico por um amental. (ITURRASPE; PIEDECASAS, 2003, p. 13).<sup>22</sup>

O tema da antijuridicidade ganhou renovada intensidade, na doutrina argentina, com as discussões para a elaboração do projeto do seu novo Código Civil, promulgado em 2014. Nesse sentido, Sebastián Picasso pontua:

Tal vez en ningún otro sector del derecho de daños se han producido en las últimas décadas cambios tan trascendentes como en la teoría de la antijuridicidad. De la concepción decimonónica, basada en una antijuridicidad formal (necesidad de que haya una prohibición legal en cada caso concreto) y subjetiva (únicamente hay acto ilícito si media culpa o dolo) se pasó, al cabo de una paulatina evolución, a otra totalmente inversa, que la concibe como material y objetiva. (PICASSO, 2013, p. 1-8).

### **2.3 Antijuridicidade formal e material: o conteúdo do conceito jurídico de antijuridicidade**

É justa a imputação de tautologia à conceituação de antijuridicidade como “ato contrário ao Direito”. São conhecidas as irônicas críticas de alguns autores que afirmam ser tal conceituação algo similar à situação do paciente que relata ao médico que está com dores nas costas e este observa que, na realidade, o paciente está com uma lombalgia. Não se fez nada mais do que traduzir para o grego o que o homem comum diz em linguagem corrente, sem revelar qualquer conteúdo explicativo. (BUSTO LAGO, 1998, p. 45-46).

---

<sup>22</sup> No mesmo sentido: PRIETO MOLINERO, 2016.

A criminalística alemã do século XIX teve a dura missão de conferir conteúdo material ao termo antijuridicidade, por intermédio do estudo pormenorizado de suas causas de justificação. Para se verificar a existência da legítima defesa, exigia-se que o ataque realizado contra a pessoa fosse antijurídico, legitimando, a *contrario sensu*, as autorizadas ações realizadas, por exemplo, por um proprietário, ao expulsar um invasor de seus domínios, ainda que este viesse a sofrer alguma sorte de dano. Pelo caminho menos óbvio de suas preexcludentes, a função básica do juízo de antijuridicidade seria, portanto, indicar uma série de hipóteses que justificassem a ação aparentemente vedada pelo Direito Criminal. (GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, 2013, p. 1.515).

A amplitude da antijuridicidade é muitas vezes exposta mediante a distinção entre antijuridicidade formal e material,<sup>23</sup> mais uma vez se inspirando em construções advindas da criminalística germânica, especialmente em von Litz.<sup>24</sup> Relaciona-se a modalidade formal com o anseio de segurança jurídica, restringindo-se o ato antijurídico à infração de uma norma, um mandato ou uma proibição, expressamente contidos no ordenamento. (CALVO COSTA, 2005, p. 125).

---

<sup>23</sup> Cf. PICASSO, 2013; e CALVO COSTA, 2005, p. 124 *et seq.*

<sup>24</sup> Cf. BUSTO LAGO, 1998, p. 52; CALVO COSTA, 2005, p. 125. Os autores apontam a primazia da diferenciação a von Litz. BUERES, 2001, p. 522-526. Bueres indica que são múltiplas e variadas as interpretações da obra do professor berlinense. Alguns autores entendem a modalidade formal como um atentado a todo o ordenamento jurídico, restando para a antijuridicidade material apenas as violações às normas metajurídicas. Ainda assim, pode-se afirmar que as concepções expostas no presente trabalho configuram o entendimento de importante parte da doutrina civilística. BUSTO LAGO, 1998, p. 51 *et seq.* utiliza a divisão entre antijuridicidade formal e material de maneira diversa, entendendo que a primeira modalidade ocorreria quando a violação ao ordenamento não gerasse um dano ou lesão a interesse jurídico tutelado, relativo a determinado sujeito de direito; a antijuridicidade material, ao contrário, dependeria da observância de uma consequência específica, não bastando a simples contradição com o ordenamento.

