

ISSN 1679-8694



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

**REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA 15ª REGIÃO
CAMPINAS/SP**

Direção e coordenação da Escola Judicial
Repositório Oficial de Jurisprudência

Campinas

n. 55

p. 1 - 332

jul./dez.

2019

A ILICITUDE COMO PRESSUPOSTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. SUAS MODALIDADES E CAUSAS DE EXCLUSÃO. ESPECIAL DIFERENCIAL ENTRE A AUTOCOLOCAÇÃO EM RISCO E O CONSENTIMENTO DO LESADO

ILLICITUDE AS REQUIREMENT OF CIVIL LABILITY. THEIR MODES AND CAUSES OF EXCLUSION. SPECIAL DIFFERENTIAL BETWEEN SELF-PLACING AT RISK AND CONSENT OF THE INJURED

BOSCO, Carlos Alberto*

Resumo: A responsabilidade civil, em linhas gerais, consiste na obrigação de reparação do dano causado por uma pessoa a outra. A aspiração de obrigar o agente fomentador ao correspondente ressarcimento e na devida proporção tem como princípio a realização da justiça, mormente quando o prejuízo é intencionalmente causado. Sendo assim, a responsabilidade civil, em última análise, funda-se em duas básicas premissas: além de resguardar a vítima, há imposição de necessária reprimenda ou sanção ao seu responsável. Com efeito, o Código Civil brasileiro prevê em seu art. 186 que “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, cometerá ato ilícito”. Corolário desta previsão, é que deverá providenciar a reparação dos danos materiais e morais advindos de seu reprovável proceder, nos termos dos arts. 927 e seguintes do mesmo diploma. A ilicitude, que gera o direito à devida compensação ou satisfação dos malefícios suportados pela vítima, também se caracteriza quando o titular de um direito, ao exercê-lo, excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (CC, art. 187). De outro bordo, há situações também catalogadas na lei

*Desembargador do Trabalho da 15ª Região, Campinas-SP. Vice-diretor da Escola Judicial do TRT-15. Especialista em Direito Civil, Comercial e Processual Civil. Mestre em Direito do Trabalho. Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra.

que são consideradas excludentes de ilicitude; conseqüentemente, aptas para expungir o dever de reparar o dano, a exemplo dos atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido (CC, art. 188, I e II). Pois bem. A temática que envolve a responsabilidade civil é sempre atual e aliciante. Pode ser apreciada sob o enfoque de violação de um direito de outrem, de desrespeito de preceito de lei tendente à proteção de interesses alheios, pela ocorrência do abuso de direito e pela proibição do *venire contra factum proprium*. Este conteúdo é justamente o quanto se pretende enfocar neste artigo, evidente que não com o propósito de encerrar o debate, mas, sim, de fomentar um exame aperfeiçoado, sobretudo para, com a contextualização do previsto na legislação portuguesa, que em vários aspectos se assemelha à brasileira, fornecer subsídios para efetiva averiguação das congruências existentes entre ambos os modelos, com especial observância às figuras do consentimento do lesado e da autocolocação em risco, situações vivenciadas especialmente em práticas esportivas, nas quais também se revela imperiosa a aplicação da responsabilidade civil.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Ilicitude. Consentimento do lesado. Autocolocação em risco.

Abstract: Civil liability, in general terms, consists in the obligation to repair the damage caused by one person to another. The aspiration of obliging the promoting agent to the corresponding compensation and in due proportion has as its principle the realization of justice, especially when the damage is intentionally caused. Thus, civil liability ultimately rests on two basic premises: in addition to protecting the victim, there is the imposition of necessary reprimand or sanction to its responsible. Indeed, the Brazilian Civil Code provides in its art. 186 that “the one who by willful act or omission, negligence or imprudence, violates right and causes harm to others, even if exclusively moral, shall commit an unlawful act”. Corollary of this provision, is that it shall provide the reparation of material and moral damages arising from its objectionable proceeding, pursuant to arts. 927 et seq. of the same diploma. Unlawfulness, which gives rise to the right to due compensation or satisfaction for the harm suffered by the victim, is also characterized when the holder of a right, in exercising it, exceeds the limits imposed by its economic or social purpose, good faith or good morals (CC, art. 187). On the other hand, there are situations also cataloged in the law that are considered exclude unlawfulness; consequently, able to extinguish the duty to repair the damage, such as acts performed in self-defense or in the regular exercise of a recognized right (CC, art. 188, I and II). Well then, the issue involving civil liability is always current and attractive. It may be assessed from the point of view

of infringement of another's rights, breach of the law intended to protect the interests of others, abuse of rights and the prohibition of *venire contra factum proprium* (prohibition of contradictory behavior). This content is precisely what is intended to focus on this article, it is evident that not with the purpose of closing the debate, but rather to foster an improved examination, especially to the contextualization of the provisions of Portuguese law, which in several respects is similar to the Brazilian one, provide subsidies for effective verification of the congruences existing between both models, with special regard to the figures of consent of the injured and self-place at risk, situations experienced especially in sports, in which the application of civil liability is also imperative.

Keywords: Civil Liability. Unlawfulness. Consent of the injured. Self-placing at risk.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Na terminologia do Código Civil português, a responsabilidade civil designa um instituto inserto nas “fontes das obrigações”, segundo o qual, quando uma pessoa sofre prejuízos provocados por uma outra, pode ser ressarcida à custa do autor da lesão, acarretando aquilo que denomina “obrigação de indenização”¹. A responsabilidade civil, então, consiste numa fonte de obrigações baseada no princípio da composição dos danos².

No mesmo diapasão, os ensinamentos de Antunes Varela³ ao afirmar que toda e qualquer pessoa lesada pode, através do ajuizamento de uma pretensão indenizatória, exigir ao autor o pagamento de todos os prejuízos sofridos. É dizer, em resumo:

A responsabilidade civil consiste na obrigação de reparar os danos sofridos por alguém. Trata-se de indemnizar os prejuízos de que esse alguém foi vítima. Fala-se de indemnizar porque se procura tornar o lesado indemne dos prejuízos ou danos, reconstituindo a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento causador destes. (JORGE, 1999, p. 44-45).

¹MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Rudimentos da responsabilidade civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Coimbra, ano II, 2005, p. 349.

²LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**. V. I. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 275.

³VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. V. I. 10. ed. reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 518-ss.

No contexto de um apanhado geral, a responsabilidade civil tem nascedouro quando uma pessoa fica obrigada a reparar um dano sofrido por outra. O responsável é devedor e o lesado credor dessa obrigação. Trata-se de uma imposição que nasce diretamente da lei e não da vontade das partes, ainda que o responsável não tenha desejado causar o prejuízo. Com efeito, a ideia de reparação patrimonial de um dano privado é dominante, porque o dever jurídico infringido foi estabelecido diretamente no interesse da pessoa prejudicada. Então, no âmbito das sanções civis, o que realmente importa é a restituição dos interesses lesados, daí que deve prevalecer o entendimento no sentido da configuração da ilicitude de acordo com o resultado⁴.

Colocado o tema nessa ótica, o propósito desta elaboração é enfrentar o aspecto da ilicitude como pressuposto para caracterização da responsabilidade civil, considerando-se que aquela foca o comportamento do autor do fato sob um ângulo objetivo, enquanto violação de conceitos escudados pela ordem jurídica. Há um juízo de censura sobre o próprio fato⁵. Evidente que, além do requisito basilar, representado pela conduta do agente, bem como sua ação juridicamente relevante⁶, outros questionamentos afiguram-se importantes e devem ser de igual alvo de investigação, tais como as variantes da própria ilicitude. Em consequência, também se intenciona enfrentar as excludentes, bem como apontar a eventual diferenciação, no aspecto jurídico, entre a autocolocação em risco e o consentimento lesado, notadamente em sua tácita manifestação, no intuito de se aferir ou não a existência de contradição entre ambos, seus eventuais pontos de divergência ou de convergência, problemática que se necessita desafiar, embora, à evidência, se deva fazê-lo tangencialmente, singularmente tendo em consideração os parâmetros fixados para esta especulação.

Desta feita, partindo-se dessas premissas básicas, imprescindível afirmar, de início, que a doutrina distingue duas grandes modalidades

⁴Cf. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. **Responsabilidade civil por conselhos recomendações e informações**. Coimbra: Almedina, 1989, p. 305. É bem verdade, no entanto, que “A opção fundada pela ilicitude colimada no resultado não impede que se fale ao nível da ilicitude de um desvalor da conduta [...]”, embora “é viável continuar a defender-se uma ilicitude preferencialmente ancorada no resultado” (BARBOSA, 2017, p. 205 e 204, respectivamente).

⁵A culpa, por sua vez, pondera o lado subjetivo desse comportamento, ou seja, as circunstâncias individuais concretas que o envolveram - juízo de censura sobre o agente em concreto. No que concerne a este requisito (culpa, e que escapa ao horizonte desta apuração), não basta que se verifique uma violação ilícita de um direito ou interesse juridicamente protegido de outrem. Impõe-se que se tenha procedido com culpa ou mera culpa. Isto vem estabelecido no art. 483º, acrescentando que só existe responsabilidade independentemente de culpa quando a lei o especifica. A culpa em sentido amplo consiste na imputação do fato ao agente. A responsabilidade civil, em regra, pressupõe a culpa, que se traduz numa determinada posição ou situação psicológica do agente para com o fato. Só excepcionalmente a lei se contenta com a existência, entre o fato e o agente, de um puro nexó material - art. 483º/2.

⁶BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. **Lições de responsabilidade civil**. Parede: Príncipeia, 2017, p. 127-146.

de responsabilidade civil, segundo os ensinamentos de Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa: a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual, com suas especificidades próprias naquilo que diz respeito aos planos estrutural, funcional e axiológico⁷. Dito isso, e se levando em conta a proposição antes referenciada, de se ater somente à responsabilidade extracontratual, também identificada como responsabilidade civil delitual, na qual está em causa a violação de direitos genéricos de respeito, de normas gerais destinadas à proteção de outrem⁸, porquanto a responsabilidade contratual ou obrigacional resulta do mero incumprimento das obrigações.

Nesta tônica, tem-se que o art. 483º do Código Civil estabelece uma cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva, consagrando: “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilícitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação” (n. 1), que se traduz em responsabilidade pelo risco, e, posteriormente, fazendo acrescer aquela proveniente do caráter excepcional da responsabilidade que não se baseia no pressuposto da culpa do lesante, que figura no n. 2: “Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei” (PORTUGAL, 1966).

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR FATOS ILÍCITOS

Ato voluntário e omissão do agente

Constata-se da leitura do referido dispositivo (CC, art. 483º) que o dever resultante da responsabilidade civil por fatos ilícitos depende do preenchimento de algumas formalidades essenciais para o ato. São elas: a existência de um fato voluntário do agente⁹ e não de mero fato

⁷BARBOSA, *op. cit.*, p. 13.

⁸LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**. V. I. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 276.

⁹Imperioso acrescer que a existência de um fato voluntário, a rigor, não pode restar circunscrita à hipótese de ação do sujeito, porquanto a omissão também será considerada apta para a produção de resultado prejudicial ao lesado, de sorte que sua incidência também haverá de ser considerada. Cf. BARBOSA, 2017, p. 141-143: “Assim, avulta possível a hipótese de o pretense lesante ter omitido intencionalmente uma determinada conduta de forma a causar um dano. O *non facere* vai aqui visto como um meio ou instrumento ao serviço da violação do direito absoluto ou da produção do dano”; SERRA, 1959a, p. 109-122: “as omissões dão lugar à obrigação de reparar o dano quando, independentemente de outros requisitos legais, o ato omitido tivesse evitado, com certeza ou com maior probabilidade, o dano e existisse o dever, resultante da lei ou de negócio jurídico, de praticar o mesmo ato”; CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha Nunes de. **Omissão e dever de agir em direito civil**: contributo para uma teoria geral da responsabilidade civil por omissão. Coimbra: Almedina, 1999, p. 85-ss. e 135-ss.

natural causador de danos; a ilicitude deste fato, ou seja, a transgressão de um dever imposto pela ordem jurídica; que se verifique o nexo de imputação do fato ao lesante; que da violação do direito subjetivo de outrem ou mesmo da lei ocorra um dano, sem o qual não haverá a responsabilidade civil, e, por último, que exista o nexo de causalidade, apto a ligar o comportamento do agente com o dano sofrido pela vítima, de maneira a se concluir que este decorreu daquele¹⁰. Daí porque, nesta linha, Menezes Cordeiro apresenta sistematização bastante interessante da matéria, referindo que dois são os planos em que se dá a verificação dos pressupostos da responsabilidade civil: um primeiro, de natureza fática, no qual concorrerão o fato, o dano e a causalidade entre ambos, dito fático em razão de ser perceptível pelos sentidos, e um segundo, de natureza jurídica, a permitir a efetiva formação de um juízo de imputação em relação ao devedor da obrigação de indenizar ou, em outras palavras, “recair sobre o agente o dever de reparar o dano causado” (CORDEIRO, 1997, p. 423).

