

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO - UFOP  
Escola de Direito, Turismo e Museologia - EDTM  
Departamento de Direito - DEDIR

Lucas Lages de Mouriño

**A CARACTERIZAÇÃO DA NEGATIVA DA OUTORGA CONJUGAL SUPRIDA  
JUDICIALMENTE COMO ILÍCITO CIVIL**

Ouro Preto  
2021

Lucas Lages de Mouriño

**A CARACTERIZAÇÃO DA NEGATIVA DA OUTORGA CONJUGAL SUPRIDA  
JUDICIALMENTE COMO ILÍCITO CIVIL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Federal de Ouro Preto como  
requisito parcial para a obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup> Renata Barbosa de  
Almeida

Ouro Preto

2021



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO  
REITORIA  
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA  
DEPARTAMENTO DE DIREITO



**FOLHA DE APROVAÇÃO**

**Lucas Lages De Mouriño**

**A caracterização da negativa de outorga conjugal suprida judicialmente como ilícito civil**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito

Aprovada em 29 de abril de 2021.

Membros da banca

Dra. Renata Barbosa de Almeida - Orientador(a) (Universidade Federal de Ouro Preto)  
Dra. Beatriz Schettini- (Universidade Federal de Ouro Preto)  
Dra. Juliana Evangelista de Almeida - (Universidade Federal de Ouro Preto)

Dra. Renata Barbosa de Almeida, orientador do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 03/05/2021.



Documento assinado eletronicamente por **Renata Barbosa de Almeida, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 03/05/2021, às 12:01, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [http://sei.ufop.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **0166286** e o código CRC **EC5401B2**.

Referência: Caso responda este documento, indicar expressamente o Processo nº 23109.004091/2021-82

SEI nº 0166286

R. Diogo de Vasconcelos, 122, - Bairro Pilar Ouro Preto/MG, CEP 35400-000  
Telefone: 3135591545 - www.ufop.br

## RESUMO

O presente estudo busca compreender, baseando-se no conceito de ilícitos civis de tipo aberto, descrito por Felipe Peixoto Braga Netto, se é possível a caracterização da negativa de concessão da outorga conjugal posteriormente suprida judicialmente como ilícito civil. A análise teve como proposta a ideia de que a negativa sem justo motivo poderia ser considerada ilícita, embora não expressamente previsto. Para a averiguação do problema se examinou os conceitos de outorga conjugal e ilícito civil, buscando constatar se o suprimento judicial seria decorrente de um ilícito civil.

Palavras-chave: Outorga conjugal. Suprimento judicial. Ilícito civil.

## **ABSTRATC**

This study aims to understand, basing on the concept of open-ended civil offenses, described by Felipe Peixoto Braga Netto, whether it is possible to characterize the refusal to grant the spouse authorization subsequently provided judicially as a civil offense. This analysis has as purpose the idea that the refusal without fair motive could be considered illicit, even without being expressly determined. In order to investigate the problem, the concepts of the spouse authorization and civil illicit were examined, seeking to verify whether the judicial supply was due to a civil offense.

Keywords: Spouse authorization. Judicial grant. Civil offense.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC/02 Código Civil de 2002

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	7
2. OUTORGA CONJUGAL.....	8
2.1 Outorga conjugal e a validade.....	13
3 ILÍCITO CIVIL.....	18
3.1 O caráter aberto do ilícito civil.....	19
4 CLASSIFICAÇÃO DOS ILÍCITOS .....	23
4.1 Ilícito civil clássico .....	24
4.2 O abuso de direito e o ilícito funcional.....	26
4.3 Ilícito civil de acordo com a sua eficácia.....	32
5 EXERCÍCIO REGULAR OU IRREGULAR DE UM DIREITO? .....	34
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	39
REFERÊNCIAS.....	41

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar se é possível a caracterização da negativa da outorga conjugal suprida judicialmente como ilícito civil, sob o prisma da teoria dos ilícitos civis, desenvolvida por Felipe Peixoto Braga Netto. Verifica-se que tradicionalmente a negativa da outorga não tem caráter ilícito, porém considerando que o ordenamento jurídico prevê que a recusa pode se dar sem justo motivo e, nesse caso, caberá ao juiz suprir o assentimento do cônjuge recalcitrante, levanta-se o questionamento se o “sem justo motivo” seria sinônimo de “ilícito”.

Adotando-se a teoria dos tipos abertos dos ilícitos civis, em que ilícitos podem surgir não só da violação de regras expressas no ordenamento, mas também de princípios e outras normas, elabora-se a hipótese de que a recusa sem justo motivo de concessão da outorga conjugal pode ser classificada como um ilícito civil. Por meio do estudo de posicionamentos doutrinários e de análise jurisprudencial acerca da outorga conjugal, do suprimento judicial e do ilícito civil, busca-se averiguar o problema de pesquisa.

Iniciar-se-á tentando definir o que é a outorga conjugal, sua natureza, sua finalidade e seus limites, além de sua relação com a validade. Em sequência, pretende-se explorar o ilícito na teoria dos fatos jurídicos, bem como verificar o caráter aberto do ilícito civil. Parece importante, ainda, explorar as classificações dos ilícitos civis e demonstrar que eles não se restringem àqueles previstos nos artigos 186 e 187 do Código Civil de 2002, além de não possuírem como única consequência o dever de indenizar.

Finalizado todo este trajeto, buscar-se-á responder o questionamento se a recusa injustificada de concessão de outorga conjugal pode ser caracterizada como ilícito civil em atenção ao caráter aberto destes ilícitos.

## 2. OUTORGA CONJUGAL

A outorga conjugal é a autorização concedida por um dos cônjuges ao outro<sup>1</sup> necessária à prática de qualquer dos atos previstos no art. 1.647 do Código Civil de 2002, sendo sua matéria disciplinada principalmente entre os arts. 1.647 a 1.650 do referido código.

Salienta-se que a outorga conjugal se refere à hipótese de autorização e não de consentimento, pois consentimento é vontade em comum constitutiva de negócio jurídico, ao passo que autorização é “assentimento, anuência à realização de negócio jurídico de outrem. Quem assente não é parte integrante da convenção, mas legitima a realizá-la aquele que pretenda fazê-lo.”,<sup>2</sup> sendo exigida para atos e negócios jurídicos de disposição.

A figura da outorga conjugal era tradicionalmente dividida entre autorização marital, pois concedida pelo marido, e outorga uxória, derivado do latim *uxor* que significa esposa,<sup>3</sup> previstas no Código Civil anterior em seus arts. 235 e 242, respectivamente.

Embora a expressão outorga uxória ainda seja muito difundida e popular, ela se encontra obsoleta e vem sendo superada pelo Direito de Família em virtude do princípio da igualdade absoluta dos cônjuges,<sup>4</sup> inspirado no princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres.<sup>5</sup> Prova disso é a ausência do termo “outorga uxória” no texto do Código Civil vigente.

Diante do exposto, adota-se no presente estudo as expressões “outorga conjugal”, “vênia conjugal”, “autorização conjugal” e “assentimento conjugal” como sinônimos para se referir a esta figura jurídica.

A vênia conjugal é uma figura jurídica condicionante da autonomia privada dos cônjuges e possui como finalidade a segurança econômica da família.<sup>6</sup> Considerando

---

<sup>1</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 6, p. 310.

<sup>2</sup> ALMEIDA, Renata Barbosa de; ALMEIDA, Juliana Evangelista. A exigibilidade da autorização conjugal para alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis. *In*: POLI, Leonardo Macedo; JOSÉ, Fernanda São (orgs.) **Direito Civil na Contemporaneidade**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. v. 3, p. 68.

<sup>3</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 5, p. 179.

<sup>4</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 175.

<sup>5</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 6, p. 308.

<sup>6</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família e sucessões**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020. v. 5, p. 154.

que certos atos de administração e de disposição dos cônjuges podem ameaçar a estabilidade econômica dos consortes, mais especificamente aqueles previstos no art. 1.647 do Código Civil, exige-se a outorga para a celebração de certos negócios jurídicos praticados por apenas um deles.<sup>7</sup>

O artigo que trata da outorga é uma norma de ordem pública, esta espécie de norma coativa é, em regra, inderrogável pela vontade das partes e pode ser assim explicada:

As normas de ordem pública são aquelas fundadas na realização de interesses e de função que merecem tutela e que são socialmente úteis. Há uma utilidade social, portanto, que faz com que o domínio do direito privado seja permeado por normas (regras e princípios) que restringirão o absolutismo das vontades particulares.<sup>8</sup>

Tem-se que a função social em que se baseia o instituto da vênua conjugal é a manutenção do patrimônio familiar, tanto que este instituto está inserido no Livro que trata do Direito de Família na Parte Especial do Código Civil, dentro do Título de direito patrimonial e do capítulo que trata das disposições gerais do regime de bens entre os cônjuges.

O assentimento conjugal traduz-se em limitação imposta ao poder de disposição dos cônjuges, em virtude do interesse de proteger o patrimônio necessário para a subsistência do lar.<sup>9</sup> Se estabelece que nenhum dos atos do artigo 1.647 poderão ser praticados por um dos cônjuges sem a autorização do consorte, tutelando a garantia financeira da família.

Assim dispõe o art. 1.647 do Código Civil brasileiro:<sup>10</sup>

Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:  
I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;  
II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;  
III - prestar fiança ou aval;  
IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

---

<sup>7</sup> TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos de direito civil – Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 6, p. 107.

