

DANIELA TAVARES ROSA MARCACINI

O ABUSO DO DIREITO

Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais

PUC - SP
São Paulo
2006

DANIELA TAVARES ROSA MARCACINI

O ABUSO DO DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito na área de Relações Sociais, sob a orientação da Profa. Dra. Regina Vera Villas Boas.

PUC - SP
São Paulo
2006

BANCA EXAMINADORA

RESUMO

Essa dissertação resulta do interesse em pesquisar a concepção do Abuso de Direito; tema polêmico, que tem sido estudado por diversas correntes filosófico-ideológicas que se dedicam incansavelmente a encontrar a prática mais acertada no campo jurídico.

Mediante tais fatos, a fim de investigarmos mais a fundo a temática escolhida, optamos pela metodologia de pesquisa não estruturada de caráter exploratório que permite ao pesquisador obter melhor compreensão do contexto em que o tema da pesquisa encontra-se inserido.

Como veremos, por tudo o que foi exposto, não há como não concluirmos que o abuso do direito não tenha origem no individualismo do ser humano – no aspecto mais egoístico – pois suas raízes remontam à própria existência da humanidade.

Também não seria exagero afirmarmos que no dia em que o abuso do direito deixar de ser objeto de controvérsias jurídicas, a humanidade terá galgado um nível evolutivo tão elevado que o próprio direito será o sinônimo do justo, na acepção mais ampla da palavra; a justiça será consequência do convívio social, não necessitando mais ser imposta ao homem através de leis e regras de convivência.

Portanto, levando em conta que a discussão de uma questão tão fascinante jamais poderia ser esgotada, realizamos esta investigação como forma de assinalar que o Abuso do Direito sempre será de suma importância no que se refere aos direitos da sociedade.

Palavras-chaves: Abuso do Direito, Legislação, Atos Abusivos.

ABSTRACT

This dissertation is the result of the interest in investigating the Rights' Abuse conception; polemic subject, studied by several philosophic and ideologic currents which seek, with tireless devotion, the best practice in the juridical field.

By means of these facts, and in order to deepen the investigation of the chosen topic, we selected the non structured research methodology of exploring character which allows the researcher obtain a better context comprehension in which is inserted the research subject.

As we shall observe, through all the exposed, there is no way for us not to conclude that Rights' Abuse is originated by human being's individualism - in its most selfish aspect - once its roots begin from the proper human existence.

It is also not exaggerated to affirm that on the day when Rights' Abuse cease to be the object of juridical controversies, humanity will have reached such a high evolutive level that the proper right will become the synonym of just, in the widest meaning of the word; justice will be the consequence of social relationship, not needing to be imposed to man by means of laws and convival rules.

Therefore, taking in consideration that the discussion of such a fascinating question will never be exhausted, we effect this investigation as a manner to specify that the Rights' Abuse will always continue to be of utmost importance when related to society rights.

Keywords: Rights' Abuse, Legislation, Abusive Acts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. ASPECTOS HISTÓRICOS	11
1.1. Direito Romano.....	11
1.2. Direito Muçulmano.....	14
1.3. Direito Medieval.....	15
1.4. Direito Moderno.....	17
1.5. Direito Brasileiro.....	21
2. A EVOLUÇÃO DO TEMA NAS LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS	27
3. A POSIÇÃO DOUTRINÁRIA	32
3.1. Os Primeiros Embates Doutrinários.....	32
3.2. A Logomaquia de Marcel Planiol.....	33
3.3. A Contestação de Josserand.....	35
3.4. A Tese do Conflito de Direitos.....	38
3.5. A posição de Warat.....	39
3.6. A posição de Rotondi.....	40
3.7. A posição de Dabin.....	41
3.8. A Teoria Melhor Aplicada.....	42
4. FUNDAMENTOS PARA A TEORIZAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO	44
4.1. Direito Subjetivo.....	44
4.2. Boa-Fé.....	49
4.2.1. Boa-fé objetiva e subjetiva.....	51
4.3. Má-Fé.....	54
4.4. Ato Ilícito.....	56
4.5. Responsabilidade Civil.....	60

4.5.1. O código civil de 1916.....	63
4.6. Tipificação das Responsabilidades.....	63
5. CONCEITO.....	65
5.1. Nomenclatura.....	66
5.2. As Contradições do Termo.....	71
5.3. Categoria Autônoma.....	79
6. TEORIAS – CRITÉRIOS FIXADORES.....	86
6.1. Teoria Subjetivista.....	87
6.2. Teoria Objetivista.....	91
6.3. Teoria Mista ou Eclética.....	94
7. O ABUSO DO DIREITO NO CÓDIGO CIVIL VIGENTE.....	98
8. O ABUSO DO DIREITO E OS PROBLEMAS DA VIDA MODERNA.....	110
8.1. O Abuso do Direito no Campo Contratual.....	112
8.1.1. Pré-contrato.....	112
8.1.2. Contratos de adesão.....	115
8.1.3. Execução do contrato.....	117
8.2. Relações de Consumo.....	117
8.3. Direito de Família.....	118
8.4. Relações de Trabalho.....	121
8.5. Internet.....	122
8.6. Direito Processual.....	122
8.7. Direito de Propriedade.....	124
8.8. A Evolução do Conceito de Abuso do Direito em Face da Necessidade de Controle Social nos Tempos Atuais.....	125
9. A VISÃO DA JURISPRUDÊNCIA.....	131

CONCLUSÃO.....	137
BIBLIOGRAFIA.....	140

INTRODUÇÃO

Levando em conta que o abuso do direito é um tema tão polêmico quanto antigo, sendo várias as correntes filosófico-ideológicas que se dedicaram a encontrar a prática mais acertada no campo jurídico, apesar de não ser nossa pretensão esgotar a discussão, pois acreditamos que tal tarefa não seja possível, tentamos a partir deste estudo, tratar o assunto com a devida relevância que merece.

Como veremos, os códigos modernos delinearam um sistema de Direito Civil clássico, assentado em bases da liberdade individual contra o Estado, levando o homem revestido do status de sujeito de direito a encontrar o expediente técnico e ideológico no direito subjetivo, a fim de precaver-se contra investidas externas da ordem liberal.

Como decorrência desse contorno individualista, foram criadas situações injustas onde o poder da vontade atribuído a um titular passou a ser exercido em detrimento de outro, ou ainda, como no caso clássico da construção de uma chaminé em seu imóvel para criar um empecilho para o vizinho, como a obstrução da claridade, por exemplo.

Foram situações como estas que, apresentadas nos tribunais, delineadas na origem jurisprudencial do abuso do direito, resgataram um princípio que havia lançado suas raízes entre os romanos, afeto aos sistemas de caráter individualista, revelando-se como instrumento flexível para abrandar os rigores do texto legislativo em casos concretos.

O fato, porém, é que as resistências de um sistema individualista passaram a permear o pensamento jurídico sobre o abuso do direito, fazendo com que correntes subjetivistas e objetivistas se interessassem em buscar um critério capaz de determinar o ato abusivo.

Sendo assim, ao decidirmos deslindar os pontos de vista significativos, condizentes ao tema proposto, no decorrer deste estudo, abordamos teorias e critérios fixadores, bem como, aspectos sobre a evolução do abuso do direito nas legislações estrangeira e brasileira.

No caso do Brasil, a discussão se encontra detalhada em capítulo próprio, dedicado ao Código Civil Vigente; na relação dos problemas da vida moderna com o abuso do direito em situações concretas, bem como, ao tratar da evolução do conceito em face da necessidade de controle social em tempos modernos.

No decorrer da presente pesquisa, também observamos que enquanto alguns juristas consideram o abuso do direito como instituto que nega o direito, outros, discordam claramente, ao afirmarem que o abuso do direito deve ser considerado como o exercício, pelo seu titular de um direito subjetivo fora de seus limites.