Reduzindo todos os requisitos tais como acima apontou-se e se discriminou à terminologia técnica corrente entre os doutrinadores do assunto, de se concluir que a responsabilidade civil pressupõe: a) o fato (controlável pela vontade de homem - podendo, desta forma, também se caracterizar pela omissão); b) a ilicitude (como pressuposto do incumprimento da ordem jurídica); c) a incriminação do fato ao lesante; d) a constatação do dano, e e) um nexo de causalidade apto a unir o fato ao resultado danoso¹¹.

A primeira formalidade para a caracterização da responsabilidade civil diz respeito ao que se identifica como o fato voluntário do agente. Verdadeiramente, tratando-se de uma situação de responsabilidade civil subjetiva, evidencia-se que esta não poderia ser instituída sem a existência de um comportamento transponível pelo empenho que possa ser atribuído a um ser humano. Até porque, como se infere logicamente, somente quanto a fatos dessa índole, que retratem o comportamento ou forma de conduta humana, terá cabimento a ideia de ilicitude, o requisito culpa e a obrigação de reparar o dano nos termos em que a lei impõe¹².

É de bom alvitre fazer constar que, na responsabilidade pelo risco, o dano indenizável tanto pode ser proveniente de um fato praticado pela pessoa do responsável, por fato de terceiro, de fatos naturais e até do próprio lesado; todavia, a responsabilidade fundada em fatos ilícitos,

¹⁰COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 12. ed. rev. atual. Coimbra: Almedina, 2009, p. 557.

¹¹COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O nexo de causalidade na responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1950, p. 64; ANDRADE, Manuel de. **Teoria geral da relação jurídica**. 9. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003, p. 337; VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. V. I. 10. ed. reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 526.

¹²VARELA, *op. cit.*, p. 527.

ao revés, assenta sempre sobre um fato da pessoa obrigada a indenizar. Dessa maneira, não se exige que a conduta do agente seja intencional, bastando que exista uma atitude que lhe possa ser atribuída em razão de estar submetida ao controle de sua vontade¹³. Não se pretende, assim, restringir os fatos humanos relevantes em matéria de responsabilidade aos atos intencionados, ou seja, àqueles casos em que o agente tenha prefigurado mentalmente os efeitos do ato e tenha agido em vista de sua existência.

A questão que de fato atrai especial atenção diz respeito à omissão. Em regra, a conduta do agente constitui um fato positivo ou ação que viola um dever jurídico de não intromissão na esfera de outra pessoa, titular do correspondente direito absoluto. Na responsabilidade contratual é mesmo uma conduta negativa do devedor, representada pela não realização da prestação¹⁴ que, na maioria das vezes, fundamenta a obrigação de indenizar.

No entanto, quanto ao ilícito civil extracontratual, a problemática que envolve a responsabilidade por omissões apresenta maiores dúvidas, por força do contido no art. 486º do Código Civil. Consta do dispositivo:

As simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força de lei ou de negócio jurídico, o dever de praticar o acto omitido. (PORTUGAL, 1966).

Então, a valer-se simplesmente de sua interpretação literal, de se inferir que as omissões ou abstenções somente são aptas para gerar a responsabilidade civil desde que, além dos demais requisitos legais, neles se inclua um específico: que exista o dever jurídico da prática do ato omitido, levando-se em conta, também por óbvio, que este tenha o condão de, seguramente, evitar a probabilidade do dano. No caso de omissão, a imputação ao agente exige um algo mais: sua oneração com o dever específico de praticar o ato omitido.

Em apertada síntese, de se concluir que, se existe um dever genérico de não lesar os direitos alheios (*neminem laedere*), de outra banda, não existe uma correspondente obrigação geral de evitar a ocorrência de danos para outrem, porquanto absolutamente impossível. Por isso que, para alguém ser responsabilizado pelos danos suportados em razão de sua omissão, é exigido que, além dos outros pressupostos da responsabilidade delitual, haja um dever específico violado: que o lesante ache-se na posição

¹³LEITÃO, *op. cit.*, p. 279.

¹⁴COSTA, *op. cit.*, p. 558.

de sujeito garantidor da não ocorrência daqueles mesmos danos, isto é, que ele detenha o dever jurídico da prática do ato ao qual ele se omitiu ou do qual se absteve¹⁵. Prevalece, pois, na doutrina que, efetivamente, fato voluntário significa apenas fato objetivamente controlável ou dominável pela vontade, e que, para fundamentar a responsabilidade civil, “não é necessária uma conduta predeterminada, uma acção ou omissão orientada para certo fim (uma conduta finalista)” (VARELA, 2000, p. 529).

3 A ILICITUDE

Modalidades: violação de um direito de outrem; desrespeito de preceito de lei tendente à proteção de interesses alheios, e abuso de direito

Extrapolação manifesta dos limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelo fim social ou econômico do direito

Vedação do *venire contra factum proprium*

Ilicitude de conduta e ilicitude de resultado

A ilicitude surge como o segundo pressuposto da responsabilidade civil. Parece soar evidente que o fato voluntário capaz de lesar interesses alheios só resultará no dever de indenizar ou reparar o dano se constatada a existência da ilicitude, que consiste na violação de um dever jurídico. É que, não raras vezes, o fato prejudicial aos interesses de outrem não se reveste de ilicitude, não sendo eficaz para gerar o direito de compensação ao ofendido.

O art. 483º, n. 1, do Código Civil¹⁶ fixa o princípio geral da matéria, indicando as duas formas essenciais da ilicitude: a) traduz-se na violação de um direito de outrem, e b) trata do desrespeito de preceito de lei tendente à proteção de interesses alheios. Na primeira parte do dispositivo legal, os direitos subjetivos contemplados neste ponto são principalmente os direitos absolutos, de que constituem exemplos os direitos sobre as coisas ou direitos reais, os de personalidade, os direitos familiares e a propriedade intelectual¹⁷⁻¹⁸.

¹⁵COSTA, *op. cit.*, p. 559.

¹⁶1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação” (PORTUGAL, 1966).

¹⁷VARELA, *op. cit.*, p. 533.

¹⁸Para solidificar a assertiva, imperioso acrescentar que: “Mesmo no quadro da jussubjetividade, não é qualquer direito que recebe tutela aquiliana. A doutrina - embora não unanimemente - tem

Já na segunda vertente, tem-se em conta a ofensa de deveres impostos por lei que tenham por objetivo defender interesses alheios, sem conferir quaisquer direitos subjetivos. No particular, tem-se que “a previsão da lei abrange ainda a violação das normas que visam prevenir, não a produção do dano em concreto, mas o simples perigo de dano, em abstrato” (VARELA, 2000, p. 536). Quanto a esta direção, sua invocação como fundamento da responsabilidade, e conseqüentemente para que surja ao lesado o direito de indenização, depende da verificação de alguns requisitos: 1) que à lesão dos interesses dos particulares corresponda a ofensa de uma norma legal; 2) que se trate de interesses particulares ou juridicamente protegidos por essa norma violada; 3) que a lesão, propriamente o dano, efetive-se no próprio bem jurídico ou interesse privado que a lei intenciona tutelar¹⁹⁻²⁰.

Em sendo assim, duas são as situações de ofensa tal como contido no art. 483º, 1, do Código Civil. Na primeira, há violação de direitos subjetivos já aludidos, e, na segunda, há preterição de normas legais dirigidas à proteção de interesses alheios que, em verdade, não consubstanciam direitos subjetivos. Estas mesmas condutas, porque antijurídicas, são suscetíveis de gerar a responsabilidade civil.

A terceira modalidade de ilicitude diz respeito ao abuso de direito²¹. Sua previsão legal encontra-se contemplada no art. 334º do

considerado que apenas é apta a desvelar a ilicitude delitual a violação de direitos dotados de eficácia *erga omnes*. Entre estes, contam-se os direitos reais, os direitos de propriedade industrial, os direitos de propriedade intelectual, os direitos de personalidade” (BARBOSA, 2017, p. 146).

¹⁹COSTA, *op. cit.*, p. 563.

²⁰No propósito de facilitar a compreensão da temática enfocada, haja vista que nesta segunda modalidade (**violação da lei que protege interesses alheios**) é que se têm maiores dificuldades na definição de antijuridicidade, é de ponderar com base no seguinte exemplo: uma norma proíbe a circulação de automóvel em velocidade superior a 120Km/h para evitar o perigo de outros motoristas e quem se utiliza da rodovia. Na hipótese, estar-se-ia diante de uma concretização de determinados deveres de cuidado. Pois bem, em caso de “B”, que conduz a 180Km/h e colide com o veículo de “C”, ferindo-o gravemente, decorrerá duas conjeturas diversas, cada uma delas fundada numa específica modalidade de ilicitude extracontratual. A primeira, pelo resultado lesivo, ou seja, pela violação do direito à integridade física. Na segunda, e apenas em síntese, para discernimento e facilidade de compreensão, apartada de questões outras, a ilicitude seria composta já não pela maculação da integridade física, mas pela quebra de uma norma legal de proteção de direitos alheios. Em precisa fala, é dizer: “Uma linha divisória, aos nossos olhos, se impõe: aquela que coloca, de um lado da fronteira, as disposições de proteção de interesses alheios distintos dos direitos subjetivos e, do outro, as que intentem tutelar interesses confluentes com essas posições dotadas de eficácia *erga omnes*” (BARBOSA, 2017, p. 171-175).

²¹SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Abuso de direito (em matéria de responsabilidade civil). **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n. 85, 1959b, p. 252. Autor do anteprojeto do Código Civil defendia a necessidade de se fazer referência específica ao abuso de direito dada a relevância do instituto em sede de responsabilidade civil. No mesmo sentido, a posição de Antunes Varela (*op. cit.*, p. 563). Contudo, a pretensão não chegou a ser concretizada, o que não inviabiliza o aproveitamento do art. 334º CC para cobertura de situações danosas nas quais não ocorre a violação de um direito absoluto, conforme Mafalda Miranda Barbosa (*op. cit.*, p. 183). Em sentido contrário, FRADA, Manuel António Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra:

Código Civil²²⁻²³⁻²⁴. Constatam-se, pois, que não obstante os casos já conferidos de violação do direito subjetivo ou da disposição legal que protege direitos de outrem, surge também, como forma de comportamento antijurídico e apto para fundamentar o dever de indenizar, o abuso de direito, caracterizado pelo exercício anormal do direito próprio. Retrata o exercício em termos reprovados pela lei, ou seja, respeitando a estrutura formal do direito, mas ofendendo sua afetação substancial, funcional ou teleológica, e, portanto, ilegítimo²⁵.

Haverá, assim, o abuso de direito sempre que o seu titular o exerça com manifesto excesso dos limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim econômico ou social deste direito. Para o Professor Castanheira Neves, a compreensão do instituto do abuso de direito é resultante da premissa de que o direito subjetivo é “uma intenção normativa que apenas subsiste na sua validade jurídica enquanto cumpre concretamente o fundamento axiológico-normativo que a constitui”, o que equivale dizer que o direito subjetivo deixa de ser uma estrutura formal para ser entendida “com uma função normativa, teleológico-materialmente fundada”, verificando-se uma situação de abuso de direito quando:

[...] um comportamento que tenha a aparência de licitude jurídica - por não contrariar a estrutura formal definidora (legal ou conceitualmente) de um direito, à qual mesmo externamente corresponde - e, no entanto, viole ou não cumpra, no seu sentido concreto-materialmente realizado, a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado, ou de que o comportamento realizado se diz exercício. (NEVES, 1967).