<sup>8</sup> AMARO, Fernanda Pereira. A alteração unilateral do contrato de trabalho nas relações trabalhistas privadas e na relação entre servidor público e estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 238, p. 175-194, out./dez. 2004. p. 177.

<sup>9</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família e sucessões**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020. v. 5, p. 153.

<sup>10</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 11 out. 2020.

Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.

De plano, observa-se que o *caput* do artigo estipula que apenas no regime de separação absoluta é dispensada a exigência da autorização conjugal. Assim porque, nos termos do art. 1.687 do Código Civil, neste regime cada cônjuge mantém seu patrimônio próprio, com exclusividade de administração e sem patrimônio comum, não havendo justificativa para que se admita o outro consorte intervenha na autonomia privada do proprietário do bem.

Porém, tendo em vista que existem dois regimes de separação de bens no ordenamento jurídico nacional, o obrigatório ou legal e o convencional, salienta-se que existe debate se a dispensa é para ambos, ou não.

Para a doutrina especializada, como Gustavo Tepedino,<sup>11</sup> Flávio Tartuce,<sup>12</sup> Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho,<sup>13</sup> a resposta é que apenas o regime de separação convencional, aquele eleito pelos cônjuges e aposto em pacto antenupcial, seria absoluto e não exigiria a outorga.

Isto se dá por causa da Súmula 377 do STF,<sup>14</sup> segundo a qual “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Logo, como, na hipótese, pode haver comunicação de bens oriundos de aquisição onerosa, a chamada meação dos aquestos,<sup>15</sup> não se pode reputar a separação obrigatória como absoluta. Diante da meação, a situação se assemelha ao regime de comunhão parcial, tornando necessária a outorga conjugal, nos casos legais.

Outra situação que merece atenção é quando os consortes inserem, no pacto antenupcial, cláusula de livre disposição dos bens imóveis particulares, ao escolherem o regime de participação final nos aquestos. Nesta circunstância, nos termos do art. 1.656 do CC/02, a regra do inciso I do artigo 1.647 fica afastada.

---

<sup>11</sup> TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos de direito civil – Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 6.

<sup>12</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 5.

<sup>13</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 6.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 333**. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1964]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4022>. Acesso em: 14 abr. 2021.

<sup>15</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 5, p. 183.

Excetuadas as duas supramencionadas hipóteses, a regra é da necessidade de autorização conjugal para a prática de qualquer dos atos previstos nos incisos do art. 1.647 do Código Civil, que serão melhor explorados agora.

O inciso I veda que se aliene ou grave de ônus real os bens imóveis exclusivos<sup>16</sup> de um dos cônjuges, em virtude de serem os bens imóveis considerados “bens de raiz”<sup>17</sup> e garantidores da estabilidade econômica familiar.

Vale ressaltar que o inciso não se refere aos imóveis comuns pois, caso haja intenção de alienar ou gravar de ônus real bens imóveis de propriedade comum, haverá necessidade de consentimento propriamente dito<sup>18</sup>, com declaração de vontade de ambos os cônjuges para formação do negócio jurídico, e não simplesmente de assentimento conjugal.

Destaca-se, ademais, que a concordância não é necessária para a prática de atos de disposição de bens móveis, ante a ideia de que o “patrimônio imobiliário é mais valioso que o mobiliário”<sup>19</sup>, embora os bens móveis possam ser de maior monta e gerar ainda mais estabilidade.

Por sua vez, o inciso II decorre diretamente da determinação do inciso anterior e tem impacto eminentemente processual. Ele proíbe que qualquer dos cônjuges pleiteie, como autor ou réu, acerca daqueles bens e direitos, sem a devida autorização conjugal. Os artigos 73 e 74 do Código de Processo Civil de 2015 versam sobre a matéria do presente inciso.

Essa limitação se deve ao fato de que ações que versam sobre imóveis e direitos reais a eles relativos podem culminar na perda da propriedade imóvel, pelo que se pode reconhecer interesse do cônjuge a quem cabe conceder a outorga, em virtude de eventuais riscos à segurança econômica da família.

---

<sup>16</sup> ALMEIDA, Renata Barbosa de; ALMEIDA, Juliana Evangelista. A exigibilidade da autorização conjugal para alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis. *In*: POLI, Leonardo Macedo; JOSÉ, Fernanda São. (orgs.) **Direito Civil na Contemporaneidade**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. v. 3, p. 69.

<sup>17</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 6, p. 459.

<sup>18</sup> ALMEIDA, Renata Barbosa de; ALMEIDA, Juliana Evangelista. A exigibilidade da autorização conjugal para alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis. *In*: POLI, Leonardo Macedo; JOSÉ, Fernanda São. (orgs.) **Direito Civil na Contemporaneidade**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. v. 3, p. 69.

<sup>19</sup> ALMEIDA, Renata Barbosa de; ALMEIDA, Juliana Evangelista. A exigibilidade da autorização conjugal para alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis. *In*: POLI, Leonardo Macedo; JOSÉ, Fernanda São. (orgs.) **Direito Civil na Contemporaneidade**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. v. 3, p. 75.

O inciso III é dos mais polêmicos, institui que nenhum dos cônjuges pode, sem a outorga conjugal, prestar fiança ou aval, sob pena de anulabilidade, conforme art. 1.649 do CC/02. A razão de ser desse inciso é evitar que garantias concedidas por um dos cônjuges a débito de terceiro, afetem o patrimônio familiar.<sup>20</sup>

Em sentido similar, o Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento de que “a fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia”<sup>21</sup> (Súmula 332), no caso de não ser anulada a fiança.

No entanto, entendendo que a anulação do aval viola o princípio de ampla circulação dos títulos de crédito,<sup>22</sup> além de comprometer o dinamismo das relações comerciais, e em sentido contrário ao disposto no referido artigo 1.649, o Enunciado 114 da I Jornada de Direito Civil dispôs que “o aval não pode ser anulado por falta de vênua conjugal, de modo que o inc. III do art. 1.647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu.”<sup>23</sup>

Tartuce escreve que, em seguida:

Entre 2016 e 2017, o Superior Tribunal de Justiça restringiu consideravelmente a aplicação do art. 1.647, inc. III, do Código Civil, somente para os títulos de crédito atípicos ou inominados, aqueles não regulados em lei específica. [...] Foram excluídos, entre outros, o cheque, a duplicata e a letra de câmbio, principais títulos de crédito existentes no Direito brasileiro. [...] Em resumo, a incidência do inciso III do art. 1.647 do Código Civil ficou bem restrita, tendo sido retirada grande parte do seu campo de subsunção.<sup>24</sup>

Assim, verifica-se que mesmo a literalidade dos arts. 1.647, III, e 1.649, do Código Civil de 2002 é mitigada pela jurisprudência em atenção aos princípios que regem os títulos de créditos.

Além disso, o inciso IV do art. 1.647 do Código Civil vigente impede que se faça doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar

<sup>20</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 6, p. 461.

<sup>21</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 332**. A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2008]. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012\\_28\\_capSumula332.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_28_capSumula332.pdf). Acesso em: 14 abr. 2021.

<sup>22</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 6, p. 180.

<sup>23</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2012. p. 28.

<sup>24</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 5, p. 182.

futura meação. A finalidade deste inciso é impedir que um dos cônjuges por liberalidade dissipe de forma desmedida o patrimônio dos esposos.

No entanto, como já abordado que a autorização conjugal é hipótese de assentimento e concordância, pode se inferir que o legislador cometeu um deslize neste inciso, visto que não seria hipótese de mero assentimento, mas sim de consentimento, já que a titularidade dos bens é de ambos os cônjuges, devendo haver a declaração de vontade dos dois para que o negócio jurídico se perfeça.

Já o parágrafo único traz a exceção ao inciso anterior, permitindo que sejam feitas doações aos filhos quando se casarem ou quando estabelecerem economia separada, ressalva-se que esta permissão não abrange os bens imóveis ante a expressa restrição do art. 1.647, I, do CC/02, essas doações se dão em virtude do melhor interesse da família, o que justificaria a dispensa da exigência.

Porém, mais uma vez se enfatiza que os bens comuns não dependem de autorização conjugal, mas consentimento, em virtude de ambos os cônjuges serem proprietários legítimos do bem.

Por fim, ressalta-se que a autorização conjugal pode ser feita por instrumento particular ou público, dependendo da solenidade do ato, nos termos dos arts. 108 e 220 do CC/02.

## 2.1 Outorga conjugal e a validade

Cediço que a outorga conjugal não se refere a hipótese de capacidade de fato ou de direito, mas sim de legitimidade, que é “o poder da pessoa de atuar concretamente em determinada relação jurídica”<sup>25</sup> e “resulta da relação da pessoa em relação a outra.”<sup>26</sup>

A capacidade de direito, para a pessoa natural, decorre do nascimento com vida e é a “aptidão para alguém ser titular de direitos e deveres, ser sujeito de relações

---

<sup>25</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 333.