Por fim, como veremos, enquanto em alguns países, a legislação prevê expressamente a proibição ao abuso do direito, em outros, chega, algumas vezes, a culminar num impasse, ao reconhecer a existência sociológica do fenômeno do abuso, ao mesmo tempo em que confessa a impotência da ciência jurídica para disciplinar, reprimir e prevenir a categoria dos atos abusivos.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS

Especialistas têm se debruçado sobre a teoria do abuso do direito enquanto instrumento hábil para ensejar a responsabilização civil, de modo a detectar a existência de uma linha tênue entre o exercício de um direito e o exercício abusivo deste mesmo direito.

Pelo fato de ser uma questão meramente ética, a quantificação e a mensuração, ainda que não sejam impossíveis, são de difícil enquadramento.

Isso nos leva aos ensinamentos de Leedsônia Albuquerque (2002), quando revela que a teoria do abuso de direito foi “transplantada do direito privado para o direito processual, visando impedir que este servisse de instrumento para prejudicar a outrem, impossibilitando que fossem atingidas as finalidades que visava”.¹

1.1. Direito Romano

Apesar das divergências quanto à origem histórica do abuso do direito, não podemos ignorar que mesmo que os romanos não tenham conhecido a terminologia jurídica do conceito, e sua figura não tenha sido teorizada por aquele povo, ao menos do ponto de vista doutrinário, era conhecido.

A opinião mais defendida é que no direito romano já existia uma teoria geral do abuso do direito, ou, pelo menos, o seu germen, segundo Alvaro Lima (1960), está consubstanciada na frase de Gaio (inst. I, 53): *Male enim nostro jure uti non debemus* (na verdade, não devemos usar mal o nosso direito). Isto, também, pode ser atestado pela afirmação de Ulpiano:

¹ ALBUQUERQUE, Leedsônia Campos Ranieri de. *O abuso do direito no processo de conhecimento*, São Paulo: LTr, 2002, p. 17.

“juris praecepta haec sunt honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere” (os preceitos do Direito são estes: viver honestamente, não prejudicar a ninguém e dar a cada um o que é seu).²

Alvino Lima (1960) entende que existem outras máximas utilizadas pelos romanos que mostram que a concepção do abuso do direito não é exatamente nova, perdendo-se suas origens no direito clássico romano, conforme atesta a frase de Cícero: *“summum jus, summa injuria”* (supremo de justiça, suprema injustiça)³.

Segundo Inácio de Carvalho Neto (2005):

Não há dúvida de que os romanos não elaboraram uma teoria sobre o abuso do direito. Aliás, os romanos eram infensos às teorias, só estabelecendo soluções casuísticas conforme as situações práticas que iam aparecendo⁴.

Esse *modus operandi* dos romanos se refletiu na questão do abuso do direito, tanto que sentiam intuitivamente a necessidade de proibir o abuso do direito, muito embora não tenham se preocupado em formular seus princípios. Assim, “a figura do abuso do direito, se não chegou a ser teorizada pelos romanos, pelo menos foi conhecida do ponto de vista doutrinário”.⁵

Pedro Baptista Martins (1997), em sua obra pioneira no Brasil, cuja primeira edição é de 1935, afirmou que os romanos não construíram uma teoria de abuso do direito, já que era um povo rude. A formação de seu direito obedeceu às necessidades práticas da vida, sendo notório que seus

² LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, p. 209.

³ Idem, p. 209.

⁴ CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do direito*, Curitiba: Juruá, 2005, p. 25.

⁵ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*, Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 422.

jurisconsultos não se preocupavam, em regra, com as generalizações.⁶

Existem alguns casos concretos em que a teoria do abuso do direito era utilizada, como, por exemplo, na proibição do proprietário demolir sua casa para vender os materiais. Por isso, podemos afirmar, sem chance de erro, que os romanos não desconheciam completamente a teoria do abuso do direito, já que se utilizaram dela em determinados casos concretos.

Outro exemplo é a perda da propriedade quando o titular se recusava a prestar caução de dano infecto; ou ainda, na legislação imperial, as proibições de se manterem ocultas as terras e de se manterem os latifúndios.

Pontes de Miranda (1966) aponta outros indícios da percepção da relatividade dos direitos subjetivos em Ulpiano (L.1, §12) onde lemos que “o proprietário pode abrir sulcos no seu prédio, prejudicando as fontes do vizinho, mas se o faz para melhorar o seu e não com ânimo de prejudicar o outro” e em Paulo (L.2, §9) onde temos que “havendo inundação, se as obras do proprietário do prédio invadido ofenderem ao do vizinho, não terá esse a ação *aquae pluviae arcenda*; salvo se feitas, não para impedir danos ao seu prédio, e sim para lesar o outro”.⁷

Ante as contradições de textos, que ora apontam para o absolutismo do direito, consagradores do poder e da liberdade do indivíduo, ora consagradores dos princípios da relatividade dos direitos, podemos perceber que a doutrina romana não é pacífica.

⁶ MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do direito e o ato ilícito*. 3ª ed. Atualizador: José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 15.

⁷ MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado: direito das obrigações*. Tomo 53, Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, pp. 58/59.

Sobre o assunto, Leedsônia Albuquerque (2002) também entende que prevalece a tese de que no direito romano já havia uma teoria geral do abuso do direito⁸.

Ao seu turno Alvino Lima (1960) revela que a *Teoria da Aemulatio* abrangente dos atos praticados com ânimo de emulação robustamente provado, é advinda do direito romano, sendo posteriormente desenvolvida pelo direito medieval e “estendendo-se, ao admitir uma série de presunções diretas para a busca do *animus aemulandi*, incluindo-se entre os atos emulativos, os que apresentassem um mínimo interesse relativamente ao ato que se desejava impedir”.⁹

1.2. Direito Muçulmano

Com base em Carvalho Neto (2005), podemos afirmar que as origens do abuso do direito encontram-se assentadas no Direito Canônico, ainda que também possamos detectar indícios de que esta teoria tenha sido desenvolvida com anterioridade pelos jurisconsultos muçulmanos.¹⁰

Apesar da construção da doutrina do abuso do direito ter surgido entre o final do século XIX e princípio do século XX, sua tradição histórica não pode ser dimensionada com precisão, levando eminentes juristas a aventar a hipótese de que suas raízes estejam, realmente, em tempos remotos. No entanto, esta tese não encontra unanimidade.

⁸ ALBUQUERQUE, Leedsônia Campos Ranieri de. *O abuso do direito no processo de conhecimento*. São Paulo: LTr, 2002, p. 19.

⁹ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, pp. 209/210.

¹⁰ CARVALHO NETO, Inácio. de. *Abuso do direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 27.

Segundo Leedsônia Albuquerque (2002), é necessário transcender no tempo para situar o seu natural desaguamento no direito processual civil, tendo em vista que, “o corpo dessa doutrina apresenta seus primeiros traços anteriormente ao direito romano, na civilização muçulmana, há mais de cinco séculos, sob um fundamento religioso arraigado nas regras do direito e da moral”.¹¹

No que tange ao direito de litigar, recomendava-se não demandar o adversário somente com o fim de absorver consciente e injustamente uma parte de seus bens. Leedsônia Albuquerque (2002) indica que:

Dois eram os grandes princípios informadores da religião muçulmana no seu aspecto jurídico: o predomínio da idéia de caridade, sobre a de simples justiça; e o condicionamento da legalidade dos atos à circunstância de que deles resultasse mais bem do que mal. Um povo que assim pensava não podia deixar de preceder os outros na gestação da moderna teoria do abuso do direito¹².

Portanto, concluímos, por exemplo, que pelas leis do Alcorão, o livro sagrado dos muçulmanos, as deixas dos testamentos não teriam validade se fossem inspiradas pelo desejo de prejudicar os parentes.