Ressalta o ilustre doutrinador: “o abuso de direito configura-se como uma contradição entre dois pólos que entretecem o direito

Almedina, 2016, p. 237 (reimpressão da edição de fev. 2004) e CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. V. 2 Direito das obrigações. Tomo III. Coimbra: Almedina, 2010, que consideram que não há um terceiro gênero de responsabilidade civil, mas somente os dois consagrados no art. 483º do Código Civil.

^{22º} **Art. 334º (Abuso do direito)**. É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito” (PORTUGAL, 1966).

^{23º} O art. 334º do CC contém, na sua formulação genérica e abstrata, uma cláusula delitual absorvida pelo abuso de direito” (BARBOSA, 2017, p. 183).

^{24º} A cláusula residual de ilicitude segundo a qual a causação de danos com violação de regras elementares de conduta social, aquele *soit disant* mínimo ético cujo acervo entra a constituir os bons costumes, vamos encontrá-la, não tal qual nomeada, na Parte Geral, identificada com a teoria do abuso de direito, da qual há de constituir um dos derivados” (MONTEIRO, 1989, p. 181).

²⁵ VARELA, *op. cit.*, p. 544.

subjectivo”: a sua estrutura formal reconhecida pelo ordenamento jurídico e o fundamento normativo que integra esse mesmo direito e lhe confere materialidade devem estar em conformidade. Quando isso não ocorre, ocorrerá o abuso de direito²⁶⁻²⁷.

²⁶NEVES, António Castanheira. **Questão-de-facto questão-de-direito ou o problema metodológico da jurisdição**: ensaio de uma reposição crítica. I - A crise. 1967. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas)-Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 1967, p. 529, nota 54, e p. 523-524. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/12576>.

²⁷A jurisprudência compartilha e adota o mesmo entendimento. A título de exemplificação colaciona-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2.6.2009, proferido no Processo n. 256/09.34YFLSBB, relatado pelo Conselheiro Urbano Dias, e com esteio nos ensinamentos do Professor Castanheira Neves a propósito do abuso de direito, consignou-se: “Esta visão é (com) partilhada por Mafalda Miranda Barbosa, sua discípula natural, que nos faz notar que ‘o direito subjetivo, enquanto expediente reconhecido pelo ordenamento aos diversos sujeitos, não pode ser entendido como uma mera forma, como um expediente formal despido de quaisquer valorações materiais. O direito subjetivo é conformado com uma dimensão axiológico-normativa que faz com que ele, em concreto, seja um direito subjetivo e se integre no ordenamento jurídico concretamente desenhado’ ou, dito de outra forma, como uma forma de exercício da liberdade humana, o que ‘implica não só a delimitação de uma esfera de ação, mas igualmente uma série de deveres, desde que se entenda a liberdade em sentido positivo, geradora de responsabilidade e de deveres de solidariedade’. Por isso, comungando das mesmas ideias, diremos que não temos que ficar presos, amarrados, ao que está prescrito no citado art. 334º, antes nos cumpre, e sempre, procurar detectar se o exercício formal de um direito mostra-se desconforme com a teologia desse mesmo direito. Se a resposta for positiva, então sim, há abuso do direito. E, de igual modo, perfilhamos as suas ideias quando, ao visitar o aludido preceito legal, defende que ‘o que está em causa no abuso do direito não é a intenção de prejudicar terceiros, ou a desconformidade com a moral, mas sim a dissonância entre a estrutura formal do direito que se invoca e a intencionalidade normativa desse mesmo direito’. Com efeito, e no que diz respeito à boa-fé, ter-se-á de dizer que ‘ela sustenta todo o mundo contratual, modelando a conduta dos contraentes, sindicando-a e chancelando-a de lícita ou ilícita [...]: naquelas situações em que se coloca um problema relativo à boa-fé e aos deveres que ela faz emergir não faz sentido recorrer ao abuso do direito’. No que aos bons costumes diz respeito, cumpre dizer que ‘não sendo pacífico o entendimento sobre o verdadeiro alcance do conceito, tem-se generalizado a opinião segundo a qual [...] a cláusula geral dos bons costumes apenas pode ser preenchida ou concretizada por referência ao sentido ético dominante na sociedade’, e, nessa medida, apenas faz sentido a referência aos bons costumes (como, aliás, à boa-fé) ‘se virmos neles a manifestação de princípios normativos e se distinguirmos claramente moral e ética’. Como assim - continua - ‘implicando a sindicância do exercício de uma posição subjetiva ativa com base nos bons costumes, o abuso do direito não pode redundar numa forma de limitação do direito por referência à moral dominante’. Desta forma, ‘só faz sentido a referência à boa-fé e aos bons costumes se virmos neles a manifestação de princípios normativos e se distinguirmos claramente moral e ética’. É com estas cautelas e com estas reservas que devemos interpretar o art. 334º do Código Civil, ‘sem que isso nos impeça de ir mais além’, pois ‘perante a mobilização em concreto de um direito, teremos de indagar sempre, por referência aos princípios normativos em que se funda, se aquele exercício os contraria ou não’ (ainda obra citada, páginas 323 a 326). O abuso do direito, pressupondo a existência do direito, existe quando o seu titular exorbita os fins próprios desse direito ou do contexto em que é exercido, desde que esse excesso seja claro e manifesto, ou seja, ofenda clamorosamente o sentimento jurídico socialmente dominante, não obstante não seja exigível a consciência de exercício excessivo do direito. Trata-se de um limite intrínseco do exercício de um direito, servindo como válvula de segurança para os casos de pressão violenta da consciência jurídica contra a rígida estruturação das normas legais obstando a injustiças clamorosas que o próprio legislador não hesitaria a repudiar se as tivesse vislumbrado”.

Imperioso anotar-se que, por parte do agente, não é necessário que haja consciência²⁸ de se excederem os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito. Insuficiente, também, que cause prejuízos a outrem. Para que seja realmente abusivo, é preciso que o titular do direito exceda visivelmente os limites que lhe cumpre observar, em consequência dos interesses que legitimam a concessão desse poder²⁹. Nos dizeres de Manuel de Andrade:

[...] existirá um tal abuso quando, admitido um certo direito como válido em tese geral, todavia no caso concreto ele aparece exercitado em termos clamorosamente ofensivos da justiça, entendida segundo o critério social dominante. (ANDRADE, 1966, p. 63).

Nesta linha de argumentação, apurado que determinado comportamento deva ser qualificado como abuso do direito, torna-se obrigatória para o seu titular que o exerceu com imoderação a obrigação de indenizar os danos produzidos a outrem. A problemática, então, consiste em se identificar os limites impostos pela **boa-fé** e pelos **bons costumes**. De igual, faz-se necessário apontar também o **fim social ou econômico** do direito excedido.

Quanto à **boa-fé** e aos **bons costumes**, de se aferi-los em característico, baseados com as concepções ético-jurídicas que prevalecem na sociedade. À evidência, o contexto do mencionado art. 334º retrata a mesma realidade presente noutros preceitos, com destaque para os arts. 227º/1, 239º, 437º/1 e 762º/2³⁰, donde se conclui que os limites impostos pela **boa-fé** pressupõem a boa-fé objetiva. Ter-se-ia, então, um apelo aos dados básicos do sistema, concretizados através de princípios informantes como o da tutela da confiança e o da primazia da materialidade

²⁸ Por outro lado, teremos de saber, em face do silêncio do art. 334º, mas perante a quase unanimidade da doutrina, se o abuso de direito reclama o dolo ou se bastará a negligência para que uma conduta possa ser apodada de abusiva. Diríamos que em geral o abuso de direito não reclama o dolo" (BARBOSA, 2017, p. 194).

²⁹ VARELA, *op. cit.*, p. 545.

³⁰ **Art. 227º (Culpa na formação dos contratos)**. 1. Quem negocea com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte. [...] **Art. 239º (Integração)**. Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta. [...] **Art. 437º (Condições de admissibilidade)**. 1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. [...] **Art. 762º (Princípio geral)**. 1. O devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado. 2. No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé" (PORTUGAL, 1966).

subjacente³¹. Com relação aos **bons costumes**, é preciso aquilatar-se as regras da moral social. Com fundamento nesta é que será possível avaliar a ocorrência de eventual abuso, representado pela “contradição entre o modo ou o fim com que o titular exerce o direito e o interesse ou interesses a que o poder nele consubstancia se encontra adstrito” (VARELA, 2000, p. 546), que dará ensejo ao dever de indenizar.

No que diz respeito ao **fim social** ou **econômico** do direito, para se determinar seus limites, de se apelar, preferencialmente, aos juízos de valor positivamente consagrados na própria lei. Sua ponderação obriga, simplesmente, a melhor interpretar as normas instituidoras dos direitos, para verificar em que termos e em que contexto deve-se proceder ao exercício³² para, ao depois, aquilatar-se o excesso.

Para conclusão acerca das ponderações já lançadas, infere-se, sobretudo em razão da expressão “**manifestamente**”, contida na lei (CC, art. 334º), que o exercício de um direito só poderá tachar-se de exorbitante quando suplante manifesta, clamorosa e intoleravelmente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelo fim social ou econômico do direito, isto é, quando esse direito for exercido em termos nitidamente ofensivos à justiça ou ao sentimento jurídico socialmente dominante³³.

Contextualizando, e na previsão legal dos atos abusivos: o sujeito exerce um direito - move-se dentro de uma permissão regulamentária de aproveitamento específico - o que, por si só, implica a incidência de realidades normativas e deve, por isso, observar limites impostos pelos três fatores acima isolados, dos quais um, destaca-se, retrata a boa-fé (os demais serão os bons costumes e o fim social e econômico do direito). Especialmente quanto a esta, de se afirmar que se assenta, essencialmente, no princípio (cláusula geral) de que “as pessoas devem ter um certo comportamento honesto, correto, leal, nomeadamente no exercício dos direitos e deveres, não defraudando a legítima confiança ou expectativa dos outros” (ABREU, 2006, p. 55). Este princípio, também identificado como princípio da confiança, reside no pressuposto ético-jurídico fundamental de que:

[...] a ordem jurídica não pode deixar de tutelar a confiança legítima baseada na conduta de outrem. Assim tem de ser, pois poder confiar é uma condição básica

³¹CORDEIRO, António Menezes. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. In: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José de Faria (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves**. V. II Direito Privado. Studia Iuridica 91, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1698-1.

³²CORDEIRO, *op. cit.*, p. 143.

³³LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. **Código civil anotado**. V. I. 4. ed. com a colaboração de M. Henrique Mesquita. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 299; SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Abuso de direito (em matéria de responsabilidade civil). **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n. 85, 1959b, p. 253.

de toda a convivência pacífica e da cooperação entre os homens. Mais ainda: esse poder confiar é logo condição básica da própria possibilidade da comunicação dirigida ao entendimento, ao consenso e à cooperação (logo, da paz jurídica). (MACHADO, 1991, p. 352).

Neste conteúdo é que se insere a proibição do *venire contra factum proprium*, isto é, do exercício do direito por alguém, “em contradição com uma sua conduta anterior em que fundadamente a outra parte tenha confiado” (SERRA, 1978, p. 291)³⁴. Haverá, por isso, para a concretização do abuso e determinação dos limites da boa-fé,

[...] que atender de modo especial às condenações ético-jurídicas dominantes na coletividade. Para que haja abuso é necessária a existência de uma contradição entre o modo ou o fim com que o titular exerce o direito e o interesse ou interesses a que o poder nele consubstanciado se encontra adstrito.³⁵

Ademais, se o exercício demasiado do direito causar algum dano a outrem, haverá lugar à obrigação de indenizar, mas se o vício tiver-se refletido na celebração de qualquer negócio jurídico, em princípio este será nulo³⁶.