<sup>26</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 332.

jurídicas”,<sup>27</sup> enquanto a capacidade de fato é a “aptidão para a pessoa praticar os atos da vida civil.”<sup>28</sup>

Francisco Amaral descreve a legitimidade da seguinte maneira:

Diversa da capacidade de agir, ou de fato, é a legitimidade, aptidão para a prática de determinado ato, ou para o exercício de certo direito, resultante, não da qualidade da pessoa, mas de sua posição jurídica em face de outras pessoas. A legitimidade decorre de certas situações jurídicas do sujeito, do que lhe advém limitações ao poder de agir. Pode definir-se, sinteticamente, como a específica posição de um sujeito em relação a certos bens ou interesses. Enquanto a capacidade de fato é a aptidão para a prática em geral dos atos jurídicos, a legitimidade refere-se a determinado ato em particular.<sup>29</sup>

Evidente que a outorga conjugal se traduz em hipótese de legitimidade da pessoa casada para atuar eis que advém da relação existente entre os cônjuges, ademais, é necessária apenas para a prática dos atos mencionados no art. 1.647 do Código Civil e sua ausência não implica em incapacidade.

Para Marcos Bernardes,<sup>30</sup> baseando-se em Pontes de Miranda, a autorização conjugal traduz-se em hipótese de assentimento resguardativo, eis que visa resguardar o interesse do cônjuge que não participa do negócio. Ademais, o ilustre autor alagoano ainda diferencia anuência e consentimento nos seguintes termos:

O assentimento, como o consentimento, podem ser dados posteriormente. Só o assentimento, porém, pode ser suprido judicialmente; se dado *a posteriori*, válida a alienação feita sem a outorga do outro cônjuge. Não, porém, o consentimento. O juiz não pode suprir a recusa de consentimento, pois que estaria decidindo sobre patrimônio alheio, substituindo o cônjuge no exercício de seu poder de autorregramento da vontade, o que é inadmissível.<sup>31</sup>

A distinção entre consentimento e assentimento se origina da regra da titularidade,<sup>32</sup> pois se ambos os cônjuges forem titulares do direito, a vontade dos dois

---

<sup>27</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 331.

<sup>28</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 333.

<sup>29</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 332.

<sup>30</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

<sup>31</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 200.

<sup>32</sup> ALMEIDA, Renata Barbosa de; ALMEIDA, Juliana Evangelista. A exigibilidade da autorização conjugal para alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis. *In*: POLI, Leonardo Macedo; JOSÉ,

é exigida para a existência do ato, enquanto na hipótese de assentimento o cônjuge outorgante apenas legitima a vontade do cônjuge titular.

Um cônjuge pode ser capaz, mas não possuir legitimidade para a prática dos atos previstos no artigo 1.647. Assim, tem-se que a sanção imposta pelo ordenamento jurídico pela falta de legitimidade, representada pela outorga conjugal, é a anulabilidade do ato praticado, nos termos do art. 1.649 do Código Civil, ressalvada as possibilidades de suprimento judicial e convalidação posterior.

O suprimento judicial é tratado pelo art. 1.648 do CC/02 que preceitua, *in verbis*: “cabe ao juiz, nos casos do artigo antecedente, suprir a outorga, quando um dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la.”<sup>33</sup>

No caso de ser impossível o cônjuge conceder a outorga, o consorte interessado deverá instaurar procedimento de jurisdição voluntária a fim de que o juiz supra o assentimento conjugal,<sup>34</sup> a impossibilidade de concessão poderá decorrer, por exemplo, de incapacidade, transitória ou permanente, ou mesmo por se encontrar em local incerto e não sabido.

O presente estudo foca, no entanto, na situação em que o cônjuge denegue a outorga sem justo motivo. O ilustre Caio Mário afirma que:

A concessão da outorga, ou a sua recusa, assentam no critério pessoal de cada cônjuge, que sopesará as razões de conveniência dos atos referidos no artigo anterior, avaliando a sua repercussão no patrimônio conjugal. Não pode, entretanto, denegá-la injustamente ou por mero capricho.<sup>35</sup>

O motivo justo não é previamente definido em lei, portanto deve ser analisado no caso concreto pelo juiz levando-se em consideração as razões invocadas pelo cônjuge recalcitrante,<sup>36</sup> as peculiaridades do caso diante do juiz, além de se atentar às finalidades do instituto da autorização conjugal.

---

Fernanda São. (orgs.) **Direito Civil na Contemporaneidade**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. v. 3, p. 68.

<sup>33</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 11 out. 2020.

<sup>34</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 6, p. 313.

<sup>35</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito de família**. 28. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 5, p. 236.

<sup>36</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 189.

Caso reste demonstrada que a oposição foi injusta, arbitrária, abusiva e injustificável,<sup>37</sup> cabível o suprimento da vontade pelo juiz na forma requerida, conferindo a legitimação necessária para a prática dos atos do art. 1.647 do CC/02.

Sílvio de Salvo Venosa ainda vai além e imagina situação em que o cônjuge que resistiu injustamente sofrerá consequência de sua falta de assentimento ao dispor que “(...) restará ao cônjuge prejudicado requerer o suprimento judicial e eventual pedido de indenização.”<sup>38</sup> Assim, os efeitos da recusa não se esgotariam com seu suprimento judicial.

Ademais, além da outorga e do suprimento poderem ser concedidos antes da prática do ato e durante sua prática, o Código Civil de 2002 permite, ainda, que possam ser concedidos posteriormente, porém nesse caso teria natureza de ratificação, convalidando o ato praticado.

“A aprovação torna válido o ato, desde que feita por instrumento público, ou particular, autenticado.”<sup>39</sup> Assim dispõe o parágrafo único do artigo 1.649 do CC/02. Diante disso, é retirada a invalidade do ato em questão, cessando a anulabilidade.

Caso não haja autorização, suprimento judicial ou convalidação posterior, o cônjuge resistente ou seus herdeiros poderão pleitear a invalidação do ato anulável praticado.

A ação anulatória possui um diminuto rol de legitimados para seu ajuizamento, e como se trata de hipótese de anulabilidade, e não nulidade, não pode ser declarada de ofício, além disso, em atenção ao princípio da boa-fé objetiva, mais especificamente do instituto do *venire contra factum proprium*, que proíbe comportamento contraditório, e da máxima de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, tem-se que o cônjuge que praticou o ato sem a devida outorga não pode pedir sua anulação.

Conforme se extrai do art. 1.650 do CC/02, apenas o cônjuge a quem cabia conceder a outorga pode pedir sua anulação, e caso morra, seus herdeiros poderão ajuizar a ação. O prazo para isso é de até 2 (dois) anos depois de terminada a

---

<sup>37</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 6, p. 465.

<sup>38</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família e sucessões**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020. v. 5, p. 166.

<sup>39</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 11 out. 2020.

sociedade conjugal, conforme dispõe o art. 1.649, *caput*, do Código Civil vigente, então o prazo extintivo não corre enquanto durar a sociedade conjugal. Caso o cônjuge prejudicado morra dentro desse prazo decadencial, seus herdeiros terão o prazo de 2 (dois) anos contados de sua morte. Ademais, a ação anulatória é “constitutiva negativa”<sup>40</sup> e a sentença que torna inválido o ato tem efeito *ex nunc*.<sup>41</sup>

Por fim, caso o ato seja declarado inválido, o terceiro prejudicado, independente de boa ou má-fé, terá direito de regresso frente ao esposo que praticou o ato sem possuir legitimidade que responderá pelo prejuízo somente com seus bens particulares.

No entanto, caso o terceiro tenha agido com boa-fé somada a hipótese de que o ato tenha trago proveito ao casal, ou de que o cônjuge causador do negócio não possua bens particulares ou bens suficientes para arcar com a indenização, o ordenamento jurídico permite que a meação do outro cônjuge responda pela reparação.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 5, p. 186.

<sup>41</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito de família**. 28. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 5, p. 236.

<sup>42</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 6, p. 465.

### 3 ILÍCITO CIVIL

Para se classificar o ilícito civil na teoria dos fatos jurídicos, necessário primeiro definir o que é o fato jurídico, já que figura primordial ao próprio Direito.

Os fatos jurídicos, na classificação de Marcos Bernardes de Mello, inspirada no trabalho de Pontes de Miranda, “são o resultado da incidência da norma jurídica sobre o seu suporte fático quando concretizado no mundo dos fatos.”<sup>43</sup>

Nota-se na referida classificação que a norma jurídica é essencial ao fato jurídico, visto que um fato qualquer da vida em que não haja incidência de normas acaba por não entrar no mundo jurídico, sendo, portanto, irrelevante ao Direito. Além disso, a norma define a eficácia do fato jurídico, regulando quais serão as consequências do fato previsto.

Ressalta-se, outrossim, que norma jurídica é entendida aqui em seu sentido amplo, ou seja, norma não se restringe às explícitas em textos legislativos escritos ou dispositivos legais, mas refere-se à própria integração do sistema jurídico, além de abarcar as normas implícitas no ordenamento jurídico que devem ser reveladas, não se olvidando da normatividade dos princípios jurídicos.

Ao passo que, suporte fático diz respeito tanto à hipótese de fato prevista pela norma jurídica para sua incidência, quanto ao fato, evento ou conduta previsto quando se concretiza na realidade, levando à incidência da norma jurídica, o que faz com que tal fato adentre no mundo jurídico.

Portanto, conclui-se que o fato jurídico é originado quando um fato, evento ou conduta do mundo fático ocorre da maneira que é previsto por uma norma jurídica, aqui não entendida isoladamente, mas integrante harmônica do sistema jurídico, causando a incidência juridizante da referida norma, que acaba por introduzir tal fato, evento ou conduta no mundo jurídico.