De acordo com esse pensamento, podemos dizer que as primeiras idéias sobre o abuso do direito vieram da civilização mulçumana.

1.3. Direito Medieval

Alguns autores defendem a tese de que a teoria do abuso de direito tem sua origem no Direito Medieval, observada através dos atos

¹¹ ALBUQUERQUE, Leedsônia Campos Ranieri de. *O abuso do direito no processo de conhecimento*. São Paulo: LTr, 2002, pp. 17/18.

¹² Idem, p. 18.

emulativos (*aemulatio*), os quais podem ser entendidos como atos praticados pelo indivíduo com a intenção deliberada de causar prejuízos a terceiros, ainda que esses atos emulativos não resultassem em proveito próprio dos infratores.

Pedro Baptista Martins (1997) entende que o termo *aemulatio* foi desenvolvido na idade média, tendo suas origens no direito romano, ao aplicá-lo às questões relativas ao uso das águas, sendo posteriormente estendida às relações de vizinhança.¹³

Com base em narrativas históricas que nos chegam através de escritos, sabemos que o período medieval favorecia o ambiente da emulação, seja através de brigas, rixas ou altercações, uma vez que a presença do Estado ainda não era tão evidente como hoje. Todas as formas de polêmicas a sociedade medieval conheceu, como não podia deixar de acontecer numa época de considerável atrofia do Estado.

Esta é a essência da emulação que fez com que os juristas, pela primeira vez, tomassem conhecimento do problema: o exercício de um direito prejudicando um terceiro, ou seja, o direito como elemento de emulação.

Em relação aos atos emulativos, estes eram observados, nos tempos medievais ao que hoje nos referimos, principalmente às relações imanentes ao direito da propriedade. Isso nos leva a Carvalho Neto (2005), para quem a doutrina medieval da ilicitude dos atos de emulação consiste:

(...) no precedente imediato da teoria do abuso do direito (...) aquele praticado pelo proprietário ou pelo vizinho com o objetivo exclusivo de prejudicar terceiros. (...) a freqüente prática de atos dessa natureza, tornou necessária a limitação

¹³ MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 16.

do exercício dos direitos subjetivos no âmbito dos limites estabelecidos por sua própria finalidade social e econômica.¹⁴

Mediante tais fatos, fica claro que foi em decorrência dos atos de emulação que a relativização do direito subjetivo de propriedade passou a ser questionada, uma vez que até então, este direito era compreendido de forma absoluta. Ademais, através da relativização teve início o império da função social dos direitos. A *aemulatio* foi base e precedente da teoria do abuso do direito nos tempos modernos. Nas decisões dos tribunais franceses do século XIX e XX, encontramos um largo uso da idéia de emulação, ao se delinear a teoria do abuso do direito.

1.4. Direito Moderno

Com a chegada da idade moderna, uma nova ordem jurídica surge, na qual era necessário ultrapassar os problemas que a Idade Média impôs ao desenvolvimento sócio-econômico.

Com base em Alvino Lima (1960), o primeiro texto legislativo moderno que proibiu o abuso do direito foi o Código Civil da Prússia, de 1794, nos parágrafos 36 e 37, além dos parágrafos 27 e 28 do Capítulo VIII, 1ª parte, relativo à propriedade.¹⁵

Nesse texto, a restrição ao abuso do direito estava inserida de forma clara e definida, amparada por um princípio genérico, porém, extensivo a todos os direitos em geral.

Eduardo Jordão (2006) corrobora tal tese, ao afirmar que o código prussiano reprimia o “exercício irregular do direito”, ao estabelecer, entre outras coisas, que o cidadão que exercesse o seu direito no interior de seus

¹⁴ CARVALHO NETO, Inácio. de. *Abuso do direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 26.

¹⁵ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, pp. 210/211.

próprios limites não estaria obrigado a reparar o dano que resultasse para outro, devendo repará-lo se, entre os diversos meios de exercer o seu direito, exercesse o mais danoso, com a intenção de prejudicar.¹⁶

Entretanto, com o início do liberalismo, a teoria do abuso do direito estacionou, dando lugar ao individualismo, podendo-se dizer, até mesmo, que ela regrediu. Um exemplo é o Código de Napoleão de 1804, que assentou a idéia dos direitos absolutos, totalmente contrária à noção de abuso do direito, conforme explica Alvino Lima (1960):

O direito é um poder que promana da lei, como vontade geral, ou da vontade particular, nas suas múltiplas manifestações em atos jurídicos. Exercê-lo em toda a sua amplitude, ainda que se lesem terceiros, é uma prerrogativa amparada por lei. A sociedade é a soma dos indivíduos justapostos e a proteção da pessoa forma o conteúdo da noção do direito. Existiam, porém, dispositivos esparsos proibindo a prática de atos emulativos, mas relegados a uma posição relativa frente aos textos que conservavam os princípios absolutistas e os tornavam suficientes por si só. Coube à jurisprudência insurgir contra a rigidez desses princípios individualistas, consagrando os princípios relativistas do direito sustentados na teoria moderna do abuso do direito, ultrapassando a doutrina da 'aemulatio' para estender sua compreensão à coordenação do exercício do direito, quando o seu titular não tenha legítimo interesse na ação, desviando o direito de sua finalidade social e econômica¹⁷.

Assim, quanto às Cortes Francesas, embora seus arestos não se referissem explicitamente ao abuso do direito, já aplicavam alguns preceitos da teoria superveniente.

¹⁶ JORDÃO, Eduardo F. *Abuso de direito*. Salvador: Podivm, 2006, p. 60.

¹⁷ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. Op. cit., pp. 211/212.

Os tribunais franceses nos mostraram ainda alguns casos famosos onde o abuso do direito foi julgado tendo a aplicação positiva da teoria, embora não se referindo expressamente à doutrina, porém com a aplicação efetiva da fórmula.

Inácio de Carvalho Neto (2005) relata um caso datado de 1848, onde os tribunais franceses decidiram ser passível de responsabilidade um proprietário ribeirinho que desviara as águas para, a fim de reparar a sua, paralisar a usina do vizinho.¹⁸

Também são claros exemplos de abuso do direito os famosos casos julgados pelas Corte de Colmar (datado de 1855) e de Compañia, que ficou conhecido como caso Clement-Bayard (datado de 1913).

No caso de Colmar havia uma falsa chaminé muito alta construída pelo proprietário sem qualquer utilidade, cujo objetivo era simplesmente fazer sombra à casa do vizinho; este recorreu à justiça para cessar o prejuízo invocando o abuso do direito e o tribunal decidiu que embora o proprietário tivesse o direito absoluto de usar e abusar da coisa, o exercício deste direito, entretanto, como de qualquer outro, deveria ter como limite a satisfação de um interesse sério e legítimo¹⁹.

No caso Clement-Bayard havia um proprietário rural, vizinho de um hangar onde um fabricante de dirigíveis guardava seus aparelhos, que decidiu construir grandes armaduras de madeira, elevadas como sua casa, e hastes de ferro, a fim de dificultar o acesso aos dirigíveis.

Segundo Carvalho Neto (2005):

O critério utilizado pelos franceses para a identificação do

¹⁸ CARVALHO NETO, Inácio. de. *Abuso do direito*. Curitiba: Juruá, 2005, pp. 31/32.

¹⁹ AMARAL, Francisco. *O projeto de código civil*. Rio de Janeiro: Revista Brasileira de Direito Comparado, nº 16, Rio de Janeiro, 1º semestre de 1999, p. 199.

abuso do direito é a anti-sociabilidade do seu exercício. No caso Colmar acima citado, a Corte afirmou expressamente que o exercício do proprietário, assim como o exercício de todo outro direito deveria ter por limite a satisfação de um interesse sério e legítimo²⁰.