³⁴Para melhor elucidação quanto ao alcance do instituto sob apreciação, vale mencionar o quanto se infere do Acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal de Justiça, de 25.11.2014 (3220/07.3TBGDM-B.P1.S1): “A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Tal exercício é tido por parte da doutrina que o conhece como inadmissível. Como expressão da confiança, o *venire contra factum proprium* situa-se já numa linha de concretização da boa-fé. É o que acontece com a recondução do *venire* à doutrina da confiança, que revela um estado elevado nessa tarefa da concretização da boa-fé. A confiança dá um critério para a proibição de *venire contra factum proprium*. Os princípios que, à face do Direito civil português, permitem detectar a presença de um fato gerador de confiança podem ser induzidos das regras referentes às declarações de vontade, com relevância para a normalidade - art. 236º, n. 1 - e o equilíbrio - art. 237º. Significa isto que o *quantum* relevante de credibilidade para integrar uma previsão de confiança, por parte do *factum proprium*, é, assim, função do necessário para convencer uma pessoa normal, colocada na posição do confiante e razoável, tendo em conta o esforço realizado pelo mesmo confiante na obtenção do fator a que se entrega. Assim se obtém o enquadramento objetivo da situação de confiança. Requer-se, porém ainda um elemento subjetivo: o de que o confiante adira realmente ao facto gerador de confiança. A expressão *venire contra factum proprium* significa, portanto, uma proibição jurídico-factual da assumpção de um comportamento contraditório, postulando dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro - *factum proprium* - é, porém, contrariado pelo segundo. O *venire contra factum proprium* encontra respaldo nas situações em que uma pessoa, por um certo período de tempo, se comporta de determinada maneira, gerando expectativas na outra de que o seu comportamento permanecerá inalterado. Em vista desse comportamento, existe um investimento, a confiança de que a conduta será a adoptada anteriormente, mas depois de referido lapso temporal, é alterada por comportamento contrário ao inicial, quebrando dessa forma a boa-fé objetiva (confiança)”.

³⁵Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4.6.2002, no Processo n. 1.442/01 da 1ª Secção (Relator Garcia Marques).

³⁶VARELA, *op. cit.*, p. 547-548.

Convenientemente apreciadas as três modalidades de ilicitude³⁷ e antes da averiguação de suas causas de exclusão, assim como do desenvolvimento acerca das demais proposições precedentemente elencadas, imperioso avançar no sentido de se estabelecer para efeito de configuração da **responsabilidade civil se ela se assenta no resultado ou na conduta**.

No enquadramento da responsabilidade civil existem comportamentos lícitos danosos. De se referir apenas um exemplo particularmente expressivo, designadamente o caso do **estado de necessidade**, que melhormente ainda será dissertado. Por ora, no entanto, de se dizer que nos termos do art. 339º, n. 1, do Código Civil, é lícita a ação daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo atual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro. Não obstante a licitude deste procedimento, estabelece o n. 2 do mesmo dispositivo que o autor da destruição ou do dano será, todavia, obrigado a indenizar o lesado pelo prejuízo sofrido. Constata-se aqui que a obrigação de indenizar pode nascer independentemente da existência de um fato ilícito. Sendo assim, tendo como horizonte a finalidade reparadora e o dano como fundamento da responsabilidade civil, importa agora compreender se a ilicitude assenta-se no resultado ou se satisfaz na compreensão de percepção da simples conduta.

Assim relacionado, de se apontar que a melhor doutrina acena para a configuração da ilicitude de acordo com o **resultado**³⁸. Entretanto, para complementar o raciocínio que leva a tal conclusão, pondera-se que não se pode fincar na pureza da mera consideração unicamente do resultado. Isso porque, pelo modelo descrito pelo legislador a reação do ordenamento legal pressupõe a pretérita lesão do bem jurídico tutelado, ou seja, o juízo de ilicitude incide sobre um comportamento humano chancelado como desprovido de valor ou não³⁹, apto para gerar o resultado “quando este se verifica no decurso da ação, não constituindo um efeito afastado ou longínquo da conduta” (MONTEIRO, 1989, p. 305), razão pela qual se exige o nexo de causalidade entre a conduta e a ofensa.

Para consolidar a argumentação, de se ressaltar que:

Procurando interpretar o art. 483º CC à luz de sua inserção sistemática [...] somos forçados a concluir que aquela lesão que se lança mão está eivada da marca de desvalor. A ideia de ilicitude de resultado justifica-se por uma opção dogmática que não reduz à irrelevância o pináculo sustentador do sistema. (BARBOSA, 2017, p. 204-205).

³⁷Não há unanimidade na doutrina, conforme já enfocado.

³⁸BARBOSA, *op. cit.*, p. 203.

³⁹BARBOSA, *op. cit.*, p. 203.

Muito embora, de fato, a doutrina entenda que a constatação da ilicitude deva assentar-se pela via do resultado - não dependente de aferição de culpa, mas exigindo o nexo de imputação -, isso não significa em fator impeditivo para que se possa considerá-la sob o prisma de um desvalor de conduta. Essa conclusão decorre justamente porque o binômio ilicitude do resultado *versus* ilicitude da conduta não se confunde com aquele estabelecido entre o desvalor do resultado *versus* o desvalor da conduta⁴⁰.

Compreendendo-se a responsabilidade civil delitual ou extracontratual, tem-se que o **desvalor do resultado** revela a ilicitude resultante da **violação dos direitos absolutos**, enquanto que aquele pertinente à **conduta** alberga a modalidade excepcional do **abuso de direito**, sendo que a segunda categoria, fundada na **violação de disposições legais de proteção de interesses alheios**, situar-se-á a meio caminho, ou seja, adotando-se a conjugação entre o **desvalor de resultado e o de conduta**, sendo este último em menor importância pela menor influência axiológica dos interesses em causa em relação aos direitos absolutos⁴¹.

Conveniente enfocar para complementação que, se de um lado não existe um resultado que por si só seja capaz de garantir a anti-juridicidade da conduta, em outro aspecto não é qualquer infração que pode estimular a pretensão ressarcitória, mas, sim, aquela que invada a esfera jurídica de outrem causando o dano. Essencial então se faz atestar que, se é verdadeiro que o resultado - qualquer que seja a ilicitude delitual concretamente em causa - deva ser alvo de destaque, não se coloca em dúvida que o desvalor de conduta também possui sua relevância, pois em última análise o que se pretende é assinalar a maior ou menor aptidão que cada um deles assume conforme a forma de imputação adequada em razão das especificidades do caso real⁴².

4 CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE⁴³

Generalidades

As específicas causas de exclusão da ilicitude: a) ação direta; b) legítima defesa; c) estado de necessidade, e d) consentimento do lesado

Quando ocorre a violação do direito subjetivo de alguém ou da própria norma destinada a proteger direitos alheios, em regra emerge a existência de um fato ilícito. Entretanto, algumas circunstâncias podem

⁴⁰BARBOSA, *op. cit.*, p. 205.

⁴¹BARBOSA, *op. cit.*, p. 206.

⁴²BARBOSA, *op. cit.*, p. 206.

⁴³"Causas justificativas do facto ou causas de exclusão da ilicitude" (VARELA, 2000, p. 552).

afastar a ilicitude do fato que ocasionou o dano, ou seja, pode acontecer que a violação ou ofensa seja acobertada por um motivo relevante, a afastar a aparente ilicitude do fato, excluindo assim a responsabilidade civil⁴⁴. Em sendo assim, pode-se dizer, de modo geral, que o fato, embora apto a prejudicar interesses de outrem ou violando direito alheio, é tido juridicamente por justificável e **lícito**, desde que desempenhado no **exercício regular de um direito ou no cumprimento de um dever**⁴⁵.

Assim, um agente que viola um direito alheio no exercício de um direito próprio, em princípio, não atua ilicitamente. Como corolário, não haverá incidência do disposto no art. 483º, n. 1, do Código Civil⁴⁶. Importa, entretanto, atender ao comando do art. 335º do mesmo diploma, que assegura: “Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes” (n. 1), e “2. Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior” (PORTUGAL, 1966). E se disse “em princípio” porquanto “há que se ter em conta que a consideração do simples exercício de um direito não é o bastante para excluir a ilicitude do ato” (BARBOSA, 2017, p. 207), até porque não se concebe atuação praticada com exorbitância de direito.

Igualmente, e noutra hipótese legal, não se confere responsabilidade aos que atuam no **cumprimento de um dever jurídico**⁴⁷. Neste caso, havendo colisão de deveres que incidam sobre a mesma pessoa, incumbirá ao agente dar preponderância ao mais importante, levando-se em conta o valor do bem ou interesse que se visa proteger. Pertinente constar que:

[...] a invocação do cumprimento de um dever como justificativa de um incumprimento de outro só releva se o respectivo sujeito não contribuiu culposamente para a impossibilidade de satisfação de ambos. (COSTA, 2009, p. 569).

⁴⁴COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 12. ed. rev. atual. Coimbra: Almedina, 2009, p. 567.

⁴⁵VARELA, *op. cit.*, p. 552.

⁴⁶**Art. 483º (Princípio geral)**. 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação” (PORTUGAL, 1966).

⁴⁷O Código Penal prevê a exclusão da ilicitude quando o fato é praticado, entre outros, no cumprimento de um dever legal: “**Art. 31º** - Exclusão da ilicitude: 1 - O facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade. 2 - Nomeadamente, não é ilícito o facto praticado: a) Em legítima defesa; b) No exercício de um direito; c) No cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade; ou d) Com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado” (PORTUGAL, 1995).

Conclui-se, nessa trilha, ser substancial que o dever aparentemente transgredido pelo agente seja afastado ou anulado, definitiva ou temporariamente, por um outro dever, ou que a violação, que tanto pode ser real como aparente, tenha sido empreendida no exercício de um direito⁴⁸.

São duas, portanto, as causas de ordem geral que justificam a prática do ato e, por resultante, afastam a ilicitude da conduta. Há, contudo, na lei, previsão expressa de causas especiais justificativas do fato, quais sejam: a ação direta (CC, art. 336º), a legítima defesa (art. 337º), o estado de necessidade (art. 339º) e o consentimento do lesado (art. 340º), que mais representam uma faculdade de agir do que um verdadeiro direito subjetivo propriamente dito.

a) Ação direta

A ação direta encontra-se prevista no art. 336º do Código Civil, o qual prevê:

É lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, quando a acção directa for indispensável, pela impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercivos normais, para evitar a inutilização prática desse direito, contanto que o agente não exceda o que for necessário para evitar o prejuízo. (PORTUGAL, 1966).

O próprio preceito oferece a noção e os requisitos desta específica causa justificadora da ação⁴⁹. Em termos esclarecedores, surge como o recurso à utilização da força, para assegurar ou realizar o próprio direito. Na verdade, pode-se traduzir no exercício da autotutela, que, por isso, perdeu gradualmente sua importância, já que as garantias jurisdicionais dos direitos foram aperfeiçoadas⁵⁰.

A lei substantiva civil, ao admitir o recurso à força na ação direta, integra-se no conceito amplo de **exercício de um direito**. Atento a esse enfoque, dir-se-á ser ela suscetível de subsunção à situação de excludente da ilicitude, desde que verificados cumulativamente certos e determinados requisitos, a saber: a existência de um direito privado próprio⁵¹; a impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercivos normais (judiciais ou policiais); a não existência de outro meio de impedir a perda do direito; não exceder o agente o que for necessário para evitar o

⁴⁸VARELA, *op. cit.*, p. 552.

⁴⁹BARBOSA, *op. cit.*, p. 208.

⁵⁰VARELA, *op. cit.*, p. 553.

⁵¹A ação direta só pode ser realizada em relação ao direito subjetivo do próprio agente, não sendo possível a sua utilização em relação a direitos alheios. Cf. LEITÃO, *op. cit.*, p. 302.

prejuízo, e não importar a ação direta o sacrifício de interesses superiores aos que o agente visa realizar ou assegurar⁵².