No presente trabalho adota-se o posicionamento de Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello,<sup>44</sup> para quem o ilícito é um fato jurídico, que, no entanto, se diferencia dos fatos lícitos por sua característica de antijuridicidade.

---

<sup>43</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 56

<sup>44</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

De tal modo, o fato jurídico ilícito se assemelha ao fato jurídico lícito, na medida em que é fato jurídico em sua forma, alterando-se apenas a qualificação do direito, ou seja, se conforme o direito ou contrário a ele. Logo, o fato ilícito advém da subsunção de um substrato fático à uma norma que prevê a ilicitude como característica.

Ademais, há de se pontuar que o fato ilícito possui como espécie o ato ilícito, que se diferencia das outras espécies ilícitas por exigir conduta humana, seja comissiva ou omissiva, praticada por pessoa imputável.

### 3.1 O caráter aberto do ilícito civil

Para o presente trabalho será utilizada a classificação de ilícito civil desenvolvida por Felipe Peixoto Braga Netto, para quem o ilícito civil é “o ato contrário ao direito que viola princípios ou normas pertinentes à sua sistemática.”<sup>45</sup>

Na concepção do referido jurista, o ilícito civil, assim como o Direito, é fundamentalmente aberto, ou seja, não se resume a uma simples previsão legal, não derivando somente da subsunção de um determinado comportamento a uma regra específica que prevê dito comportamento como ilícito, podendo surgir da violação de princípios ou outras normas jurídicas.

Esse conceito deriva da progressiva superação pelos ordenamentos jurídicos contemporâneos da ideia de normas jurídicas no sentido de serem apenas regras escritas e específicas, interligadas logicamente com a intenção de conter as previsões de todas as condutas juridicamente relevantes.

Como escreve o supramencionado jurista:

Houve, destarte - e ainda está havendo - um contínuo deslocamento do eixo estrutural do sistema jurídico: de um sistema fechado, autorreferente, composto exclusivamente por regras, para um sistema que, sem desprezar as regras, enfoca, com particular preponderância, os princípios e os conceitos abertos.<sup>46</sup>

Os fenômenos da Constitucionalização do Direito Civil e da descodificação civil se mostraram essenciais para que o Direito Civil fosse entendido como sistema aberto e, por conseguinte, reconhecido o caráter aberto do ilícito civil.

---

<sup>45</sup> NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Teoria dos Ilícitos Civis**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 102.

<sup>46</sup> NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Teoria dos Ilícitos Civis**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

Isso se deve ao fato de que o primeiro retirou do Código Civil seu status de Constituição do Direito Privado com a ascensão da Constituição ao status da norma hierárquica superior do ordenamento jurídico nacional.

Por conseguinte, a aplicação do Código Civil se viu atualizada, pois se preocupa com a subordinação de regras específicas do código civilista às normas superiores da Constituição, seja através da releitura ou da aplicação das regras sob o prisma constitucional. Isso representou a superação da dicotomia clássica entre direito público e direito privado, antigamente consideradas categorias estanques.

Em relação à descodificação civil, observou-se que um código unitário não conseguia acompanhar as mudanças sociais e políticas ocorridas na sociedade, causando o surgimento de diversos microsistemas com lógica e autonomia próprias para regular certos aspectos da vida em sociedade, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor.

Como consequência, tem-se a superação do Direito Civil como um sistema fechado e autorreferente enclausurado no Código Civil, e se torna evidente que o Direito Civil não pode ser mais considerado um sistema fechado.

Além disso, a figura do juiz como mera “boca da lei” vai perdendo o sentido em um ordenamento jurídico menos rígido, o que acaba por valorizar a atividade hermenêutica e desfazer o mito do magistrado “neutro”.

O aumento da importância dos princípios nos ordenamentos jurídicos tende a afetar diretamente a segurança jurídica, reduzindo a previsibilidade do ordenamento, ao mesmo tempo em que permite um diálogo mais intenso e integrado com a sociedade.

Os princípios “são propositadamente vagos, abertos, com conteúdo apenas parcialmente configurado”<sup>47</sup>, e somente com sua aplicação em casos concretos sua essência é demonstrada. Em razão dessa característica aberta, os princípios incidem sobre todo o ordenamento jurídico, como exemplo temos os princípios constitucionais que ditam como deverão ser lidas e aplicadas as demais normas e regras.

Outrossim, Francisco Amaral conclui que:

E até os mais adeptos da idéia do direito como sistema são os primeiros a reconhecer que no estágio atual da ciência jurídica, o direito se apresenta como um ordenamento formado não só de normas, mas também de valores e princípios jurídicos, produto da relação dialética entre a intenção

---

<sup>47</sup> NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Teoria dos Ilícitos Civis**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 96.

sistemática, exigida pelo postulado da ordem, e a experiência problemática, imposta pela realidade social. O sistema passa a configurar-se assim como uma "ordem axiológica ou teológica de princípio gerais", "uma entidade aberta e dinâmica que continuamente se enriquece e constitui. Não mais o "sistema fechado", representado pela idéia da codificação, mas "sistema aberto", incompleto e móvel nos seus valores fundamentais.<sup>48</sup>

O mito de completude das regras postas em um código unitário como forma de regular a sociedade cai por terra, ao custo de uma perda de segurança jurídica, que, no entanto, se justifica ante o espaço de preponderância que os princípios jurídicos ocupam no ordenamento moderno, permitindo que eles estruturem e justifiquem a ordem jurídica com sua concretização.

Diante do exposto, revela-se cabível a hipótese do surgimento de ilícitos da contrariedade à princípios, e não só de regras.

Tradicionalmente, o ilícito civil é entendido pelo critério dos tipos fechados, assim, somente é ilícito o que a própria lei afirma como ilícito, havendo necessidade de uma norma específica que defina a ilicitude de determinado comportamento.

De maneira similar ao movimento codificador, os tipos fechados para definição dos ilícitos civis acabam por privilegiar a segurança jurídica, mas são afligidos pelo mesmo problema de imobilidade, mantendo-se alheios às mudanças sociais. Trata-se de um modo de regulação estática.

Assim, o ilícito civil, por excelência, é somente aquele previsto no artigo 186 do CC/02, que é o ato "praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual",<sup>49</sup> que exige para sua configuração os elementos nexos de causalidade, dano e conduta culposa. Assim prevê o art. 186 do CC/02: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."<sup>50</sup>

Já na concepção sistêmica dos ilícitos civis, os ilícitos podem surgir mesmo da violação de princípios ou de violação ao ordenamento jurídico, sem que tenha havido infração à norma específica,<sup>51</sup> não se exigindo uma tipicidade taxativa para a definição

---

<sup>48</sup> AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 31, n. 121, p. 233-243, jan./mar. 1994, p. 237.

<sup>49</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1, p. 611.

<sup>50</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 11 out. 2020.

<sup>51</sup> NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Teoria dos Ilícitos Civis**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 103.

dos ilícitos. Dessa maneira, os ilícitos civis não exigem a previsão específica ou literal do Direito Penal,<sup>52</sup> sendo mais flexíveis e abrangentes.

O próprio caráter aberto do Direito Civil atual justifica a abertura dos ilícitos civis, tem-se que a constitucionalização do Direito Civil retira a característica hermética e fechada deste ramo do Direito, uma vez que seus institutos e conceitos são irradiados pela aplicação dos princípios constitucionais, acarretando na releitura dos referidos institutos sob a principiologia.

O fechamento do sistema perde força tendo em vista a impossibilidade de previsões concatenadas de regras que esgotem as matérias, o engessamento dos ilícitos seria esvaziar a carga valorativa dos princípios.<sup>53</sup> Em vez disso, temos uma constante valorização dos princípios e da atividade hermenêutica no ordenamento jurídico pátrio.

Portanto, o tipo aberto dos ilícitos civis é o único que prestigia e respeita a força normativa dos princípios, que não exigem a intermediação de uma norma para sua devida aplicação, assim, não se tem definição prévia das condutas vedadas.

Isso não significa, no entanto, que os ilícitos no tipo aberto não possuem parâmetros. Ainda assim possuem referências normativas, que são, contudo, mais flexíveis.

Nesta perspectiva, o ato ilícito previsto pelo art. 186 do CC/02 é, na verdade, uma espécie do gênero ilícito civil, que é o ilícito clássico, ou ilícito subjetivo indenizatório,<sup>54</sup> ou, ainda, ato ilícito *stricto sensu*.

Enquanto gênero ilícito civil tem basicamente dois requisitos para sua configuração: contrariedade a direito (antijuridicidade), como elemento objetivo, e imputabilidade ao agente que pratica, como elemento subjetivo.

---

<sup>52</sup> NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Teoria dos Ilícitos Civis**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 100.

<sup>53</sup> NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Teoria dos Ilícitos Civis**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 100.

<sup>54</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 3, p. 179/180.

## 4 CLASSIFICAÇÃO DOS ILÍCITOS

Como previamente abordado, o ilícito civil possui em seu cerne dois requisitos: a contrariedade a direito, como elemento objetivo, e a imputabilidade, como elemento subjetivo.

A contrariedade a direito, ou antijuridicidade, compõe o cerne do substrato fático dos fatos ilícitos e se caracteriza pela violação da ordem jurídica, aqui entendida como conjunto de princípios e regras. A não realização dos fins da ordem jurídica ocorre deste embate entre a conduta e aquilo que propõe a norma.