Por sua vez, Eduardo Jordão (2006) assevera que tais decisões não guardavam referência explicitamente à noção de abuso do direito, mesmo que tenham sido prolatadas numa época em que a teoria começava a ganhar corpo na doutrina francesa, e conclui:

Em relação ao caso Clement-Bayard, cuja decisão só foi prolatada em 1915, a despeito da expressão referência ao “*abus du droit*” não há como conferir-lhe qualquer primazia, como fazem alguns autores. A esta altura, além de já ter sido tema de inúmeros trabalhos doutrinários, a noção de relatividade dos direitos subjetivos já se encontrava positivada em diversos ordenamentos jurídicos, como é o caso dos códigos civis alemão (1896) e suíço (1904), por exemplo, além de constar, ainda que obliquamente, do art. 160, I, do projeto do Código Civil Brasileiro que viria a ser adotado no ano seguinte²¹.

Portanto, podemos verificar que, no direito moderno, apesar do surgimento inicial das idéias individualistas, foi o período o qual germinou a teoria do abuso do direito com os princípios hoje consagrados.

²⁰ CARVALHO NETO, Inácio. de. *Abuso do direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 33.

²¹ JORDÃO, Eduardo F. *Abuso de direito*. Salvador: Podivm, 2006, pp. 60/61.

1.5. Direito Brasileiro

Ao tratar do direito brasileiro, Pontes de Miranda (1981) revela que nos primeiros séculos, o país viveu sob o sistema das capitanias hereditárias com base em três planos de simetria: o rei, os senhores territoriais ou capitães-mores e os colonos ou sesmeiros.²²

Com a independência proclamada em 1822, se estatuiu que vigorassem no Império as Ordenações Filipinas, Leis e, Decretos promulgados pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, enquanto não se organizasse um novo Código ou não fossem especialmente alterados.

O Antigo Código Civil Brasileiro foi um estatuto elaborado no meio do século XIX, para ser posto em vigor no século XX, portanto, foi o produto de uma época, contando com uma formação eclética, sob influências do Direito francês e da técnica do Código Civil alemão.

Projetado por Clóvis Beviláqua, em 1889 e, aprovado em janeiro de 1916 para entrar em vigor no dia 1º de janeiro de 1917, surgiu o sistema normativo identificado com a ideologia dominante, isto é, um capitalismo colonial no campo das relações civis.

Nesse sentido, a perspectiva jurídica encontrada no Brasil, a partir de 1917, passou a traduzir com perfeição o espírito da época, ignorando o homem concreto, de carne, sujeito às debilidades, presa de necessidades e esmagado por forças econômicas. É por isso que Rosalice Fidalgo Pinheiro (2002), ao falar do Código Civil anterior, relata o seguinte:

Em nossa codificação há um espírito oitocentista, ao se delinear um sistema dotado de pretensão de completude ou

²²MIRANDA, F. C. Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 162.

plenitude legislativa. Mas neste aspecto, ela apresenta a originalidade de ter se mantido imune à influência do Código Napoleônico, cabendo investigar a razão desta imunidade²³.

Houve uma reação tardia às idéias individualistas no Código Civil de 1916, que estava carregado da “presença” da Idade Média em tempos modernos, traduzido nas Ordenações trazidas de Portugal, que, mesmo depois de proclamada a independência do Brasil, continuava a vigorar entre nós.

As mudanças sociais e econômicas pelas quais o Brasil passou, não foram incorporadas na lei, pois havia por parte dos legisladores a preocupação de dar ao país um sistema de normas jurídicas do direito privado, consoante com as aspirações de uma sociedade, cujo interesse era afirmar a excelência do regime capitalista de produção.

Essa imunidade do nosso Código de 1916 fez com que a transposição de um Direito vigente em Portugal, como as Ordenações, conferisse ao Direito brasileiro uma origem legislativa, traduzida por um centralismo jurídico habituando-nos a pensar o ordenamento jurídico como um ato de autoridade.

Do mesmo modo que ocorreu com os grandes modelos de codificação, o Código Civil Brasileiro de 1916 não resistiu às transformações sociais e econômicas engendradas no país, sugerindo, então, construções teóricas, como a do abuso do direito.

Assim, no nosso direito anterior ao Código de 1916, não se tinha notícia de qualquer dispositivo legal que apontasse para a teoria do abuso do direito nos moldes como conhecemos hoje.

²³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 282/283.

Apesar de o Código Civil de 1916 não tratar expressamente da teoria do abuso do direito a exemplo de outros países, o art. 160, inciso I, dispunha que não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

Além disso, alguns juristas entendem que o Código Civil de 1916 referia-se ao abuso do direito de modo “indireto e singular”, ou ainda que a *contrario sensu* apresentava obscuramente a fórmula repressora.

Segundo Heloísa Carpena (2003), a redação do art. 160 revelava, a *contrario sensu*, que os atos praticados no exercício irregular de um direito são ilícitos, equiparando, portanto, os dois institutos para responsabilizar o titular pelos danos causados a terceiros. Assim, “de forma quase clandestina, sem nem ao menos receber do legislador sua denominação, penetrou a teoria no ordenamento jurídico brasileiro”²⁴.

Isto quer dizer que, ao resguardar o exercício normal de um direito ou o exercício regular de um direito, o antigo Código pressupunha a existência de um exercício anormal ou irregular de um direito, admitindo, portanto, o abuso no exercício de um direito, embora não se utilizasse desta expressão.

Nessa interpretação pontuada pelos juristas brasileiros, a teoria do abuso do direito desenvolveu-se nos moldes que já se passara em sede comparada, aliando-se em sua concepção o exercício irregular de um direito, e um ato ilícito. Seguindo este raciocínio, Heloísa Carpena (2003) entende que a lei brasileira não fazia referência ao elemento ético, não distinguindo o abusivo do ilícito, pois a interpretação da norma tornava claro o sujeito que pratica um ato de forma irregular, anormal e abusiva, atua sem direito.²⁵

²⁴ CARPENA, Heloisa. *O abuso do direito no código civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*. In Parte Geral do Novo Código Civil. Coordenador: Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 385.

²⁵ Idem, p. 385.

Por outro lado, Clóvis Beviláqua (1936), ao comentar o art. 160 do Código Civil de 1916, afirmou que:

A evolução do direito se tem operado no sentido do maior desenvolvimento e acentuação de seus intuitos ethicos, e correspondente redução dos seus elementos egoísticos. A sociologia, compreendendo-o como força moral destinada a manter o equilíbrio das energias sociaes em acção, contribuiu fortemente, para a solução do problema do abuso do direito. Se a função do direito é manter em equilíbrio os elementos sociaes collidentes, desvirtuar-se-á, mentirá ao seu destino, quando se exaggerar, no seu exercício, a ponto de se tornar um princípio de desharmonia²⁶.

Da mesma forma se tentou ver no art. 100 do antigo Código Civil, uma fonte legal de obrigação por atos abusivos, mas existem autores que salientam que tal disposição teria por fim exclusivo restringir o conceito legal de coação e que não se poderia estender a todas as formas de ofensa ou violação de direitos de terceiros²⁷.

Com relação a outras leis, na concepção de Leedsônia Albuquerque (2002), o atual Código de Processo Civil Brasileiro não recorreu aos vícios do ato jurídico visionados no direito civil, como dolo, coação, simulação, fraude, etc., mas optou por dar maior relevância ao dever de veracidade, evitando assim o legislador apresentar uma definição genérica do abuso do direito processual. Optou por dar maior relevo ao dever de veracidade, “estendendo seu âmbito de aplicação para a conduta, não só das partes, mas de todos os que intervêm na relação processual (partes, juiz,

²⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. Código civil dos estados unidos do brasil comentado. 5ª ed. v. I. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1936, p. 425.