Segundo Antunes Varela, o Código Civil, embora admita a ação direta em termos genéricos, possibilita-a em restritas condições, porquanto consiste em forma primária e grosseira de realização de justiça, que falha contra os mais fortes e conduz a excessos, com grave dano da paz pública⁵³⁻⁵⁴. Este autor apresenta a seguinte sistematização: a) **fundamento real** (é necessário que o agente seja titular de um direito, que intenta realizar ou assegurar); b) **necessidade** (indispensabilidade do recurso à força, pela impossibilidade de se recorrer em tempo hábil aos meios coercitivos ordinários, no objetivo de evitar a inutilização prática do direito do agente); c) **adequação** (o agente não pode exceder o estritamente necessário para evitar o prejuízo); d) **valor relativo dos interesses em jogo** (através da ação direta, não pode o agente consagrar interesses superiores ao que visa realizar ou assegurar)⁵⁵. A considerar tão somente pela inserção na matéria investigada, parece evidente que, constatada a presença de todos os requisitos individualizados, o fato - leia-se, a ação direta - será tido por lícito; em consequência, não haverá lugar para a imputação de indenização pelos danos causados, uma vez que inexistente imposição legal que a preveja.

A ação direta pode consistir nas seguintes condutas, devidamente capituladas na lei: “A acção directa pode consistir na apropriação, destruição ou deterioração de uma coisa, na eliminação da resistência irregularmente oposta ao exercício do direito, ou noutro acto análogo” (cf. item 2 do art. 336º do CC) (PORTUGAL, 1966). E, finalmente, havendo erro de lesante ao assumir que se verificaram os pressupostos da ação direta, e estes, na verdade, não se preencheram, segundo restou posteriormente apurado, ele terá de indenizar. Na realidade, todos os requisitos mencionados devem ocorrer para que a ação direta seja legítima. Todavia, mesmo que o agente suponha erroneamente a existência daqueles pressupostos, e essa suposição seja desculpável, excluir-se-á o dever de indenizar⁵⁶.

⁵²SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Causas justificadoras do facto danoso. **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n. 85, 1959c, p. 77-78. Cf. Acórdão do Tribunal de Relações de Coimbra de 9.4.1997, Col. Jur. II-56, e Acórdão do Tribunal de Relações de Coimbra de 17.12.2008, 3.103/06.4TALR.C2.

⁵³VARELA, *op. cit.*, p. 553.

⁵⁴De fato, absolutamente justificável a convicção, convindo sempre ressaltar que se vive no contexto de um Estado de direito, competindo aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, bem como dirimir os conflitos de interesses públicos e privados (cf. Constituição da República Portuguesa, arts. 2º e 206º), razão da restrição da permissividade do instituto. Ademais, por regra, a ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, segundo preceitua o art. 1º do Código de Processo Civil (Proibição de autodefesa: “A ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, salvo nos casos e dentro dos limites declarados na lei”).

⁵⁵VARELA, *op. cit.*, p. 554.

⁵⁶BARBOSA, *op. cit.*, p. 208.

b) Legítima defesa

A legítima defesa está classificada no art. 337º do Código Civil, e em seus termos,

Considera-se justificado o acto destinado a afastar qualquer agressão actual e contrária à lei contra a pessoa ou património do agente ou de terceiro, desde que não seja possível fazê-lo pelos meios normais e o prejuízo causado pelo acto não seja manifestamente superior ao que pode resultar da agressão. (PORTUGAL, 1966).

O instituto recebeu também consagração constitucional, segundo se infere do art. 21º, *in fine*, da Constituição:

Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública. (PORTUGAL, 1976).

Consiste, por assim dizer, numa atitude defensiva do agente; portanto, surge como reação⁵⁷, com o propósito de afastar uma agressão atual e ilícita da pessoa ou do património, seja dele próprio, seja de terceiro. Há legítima defesa quando a pessoa viola um direito alheio com vista a afastar uma agressão atual e contrária à lei. A defesa considera-se legítima porque o Estado, a despeito de todos os mecanismos colocados à sua disposição no tocante aos meios de prevenção, não conseguindo evitar a prática de atos ilícitos, propicia que o particular tenha a faculdade, é certo que em determinados contornos, de deles se defender por seus próprios meios⁵⁸. Mencionada reação, tida como legítima intervenção, poderá causar danos à pessoa ou ao património do autor da agressão, especialmente quando ocorrer excesso na prática da objeção.

Contudo, para que haja a legítima defesa, revela-se essencial que os bens lesados por quem reage pertençam ao agressor, e somente será admitida por meio de constatação de determinados pressupostos. O primeiro deles diz respeito à existência de uma agressão, retratada na ofensa da pessoa ou dos bens de alguém, o que implica verdadeira ação e não simples omissão⁵⁹⁻⁶⁰. Importante mencionar também que:

⁵⁷O que a difere da ação direta, porquanto nesta a atuação de ataque ou a iniciativa é do próprio agente.

⁵⁸VARELA, *op. cit.*, p. 555-556.

⁵⁹VARELA, *op. cit.*, p. 556.

⁶⁰Digno de nota que não há unanimidade na doutrina, porquanto existe o entendimento de que a omissão também pode aparecer como possível ato agressivo. Cf. JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 203.

A agressão não deve ser entendida no sentido da violação do direito, contentando-se o ordenamento jurídico com a mera ameaça de agressão. Aliás, a intencionalidade subjacente à previsão da legítima defesa não admite outra solução, dado que o remédio serve, exatamente, para afastar a agressão, o que não seria possível em muitos casos de consumação da mesma. (BARBOSA, 2017, p. 209).

A simples ameaça autoriza a prática reativa.

O segundo requisito imprescindível refere-se à **atualidade e à ilicitude da agressão**. A agressão deverá ser atual, o que exclui desta causa de justificação a eventual atitude do agente que pretenda castigar agressões passadas (porque o dano já está consumado) ou antecipar-se às futuras (poderá recorrer aos meios próprios). A agressão deve ser iminente; não pode ser previsível ou provável, bem como contrária à lei. Não é necessário que o agressor atue com culpa, sendo perfeitamente cabível a legítima defesa contra uma agressão de um inimputável ou de alguém incapacitado momentaneamente, por motivo qualquer⁶¹.

Interessante, ainda, debater se é possível agir em legítima defesa contra animais (?). À primeira vista, a resposta afigura-se negativa, sobretudo levando-se em consideração que se exige a prática de um ato ilícito e que o animal assim não procede, por óbvias constatações; todavia, como é sabido, não é somente o resultado que importa para a qualificação de um fato como ilícito. Deste modo, valendo-se dos precisos ensinamentos de Mafalda Miranda Barbosa, constata-se:

Não poderá haver legítima defesa contra animal, se o ataque do animal que se quer repelir surgir espontaneamente, por puro instinto não controlável do animal. Já não será assim se o animal for utilizado, *v. g.*, pelo seu proprietário como instrumento para agredir o lesante ameaçado. Nesta hipótese, pode, de fato, falar-se de legítima defesa, não havendo diferença substancial entre o animal e uma arma de outro tipo. (BARBOSA, 2017, p. 210).

Como terceiro propósito para a configuração da legítima defesa, exige-se a **necessidade da reação**. A reação deve ser absolutamente necessária, em razão de que seria totalmente inviável e despiciendo de

⁶¹Cf. Antunes Varela, *op. cit.*, p. 556. O autor cita, como exemplo, a agressão perpetrada por um demente ou contra um condutor que, por desfalecimento repentino, ameaça atropelar uma pessoa ou destruir uma coisa. Consigne-se, no particular, a opinião em contrário de Pessoa Jorge (*op. cit.*, p. 235).

eficácia utilizar-se o recurso aos meios legais⁶². Nesta trilha, sempre que alguém for vítima de uma agressão que não é obrigado a suportar, pode defender-se desta, repelindo-a, com a certeza de que, defendendo-se, não comete qualquer ato ilícito. Diz-se então que a resposta a tal agressão ilícita está justificada porque na circunstância o agente limitou-se a exercer o direito de legítima defesa. A utilidade de defesa tem de ser vista em confronto com as circunstâncias em que se verifica a agressão, e, em particular, consoante a intensidade desta, a forma de atuar do agressor e os meios de que se dispõe para a defesa. Assim, a necessidade deve aferir-se objetivamente, ou seja, segundo o exame das circunstâncias, feito por um homem médio colocado na situação do agredido.

Também há que se advertir sobre mais uma formalidade compulsória. Esta é concernente à **adequação**, e de simples entendimento. A conduta reacionária do agente deve observar certa proporcionalidade entre o prejuízo que se causa e aquele que se pretende evitar, de maneira que o meio utilizado “não provoque um dano manifestamente superior ao que se pretende afastar” (VARELA, 2000, p. 556). Este requisito deve ser concebido no sentido de que a defesa, embora possa exceder a lesão que resultaria da agressão, tem de corresponder em termos de racionalidade a este, não podendo, em hipótese alguma, ser desproporcionada⁶³⁻⁶⁴.

Ainda, no que reporta à legítima defesa, tem-se que esta pode visar à defesa de terceiro, segundo o comando do mesmo art. 337º do Código Civil (“contra a pessoa ou património do agente ou de terceiro”). Inexiste fator impeditivo quanto ao fato de esta se dirigir contra o próprio titular do direito, desde que não se trate de um direito disponível ou desde que o pretense titular haja excedido os limites de sua disponibilidade. O que se demanda é que se convirja contra o autor da agressão⁶⁵.

Corolário do quanto assinalado, agindo em legítima defesa, de si ou de outrem, é lícito o ato de quem se defende (reação), razão pela qual será isento de responsabilidade pelos danos eventualmente causados. Entretanto, de ser afirmar que, em caso de equívoco quanto ao preenchimento dos pressupostos da legítima defesa, o agente é obrigado a indenizar o lesado, excetuando-se se o erro for desculpável, pois, nesta hipótese, embora o ato não seja considerado lícito, será excluído o dever de indenização, porque ausente a formalidade da culpa⁶⁶.

⁶²Caso o agente pudesse evitar uma agressão, apelando, a título de exemplo, para um policial que estivesse próximo, decorre naturalmente a conclusão de que não lhe seria permitida a defesa. Neste sentido, sua reação seria desnecessária. Cf. LEITÃO, *op. cit.*, p. 300.

⁶³ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito**. Introdução e teoria geral. Coimbra: Almedina, 2017. Reimpressão da 13. ed. de mar. 2005, p. 95.

⁶⁴Não seria lícito que alguém, visando a impedir a ocorrência de um pequeno furto, abata o autor do ato ilícito a tiro, ou o agente que o injuriasse. Cf. LEITÃO, *op. cit.*, p. 301.

⁶⁵VARELA, *op. cit.*, p. 557.

⁶⁶BARBOSA, *op. cit.*, p. 211.

Havendo excesso na defesa, mesmo assim o ato é de ser considerado justificado, e, portanto, lícito⁶⁷. Necessário, porém, que a exageração provenha da perturbação ou do medo não culposo que motivou o agente, segundo os ditames contemplados pela lei (CC, art. 337º, n. 2): “O acto considera-se igualmente justificado, ainda que haja excesso de legítima defesa, se o excesso for devido a perturbação ou medo não culposo do agente” (PORTUGAL, 1966). Frise-se ainda que o excesso tanto pode ocorrer pela **impropriedade do meio usado**⁶⁸, ou seja, quando se utiliza de um expediente mais relevante do que o exatamente suficiente para repelir a agressão, como pelo fato de que o interesse do agressor seja manifestamente significativo do que daquele que se defende.

c) Estado de necessidade

A outra causa de justificação presente no ordenamento jurídico diz respeito ao estado de necessidade. Nos exatos termos do art. 339º do Código Civil, é igualmente lícita “a acção daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo actual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro” (PORTUGAL, 1966). Nessa esteira, de acordo com Menezes Cordeiro, baseando-se no referido dispositivo, mais precisamente em seu n. 1, o estado de necessidade consiste em:

[...] situação na qual uma pessoa se veja constringida a destruir ou danificar uma coisa alheia, com o fim de remover o perigo de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro. (CORDEIRO, 2012, p. 439).⁶⁹

A despeito do tipo legal não fazer nenhuma alusão, a doutrina perfilha do entendimento de que também pode agir em estado de necessidade aquele que, em lugar de **destruir** ou **danificar**, limita-se a **usar** a coisa alheia, inequívoco que sem autorização de seu proprietário, empregando como exemplo a situação de transporte de um ferido, em perigo de vida, para um hospital em viatura de um estranho, sem a correspondente permissão⁷⁰. Isso se justifica, em especial, dado que da letra da lei parece

⁶⁷Cf. Antunes Varela, *op. cit.*, p. 557. A doutrina também não é unânime quanto ao tema: “Em rigor, entendemos que nesse caso não estaremos perante uma causa de exclusão de ilicitude - uma vez que não é lícito ao agente atuar em excesso de legítima defesa -, mas antes perante uma causa de exclusão de culpa, consistente no medo invencível causado pela agressão” (LEITÃO, 2017, p. 301).