A ilicitude nasce obrigatoriamente de um fato, conduta ou evento que seja contrário ao direito, mas não tenha a ilicitude pré-excluída pelo ordenamento jurídico. Algumas hipóteses consagradas dessa pré-exclusão são a legítima defesa, o estado de necessidade e o exercício regular de direito, pois “não há ilicitude se o ato é permitido pelo direito, mesmo quando cause prejuízo, ainda quando gere a obrigação de indenizar.”<sup>55</sup>

Ainda assim, salienta-se que a contrariedade ao direito pode surgir de condutas que seguem formalmente as regras jurídicas, mas que em seu exercício ofendem as finalidades do ordenamento jurídico, como por exemplo nos casos de abuso de direito. Assim, temos a antijuridicidade formal e a antijuridicidade material, que será melhor explorada no tópico que trata da figura do abuso de direito.

Enquanto a imputabilidade configura o dado subjetivo que compõe a ilicitude, e se relaciona à capacidade do agente para praticar o ilícito, ou seja, capacidade delitual,<sup>56</sup> é um juízo de valor sobre o agente. Tem-se que capacidade delitual é atribuída às pessoas objetivamente por meio de normas jurídicas, não se vincula geralmente a condições particulares do agente, se refere à capacidade civil, assim, mesmo que uma pessoa absolutamente incapaz pratique uma conduta antijurídica, ainda não restará configurado um ato ilícito, já que é necessária a conjugação do elemento objetivo e do elemento subjetivo como pressupostos essenciais para formação do ilícito.

---

<sup>55</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 294.

<sup>56</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 295.

Um incapaz, ainda que aja contrariamente à direito, por lhe faltar imputabilidade, não cometerá um ato ilícito. Isso não significa, no entanto, que o ato antijurídico perpetrado pelo incapaz não tenha consequências, já que seus pais, tutores ou curadores são responsáveis pela reparação civil, conforme imputação do art. 932 do Código Civil, havendo, ainda, possibilidade de que o incapaz responda pelos prejuízos que causar, nos termos do art. 928 do CC/02.

Diante do exposto, podemos extrair que o núcleo conceitual unitário mínimo do ilícito civil é “todo fato, conduta ou evento contrário a direito que seja imputável a alguém com capacidade delitual.”<sup>57</sup>

Devidamente classificado o ilícito civil, deve-se ressaltar que a responsabilidade civil não equivale à ilicitude, embora exista uma tendência de considerar o ato ilícito como mero fato gerador da responsabilidade civil,<sup>58</sup> sendo o ato ilícito rele requisito daquele.

Ademais, não se pode reduzir os efeitos do ilícito civil aos efeitos de uma espécie que é a clássica, portanto, considerando que os atos ilícitos podem advir das mais diversas hipóteses, forçoso reconhecer que também podem ter os mais diversos efeitos, não se resumindo ao dever de reparar danos ou indenizar o ofendido.

A relação entre o ilícito e a responsabilidade civil é de causa e efeito e a obrigação de indenizar é uma das eficácias que podem ter origem de um ilícito.

#### 4.1 Ilícito civil clássico

O ilícito civil em sua concepção clássica é aquele previsto pelo art. 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Há de se ressaltar que os elementos caracterizadores do ato ilícito do artigo 186 não são os mesmos que os do gênero ilícito civil, eis que aquele é apenas espécie deste. O gênero ilícito civil é caracterizado por contrariedade a direito somado à imputabilidade, enquanto:

---

<sup>57</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 304.

<sup>58</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. v.3, p. 173.

[...] o artigo 186 não se contenta com esta combinação, acrescentando ao aludido binômio também os elementos integrantes da culpa, dano e nexa causal. Como se extrai do mencionado dispositivo, o ilícito indenizatório - ou ilícito civil *stricto sensu* refere-se a toda e qualquer conduta (comissiva ou omissiva), culposa, praticada por pessoa imputável que, violando um dever jurídico (imposto pelo ordenamento jurídico ou por uma relação negocial), cause prejuízo a outrem, implicando em efeitos jurídicos. Sendo esse o objetivo, para que o leitor entenda aonde o Código Civil pretendeu chegar, basta substituir a expressão comete ato ilícito que se encontra ao final do texto, por "incide em responsabilidade civil" ou "fica obrigado a indenizar".<sup>59</sup>

Destarte, necessário abordar o ilícito civil clássico e demonstrar que seus requisitos não são os mesmos que os de todos os ilícitos civis.

Inicialmente, embora o dano seja elemento essencial para configuração do ilícito civil clássico, conforme previsão do art. 186 do CC/02, e, como anteriormente explicado, esta é apenas uma espécie de ilícito, deve ser superada a ideia de que só existe ato ilícito com dano.

O dano é componente eventual do ilícito civil, ou seja, não é parte do substrato fático de todos os ilícitos civis, ainda que existam várias espécies de ilícitos civis que exigem dano para sua configuração. É possível a existência de ilícito civil não danoso, desde que haja contrariedade a direito, esse sim requisito essencial do ilícito civil, como exemplo podemos citar a turbação e o esbulho que são ilícitos civis que não necessitam da ocorrência de dano, embora possam ter, para gerar seus efeitos, a saber, a autorização para o possuidor manter-se ou restituir-se na posse por sua própria força.

Outro elemento central no ato ilícito clássico é a culpa, elemento este que sofreu diversas alterações para abarcar atos que não foram cometidos com dolo ou imprudência, negligência ou imperícia, e justificar a ilicitude. Um exemplo dessa justificação é a presunção *juris et de jure* da culpa, pois “a presunção absoluta sem possibilidade de prova em contrário entroniza a culpa pela via de uma ficção, elevando-a a condição de dogma.”<sup>60</sup>

A culpa, em todas suas facetas como culpa presumida, culpa objetiva, dentre outras, constitui elemento essencial para o ato ilícito previsto no art. 186 do CC/02, no

---

<sup>59</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 3, p. 180.

<sup>60</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 3, p. 216.

entanto, recorda-se que o elemento subjetivo do gênero ilícito é a imputabilidade, elemento distinto da culpa.

Um ilícito não culposo pode se dar com a violação de direitos da personalidade eis que configura um ato ilícito independente de culpa para sua formação, em razão da elevada importância dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico.

Diferenciada a espécie do ilícito clássico do gênero do ilícito civil, deve se fazer a distinção entre responsabilidade civil e ilícito civil. O ilícito civil costuma ser entendido, erroneamente, dentro do estudo da responsabilidade civil, no entanto, a responsabilidade civil é apenas uma consequência de uma espécie de ilícito civil. Cediço que os requisitos para configuração da responsabilidade civil são, via de regra, o dano, a culpa, o ato ilícito e o nexo causal, e, como explicitado anteriormente, os elementos que caracterizam o ilícito civil são a contrariedade ao direito e a imputabilidade.

Primeiro, há de se ressaltar a possibilidade de surgimento de responsabilidade civil de atos lícitos, que geram ressarcimento, como no caso do art. 929 do Código Civil em que a pessoa que age em estado de necessidade ainda fica obrigada a indenizar os prejuízos causados à terceiro prejudicado.

Ademais, salienta-se que o ilícito civil pode produzir outros efeitos que não o dever de indenizar, típico da responsabilidade civil, podendo se concluir que nem todo ilícito civil gera responsabilidade civil e que o conceito de ilícito civil não se esgota no art. 186 do CC/02.

## **4.2 O abuso de direito e o ilícito funcional**

Em conjunto ao ilícito civil tradicional, no Título do Código Civil de 2002 que trata dos atos ilícitos, o legislador previu a categoria do abuso de direito como ato ilícito ao dispor no artigo 187 que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”<sup>61</sup>

Extrai-se do referido artigo que uma pessoa, por meio de uma conduta comissiva ou omissiva, que exerça um direito subjetivo, potestativo, ou de outra

---

<sup>61</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 11 out. 2020.

situação jurídica subjetiva,<sup>62</sup> de maneira excessiva, violando a boa-fé, os bons costumes ou o fim econômico ou social de tal direito, incorre em ato ilícito. Isso ocorre pois os direitos não são ilimitados, ao contrário, eles entram em conflitos entre si e se limitam.

Nesses casos, estaremos diante de uma ilicitude material, pois embora formalmente o exercício do direito aparente estar de acordo com o ordenamento jurídico, o abuso decorre do exercício em “desconformidade com o sentido teleológico em que se funda o direito”,<sup>63</sup> fazendo com que tal ato ingresse no campo da contrariedade ao direito e, portanto, da ilicitude.

Farias, Rosenvald e Braga Netto afirmam que a ilicitude formal decorre da violação formal das regras, ao passo que a ilicitude material seria decorrente da violação material de princípios e do próprio ordenamento jurídico.<sup>64</sup> Essa classificação se faz necessária pois o ordenamento jurídico não pode permitir que um ato revestido de suposta legalidade ofenda ao próprio ordenamento.

Assim, a mera análise da estrutura formal de um ato não é suficiente para ilidir a ilicitude de uma conduta, eis que, no ato concreto, pode haver violação material ao ordenamento jurídico representada por excesso aos limites impostos pelo ordenamento ao exercício do direito, análise esta realizada pela atividade hermenêutica, eis que os limites não são aprioristicamente definidos.