A antijuridicidade material ou substancial, por outro lado, é observada na infração do ordenamento jurídico compreendido em sua totalidade, englobando os princípios jurídicos, normas consuetudinárias e, segundo alguns, normas de Direito Natural.<sup>25</sup> Nesses casos, abdica-se de uma expressa proibição legal para configuração da ilicitude. (PICASSO, 2013). Situações em que danos advêm de choques entre interesses contrapostos, ambos formalmente lícitos, ou nas quais o exercício do Direito é realizado contra o seu conteúdo axiológico são recepcionadas pelo conceito de antijuridicidade material ou substancial. (MARTINS-COSTA, 2007, p. 518-519).

Com efeito, há diferença, mas não há antinomia entre antijuridicidade formal e material, sendo esta última capaz de albergar a primeira. Muitas vezes a ilicitude é facilmente detectável pelo intérprete, pois contrária a normas com suporte fático bastante restrito. Por outro lado, a antijuridicidade, amiúde, é revelada após labor hermenêutico mais intenso, concretizando cláusulas gerais e interpretando conceitos indeterminados.

No âmbito da responsabilidade civil, ínsitas dificuldades em se identificar a antijuridicidade do ato, em determinada hipótese específica, já que muitas vezes este não está expressamente proibido por norma jurídica (MONTENEGRO, 2005, p. 9), podem ser melhor visualizadas no entendimento da antijuridicidade em seu aspecto positivo e negativo: (i) observa-se o aspecto positivo com a violação de interesse juridicamente tutelado, representado por essa contrariedade do ordenamento jurídico como totalidade (*contra ius*); (ii) enquanto o aspecto negativo da antijuridicidade evidencia-se pela inexistência de justificação para o ato antijurídico

---

<sup>25</sup> Cf. BUERES, 2001, p. 522-526; CALVO COSTA, 2005, p. 125.

violador de interesse juridicamente tutelado, centrando a análise na teoria das preexcludentes da antijuridicidade (*sine iure*).<sup>26</sup>

Não seria totalmente correto afirmar que a antijuridicidade ocorre pela soma das duas fases apresentadas, mas antes elas representam uma *síntese orgânica* da avaliação da existência da antijuridicidade.<sup>27</sup>

Ainda que a abordagem da antijuridicidade, em seu aspecto *contra ius* e *sine iure*, possa parecer óbvia, esta sublinha a importância das preexcludentes da ilicitude como parte integrante para o entendimento do conteúdo da antijuridicidade. A noção de antijuridicidade que importa para a responsabilidade civil depende dessa estreita conexão sistemática com as causas de justificação, pois há hipóteses de violação de interesse jurídico alheio que gerarão danos não indenizáveis, exatamente porque a ação ou omissão do agente está albergada por uma das preexcludentes consagradas pelo ordenamento jurídico.<sup>28</sup>

Outrossim, considera-se insuficiente a identificação da antijuridicidade, na ambiência das demandas indenizatórias, apenas como a ação causadora de danos sem justificação jurídica, pois se poderia respaldar a indenização de prejuízos que não são fruto da lesão de interesses juridicamente protegidos. A negação da fase positiva poderia atrofiar o debate sobre a legitimidade dos interesses violados, segundo os parâmetros de um determinado ordenamento jurídico.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> CALVO COSTA, 2005, p. 151; e BUSTO LAGO, 1998, p. 65 atesta que a modelagem *contra ius/sine iure* é central na maior parte da doutrina italiana que tenta definir a amplitude do “dano injusto”.

<sup>27</sup> Cf. SALVI, 2005, p. 87-88; BUERES, 2001, p. 497.

<sup>28</sup> Cf. REGLERO CAMPOS, 2014, p. 80; SALVI, 2005, p. 88-91.

<sup>29</sup> Cf. PENA LOPEZ, 1998, p. 24-25; CALVO COSTA, 2005, p. 168. Vejam-se também as críticas de CASTRONOVO, 2006, p. 23-24 e BIANCA, 2012, p. 587.