²⁷ MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 93.

Ministério Público, auxiliares, testemunhas)".²⁸

Denotamos, ainda, que o princípio da probidade é ínsito ao processo, encontrando-se nas concepções antigas que vieram informando a doutrina do abuso, transformando-a em teoria, fruto desabrochado das tendências antiindividualistas da ordem jurídica contemporânea, fundada no princípio da solidariedade (social e jurídica), em substituição ao tradicional conceito de liberdade, que fundava os direitos subjetivos²⁹.

O legislador brasileiro evitou apresentar uma definição genérica do abuso do direito processual, alargando o alcance do princípio de probidade para proibir diversos tipos de conduta aos envolvidos no processo que, se praticadas, configuram a litigância de má-fé.

Há outras disposições que tratam do abuso do direito, tais como os arts. 554, 572, 875 do Código Civil de 1916; o art. 875 da CLT; e os arts. 16, 17, 18, 22, 69, 161, 574, 601, 811, I a IV, todos do CPC, além das leis que repousam seus princípios na teoria do abuso do direito, tal como aquela que regula a locação de imóveis; a lei de proteção à propriedade comercial; o Código de Defesa do Consumidor (art. 28, sobre desconsideração da personalidade jurídica).

A omissão de nosso legislador durou quase que um século, até que culminou com entrada em vigor do Código Civil de 2002, que acolheu expressamente a Teoria do Abuso do Direito, embora não tenha trazido a sua denominação.

²⁸ ALBUQUERQUE, Leedsônia Campos Ranieri de *O abuso do direito no processo de conhecimento*. São Paulo: LTr, 2002, pp. 26/27.

²⁹ *Idem*, p. 27.

A nova redação, inspirada no Código Civil Português, acolhe e sintetiza as diferentes concepções do abuso do direito, impondo limites éticos ao exercício dos direitos subjetivos e de outras prerrogativas individuais.

Assim dispõe o art. 187 do Código Civil:

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.

Nos ocuparemos adiante em discorrer mais detidamente sobre o abuso do direito no Código Civil Pátrio de 2002.

2. A EVOLUÇÃO DO TEMA NAS LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS

Com já dissemos no item anterior, foi na Idade Moderna que a concepção atual de abuso do direito surgiu, tanto com a jurisprudência francesa, como também com o aparecimento de novas leis e codificações que tratavam do tema.

Assim, o Direito moderno erigiu-se segundo dois códigos: O Código Civil Francês de 1804 (Código de Napoleão) e o BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) alemão de 1900. Tais códigos serviram aos interesses de uma única e mesma classe.

O Código de Napoleão, segundo Francisco Amaral (1999), foi elaborado no auge do absolutismo moderno, representando o triunfo do individualismo liberal, expresso no caráter absoluto do direito de propriedade e no princípio da liberdade contratual que afirma ser o contrato lei entre as partes.³⁰

Assim, o abuso do direito surge como uma reação a esse individualismo exacerbado, sendo as decisões da jurisprudência francesa, proferidas no final do século XIX, um marco inicial dessa teoria. Tais decisões já foram citadas e discutidas no item anterior.

O Código de Napoleão não tinha qualquer dispositivo legal capaz de abarcar o abuso do direito, de acordo com Pedro Baptista Martins (1997), mas o art. 1382, que consagra a regra geral da responsabilidade civil, serviu para que surgisse a idéia da nova teoria.³¹

³⁰ AMARAL, Francisco. *O projeto de código civil*. Revista Brasileira de Direito Comparado. n° 16. Rio de Janeiro, 1º semestre de 1999, p. 118.

³¹ MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 34.

Assim dispõe o art. 1382: “Todo fato qualquer de um homem, que cause a outro um dano, obriga-o, em razão do erro pelo qual aconteceu, a repará-lo”.

No caso da Alemanha, no Código Civil não tem uma normativa expressa sobre o abuso do direito, mas podemos aplicá-lo através de um princípio geral enunciado no § 226. Neste dispositivo vemos um desenvolvimento da doutrina da *aemulatio*, que tem um caráter combativo.

Dispõe o § 226: “Não é permitido o exercício de um direito que não tem outro fim senão causar dano a outrem”.

Este dispositivo é uma regra que nos satisfaz à primeira vista, mas que se tornará provavelmente de aplicação difícil, já que o juiz será obrigado a perscrutar as consciências, a conhecer e pesar os motivos.

Pontes de Miranda (1981), analisando também o § 226 do BGB, assim interpreta tal dispositivo:

a) para aplicação do § 226 não basta a atribuição de propósito subjetivo, é preciso que o juiz reconheça, pelas circunstâncias, que, objetivamente, não se poderia admitir outro fim à ação exercida.

b) se o exercício tem diferentes afins, não pode ser aplicado o § 226, por não haver a exclusividade a que se refere o BGB³².

Podemos encontrar outros dispositivos do Código Alemão que abarcam os princípios do abuso do direito, como por exemplo: § 138 (que declara nulos os atos jurídicos que por si mesmos suponham atentados aos

³² MIRANDA, F. C. Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 162.

bons costumes); § 157 (que proclama o princípio de lealdade e confiança recíprocos, devendo-se interpretar os atos segundo os usos admitidos no comércio); § 242 (que estabelece que o devedor está obrigado a efetuar prestação com vistas às exigências da lealdade e da boa-fé, conforme o costume do comércio); o § 826 (que obriga a reparação ao que, exercendo um direito subjetivo ou uma simples faculdade legal, cause dano a outrem de maneira que supõe atentado aos bons costumes); e o atualmente revogado §1354 (que permite à mulher deixar de acatar a decisão do marido se esta decisão resultar de um abuso de seu direito, cessando a obrigação de um dos cônjuges à vida comum quando a exigência do outro configurar abuso).

No que concerne ao direito italiano, o Código Civil de 1865 surgiu para fazer referência ao abuso do direito no art. 436, ao citar o exercício das faculdades do domínio, delimitando o conteúdo do gozo e disposição da própria coisa, contanto que não se faça dela um uso vedado pelas leis ou pelos regulamentos³³.

Já o Código Civil italiano de 1942 não traz qualquer cláusula geral que condene o ato abusivo. Não há qualquer norma expressa que contemple o abuso do direito. Há apenas o art. 833, afirmando que o proprietário não pode praticar ou causar moléstias a outros.

Na mesma linha do BGB alemão, é a legislação austríaca, cujo art. 1295 do Código Civil obriga ao que, com desprezo aos bons costumes e com evidente intenção de prejudicar ocasiona dano a outro, gera a reparação do prejuízo³⁴.

³³ CARVALHO NETO, Inácio. de. *Abuso do direito*. Curitiba: Juruá, 2005, pp. 33/34.

³⁴ SCISÍNIO, Alaôr Eduardo. *As maiores acionárias e o abuso do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 87.

Entre a legislação francesa e a alemã, temos o Código Civil Suíço, de 1907 que, segundo Colin e Capitant, condena o abuso do direito no artigo 2º, onde deduz que o princípio da boa-fé constitui o ponto de partida para a investigação do conteúdo de um direito, de modo que o motivo legítimo inspirador seja a consequência concreta desta cláusula geral³⁵.

Sendo assim, no direito suíço, basta que o abuso se manifeste para que se lhe aplique a sanção legal, sem que seja necessário detectar a intenção exclusiva de prejuízo a outrem, tampouco que ela seja preponderante, ou mesmo ausente, no caso de negligência frívola.