O ordenamento jurídico pretende com isso atingir os fins sociais do direito e impor “vedações às condutas caprichosas ou arbitrárias”.<sup>65</sup> Na concepção do notável jurista francês Louis Josserand, o abuso do direito advém do desvio do direito de seu espírito, a saber, o confronto entre o fundamento valorativo do direito e seu exercício formal.

Na classificação de Atienza e Manero de ilícitos típicos e atípicos, o abuso de direito se localiza na categoria de ilícitos atípicos, visto que nestes casos há um

---

<sup>62</sup> CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no código civil de 2002. *In*: TEPEDINO, Gustavo. (coord.) **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 393.

<sup>63</sup> CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no código civil de 2002. *In*: TEPEDINO, Gustavo. (coord.) **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 380.

<sup>64</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 3, p. 236.

<sup>65</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 3, p. 233.

comportamento permitido por alguma regra que, no entanto, seu exercício acaba por contrariar princípios, acarretando com que tal comportamento se converta em ilícito.

Ressalta-se, mais uma vez, o caráter aberto do Direito Civil, dos ilícitos civis e mesmo do abuso de direito, uma vez que essa última figura somente pode surgir de sistemas abertos.

Em um sistema fechado, apenas violação a regras positivadas ensejariam a ilicitude de uma ação, não há a análise material do ato, só a formal, ademais, adota-se uma visão atomizada dos direitos. Ao contrário, nos sistemas abertos os princípios possuem força normativa, permitindo a oxigenação do sistema jurídico com uma abordagem mais pragmática e preocupada com a prática social.

Superada a ideia de completude do ordenamento, de que todas as situações podem ser previamente previstas pelo legislador, os princípios preenchem o ordenamento, balizando o exercício dos direitos, sendo sua aplicação decidida caso a caso pelo trabalho do juiz que deverá ser inspirado nos princípios retirados do próprio sistema.<sup>66</sup>

Pode-se afirmar que “atualmente, nem tudo aquilo que não é proibido é permitido, pois no perímetro que separa o permitido do proibido, posta-se o abusivo.”<sup>67</sup> Tem-se, portanto, que o abuso de direito deriva diretamente de um sistema aberto, ante a análise do exercício do direito e suas implicações.

Carpena bem sintetiza isso ao escrever:

Nesta moldura, a doutrina do abuso do direito se ajusta perfeitamente, oferecendo ao julgador a possibilidade de identificar outras hipóteses, além daquelas previstas de forma expressa na lei, que igualmente possam ser qualificadas como condutas antijurídicas, violadoras de princípios jurídicos mutáveis, sensíveis e mais sintonizados com a realidade social.<sup>68</sup>

Em igual sentido, dispõem Rosenvald, Farias e Braga Netto:

O magistrado, portanto, ao analisar o caso concreto, deve, à luz da lógica do razoável, proceder a uma imersão social do exercício do direito, ponderando-

---

<sup>66</sup> CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no código civil de 2002. *In*: TEPEDINO, Gustavo. (coord.) **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 384.

<sup>67</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 3, p. 236.

<sup>68</sup> CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no código civil de 2002. *In*: TEPEDINO, Gustavo. (coord.) **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 384.

o com os demais valores atinentes ao caso e daí extraindo a norma que contemple uma convivência possível entre as situações subjetivas.<sup>69</sup>

Saliente-se, ainda, que os limites impostos pelo ordenamento são os citados no artigo 187, quais sejam, a boa-fé, os bons costumes e seu fim, seja econômico ou social, porque estes conceitos exteriorizam os valores sociais a que se submetem os direitos.

A boa-fé a que se refere o mencionado artigo é a boa-fé objetiva, que impõe deveres de lealdade e cooperação às condutas e comportamentos, e possui um sentido técnico que lhe permite uma avaliação e aplicação objetiva.

Enquanto os bons costumes devem ser interpretados conforme os padrões sociais plurais da sociedade contemporânea,<sup>70</sup> em que não se há apenas uma moral oficial, limitante e, via de regra, preconceituosa. São os “padrões razoáveis de conduta adotados pela comunidade, onde se dará o exercício do ato jurídico, aceitos pela consciência jurídica e pela ética geral.”<sup>71</sup>

E os fins econômicos ou sociais para os quais o direito foi instituído são o último parâmetro de aferição do abuso de direito, já que não mais se aceita o exercício de um direito para fins arbitrários e caprichosos, sem a satisfação de um interesse sério e legítimo. Cavalieri Filho aduz que o fim social do direito como um todo é atingir o bem comum, buscando a paz, a ordem, a solidariedade e a harmonia da coletividade.<sup>72</sup>

Seguindo o entendimento de Heloísa Carpena,<sup>73</sup> ressalta-se que, em que pese a redação do artigo 187 do CC/02 conter o vocábulo *manifestamente*, o abuso de direito não exige que a violação exceda exageradamente os limites impostos pelo ordenamento, pois qualquer violação à princípio já se posta como abusiva, independente de sua “extensão ou evidência”.<sup>74</sup>

---

<sup>69</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 3, p.204.

<sup>70</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 3, p. 251.

<sup>71</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 1, p. 152.

<sup>72</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 265.

<sup>73</sup> CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no código civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. (coord.) **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 393.

<sup>74</sup> CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no código civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. (coord.) **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 393.

Ao se analisar objetivamente a aplicação de um direito e constatado que violado qualquer um dos elementos supra aludidos, há o exercício irregular de um direito, fazendo incidir o instituto do abuso do direito, conseqüentemente expondo a ilicitude da conduta.

Outro ponto que merece ser destacado é a crítica de uma parcela minoritária de escritores acerca da classificação do abuso de direito como ato ilícito. Para Heloísa Carpena a conduta não se trata de ilícita, mas tão-somente abusiva, sendo a natureza da violação a que se referem a diferença entre estas duas espécies.<sup>75</sup>

Na concepção da distinta jurista, tanto o ato ilícito quanto o ato abusivo implicam em antijuridicidade, no entanto este pela violação de limites axiológico-materiais, enquanto aquele, lógico-formais.<sup>76</sup> A autora entende que o ato ilícito resulta da transgressão de comandos legais, e o ato abusivo, de valores. Ademais, insiste que os conceitos de ilícito e de abuso se excluem mutuamente,<sup>77</sup> e que sua equiparação ocorre erroneamente em razão da identidade de efeitos entre os dois, pois alega que ambos ensejam responsabilidade civil.

Em que pesem as razões acima apresentadas, não devem ser consideradas procedentes. Em primeiro lugar, há de se destacar que a autora coloca o ato abusivo e o ilícito no plano da antijuridicidade, que nada mais é do que o elemento objetivo dos ilícitos civis. Além disso, conforme já defendido neste estudo, os ilícitos civis podem se originar da inobservância de princípios, logo, não se mostra adequada a exclusão da ilicitude do ato abusivo em razão da natureza da violação a que se refere. Além de que o próprio Código Civil coloca o abuso de direito como ato ilícito.

Por fim, ressalta-se que o ato ilícito não possui como única eficácia a responsabilidade civil, e nem o abuso de direito, então não há de se falar em diferença dos institutos por este motivo.

---

<sup>75</sup> CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no código civil de 2002. *In*: TEPEDINO, Gustavo. (coord.) **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 381.

<sup>76</sup> CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no código civil de 2002. *In*: TEPEDINO, Gustavo. (coord.) **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 381.

<sup>77</sup> CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no código civil de 2002. *In*: TEPEDINO, Gustavo. (coord.) **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 382.

Primeiramente, o abuso de direito não exige culpa para sua configuração. Para Rosenvald, Braga Netto e de Farias a culpa seria um “adorno desnecessário”<sup>78</sup> que esvaziaria o conteúdo do instituto e o assemelharia ao ato ilícito do art. 186 do CC/02.

Igualmente, não exige dano, pois “a reprovação do ordenamento jurídico se exprime por um juízo de retribuição à própria conduta do agente, independente dos efeitos do seu comportamento.”<sup>79</sup> Por conseguinte, não há uma análise das consequências do exercício do direito pelo agente, mas do ato concreto.

Indo um pouco além, Felipe Peixoto Braga Netto propõe a classificação do abuso de direito como ilícito funcional. Esta espécie de ilícito civil decorre da adoção de uma leitura funcional dos direitos em detrimento de uma abordagem meramente estrutural e estática. Passa a se analisar o funcionamento dos direitos e sua função na sociedade.

O ilícito funcional, na concepção de Braga Netto, é aquele que decorre do exercício dos direitos (portanto são atos assegurados legalmente), formalmente corretos e em conformidade ao Direito que, no entanto, ao se concretizar termina por ofender ao Direito.

Escreve o autor:

A cada direito, conferido pelo sistema, corresponde um perfil mais ou menos nítido, que fornece as proporções de sua utilização. Se ocorre um desvio no perfil objetivo do direito, cessa a tutela e passa a haver uma situação contrária ao direito. Os padrões ético-sociais de comportamento, devidamente contextualizados, aliados às circunstâncias do caso, definirão quando uma conduta ultrapassa os limites do aceitável, timbrando-se como ilícita.<sup>80</sup>

Essa contrariedade ao direito não se dá em seu aspecto formal, eis que, a princípio, é uma faculdade jurídica concedida à parte para utilizar. O ato não é vedado pelo ordenamento,<sup>81</sup> e isso era suficiente em uma abordagem estática e estrutural do direito.