⁶⁸VARELA, *op. cit.*, p. 557-558. O autor cita o exemplo de uma pessoa que reage à paulada ou a tiro contra uma agressão a que facilmente poria cobro com a sua própria força.

⁶⁹No mesmo sentido, FERNANDES, Luís Alberto Carvalho. **Teoria geral do direito civil**. V. II. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 684; VARELA, *op. cit.*, p. 558; COSTA, *op. cit.*, p. 524.

⁷⁰VARELA, *op. cit.*, p. 558.

resultar que o agente apenas agirá em estado de necessidade e a sua conduta só será justificada quando destrua ou danifique (mas já não quando utilize) “coisas”⁷¹ (ou seja, apenas quando sacrifique bens jurídicos de natureza patrimonial, mas já não quando sacrifique bens jurídicos da personalidade)⁷² e desde que o prejuízo a evitar seja manifestamente superior ao prejuízo causado, razão pela qual a noção conceitual merece ser alargada⁷³.

Há dois pontos de coincidência entre o estado de necessidade e a legítima defesa que merecem ser apontados. Dizem respeito à existência iminente e à efetiva **lesão de um interesse alheio**, bem como à **finalidade de se afastar um dano**. No entanto, enquanto na legítima defesa reflete uma resposta a uma ação e, portanto, uma reação contra a agressão de outrem, de outro lado, no estado de necessidade, o agente age por investida ou como mecanismo de defesa em objeção a um perigo não originário de ataque de outrem. No caso primeiro, o malefício resulta da agressão da pessoa contra quem se reage, enquanto no segundo, a nocividade é devida as mais das vezes a caso fortuito, sendo o ato perpetrado contra interesses de terceiro⁷⁴.

O ato praticado sob o estado de necessidade é lícito; portanto, não haverá a possibilidade de legítima defesa contra a prática daquele. Entretanto, apesar de sua licitude, poderá impor-se a obrigação de indenização em favor do lesado. É o que a doutrina denomina de responsabilidade por atos lícitos, ou pelo sacrifício, que se justifica em nome da justiça comutativa⁷⁵.

Convém registrar o conteúdo do n. 2 do mesmo art. 339º do Código Civil, que prescreve:

O autor da destruição ou do dano é, todavia, obrigado a indemnizar o lesado pelo prejuízo sofrido, se o perigo for provocado por sua culpa exclusiva; em qualquer outro caso, o tribunal pode fixar uma indemnização equitativa e condenar nela não só o agente, como aqueles que tiraram proveito do acto ou contribuíram para o estado de necessidade. (PORTUGAL, 1966).

⁷¹A enunciação do art. 339º do Código Civil revela-se taxativa quanto ao tipo de ofensa ao se referir apenas à **destruição** ou **danificação** de uma coisa, todavia é de se considerar implícito o ato menos prejudicial do simples uso. Assim, a utilização do bem por terceiro, irrefutável que desprovido de autorização para tal, somente será adequada para a imputação da responsabilidade civil quando resultar prejuízo ao lesado. Não é demasiado acrescentar que o dever decorrente da Responsabilidade Civil depende do preenchimento de algumas formalidades, entre as quais o dano é inserido. Em caso de inexistência de prejuízo ao lesado, não há se falar em responsabilidade civil e, conseqüentemente, no dever de se indenizar a vítima.

⁷²A doutrina não é unânime em mais este ponto. Afirma que, “ao contrário do que sucede na legítima defesa, o estado de necessidade apenas justifica o sacrifício de bens patrimoniais” (LEITÃO, 2017, p. 303).

⁷³CORDEIRO, *op. cit.*, p. 439.

⁷⁴VARELA, *op. cit.*, p. 559.

⁷⁵BARBOSA, *op. cit.*, p. 212.

De sua atenta leitura, constata-se que haverá a obrigação de indenizar permanentemente quando a ocorrência de perigo haja sido ocasionada por culpa exclusiva do autor da destruição, danificação, e como se conferiu, do uso da coisa alheia. Nos demais casos, que não este especial expressamente estipulado na primeira parte do dispositivo legal (item n. 2), o Poder Judiciário, chamado a intervir, decidirá sobre eventual condenação em indenização, seu montante e a determinação dos responsáveis, seja só o autor do ato, seja o causador do estado de necessidade, apenas do terceiro que se beneficiou do ato, de forma individual ou solidariamente⁷⁶.

d) Consentimento do lesado

Para o enfrentamento deste tópico em específico, de se explorar o dispositivo legal que o domina. Parte-se, então, do constante do art. 340º, n. 1, do Código Civil: “O acto lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão” (PORTUGAL, 1966). Assim, o consentimento do lesado retira a valoração ilícita ao ato lesivo da esfera pessoal e patrimonial suscetível de disposição. A justificação da ilicitude, enquanto pressuposto essencial da responsabilidade civil subjetiva, nada mais representa do que a expressão da fração do **Digesto**, atribuída a Ulpianus, de que nenhuma lesão é cometida contra quem consente (*nulla iniuria est, quæ in volentem fiat*).

Portanto, o consentimento do lesado também constitui causa justificativa do fato, apta a afastar a ilicitude do agente. Traduz-se na autorização conferida pelo lesado para que se permita interferir no direito de que é titular⁷⁷. Diante dessa assertiva, revela-se forçoso concluir que a concessão deve ser anterior à lesão. Diferente não poderia ser, porque, se a causa de justificação torna lícito o ato por eliminar ou suspender o dever, logicamente há de existir anteriormente e não depois daquele. Ademais, o dever reporta a uma conduta futura. Daí negar-se que o consentimento posterior tenha eficácia *ex tunc*, ou seja, que possa ser aplicado retroativamente⁷⁸.

O consentimento do lesado, na verdade e por assim dizer, consiste, nos dizeres de Antunes Varela,

[...] na aquiescência do titular do direito à prática do ato que, sem ela, constituiria uma violação desse direito ou uma ofensa da norma tuteladora do respectivo interesse. (VARELA, 2000, p. 560).

⁷⁶VARELA, *op. cit.*, p. 560.

⁷⁷BARBOSA, *op. cit.*, p. 212.

⁷⁸JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 273.

Imperioso observar que, pelo teor da lei (CC, art. 340º), o ato ilícito, no domínio das relações privadas, consiste na usurpação do círculo jurídico alheio; portanto, haverá ilicitude quando houver tal interferência. Contudo, passará a ser lícita se existir **vontade concordante do titular** da esfera jurídica invadida, salvo nos casos em que a lei declarar ineficaz essa manifestação volitiva, voltada a tal efeito⁷⁹. Em sendo assim, o fundamento da justificação não está fincado na assertiva de que, ao consentir na lesão, o titular do direito torna-se **partícipe na causa do dano**⁸⁰; baseia-se na eliminação do condicionalismo, pois não havendo tal consentimento, tornar-se-ia o dano injusto.

Nessa mesma linha de explanação, de se ponderar que o consentimento não pode ser genérico, devendo ser prestado para cada ato em especial⁸¹. Exprime-se, deste modo, através de autorização, ato pelo qual o lesado permite que se adentre a esfera jurídica de seus direitos. Essa autorização tem como característica o fato de ser integrativa e não constitutiva, na medida em que não cria direito algum para o agente. E, como ato jurídico unilateral, exige capacidade de exercício, legitimidade e escolha corretamente instituída e pronunciada. Por isso se afirma que o lesado deve:

[...] ter consciência do alcance do ato no qual está a consentir, razão pela qual, tratando-se de uma questão que envolva conhecimentos técnicos, deve ser cumprido em relação a ele um dever de informação/esclarecimento. Fala-se assim, por referência a certos domínios, como no caso da responsabilidade médica, de consentimento informado. (BARBOSA, 2017, p. 212).

Por outro lado, é de geral conhecimento que a indenização concedida através da responsabilidade civil pressupõe a existência de um dano ocorrido sem a vontade ou contra a vontade do lesado, ou seja, um dano absolutamente injusto. Se, no entanto, há assentimento para a lesão, cessa a razão de ser da indenização. Contudo, deve ser ressaltado que a eficácia da autorização, como causa de exclusão da ilicitude, tem os limites constantes do n. 2 do art. 340º do Código Civil (PORTUGAL, 1966), quais sejam: o caso de o ato autorizado confrontar com a lei ou infringir os bons costumes, como se infere da literal disposição (“O consentimento do lesado não exclui, porém, a ilicitude do acto, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes”). Com supedâneo na mais abalizada doutrina, haverá responsabilidade do autor da eutanásia, mesmo que consentida pelo enfermo, assim como o autor do incêndio do

⁷⁹JORGE, *op. cit.*, p. 269.

⁸⁰SERRA, Vaz *in* Boletim do Ministério da Justiça n. 85, p. 104.

⁸¹BARBOSA, *op. cit.*, p. 212.

imóvel, aprovado e permitido pelo respectivo dono⁸². Este preceito afirma o princípio fundamental de que o consentimento não traduz ato arbitrário, mas pressupõe necessariamente a disponibilidade de bens ou direitos.

Há também a hipótese do consentimento presumido. O item n. 3 do art. 340º o contempla, quando versa: “Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível” (PORTUGAL, 1966). Para contribuir na percepção, e como referências palpáveis, tem-se que a presunção pode ser facilmente constatada nos casos de intervenções cirúrgicas em que o enfermo não possui livre deliberação para outorgar sua autorização ou anuir com a ampliação da intervenção para abranger outros órgãos contaminados, assim como em determinadas práticas esportivas, em que também se entende existir uma aceitação tácita e recíproca de eventuais riscos de acidentes, desde que observadas as regras próprias da modalidade⁸³.

O consentimento também pode ser classificado, segundo a doutrina⁸⁴, como: *i*) consentimento tolerante; *ii*) consentimento autorizante, e *iii*) consentimento vinculante. O primeiro (**tolerante**) é aquele referido no art. 340º do Código Civil e que justifica os atos médicos sobre o próprio corpo do consentente; como tal, exclui a ilicitude de uma ofensiva; neste, não se atribui um poder de agressão, mas se justifica implicitamente sua ocorrência, segundo a regra estampada no item n. 1 (“o acto lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão”). A tolerância deve integrar uma declaração de vontade unilateral, emitida por um agente capaz de avaliar o sentido de seu querer⁸⁵, corroborada e complementada por Menezes Cordeiro, para quem o consentimento exige “legitimidade, capacidade de gozo e capacidade de exercício”, com submissão às normas relativas ao que alude “à perfeição e à eficácia das declarações de vontade” (CORDEIRO, 2010, p. 502-505).

Por seu turno, o **consentimento autorizante** (*ii*) envolve um poder fático de agressão⁸⁶. O chamado “poder de agressão”, existente nas intervenções cirúrgicas em benefício alheio, não resulta de qualquer vínculo contratual, sendo, aliás, livremente revogável com os efeitos descritos na sua hipótese maior, ou seja, no campo do exercício dos direitos de personalidade⁸⁷. Pode-se dizer que se trata do consentimento constitutivo

⁸²VARELA, *op. cit.*, p. 561.

⁸³VARELA, *op. cit.*, p. 561-562.

⁸⁴CARVALHO, Orlando de. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 99. O autor enriqueceu a dogmática juscivilística portuguesa ao decantar, na figura geral do consentimento, os três subtipos enunciados (consentimento vinculante, autorizante e tolerante).