Clóvis Beviláqua (1936) afirma que a legislação suíça não exige a intenção de prejudicar exclusiva ou não, caracterizando o abuso do direito pela má-fé no seu exercício.³⁶

Ao analisar o tema, Carvalho Neto (2005) afirma que o Código Civil russo é o que deu melhor tratamento à questão do abuso do direito, pois em seu art. 1º declara que “os direitos civis são tutelados pela lei, salvo os casos em que os mesmos se exercitem em oposição com seu destino econômico-social”.³⁷

Em outras palavras, o Código Civil russo passou a ser consagrado por Carvalho Neto (2005), graças ao seu critério que é, ao mesmo tempo, social e teleológico, cabendo ao juiz não atender tanto ao imóvel que impulsionou o agente a atuar, “mas a direção que obrigou o seu direito, já que este não é manifestação da autonomia do indivíduo, senão melhor sua faculdade como membro de um grupo social”.³⁸

³⁵ COLIN, Ambroise e CAPITANT, Henri. *Cour élémentaire de droit civil français*. Paris: Dalloz, 1948, p. 233.

³⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos estados unidos do Brasil comentado*. 5ª ed. v. I. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1936, p. 426.

³⁷ CARVALHO NETO, Inácio. de. *Abuso do direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 35.

³⁸ Idem, p. 36.

Já na jurisprudência de Portugal a matéria do abuso do direito sempre foi escassa e acidental. O primeiro acórdão que expressou claramente essa doutrina foi o da Relação de Coimbra, de 26 de maio de 1928, quando um proprietário de uma chaminé foi condenado a elevá-la em mais de metro e meio para não prejudicar o vizinho.

Por outro lado, o Código Civil Português de 1966 apresentou um artigo próprio para o abuso do direito. O art. 334 dispõe que: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Quanto ao direito argentino, seu Código Civil, inicialmente, não acolheu a teoria do abuso do direito, que foi desenvolvida pela jurisprudência. Contudo, na reforma de 1968, pela Lei 17.711, foi acrescentada uma disposição ao art. 1.071, a fim de garantir que a lei não ampare o exercício abusivo dos direitos, acrescentando que: “... Considerar-se-á tal o que contrarie os fins que aquela teve mira ao reconhecê-los ou o que exceda os limites impostos pela boa-fé, a moral e os bons costumes”. Sobre o tema, Carvalho Neto (2005) esclarece que no direito positivo argentino:

A aceitação legal do princípio segundo o qual não pode abusar-se dos direitos tem dupla importância. Por um lado, é essencial eliminar as discordâncias entre a lei e a jurisprudência, para evitar o descrédito e a falta de respeito pela primeira. Por outra parte, é também essencial estampar o princípio na lei, em razão do valor docente desta. Deve ficar claro que a lei não protege a malícia nem a conduta repugnante à boa-fé ou aos bem entendidos interesses da comunidade³⁹.

³⁹ CARVALHO NETO, Inácio. de. *Abuso do direito*. Op. cit., p. 37.

3. A POSIÇÃO DOUTRINÁRIA

Ao tratar das legislações estrangeiras, Eduardo Jordão (2006) nos ensina que a doutrina francesa elaborou a teoria do abuso do direito, impulsionada pela necessidade de apresentar alguma construção doutrinária, a fim de normatizar os dispositivos utilizados por alguns indivíduos, que se valiam dos postulados da ciência jurídica para realizar atos cujo único objetivo era causar danos aos outros.⁴⁰

O que nos parece constituir um óbice para essa normatização é que a favor dos abusadores atuava um direito subjetivo, que lhes permitia realizar tais atos que prejudicavam a outrem.

A construção científica com o objetivo de determinar as razões pelas quais os atos abusivos deveriam ser juridicamente sancionados, ao menos à primeira vista, não possibilitava como reputar sem qualquer razão o abusador que pretendia escusar-se da reprimenda jurídica.

Conforme explanamos, parecia totalmente ilógico, reprimir a prática de um ato permitido pela lei, pois tal paradoxo trazia consigo a seguinte questão: qual a razão de se reprimir os atos abusivos se há direito subjetivo a realizá-los? E, ainda, em que elemento jurídico se funda esta repressão? É isso que veremos a seguir.

3.1. Os Primeiros Embates Doutrinários

No início do século XX deu-se um grande debate doutrinário, de modo a demonstrar as incoerências das primeiras elaborações da teoria do abuso do direito. Em vista disso, muitos países e diversos legisladores passaram a debruçar-se sobre o tema a fim de reelaborá-lo, para que

⁴⁰ JORDÃO, Eduardo F. *Abuso de direito*. Salvador: Podivm, 2006, p. 65.

houvesse uma melhor interpretação da doutrina.

O assentamento da teoria do abuso do direito não é fácil, assim como também não é simples a busca de seu conceito, pois sua formulação envolve a busca de sua posição dentro de um sistema jurídico e a pesquisa do critério que deve caracterizá-lo.

De qualquer forma, o que nos parece consciencioso é que após essa reconstrução - mesmo depois do aprimoramento das teses supervenientes que superaram em muito as formulações iniciais - as respostas concedidas para a questão ainda não conseguiram ser totalmente satisfatórias.

3.2. A Logomaquia de Marcel Planiol

Os primeiros trabalhos sobre o abuso do direito realizados na França, ainda no final do século XIX, mais do que desenvolver uma teoria coerente e sólida necessitava apresentar algumas considerações doutrinárias, a fim de subsidiar teoricamente as decisões aplicadas na noção do abuso do direito. De acordo com Eduardo Jordão (2006):

Foi de Marcel Planiol (1930), a voz a apontar a primeira contradição na teoria. Este professor francês advertiu que a própria idéia de “abuso de um direito” era inconsistente, por não serem conciliáveis os nomes “abuso” e “direito”. Ou seja, o termo “abuso do direito” constituiria uma *contradictio in adjecto*. Não seria possível exercer irregularmente um direito: ou bem se o exercia da forma que se permitia, ou já não se estaria fazendo o uso de um direito⁴¹.

⁴¹ JORDÃO, Eduardo F. *Abuso de direito*. Op. cit., pp. 66/67.

Carvalho Neto (2005) corrobora as palavras de Eduardo Jordão, lembrando que a tese da logomaquia formulada por Planiol, jamais deixou de ser invocada ou reproduzida na teoria do abuso do direito, seja para sustentá-la, seja para combatê-la⁴².

Entretanto, o que parece não ter ficado claro na tese de Planiol (1929) é que ele mesmo sendo absolutamente favorável à repressão aos atos abusivos entendia que estes vinham sendo reprimidos pela jurisprudência sob a rubrica de “abuso do direito”, quando deveriam sê-lo sob o simples argumento da ilicitude, afinal, não se tratava ali de exercício de qualquer direito. Em suas palavras:

Fala-se facilmente do uso abusivo de um direito, como se essas duas palavras tivessem um sentido claro e preciso. Mas é necessário não nos iludirmos: o direito cessa onde começa o abuso, e não pode haver uso abusivo de um direito qualquer, porque um mesmo ato não pode ser a um só tempo conforme e contrário ao direito⁴³.

Apesar de, aparentemente tratar-se de uma idiosincrasia do tratadista francês, no fundo, todos poderiam concordar sobre a idéia como sendo justa, principalmente, quando levarmos em conta que o “uso abusivo de um direito” pode ser traduzido como “um ato praticado sem direito”.

Mediante tais fatos, Planiol (1907), no clássico “*Tratado de Direito Civil*”, nos esclarece o seguinte:

Negar o uso abusivo dos direitos não é tentar fazer passar por permitidos os variados atos danosos que a jurisprudência reprimiu; é apenas fazer essa observação que todo ato abusivo, pelo só fato de ser ilícito, não é exercício de um

⁴² CARVALHO NETO, Inácio. de. *Abuso do direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 47.

⁴³ PLANIOL, Marcel. *Précis de droit civil*. Tomo I. 3ª ed. Paris: Dalloz, 1929, pp. 297/298.

direito, e que o abuso de direito não constitui uma categoria jurídica distinta do ato ilícito (...) No fundo, todo mundo está de acordo; apenas lá onde uns dizem “há uso abusivo de um direito”, os outros dizem “há um ato realizado sem direito”⁴⁴.