Contudo, hoje em dia não basta uma mera análise formal do exercício dos direitos, ante a criação dos chamados conceitos funcionais, que determinam que o exercício de um direito não pode ser contrário ao fim para o qual foi instituído, ou violar

---

<sup>78</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 3, p. 237.

<sup>79</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 3, p. 241.

<sup>80</sup> NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Teoria dos Ilícitos Civis**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 144.

<sup>81</sup> NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Teoria dos Ilícitos Civis**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 144.

princípios maiores, em caso de conflito.<sup>82</sup> Ressalta-se que a funcionalidade é um conceito social, podendo citar como exemplo de sua utilização a limitação do direito de propriedade à sua função social.

### 4.3 Ilícito civil de acordo com a sua eficácia

Superada a ideia de que a única consequência dos ilícitos civis é o dever de indenizar, abre-se caminho para explorar os diversos efeitos que os ilícitos podem gerar, baseando-se na classificação de Braga Netto dos ilícitos civis a partir de sua eficácia.

Conforme previamente abordado, o ilícito civil mais comum e difundido é o ilícito civil indenizante, ou indenizativo, para Marcos Bernardes, cujo efeito traduz-se na obrigação do agressor de recompor a esfera jurídica do agredido,<sup>83</sup> de indenizar ou reparar pelos danos causados.

Assim dita o art. 927 do CC/02: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”<sup>84</sup> Portanto, vemos como consagrado o efeito indenizante dos atos ilícitos, que neste caso possui o dano como requisito obrigatório.

O ilícito civil autorizante confere ao ofendido uma autorização, dada pelo sistema, para exercer um direito potestativo, caso queira, contra quem praticou o ilícito. Como exemplo temos o já citado possuidor turbado que é autorizado a manter-se por sua própria força na posse, desde que o faça imediatamente e sem excessos.

Já o ilícito civil caducificante é aquele que o efeito implica na perda de direitos ou de outras categorias de eficácia,<sup>85</sup> ou seja, na caducidade de um direito. Esse efeito é previsto pelo sistema como consequência deste tipo de ilícito, que não são atos inválidos, mas uma espécie de sanção civil. Pode ser citado como exemplo de ilícito civil caducificante o pai que perde por ato judicial o poder familiar após castigar imoderadamente o filho, nos termos do art. 1.638, I, do CC/02. Nesse caso, o castigo

---

<sup>82</sup> NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Teoria dos Ilícitos Civis**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 143

<sup>83</sup> NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Teoria dos Ilícitos Civis**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 126.

<sup>84</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 11 out. 2020.

<sup>85</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 3, p.176.

imoderado é o ato ilícito cuja sanção prevista pelo ordenamento é a perda de um direito, que é o poder familiar.

Por outro lado, o ilícito civil invalidante implica em uma sanção invalidante, seja através da declaração de não produção de efeitos, no caso da nulidade, ou por meio da desconstituição dos efeitos provisórios, na hipótese de anulabilidade.<sup>86</sup> O ordenamento jurídico prevê a invalidade, em seus diversos graus, como sanção da prática de um ato com validade comprometida, ante a contrariedade a direito de tal ato, e, conseqüente, ilicitude.

Recorda-se, ademais, que a invalidade é o segundo degrau na escada descrita por Pontes de Miranda, então, embora um ato possa ser dotado de existência, ainda assim pode ser inválido.

Atos com a validade comprometida, conforme Marcos Bernardes, são os:

[...] que infrinjam normas cogentes proibitivas e impositivas, afora os casos específicos de invalidade relativos ao sujeito (incapacidade, má-fé, quebra da equidade), ao objeto (ilicitude, imoralidade, impossibilidade e indeterminabilidade), à forma e à perfeição da manifestação da vontade (= defeitos dos atos jurídicos).<sup>87</sup>

Há ampla divergência doutrinária acerca da natureza da invalidade como sanção, no entanto, considerando que um ato inválido é praticado em desconformidade ao Direito, que é também uma das características da ilicitude, deve ser reconhecido o caráter ilícito do ato inválido, sendo que a reação prevista pelo próprio ordenamento como punição é a sanção que se manifesta através da invalidade e cuja consequência é invalidar o ato “em razão de sua natureza ilícita.”<sup>88</sup>

Para ilustrar o ilícito civil invalidante transcrevo a previsão do art. 1.649, *caput*, do CC/02: “A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.”<sup>89</sup>

<sup>86</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 3, p.176.

<sup>87</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 95.

<sup>88</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 96.

<sup>89</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 11 out. 2020.

Na hipótese elencada pelo supracitado artigo, há a prática de um determinado ato que exige a concessão da outorga conjugal, ou o suprimento judicial, para sua realização, no entanto, a ausência desses requisitos atrai a incidência do artigo 1.649, que é uma norma jurídica invalidante, acarretando como consequência a declaração de invalidade, no grau de anulabilidade.

Assim, tem-se que a prática de qualquer ato previsto no art. 1.647 do Código Civil de 2002, sem o requisito da outorga ou seu suprimento judicial, ou convalidação posterior, configura um ato ilícito, cuja sanção prevista pelo artigo 1.649 é a sua anulação.

## 5 EXERCÍCIO REGULAR OU IRREGULAR DE UM DIREITO?

Importante ressaltar neste momento que a ilicitude de uma conduta pode ser previamente excluída pelo ordenamento em algumas situações específicas, a saber, no caso dos atos praticados em legítima defesa, no exercício regular de um direito reconhecido ou em estado de necessidade, conforme inteligência do art. 188 do CC/02.

Mister destacar que mesmo uma ação abarcada por uma excludente de ilicitude pode ensejar responsabilidade civil, gerando o dever de reparar o lesado no caso de dano, conforme previsto nos arts. 929 e 930 ambos do Código Civil, que trata da obrigação de indenizar decorrente de dano causado em estado de necessidade que não exclui o dever de reparar, sem prejuízo de outras sanções.

A excludente de ilicitude civil que nos interessa no presente estudo é a do exercício regular de um direito. Evidentemente, o exercício regular de um direito não implica em contrariedade ao direito, visto que é uma ação baseada no próprio direito e realizada de maneira regular, ou seja, respeitando o raio de ação e o exercício do direito.<sup>90</sup>

Caso ocorra o exercício irregular de um direito, estaremos diante do já abordado abuso de direito. Mas como definir quando uma conduta se trata de exercício regular de um direito ou exercício abusivo e irregular? Farias, Rosenvald e

---

<sup>90</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 3, p. 202.

Braga Netto<sup>91</sup> respondem que “será circunstancial e dependerá dos respectivos contextos a definição da regularidade ou não do exercício.”<sup>92</sup>

Diante do exposto, passa a se questionar se há situações em que a recusa injustificada da outorga conjugal pode ser considerada exercício irregular de um direito, e, por conseguinte, ilícito.

Inicia-se pelo exame do artigo 1.648 do atual Código Civil brasileiro, que prevê o suprimento judicial na hipótese de a vênua conjugal ser negada sem justo motivo. Pode-se observar nesse ponto uma semelhança inicial com o exercício irregular de um direito, eis que, *a priori*, a recusa também é assegurada por lei e conforme o direito.

Ademais, há de se perceber que o próprio artigo 1.648 já prevê os limites para o exercício do direito de recusar a outorga, qual seja, a presença de justo motivo. Outrossim, apenas o exame realizado no caso concreto pelo juiz afere se a recusa de concessão de outorga se deu por um motivo justo ou injusto, e, neste último caso, caberá ao juiz suprir a vontade.

Prosseguindo na análise do que seria um motivo justo, levantou-se dados jurisprudenciais para análise dos casos concretos que levaram o Poder Judiciário suprir a outorga não concedida por um dos cônjuges, uma vez que a recusa foi considerada sem justo motivo, nos termos do art. 1.648 do Código Civil brasileiro.

Foi realizado o exame de decisões proferidas em segunda instância pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e Tribunal de Justiça de Minas Gerais, pois são os Tribunais Estaduais com o maior número de demandas do país, conforme informação do relatório Justiça em Números 2020 confeccionado pelo Conselho Nacional de Justiça,<sup>93</sup> conferindo uma maior base de dados para apuração.

Ressalva-se, no entanto, que as ações de suprimento judicial de outorga conjugal são ações de Direito de Família e, portanto, são comumente abrangidas por segredo de justiça. Assim, restringiu-se a análise às ementas disponibilizadas no *site* dos próprios Tribunais.

---

<sup>91</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 3.

<sup>92</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 3, p.202.

<sup>93</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020: ano-base 2019**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2021.

Ademais, deve se pontuar que, assim como o termo poder familiar substituiu a expressão pátrio poder em razão de ser menos discriminatório e privilegiar a igualdade de gêneros, o mesmo vem ocorrendo a passos lentos quanto à expressão outorga conjugal e outorga uxória. Porém, tendo em vista o amplo uso nos tribunais da expressão outorga uxória, esta foi usada como palavra-chave na pesquisa.

Dessa maneira, utilizou-se como parâmetros de pesquisa para o levantamento dos dados no sítio eletrônico dos Tribunais as palavras-chave “outorga uxória” e “suprimento judicial”, “outorga conjugal” e “suprimento judicial”, além de “suprimento de outorga uxória”, e o recorte temporal foi de janeiro de 2011 até abril de 2021, já que ações deste tipo não são tão comuns.