Em inúmeras hipóteses, a definição da ação antijurídica não será tarefa singela, como costuma acontecer em casos de abuso de direito. Apesar dessas dificuldades hermenêuticas, que podem ser encontradas em determinados casos específicos, Carlo Castronovo adverte que não se pode concordar com a mui divulgada noção de que a antijuridicidade sempre seria produto de uma ponderação de interesses em jogo, como se o agente estivesse constantemente no exercício de algum tipo de direito e, portanto, estar-se-ia na dependência de uma hermenêutica concretizadora por parte do juiz em todos os casos. Destarte, a resposta para inúmeros casos concretos está expressa em disposições normativas com suporte fático restrito, bastando a verificação da antijuridicidade formal.<sup>30</sup>

### **3 ANÁLISE DOS CASOS DO TJMG**

#### **3.1 A ausência de antijuridicidade formal para caracterizar o dever de indenizar**

Em 24/1/23, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, com relatoria do Desembargador Leonardo Beraldo, julgou ação indenizatória proposta por uma estudante contra faculdade onde cursava curso superior. A autora alegava que a mudança da grade curricular do curso por parte da instituição de ensino, reduzindo-o de 5 para 4 anos e, conseqüentemente, suprimindo algumas disciplinas, teriam gerado sua insatisfação com os serviços prestados e provocado sua mudança para outra faculdade, causando-lhe danos de ordem moral e material a serem reparados. (MINAS GERAIS, 2023).

<sup>30</sup> Cf. CASTRONOVO, 2006, p. 27-29; BIANCA, 2012, p. 556-559.

O acórdão analisou o caso, a partir do que estabelece o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, conjugando-o com o que estabelece a norma do art. 207 da CF/88,<sup>31</sup> bem como o art. 53 da Lei nº 9.394/96 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação,<sup>32</sup> que conferem autonomia financeira e administrativa às universidades, consignando não haver direito adquirido do discente à manutenção da grade curricular, vigente no momento de sua matrícula no curso superior.

A existência de norma formal expressa garantindo a autonomia universitária conduziu o magistrado de primeiro grau, cuja sentença foi confirmada pelo Tribunal, a afirmar a inexistência de qualquer ilicitude por parte da instituição de ensino, o que afastou a incidência de responsabilidade indenizatória: “Ao que tudo indica, a iniciativa de trocar de instituição de ensino foi da própria autora, sem que a ré tenha concorrido - sobretudo, a partir de qualquer ato ilícito - para a sua decisão”.

No corpo do acórdão, outros precedentes são citados, demonstrando a importância da configuração da antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil, como o transcrito abaixo:

---

<sup>31</sup> Art. 207 da CF/88. “As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa.”

<sup>32</sup> Art. 53 da Lei nº 9.394/96. “No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições: I - criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior previstos nesta Lei, obedecendo às normas gerais da União e, quando for o caso, do respectivo sistema de ensino; II - fixar os currículos dos seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes.”

Recurso de apelação. Ação de indenização. Contrato de prestação de serviços. Instituição privada de ensino superior. Alteração grade. Modificações do conselho nacional educação. Autonomia da faculdade. Aluno. Dano material e moral não caracterizado. 1. *O dever de indenizar impõe ocorrência de ato ilícito, nexos causal e dano, nos termos dos art. 186 e 927 do Código Civil.* 2. Nos termos do caput, do art. 207, da CR/88, a instituição privada de ensino superior goza de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira. A alteração 7 Tribunal de Justiça de Minas Gerais curricular realizada pela ré em virtude de determinação do Conselho Nacional de Educação, constitui prerrogativa da instituição de ensino (art. 53, inc. I, da Lei nº 9.394/96). 3. Não restando comprovado que os danos supostamente alegados pela parte autora decorreram de ato comissivo ou omissivo da parte ré, não há, pois, como falar, em danos materiais e morais. (MINAS GERAIS, 2016, grifo nosso).

No caso em comento, a autorização do ordenamento jurídico para as ações da instituição de ensino que teriam causado prejuízo à autora da demanda afastaram a observância de antijuridicidade formal

### **3.2 O ordenamento jurídico analisado de maneira ampla: ausência de antijuridicidade material**

Em outra situação, também originada do TJ/MG e confirmada pelo STJ, em sede de Recurso Especial (REVISTA JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, 2009, p. 331-341), analisou-se ação ajuizada por um marido traído em face do amante da ex-esposa. O autor pretendia imputar ao amante a responsabilidade, como terceiro cúmplice, pela afronta ao dever de fidelidade da esposa, previsto no art. 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002.