A tese de Marcel Planiol considera haver uma contradição na expressão abuso de direito, tendo em vista que não seria possível se falar simultaneamente em ato conforme e contrário ao direito. Portanto, ou se exercitaria o direito e o ato seria lícito ou se abusaria dele e assim estar-se-ia praticando um ilícito.

A crítica a essa teoria teve supedâneo na negação à contradição defendida por Planiol. Dessa maneira, sustenta-se a possibilidade de um ato ser, a um só tempo, conforme a um direito determinado e contrário ao direito considerado em sua generalidade e objetividade, como conjunto de regras sociais obrigatórias.

Muitos outros juristas franceses dedicaram-se ao tema do abuso do direito, dentre eles: René Demogue (1924) que escreveu que Planiol criticava com razão a expressão, uma vez que não poderia haver uso abusivo se o mesmo ato está conforme e contrário ao direito.⁴⁵

Portanto, foi justamente com arrimo na crítica da tese de Planiol, que surgiram as primeiras correntes afirmativistas.

3.3. A Contestação de Josserand

A teoria sustentada por Louis Josserand encontra-se calcada no postulado de que o titular de qualquer direito apenas pode utilizar-se de suas prerrogativas caso elas não estejam em desconformidade com os interesses

⁴⁴ PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 4^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1907, p. 281.

⁴⁵ DEMOGUE, René. *Traité des obligations en general*. Paris: Arthur Rousseau, 1924, p. 358.

vitais da coletividade. Dessa forma, o verdadeiro critério do abuso do direito só pode ser extraído do desvio do direito em relação ao seu verdadeiro espírito, ou seja, de sua finalidade ou função social, seja a mesma econômica ou moral, egoísta ou desinteressada.

O jurista francês Louis Josserand foi de encontro à teoria de Planiol, pois acreditava que seu colega havia incorrido num erro grave, qual seja, o de fazer uma confusão verbal entre as duas acepções bem conhecidas da palavra direito: direito objetivo e direito subjetivo.

Josserand acreditava que um ato conforme ao direito subjetivo poderia estar em desacordo com o direito objetivo, ao considerar sua totalidade, de acordo com a experiência jurisprudencial. Portanto, Josserand (1939) contestou a teoria de Planiol, ao esclarecer que:

Há Direito e direito: o ato abusivo é simplesmente aquele que, realizado em virtude de um direito subjetivo cujos limites são respeitados, é, no entanto, contrário ao direito visto em seu todo e, enquanto juridicidade, vale dizer, enquanto corpo de regras sociais obrigatórias. Pode-se perfeitamente ter para si tal direito determinado e, no entanto, ter contra si o Direito inteiro⁴⁶.

Ao seu turno, Leedsônia Albuquerque (2002) ressalta que as discussões sobre a noção do abuso do direito sempre gravitaram em torno da pesquisa sobre se ela estaria enquadrada na teoria da responsabilidade – da qual é um dos ramos –, ou se essa noção ultrapassava aqueles quadros para formar uma regulamentação jurídica autônoma.⁴⁷

⁴⁶ JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*. 3ª ed. Paris: Sirey, 1939, p. 255.

⁴⁷ ALBUQUERQUE, Leedsônia Campos Ranieri de. *O abuso do direito no processo de conhecimento*. São Paulo: LTr, 2002, p. 49.

É importante frisar que praticamente todos os diversos juristas debatedores, e entre eles o eminente professor Planiol, não faziam objeção ao instituto, e sim à denominação que se lhe deu - o que muitas vezes gerou confusão e críticas à posição “individualista e alheia à realidade social”, especialmente em relação a Planiol.

Lembra-nos ainda que a teoria de Emmanuel Levy autorizava o julgador constatar se o direito estava sendo exercido de acordo com as previsões orientadas pelo interesse geral, pelos usos e pela razão determinante da criação da norma jurídica; em outras palavras, se o exercício do direito fazia alusão à confiança necessária para a coexistência no meio em que se o exercia. Ainda, sobre a discussão acerca da teoria do abuso do direito, Leedsônia Albuquerque (2002) complementa que devem ser levadas em conta as de:

Josserand (1905), que distinguiu, com felicidade, no abuso do direito, a conformidade do ato com o direito subjetivo, e a sua desconformidade com o direito objetivo; Beudant, que determinou o abuso pela negligência ou imprudência aferida pelo critério de um homem diligente que, em tais condições teria agido por modo diverso; Marc Desserteau (1906), que determinou a linha limítrofe entre o exercício normal e o abuso, pelo conflito dos direitos em choque⁴⁸.

Enfim, sobre o tema, apesar de Duffau-Lagarosse, apud Pedro Baptista Martins (1997), ter sugerido a mudança do termo “abuso do direito” para “ato abusivo oculto sob a aparência de exercício do direito”, reconheceu que se trata de uma expressão por demais longa.⁴⁹

⁴⁸ ALBUQUERQUE, Leedsônia Campos Ranieri de. *O abuso do direito no processo de conhecimento*. Op. cit., p. 51.

⁴⁹ MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 27.

3.4. A Tese do Conflito de Direitos

Ao abordar a posição de Desserteau, Carvalho Neto (2005) adverte que, influenciado pela doutrina de Planiol, o jurista francês propôs que se substituísse a expressão “abuso do direito” por “conflito de direitos”, posição esta contraditada por Demogue, tendo em vista que tal expressão também não fugiria à reprovação da contradição, “porque a lei não pode admitir dois direitos inconciliáveis”.⁵⁰

Eduardo Jordão (2006) alega que a teoria de Desserteau partiu da idéia de que o sujeito, ao exercer o seu direito, deveria cuidar para não causar danos ou violar direitos alheios; se isso sucedesse, deveria haver uma ponderação a respeito de qual dos direitos – o direito exercido ou o direito violado – teria maior relevância social.⁵¹

O questionamento básico desta tese é o que vem a ser socialmente mais desejável: que o sujeito exerça o seu direito, como o fez, ou que repare o dano causado. Quanto a isso, conforme Eduardo Jordão (2006):

A frase recorrente entre os autores que defendem essa concepção do abuso do direito é o dito popular “meu direito termina onde começa o do próximo”. O exemplo clássico é o da fábrica instalada legal e regularmente, cuja fumaça causa doenças ou prejuízos aos habitantes de área residencial próxima⁵².

Sendo assim, precisamos ter claro que o exercício de um direito, como regra, causa danos a terceiros. Além disso, exercitar um direito, quase sempre é submeter um interesse alheio ao seu próprio interesse.

⁵⁰ CARVALHO NETO, Inácio. de. *Abuso do direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 48.

⁵¹ JORDÃO, Eduardo F. *Abuso de direito*. Salvador: Podivm, 2006, p. 72.

⁵² Idem, p. 72.

De outra parte, deve ser lembrado que o dano: (a) não é pressuposto da ilicitude (e nem do abuso), (b) é necessário, mas não é suficiente à ocorrência da responsabilidade e ao surgimento do dever de indenizar. No caso clássico da fábrica poluidora, não há necessidade de reparar pelo simples fato de que a atividade industrial causa danos. Se o referido estabelecimento cumprir todas as determinações legais e estiver atuando com o legítimo interesse de produzir bens e gerar riquezas, o ato é perfeitamente lícito⁵³.