Ao se pesquisar as palavras-chave na forma supramencionada foram disponibilizados 74 resultados, em seguida procedeu-se à exclusão dos resultados repetidos, além da exclusão de ações que versavam sobre anulação de ato praticado sem outorga e outros tipos de ações que não a de suprimento judicial.

Por fim, foram desconsiderados para o presente estudo os recursos que atacavam outros pontos que não a justiça ou injustiça do motivo da recusa, os não conhecidos, bem como as ações extintas sem resolução de mérito e as de suprimento judicial por impossibilidade de concessão.

Assim, restaram 14 decisões válidas de suprimento judicial, sendo 10 delas por reconhecer a injustiça da recusa e conceder o suprimento judicial, e 4 por reconhecer a recusa como justa e julgar o pedido de suprimento judicial como improcedente.

As recusas justas se deveram, em um caso pelo fato de o cônjuge a quem cabia conceder a outorga não ter tido acesso ao documento que dependia de sua assinatura, em outro caso que o bem não era particular do cônjuge negociante, mas comum ao patrimônio do casal, pelo que sua venda poderia causar prejuízo ao cônjuge recalcitrante e, por fim, dois casos por estar ocorrendo separação judicial, devendo ser preservado o patrimônio do casal até a partilha com o fito de preservar a meação.

Já os motivos injustos tiveram como causa, geralmente, o capricho e arbítrio da parte a quem cabia conceder a outorga, já que a recusa foi motivada unicamente pelo desejo de atrapalhar os negócios do cônjuge negociante. Houve seis casos de que os bens e direitos eram particulares, exclusivos, do cônjuge que pleiteou o suprimento da vontade e não implicavam em prejuízo ao outro cônjuge.

Além disso, houve dois casos de que a assinatura não foi dada sob a alegação de que o cônjuge que requereu o suprimento devia alimentos, um caso em que se aduziu erro e lesão, um caso que se alegou desconhecimento do negócio, e, finalmente, um caso em que a recusa ocorreu no momento em que surgiram os problemas conjugais. Um dos casos que alegou o débito alimentar foi também de que o bem era exclusivo do cônjuge, por isso foram onze motivos no total para dez casos.

Outrossim, como já abordado pela doutrina e pelo presente estudo, nota-se que a injustiça da recusa se deveu principalmente a casos em que não havia dilapidação do patrimônio do casal ou prejuízo à entidade familiar, com a recusa contrariando frontalmente a autonomia privada do cônjuge que pretendia a prática de algum dos atos listados no art. 1.647 do CC/02 e a finalidade do instituto da vênua conjugal.

Ao passo que a recusa justa seguiu o objetivo do instituto da outorga conjugal, que é proteger o patrimônio familiar, exceto no caso em que o cônjuge a quem cabia conceder outorga não foi permitido o acesso ao documento que dependia de sua assinatura, eis que caracteriza ignorância que é um defeito do negócio jurídico caracterizado pelo “total desconhecimento do declarante a respeito das circunstâncias do negócio.”<sup>94</sup>

Portanto, o justo motivo se deu, em sua maioria, quando a concessão da outorga poderia implicar em risco à manutenção da segurança econômica familiar, nesses casos houve o cumprimento da função da outorga conjugal e do direito de recusar a concessão da autorização conjugal.

Conclui-se que o limite para caracterizar a negativa como justa ou injusta é a exposição da segurança econômica familiar, ou seja, se a negativa tem fundamento objetivo num risco à garantia financeira da família, estaremos diante de um justo motivo para a recusa. Enquanto a recusa injusta ocorre quando não há risco à segurança patrimonial familiar e se deve na maioria das vezes a condutas com fins caprichosos e arbitrários, sem a satisfação de um interesse sério e legítimo, o que representa exatamente a violação do fim social para qual o direito de recusar a concessão da outorga conjugal foi instituído.

Há um excesso no exercício do direito de recusa, já que não cumpre o fim social de proteger objetivamente o patrimônio familiar, a injustiça se dá em violação do fim

---

<sup>94</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 6, p. 416.

social do direito da negativa, pelo que nasce a contrariedade ao direito, que é o requisito objetivo do ilícito civil.

Ressalta-se que a contrariedade a direito é mais ampla que a ilicitude, já que a ilicitude exige antijuridicidade e imputabilidade. Contudo, o elemento subjetivo, imputabilidade, é evidente nesses casos, pois de outra forma seria o caso de suprimento judicial pela impossibilidade de conceder a vênua conjugal, já que o cônjuge recalcitrante deve possuir capacidade para exprimir sua vontade de recusar.

Assim, temos como presentes os elementos que compõe o ilícito civil na negativa injusta da outorga conjugal. Ademais, como já abordado, o ilícito civil não possui necessariamente como consequência o dever de indenizar, sendo um pouco ousado, pode se afirmar que a negativa da outorga possui como consequência o suprimento da vontade pelo juiz, já que o suprimento judicial somente ocorre dentro de um processo judicial em que se declara que a negativa não possui motivo justo.

Mediante o exposto, afigura-se possível, em alguns casos, a caracterização da negativa da outorga suprida judicialmente como ilícito civil, na figura do exercício irregular e abusivo do direito de recusar a concedê-la. Porque o suprimento judicial ocorre no caso de recusa sem justo motivo, assim, a negativa é praticada desconformidade com o sentido teleológico em que se funda o direito de recusar a outorga, que é a garantia da segurança econômica familiar, fazendo com que o injusto motivo de recusa possa ser considerado antijurídico, e aliado à imputabilidade, seja o ato considerado ilícito.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa iniciou-se do aprofundamento do estudo dos ilícitos civis, tendo como objetivo compreender se a negativa da outorga conjugal suprida judicialmente poderia ser caracterizada como ilícito civil.

Para tanto, explorou-se o instituto da outorga conjugal, na busca de se compreender seu conceito, funções e sua finalidade de garantia da segurança econômica familiar. Ademais, se analisou a relação do instituto da autorização conjugal com o campo da validade, e como sua ausência implica em anulabilidade do ato ou negócio jurídico executado sem o devido assentimento. Bem como, se analisou a figura do suprimento judicial.

Em seguida, foi abordado o ilícito civil dentro da teoria dos fatos jurídicos, pelo que se demonstrou ser ele uma espécie de fato jurídico importante. Após, tratou-se do caráter aberto do Direito Civil, decorrente dos fenômenos da Constitucionalização do Direito Civil e da descodificação civil, o que permite a compreensão do ilícito civil pelo critério dos tipos abertos, assim, ele não decorreria apenas da violação de regras positivadas, mas também da violação de princípios e outras normas jurídicas.

Constatou-se, ainda, que o ilícito civil não se resumia às figuras do ilícito civil clássico indenizante e do abuso de direito, além de não possuir como único efeito possível a responsabilidade civil e o dever de indenizar. Percebeu-se que o ilícito civil possui como dois requisitos básicos a contrariedade ao direito e a imputabilidade e possivelmente infinitos efeitos.

Em seguida, ao se analisar a figura do suprimento judicial na jurisprudência, pôde-se verificar os limites para se considerar uma negativa justa ou injusta, quais sejam, seria justa quando baseada em um fundamento objetivo em que há risco à segurança econômica da família e injusta quando não baseada nesse risco.

De modo que se evidenciou que a recusa injusta, comprovada nos autos da ação de suprimento judicial, excede o limite do direito de recusa, pois praticado em desacordo com a finalidade do instituto que é a proteção do patrimônio familiar, traduzindo-se em um ato que excede ao fim do direito posto que implica em antijuridicidade pelo exercício irregular de um direito.

Assim, quando há uma recusa sem justo motivo, há antijuridicidade, o que somado ao elemento da imputabilidade gera um ilícito civil, por conseguinte, se pode concluir que a recusa injusta pode também ser ilícita.

Diante de todo o exposto, sob a luz da teoria dos ilícitos civis desenvolvida por Felipe Peixoto Braga Netto, é possível afirmar que a recusa de concessão de outorga conjugal sem motivo justo pode ser classificada como ilícito civil na modalidade de abuso de direito, eis que a negativa injusta viola os fins sociais do direito instituído, por não pretender a manutenção do patrimônio familiar, implicando em contrariedade a direito, que em conjunto à imputabilidade, compõe o ilícito civil.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2012.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; ALMEIDA, Juliana Evangelista. A exigibilidade da autorização conjugal para alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis. *In*: POLI, Leonardo Macedo; JOSÉ, Fernanda São (orgs.) **Direito Civil na Contemporaneidade**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. v. 3. p. 63-76.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 31, n. 121, p. 233-243, jan./mar. 1994.

AMARO, Fernanda Pereira. A alteração unilateral do contrato de trabalho nas relações trabalhistas privadas e na relação entre servidor público e estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 238, p. 175-194, out./dez. 2004.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 332**. A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2008]. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012\\_28\\_capSumula332.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_28_capSumula332.pdf). Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 333**. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1964]. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4022>.

Acesso em: 14 abr. 2021.

CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no código civil de 2002. *In*: TEPEDINO, Gustavo. (coord.) **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 377-396.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020: ano-base 2019**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 3.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 6.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 1.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Teoria dos Ilícitos Cíveis**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito de família**. 28. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 5.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 5.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos de direito civil – Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 6.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família e sucessões**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020. v. 5.