Pretendia, ainda, o autor que o réu fosse considerado solidariamente responsável pelos danos morais ocasionados, especialmente pelo nascimento de filha adulterina.

O TJMG, em sede de recurso de apelação, levou em consideração os artigos 927<sup>33</sup> e 942<sup>34</sup> do Código Civil (arts. 186 e 187, CC/16), entendendo que, a despeito da reprovabilidade social do ato de se envolver com pessoa casada, tal conduta não constitui ilícito cível ou penal, já que o dever jurídico de fidelidade alcança apenas os cônjuges, deixando clara a necessidade de violação de uma relação contratual, ou de uma imposição legal, para configuração da responsabilidade civil. A ausência de contrato entre o marido traído e o então amante de sua esposa, bem como a inexistência de qualquer dispositivo legal que proíba terceiro a se envolver com pessoa casada afastam a configuração de ato ilícito na hipótese.

O acórdão foi mantido pelo STJ, em decisão relatada pelo Min. Luis Felipe Salomão, que reafirmou que o conceito de ilicitude refere-se à violação de um dever legal ou contratual, não havendo solidariedade do réu, na prática de suposto ilícito praticado pela ex-esposa do autor, uma vez que o art. 942, *caput* e seu § único, do CC/02 (art. 1.518 do CC/16) só seriam aplicáveis na hipótese de o ato do coautor ou partícipe ser, em si, também um ilícito, o que não se identifica na hipótese do adultério, uma vez que o dever de fidelidade é restrito aos cônjuges.

---

<sup>33</sup> “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

<sup>34</sup> “Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.”

A ausência de antijuridicidade, na conduta do amante, afastou o dever de indenizar, por falta de configuração de um dos requisitos da responsabilidade civil.

#### **4 CONCLUSÃO**

O presente estudo demonstrou a necessidade de, seguindo a tradição da melhor doutrina nacional e internacional, empreender acordos semânticos, para definir a amplitude conceitual da antijuridicidade e da ilicitude, promovendo a racionalidade do debate sobre a matéria, muitas vezes turvado pela falta de rigor conceitual que sempre caracterizou o tema no Direito brasileiro.

Notou-se que o conteúdo da antijuridicidade, principalmente em sistemas que contam com grandes cláusulas gerais de responsabilidade civil extracontratual, somente pode ser considerado como contrariedade ao ordenamento jurídico visto em sua totalidade, superando em muito o viés formalista que exigia uma proibição expressamente positivada em lei.

A segunda parte do presente estudo revelou a consagração jurisprudencial da antijuridicidade, como um dos requisitos mais importantes da responsabilidade civil hodierna, demonstrando a correta abordagem realizada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais em casos envolvendo a antijuridicidade em seu viés formal e material.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Influência do direito francês sobre o direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 89, p. 184-194, 1994.
- BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano*. São Paulo: Atlas, 2003.
- BARBOSA, Mafalda Miranda. *Liberdade v. responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?* Coimbra: Almedina, 2006.
- BIANCA, Massimo. *Diritto Civile: la responsabilità*, Milão, v. 5, 2012.
- BUERES, Alberto. *Derecho de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.
- BUSNELLI, Francesco D.; COMMANDÉ, Giovanni. Wrongfulness in the italian legal system. In: KOZIOL, Helmut (Coord.). *Unification of tort law: Wrongfulness*. Haia: Kluwer International, 1998. p. 69-86.
- BUSTO LAGO, José Manuel. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Madri: Tecnos, 1998.
- CALVO COSTA, Carlos. *Daño resarcible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- CAPANEMA DE SOUZA, Sylvio. O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 36-51, 2004.
- CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 2006.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas. 2010.

- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. I.
- DÍEZ-PICAZO, Luiz. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madri: Civitas/Thomson Reuters, 2011.
- EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of european tort law*. Viena: Springer, 2005.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Responsabilidade civil: o método do caso*. Coimbra: Almedina, 2010.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil. *Anuario de Derecho Civil*, Boletín Oficial del Estado, Madri, Tomo LXVI, Fascículo IV, p. 1.503-1.604, 2013.
- ITURRASPE, Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel. *Código Civil comentado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003.
- IZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Responsabilidade civil extracontratual: Parte General*. Madri: Dykinson, 2015.
- JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 8. ed. Paris: Dalloz, 2010.
- KOZIOL, Helmut (Coord.). *Unification of tort law: Wrongfulness*. Haia: Kluwer International, 1998a.
- KOZIOL, Helmut. Wrongfulness under austrian law. In: KOZIOL, Helmut (Coord.). *Unification of Tort Law: Wrongfulness*. Haia: Kluwer International, 1998b.
- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. *RIDB*, v. 3, n. 9, 2014.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*, Parte Geral do Código Civil, São Paulo: Método. 2010. v. 6.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português*. v. 2. t. 3. Coimbra: Almedina, 2010.

MENEZES LEITÃO, Adelaide. *Normas de protecção de danos puramente patrimoniais*. Coimbra: Almedina, 2009.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.22.261956-1/001. Apelante: Dilma Cristina Marques - Apelada: Editora e Distribuidora Educacional S/A - Unopar. Relator: Des. Leonardo de Faria Beraldo. *DJe*, Belo Horizonte, 24 jan. 2023. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisa>. Acesso em: 15 mar. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0024.13.105280-5/001. Relator: Des. Amorim Siqueira. *DJe*, Belo Horizonte, 26 out. 2016.

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh. *Ressarcimento de danos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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

PANTALEÓN, Angel Fernando. *Comentario al art. 1.029 del Código Civil*. Madri: Ministério de Justicia, 1991. Tomo III.

PAPAYANNIS, Diego. *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madri: Marcial Pons, 2014.

PENA LÓPEZ, José Maria. Prólogo. In: BUSTO LAGO, José Manuel. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Madri: Tecnos, 1998.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontractual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, p. 169-214, 2019.

PICASSO, Sebastián. La antijuridicidad en el Proyecto de Código. *La Ley*, Buenos Aires, ano LXXVII, n. 161, p. 1-8, 2013.

PINHEIRO, Denise. *Liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*. 2016. 287 f. Tese. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/USFC), Florianópolis, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Bens. Fatos Jurídicos*. Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial. Tomo II. Atualização de Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito das obrigações: fatos ilícitos absolutos...* Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial. Tomo LIII. Atualização de Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012b.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito das obrigações: obrigações e suas espécies, fontes e espécies de obrigações*. Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial. Tomo XXII. Atualização de Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012c.

PRIETO MOLINERO, Ramiro. *La cuestión de la antijuridicidad en la responsabilidad civil*. *La Ley*, Buenos Aires, 2016.

REGLERO CAMPOS, Luis Fernando; BUSTO LAGO, José Manuel. (Coord.). *Tratado de responsabilidad civil*. Atualizado por Fernando Pena Lopez. Tomo I. 5. ed. Madri: Arandiz, 2014.

REVISTA JURISPRUDÊNCIA MINEIRA. Belo Horizonte, ano 60, nº 191, p. 331-341, out./dez. 2009. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcglclefindmkaj/https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/2875/1/0191-STJ-002.pdf>. Acesso em: jul. 2023.

SALVI, Cesare. *La responsabilidad civile*. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo. *Trattato di Diritto Privato*. 2.d. Milão: Giuffrè, 2005.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da Reparação Integral*. Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989.

USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade civil por ato lícito*. São Paulo: Atlas.

VAN DAM, Cees. *European tort law*. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013.

VINEY, Geneviève. Le “wrongfulness” en Droit Français. In: KOZIOL, Helmut. (Org.). *Unification of Tort Law: wrongfulness*. Haia: Kluwer International, 1998. p. 57-64.

VON BAR, Christian; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans. (Org.). *Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*. Munique: Sellier, 2009.