⁸⁵JORGE, *op. cit.*, p. 271.

⁸⁶BARBOSA, *op. cit.*, p. 215.

⁸⁷PROENÇA, José Carlos Brandão; FERNANDES, Luís Carvalho (Coord.). **Comentário ao código civil**. Parte geral. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, p. 805-809.

de um compromisso jurídico *sui generis*, que atribui a outrem um poder meramente fático de agressão.

Por derradeiro, quanto à classificação tríplice já aludida, contempla-se o **consentimento vinculante**, o qual implica a atribuição de um verdadeiro poder jurídico de agressão, porquanto originário de um compromisso legítimo e autêntico, designadamente um contrato, citando-se como exemplo a cessão comercial da imagem de um esportista.

De se declarar ainda que, nestas duas modalidades, a saber, no âmbito do consentimento **autorizante** e do consentimento **vinculante**, para a validade da declaração de vontade pressupõe-se a capacidade natural para consentir ou não, emanada do próprio consentente ou por seu substituto legitimado, reclamando, por decorrência, o discernimento na ponderação da resolução⁸⁸. É também de se aferir que o consentimento ou o documento que o subsidia deve ser elaborado previamente à lesão e isento de vícios que afetem a vontade manifestada. Como autorizativo ou vinculativo, o consentimento haverá de sempre ser passível de revogação, ainda que, para a tutela dos interesses econômicos do agente autorizado, haja lugar a uma previsão para indenização pelas perspectivas desenvolvidas ou pelo incumprimento contratual.

5 AUTOCOLOCAÇÃO EM RISCO E CONSENTIMENTO (TÁCITO) DO LESADO: institutos antagônicos (?)

Em virtude do incremento de novas ideias e concepções apresentadas pelos aplicadores e estudiosos do direito, tornou-se uma constante o enfrentamento de uma série de dilemas relativos aos critérios empregados na tipificação das condutas que serão admitidas como juridicamente relevantes, especialmente para a responsabilidade civil.

O consentimento do ofendido, como já focado em linhas anteriores, age como causa de justificação legal ou de exclusão da ilicitude. Como corolário, há escusa plena para a prática de atos que, individualmente considerados e sem o contexto apropriado, levariam invariavelmente, salvo incidência específica⁸⁹, à conclusão do dever de indenizar pelo agente.

Em suma, o consentimento do ofendido consiste na aquiescência do titular do bem jurídico que dele pode dispor e, a despeito de

⁸⁸PROENÇA; FERNANDES, *op. cit.*, p. 808.

⁸⁹Tratando-se de responsabilidade civil subjetiva, esta nunca poderá ser estabelecida desprovida da existência de um desempenho transponível pela vontade, que possa ser imputado a um ser humano e visto como expressão da conduta de um sujeito responsável. Não se exige que o comportamento do sujeito seja intencional ou sequer consista em uma atuação, sendo suficiente que haja uma atitude que possa lhe ser atribuída por razão de estar sob o controle de sua vontade. Cf. LEITÃO, *op. cit.*, p. 279.

estar explícito no Código Civil português, é instituto de extrema relevância para a ciência juscivilista, considerando o condão de transformar condutas juridicamente relevantes em atos comuns.

A par então deste tema, convenientemente dissertado, e como paradigma para aferir-se eventual paradoxo, cumpre aludir ao instituto da **autocolocação** em risco, situação em que é a própria vítima quem se põe, por livre e espontânea vontade, em situação de perigo, e, por isso, os sujeitos ativos não têm contra si a imputação dos ilícitos civis (ou, quando muito, têm sua responsabilidade diminuída em termos de indenização). Fato é que os dois institutos, aparentemente semelhantes, têm distinções fundamentais, tanto na conceituação quanto na aplicação, conforme assinala a doutrina. Contudo, as elucidações pertinentes não serão satisfeitas na integralidade, mormente levando-se em conta os limites deste exame, muito embora a proposta seja apontar algumas nuances específicas e o comportamento da doutrina, bem como pontuar os parâmetros e relevos pertinentes para a identificação dos mencionados títulos.

À partida cabe referir que, “mesmo quando não seja presumido, o consentimento pode ser, salvo expressa previsão em contrário, tácito” (BARBOSA, 2017, p. 213). Ora, em se revelando a possibilidade de que o consentimento seja tácito, ou seja, que possa ser subentendido, nem mesmo isto implicaria o reconhecimento da mesma hipótese de auto-colocação em risco. Aliás, a figura do consentimento tácito como causa excludente da ilicitude surge sistematizada na doutrina de forma intimamente ligada às atividades que, por natureza, envolvam riscos, com os quais anui o agente ao delas participar, mesmo que não o faça por meio de declaração expressa⁹⁰. Assim, a aderência do agente à prática destas atividades, sabendo dos riscos que elas envolvem, autorizaria o ordenamento jurídico a considerá-la como consentimento tácito relativamente a eventuais danos que pudesse vir a sofrer, excluindo-se, pois, a sua ilicitude⁹¹⁻⁹²,

⁹⁰FARIA, Jorge Ribeiro de. **Direito das obrigações**. Tomo I. Coimbra: Almedina, 1991, p. 450. O autor faz referência a “comportamentos sociais típicos” para designar o ato do sujeito consubstanciado na vontade de participar de determinada atividade, mesmo que perigosa, donde se pode extrair seu consentimento tácito em relação aos danos eventualmente verificados.

⁹¹O consentimento tácito será, por isso, aquele que “resulte de um comportamento concludente do lesado”, o qual “envolve uma aceitação tácita e recíproca dos riscos de acidente” (LEITÃO, 2017, p. 312).

⁹²A jurisprudência corrobora o entendimento. Segundo se confere dos julgados ora apontados, para fins de exclusão da ilicitude, pode o consentimento ser “expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido”; “nada permite concluir que tal expressão não possa configurar-se através de uma anuência tácita inequívoca, como é princípio geral de direito” (Tribunal da Relação de Lisboa, Recurso n. 0000592, Relator Sousa Nogueira, julgado em 23.4.1996). Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 3 abr. 2018. Também já foi reconhecida, mesmo que para efeitos criminais, a justificação das lesões decorrentes de prática esportiva (futebol), uma vez que tacitamente consentida por aquele que dela participa (Tribunal da Relação de Coimbra, Recurso n. 39/00, Relator João Trindade, julgado em 16.3.2000. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 4 abr. 2018).

consoante anteriormente já restou explicitado. Esta mesma possibilidade é decorrente da assertiva de que “as manifestações negociais podem fazer-se por meros comportamentos”. Por isso, para a identificação deste fenômeno, ao invés da expressão declaração tácita, seria preferível a denominação “comportamento concludente”⁹³⁻⁹⁴.

Ressalta-se que a manifestação tácita não se confunde com silêncio. Ao contrário do que naquela se infere, neste não existe qualquer externalização de vontade⁹⁵. O silêncio, no entanto, revela-se absolutamente válido como declaração negocial, quando este valor, nos termos do art. 218º do Código Civil, “lhe seja atribuído por lei, uso ou convenção” (PORTUGAL, 1966). Em razão de aludidos pressupostos teóricos, é lícito afirmar que, identificada no comportamento do agente a exteriorização da sua aquiescência, haverá efetiva formação e manifestação de vontade, e não mera presunção acerca do consentimento⁹⁶. A diferença reside no fato de que a manifestação deste assentimento não se opera de forma expressa, mas tácita, razão pela qual, segundo sustenta parte da doutrina⁹⁷, deverá ser interpretada restritivamente, incluindo apenas os danos estritamente presumíveis, situados dentro da margem de normalidade daquela atividade.

Por essa razão é que, no que reporta às práticas esportivas que envolvam risco, é exigência para o aprimoramento da justificação que as lesões não decorram de conduta dolosa de quem as pratica. Do mesmo modo, que na sua eventual ocorrência não concorram atitudes contrárias ao regulamento da competição⁹⁸. A justificativa deste pensamento é que, nestas hipóteses, a lesão exorbitaria os limites do consentimento derivado da assunção dos riscos da atuação, porquanto estranhas à sua prática normal. Também, porque não é informado ao participante, quando do engajamento ao desempenho esportivo, que outros poderiam atuar com dolo na lesão ou que as convenções que regem a atividade pudessem ser desrespeitadas. Assim, deduz-se que os contornos do consentimento tácito deverão ser apontados pelo grau de conhecimento que o lesado possui dos riscos. Significa afirmar que, a fim de que possa validamente formar e manifestar vontade, assim como acontece em relação ao consentimento expresso, mas, com maior distinção, o lesado deve ter acesso a

⁹³ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**. Teoria geral. V. II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 48.

⁹⁴Não há, contudo, consenso na doutrina. Há quem sustente a existência de diferença entre comportamento concludente e declaração tácita. Cf. PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 25.

⁹⁵ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 51.

⁹⁶COSTA, *op. cit.*, p. 502.

⁹⁷SANTOS BRIZ, Jaime. **Derecho de daños**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1962, p. 84.

⁹⁸COSTA, *op. cit.*, p. 502.

todas as circunstâncias que envolvem uma determinada prática a que, em tese, possa ser exposto, recebendo as oportunas e necessárias informações, para que dela decida participar com plena liberdade de escolha. Em apertada síntese, então, atesta-se que, para fins de justificação da conduta pela aquiescência tácita do ofendido, é de se exigir que malefícios dela resultantes estejam previstos no contexto da normalidade de uma determinada atividade, porquanto não se permite admitir a existência de riscos imprevisíveis ou que estavam fora da margem de suposição do consentente.

Conforme o quanto já se ponderou, é de se dizer que a excluyente de ilicitude pelo consentimento tácito apresenta-se, notadamente, concatenada à ideia de assunção dos riscos de determinada prática, o que justifica a pretensão de dar-lhe autonomia jurídica. Abrindo-se um necessário parêntese, tem-se que:

A transposição das figuras da autocolocação e da heterocolocação em risco para o quadro da responsabilidade civil operou-se por via da recondução das figuras para o consentimento do lesado, numa orientação jurisprudencial que haveria de receber o repúdio posterior. (BARBOSA, 2017, p. 213).

Retornando ao ponto de partida, a aludida inclinação foi constatada em especial nas doutrinas anglo-americana (*assumption of risk*), francesa (*acceptatio des risques*) e alemã (*handeln auf eigene Gefahr*)⁹⁹. Nestas mesmas ordenações jurídicas, ao lado de uma aparentada autonomia da figura da “assunção do risco”, continua a se verificar a sua confluência com o princípio *volenti non fit iniuria* - não se injuria o que consente -, justificador da exclusão da ilicitude pelo consentimento tácito¹⁰⁰.

No que diz respeito à pretensa e mencionada autonomia, criadora de uma verdadeira figura nebulosa e heterogênea¹⁰¹, singularmente no que afeta às condutas esportivas e aos riscos a elas associados, rotineiramente associados com o consentimento tácito do lesado, sem embargo da verificação da imaginada atribuição de um poder de lesão, pode-se apurar uma simultânea convicção do sujeito de que esta não se verificará, razão pela qual soaria irreal admitir-se a existência de consentimento tácito justificador de danos que, em verdade, o sujeito acredita

⁹⁹PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Coimbra: Almedina, 2008. Reimpressão da edição de nov. 1997, p. 616.

¹⁰⁰PROENÇA, *op. cit.*, p. 616. Destaca que a orientação dominante na doutrina estrangeira, após certa polêmica, tem acenado para a recusa de uma posição autônoma da figura da assunção dos riscos. E, conforme destaca, referindo-se ao cenário jurídico: “[o] escasso tratamento que a nossa doutrina dedicou (e dedica) à ‘assunção do risco’ não fornece subsídios bastantes para que se possa descortinar uma tomada de posição sobre a *vexata quaestio* da autonomia da figura” (2008, p. 620).

¹⁰¹PROENÇA, *op. cit.*, p. 615.

que não se iriam concretizar¹⁰². De acordo com Carneiro da Frada, a solução para a questão residiria na aplicação da teoria da direção da vontade, encampada pelo direito penal¹⁰³, segundo a qual “a declaração não releva, pode até nem existir, importando, isso sim, a direção da vontade de quem consente. Com isso, o consentimento do lesado amplia-se na direção de outras figuras”, restando por englobar, entre elas, a assunção de riscos. Assim, ao se expor ao risco inerente a determinada atividade, o lesado direciona sua vontade e concorda com a eventual ocorrência de danos a ela intrínsecos, os quais restam justificados por este comportamento, que deve ser interpretado como consentimento tácito¹⁰⁴.

Regressando propositadamente e para a contextualização, colhe-se ainda de Brandão Proença, ao fazer a distinção entre o consentimento do lesado e a culpa deste, que “no consentimento existe uma atitude declarativa expressa ou tácita”, e nas hipóteses em que existe o concurso do próprio lesado, este “tem uma conduta material que concorre para o dano ou o agrava” (PROENÇA, 2008, p. 618-619), de onde advém a ilação que, no caso primevo, haverá exclusão da responsabilidade, em virtude da ausência de um de seus preceitos de constituição; no caso complementar, sucederá uma redução na indenização, nos termos do art. 570º, n. 1, do Código Civil:

Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída. (PORTUGAL, 1966).

E, em complemento, deixa patente o quanto já se expôs quanto ao diferencial e à efetiva necessidade de que as regras da prática esportiva sejam observadas e não haja conduta dolosa do lesante:

Excetuando o caso do boxe, onde há atribuição de um poder de lesão, relativamente aos danos típicos sofridos em desportos que impliquem contacto físico (futebol, corridas, etc.), mais do que ver aí um consentimento

¹⁰²FRADA, Manuel António Carneiro da. **Contrato e deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 77.

¹⁰³Para aprofundamento acerca da mencionada teoria e sua aplicação, no tocante à exclusão de ilicitude pelo consentimento do lesado, recomenda-se a leitura de ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, fundamentos, la estructura de la teoria del delito**. Tomo I. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997, p. 534.

¹⁰⁴COSTA, *op. cit.*, p. 502.

tácito ou uma aceitação tácita e recíproca dos riscos de acidente, é mais rigoroso falar-se de uma assunção não culposa dos riscos de danos, desde que o lesante não tenha tido uma conduta dolosa. (PROENÇA, 2008, p. 618-619).

Para registrar de uma vez por todas, sobretudo a hesitação da doutrina quanto à identificação da eficácia jurídica das figuras da autocolocação em risco, e, portanto, de assunção do perigo e do consentimento do lesado, socorre-se aos ensinamentos de Mafalda Miranda Barbosa:

Estamos em crer que é por via da imputação que deve ser pensado o problema: não é a culpa que surge diminuída por intermédio da atuação do lesado; não é a ilicitude, polarizada no resultado, que se apaga; mas o nexos de imputação ou nexos de responsabilidade, que permite reconduzir aquele resultado lesivo [...] ao comportamento do lesante, que se exclui. Sendo a atuação de cada um dos sujeitos intervenientes livre, é uma esfera de responsabilidade [...] que é exercitada, sendo mister descobrir, no confronto entre as duas, qual funciona como polo de atração do evento danoso sobrevindo. Para tanto, entram em jogo os deveres conformadores da liberdade positivamente alicerçada [...] para, na análise deles em face das circunstâncias do caso concreto, percebermos qual o seu âmbito e finalidade. Ou seja, quando pudermos reconhecer na conduta do lesado um comportamento livre, há que, em simultâneo, determinar se os deveres do tráfego que preenchem a esfera de responsabilidade do lesante se estendem à obliteração da lesão verificada e, concomitantemente, se os deveres que sobre o lesado impendem para a proteção da sua própria esfera foram ou não postergados. (BARBOSA, 2016).

Do quanto se expôs, sem a pretensão de sepultar todas as questões e dúvidas que pudessem advir da interpretação desta temática, mas tão somente com a finalidade de proporcionar um trivial contributo para facilitar sua compreensão, resumidamente, no caso de autocolocação em risco, a responsabilidade não fica automaticamente excluída. O que ocorre em termos de obrigação é que, nos termos da lei (CC, art. 570º, n. 1), o Poder Judiciário intervindo poderá, segundo as circunstâncias do caso concreto, bem como de acordo com a confrontação da esfera de risco que o lesado assume em comparação com a do lesante, conceder integral indenização, reduzi-la e até mesmo excluí-la. O mesmo não se dá em caso de consentimento do lesado. Neste, o direito parece considerar valioso o comportamento do sujeito que obtém o consentimento de outrem para agir, porquanto haverá justificação e, como consequência fundamental,

exclusão da ilicitude. Corolário, o afastamento de toda e qualquer responsabilidade no tocante à indenização.

Em verdade, embora possa surgir em algum grau certa dificuldade para a compreensão e, até mesmo, para a identificação se se trata de uma circunstância que envolva a exclusão de ilicitude pelo consentimento do lesado (nomeadamente aquele depreendido tacitamente) ou se o conteúdo comporta investigação sob a perspectiva da autocolocação ou assunção do risco, é apropriado certificar que os institutos não são caracterizados por rivalidade, isto é, não são antagônicos. Os efeitos são absolutamente discrepantes, consoante restou explicitado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o propósito de se encerrar a análise de todas as questões que se pretendeu abranger com o presente estudo, consigna-se que a responsabilidade civil surgiu no âmbito do Direito Civil como fonte de obrigações, baseada no princípio da composição dos danos. Sendo assim, consiste na obrigação de reparar os prejuízos causados na esfera jurídica de outrem, e se subdivide em duas grandes modalidades: a responsabilidade contratual e a extracontratual, sendo esta última a apropriada para contemplar a hipótese versada neste ensaio.

Para seu nascedouro, e conseqüentemente para o reconhecimento da obrigação indenizatória, segundo preceitua o art. 483º do Código Civil, entre outros requisitos exige-se que haja ilicitude no comportamento do lesante, isto é, que este, com o seu agir, viole um dever imposto pela ordem jurídica. Entretanto, e não raras vezes, o fato prejudicial aos interesses de outrem, por não se revestir de antijuridicidade, consistente na violação de um direito de outrem, no eventual desrespeito a determinado comando legal que proteja interesses alheios ou pelo abuso de direito, figuras objeto de pretérita consideração, não se revela eficaz para gerar o direito de compensação ao ofendido.

Importante afirmar que, em regra, quando há violação do direito subjetivo de alguém ou da própria norma que proteja direitos alheios, emergirá a existência de um fato ilícito, alvo de consequências patrimoniais, mormente a obrigação de indenizar o lesado. Contudo, existem circunstâncias aptas a afastar a ilegalidade do fato causador do prejuízo. Este motivo relevante, ao afastar a ilicitude do fato, carrega em si, como consequência, a exclusão da responsabilidade civil. A lei prevê e define quais são essas causas de exclusão da injuridicidade, enunciando assim a ação direta, a legítima defesa, o estado de necessidade e o consentimento do lesado. Qualquer uma delas, devidamente identificada no episódico caso em concreto, será suficiente para, afastando a ilicitude

da conduta do lesante, apontar para a exclusão do dever de indenizar. Consideradas como causas justificadoras, embora o dano ou o prejuízo existam, o lesante estará desobrigado, visto que acobertado pelo reconhecimento de uma daquelas excludentes, do dever de indenizar os prejuízos imputados ao lesado.

De igual modo, a própria vítima do dano pode ter-se prostrado em situação de assunção do risco. Nesse caso, a tônica será identificar se, assim como na conjectura do consentimento do lesado, especialmente na sua forma tácita, dever-se-á conceder idêntico tratamento quando se paragonar com a contingência da figura da autocolocação em perigo para o reconhecimento da exclusão da ilicitude, e, em consequência, do afastamento da obrigação indenizatória por parte do lesante. A conclusão que se patenteia é a de que, no episódio do assentimento ao risco, o lesado, atuando em concurso, executa um comportamento concreto que contribuirá para o eficiente sucesso do evento danoso, ou terá o condão de agravá-lo, motivo pelo qual não haverá o afastamento da ilicitude, uma vez que estarão presentes todos os seus formalismos de composição, ao revés do que ocorre no caso do consentimento. Haverá, no entanto, e nos exatos termos da lei (art. 570º, n. 1, do Código Civil: “Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída”), a possibilidade de que a indenização seja totalmente afastada, reduzida ou concedida, tendo em consideração o contexto do evento particularizado. Entre outros argumentos pertinentes poder-se-á, até mesmo, admitir a inocorrência do dano; todavia, a ilicitude do comportamento não restará arredada.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do abuso de direito**. Coimbra: Almedina, 2006. Reimpressão da edição de 1999.

ANDRADE, Manuel de. **Teoria geral da relação jurídica**. 9. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

ANDRADE, Manuel de. **Teoria geral das obrigações**. 3. ed. com a colaboração de Rui de Alarcão. Coimbra: Almedina, 1966.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**. Teoria geral. V. II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito**. Introdução e teoria geral. Coimbra: Almedina, 2017. Reimpressão da 13. ed. de mar. 2005.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Futebol e responsabilidade civil: consentimento do ofendido e assunção do risco. **Revista AB Instantia**, Coimbra, ano IV, n. 6, 2016. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 12 de maio de 2016. Jurisprudência comentada.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. **Lições de responsabilidade civil**. Parede: Príncípa, 2017.

CARVALHO, Orlando de. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha Nunes de. **Omissão e dever de agir em direito civil**: contributo para uma teoria geral da responsabilidade civil por omissão. Coimbra: Almedina, 1999.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O nexó de causalidade na responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1950.

CORDEIRO, António Menezes. **Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais**. Lisboa: Lex, 1997.

CORDEIRO, António Menezes. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. *In*: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José de Faria (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves**. V. II Direito Privado. *Stvdia Ivridica* 91, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1698-1.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. V. 2 Direito das obrigações. Tomo III. Coimbra: Almedina, 2010.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. V. 1 Parte geral. Tomo IV. Coimbra: Almedina, 2012. Reimpressão da 4. ed.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 12. ed. rev. atual. Coimbra: Almedina, 2009.

FARIA, Jorge Ribeiro de. **Direito das obrigações**. Tomo I. Coimbra: Almedina, 1991.

FERNANDES, Luís Alberto Carvalho. **Teoria geral do direito civil**. V II. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

FRADA, Manuel António Carneiro da. **Contrato e deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994.

FRADA, Manuel António Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2016.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**. V. I. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. **Código civil anotado**. V. I. 4. ed. com a colaboração de M. Henrique Mesquita. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

MACHADO, João Baptista. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. In: **Obra dispersa**. V. I. Braga: Scientia Iuridica, 1991.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. **Responsabilidade civil por conselhos recomendações e informações**. Coimbra: Almedina, 1989.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Rudimentos da responsabilidade civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Coimbra, ano II, 2005.

NEVES, António Castanheira. **Questão-de-facto questão-de-direito ou o problema metodológico da jurisdição**: ensaio de uma reposição crítica. I - A crise. 1967. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas)- Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 1967. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/12576>.

PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995.

PORTUGAL. Código Civil. Decreto-Lei n. 47 344, de 25 de novembro de 1966. **Diário do Governo**, Lisboa, n. 274, série I, 25 nov. 1966. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view>.

PORTUGAL. Código Penal. Decreto-Lei n. 48/1995. **Diário da República**, Lisboa, n. 63, série I-A, 15 mar. 1995. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230200/indice>.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Decreto de aprovação da Constituição. **Diário da República**, Lisboa, n. 86, série I, 10 abr. 1976. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>.

PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Coimbra: Almedina, 2008. Reimpressão da edição de nov. 1997.

PROENÇA, José Carlos Brandão; FERNANDES, Luís Carvalho (Coord.). **Comentário ao código civil**. Parte geral. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general, fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Tomo I. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997.

SANTOS BRIZ, Jaime. **Derecho de daños**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1962.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Abuso de direito (em matéria de responsabilidade civil). **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n. 85, 1959b.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, n. 3610-3633, ano 111, 1978.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Causas justificadoras do facto danoso. **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n. 85, 1959c.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Obrigação de indemnização (Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização). Direito de abstenção e de remoção. **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n. 84, 1959a.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. V. I. 10. ed. reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.