Para finalizar, Maria Helena Diniz (2002) assevera que não podemos responsabilizar civilmente pelo exercício regular do direito seu, enquanto se estiver dentro da ordem jurídica, mesmo que um terceiro venha a sofrer prejuízo sem ter sido parte na ação, uma vez que o interesse legítimo é sempre excludente de toda e qualquer responsabilidade.⁵⁴

3.5. A posição de Warat

Segundo Luis Alberto Warat (1969), o fato de serem juridicamente lícitos e, contrários à moral ou à consciência social de justiça, faz com que haja um conflito entre os sistemas normativos e os atos abusivos.⁵⁵

Warat revela que o abuso encontra-se intimamente ligado à idéia do destino dos direitos, cuja compreensão, socialmente indispensável, é assegurada por limites concretos traçados nos instrumentos da lei e, por fronteiras menos aparentes, deduzidos da função social e das várias prerrogativas jurídicas mediante a investigação de um motivo legítimo.

⁵³ JORDÃO, Eduardo F. *Abuso de direito*. Op. cit., p. 74.

⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18ª ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 463.

⁵⁵ WARAT, Luis Alberto. *Abuso del derecho y lagunas de la ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969, p. 138.

Enfim, Warat (1969) ensina que o abuso do direito pode ser resumido com base em três requisitos, a saber:

(1) A presença de uma determinada permissão no ordenamento jurídico para realizar ou deixar de realizar uma conduta, e não de uma conduta genericamente permitida.

(2) Uma “normatividade espontânea”, espécie de valorização social oposta ao direito, pois para existir a configuração do abuso deve existir uma forte pressão social para atingir status legal.

(3) O uso da figura por parte do julgador, uma vez que só podemos falar em abuso do direito após a decisão judicial, nunca antes dela; no caso dos atos ilícitos o juiz simplesmente constata a existência da ilicitude através da aplicação de uma norma jurídica, enquanto que no caso de ato abusivo ele cria a ilicitude do ato⁵⁶.

3.6. A posição de Rotondi

Mário Rotondi (1979) tem uma posição bastante semelhante à de Warat, ao mesclar elementos históricos e sociológicos a fim de fundamentar a repressão aos atos abusivos, além de apontar a questão temporal como peculiaridade de sua teoria. O eminente jurista italiano afirma que o conflito não consiste na existência de um ato que seja contemporaneamente lícito e ilícito, exercício de direito e ato antijurídico, mas “à nova consciência jurídica do povo que se rebela contra o exercício de um tal direito que lhe parece em estridente contraste com a moral ou com a equidade”⁵⁷.

⁵⁶ WARAT, Luis Alberto. *Abuso del derecho y lagunas de la ley*. Op. cit., pp. 66/68.

⁵⁷ ROTONDI, Mario. *L'abuso del diritto – “aemulatio”*. Padova: CEDAM, 1979, pp. 23/24.

Ele considerava o abuso de direito como uma categoria metajurídica, ou seja, um fenômeno que só existe de fato, mas não no plano do direito constituído. Segundo a idéia de Rotondi (1979), seria papel da doutrina e da jurisprudência alertar ao legislador para a necessidade da criação de novas disposições que albergassem o abuso do direito. Não competia ao intérprete ou ao Magistrado substituir o legislador no preenchimento de tal lacuna legislativa⁵⁸.

Em outras palavras, o abuso do direito não é um conceito jurídico, e sim um fenômeno social daqueles que o direito jamais poderá disciplinar em todas as suas aplicações imprevisíveis: é um estado de ânimo e a avaliação ética de um período de transição.

A crítica formulada contra a teoria de Rotondi dá conta que este propugnou tão somente a impotência da ciência jurídica para disciplinar seja de forma preventiva ou repressiva, a categoria dos atos abusivos. Ou seja, Rotondi reconheceu a existência sociológica do fenômeno do abuso, constatou que as relações sociais estão fartas em exemplos de exercício de direitos de forma contrária ao interesse jurídico coletivo e negou que o direito pudesse considerar a figura do abuso sem a modificação da própria lei.

3.7. A posição de Dabin

O francês Jean Dabin defende a idéia de que um ato não deve ser igual ao direito subjetivo e, tampouco, contrário ao direito objetivo.

Professor da Faculdade de Lyon, Dabin (1952) contesta a idéia de Josserand, considerando-a uma antinomia, alegando que para além da legitimidade jurídica existe a legitimidade moral. Em suas palavras: “o uso de um direito legal se torna um abuso deste direito legal quando dele é feito uso contrário à moralidade. O *summum jus* do direito positivo se torna então a

⁵⁸ ROTONDI, Mario. *L'abuso del diritto – “aemulatio”*. Padova: CEDAM, 1979, p. 24.

*summa injuria da moral*⁵⁹.

Para finalizar, a tese de Dabin (1952) deixa claro que em se acolhendo a noção do abuso, “o direito legal se abre sobre a moralidade, que o areja e o humaniza”, criando uma via de mão dupla, pois ao mesmo tempo em que o direito se moraliza, a moral se “juridifica”.⁶⁰

3.8. A Teoria melhor aplicada

Uma outra teoria que nos prontificamos a analisar corresponde à concepção do ato abusivo como aquele onde o sujeito excede os limites ao exercício do direito, sendo tais limites determinados pelos fundamentos axiológicos. Dúvidas não restam que esta seria a teoria mais consentânea à doutrina do abuso do direito, visto que revela a preocupação assente do operador do direito em limitar o exercício do direito subjetivo aos seus fundamentos axiológico-normativos.

Fernando Augusto Cunha de Sá (1997) assim entende:

O abuso do direito não pode ser encarado em termos formalistas, pois em certa e determinada situação podemos descobrir concordância com a estrutura formal de um dado direito subjetivo e, simultaneamente, discordância, desvio, oposição, ao próprio valor jurídico que daquele comportamento faz um direito subjetivo. Neste encobrir, consciente ou inconscientemente, a violação material do fundamento axiológico de certo direito com o preenchimento da estrutura formal do mesmo direito é que reside o cerne do abuso de direito⁶¹.

⁵⁹ DABIN, J. *Le droit subjectif*. Paris: Dalloz, 1952, p. 295.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ SÁ, F. A. Cunha de. *Abuso do direito*. Lisboa: Almedina, 1997, p. 456.

Não há, portanto, um enorme distanciamento entre as teorias que procuram justificar o abuso do direito, tendo em conta que o legítimo interesse apenas desaparece em razão do caráter imoral da intenção do titular do direito subjetivo, ou ainda da deturpação dos fins éticos, sociais e econômicos do direito.

Assim, é com base na combinação dos postulados da teoria de Josserand, e desta por nós analisada, que podemos abstrair a construção do conceito do abuso do direito. É conveniente frisar quão árdua é a missão de encontrar tal conceito, pois, essa tarefa vem provocando constantes inquietações em toda a doutrina mundial, principalmente, em razão da variedade de teorias que buscam afirmar este tema tão palpitante que estamos trabalhando.

4. FUNDAMENTOS PARA A TEORIZAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO

Em meio às diversas construções científicas que se delineiam em torno do tema abuso do direito, algumas cogitam sua existência, ao mesmo tempo em que outras deixam de lado este tipo de indagação para ater-se aos fundamentos utilizados em sua determinação.

4.1. Direito Subjetivo

De acordo com Carvalho Neto (2005), para compreendermos o tema do direito subjetivo, é mister entendermos qual a noção precisa deste.

Para tanto, apesar da figura do abuso do direito não ser exclusivamente relativa aos direitos objetivos, não podemos esquecer que a vinculação do direito subjetivo com o abuso é estreita.

Na concepção de Alberto Trabuchi (1977), o direito subjetivo é constituído de um poder atribuído à vontade do sujeito, com garantia do ordenamento jurídico, a fim de obter a satisfação dos interesses próprios, sendo dois os seus elementos constitutivos: o interesse e a vontade.⁶²

Sobre o assunto, Carvalho Neto (2005) afirma que o direito subjetivo é a expressão de liberdade: “o seu exercício vem tradicionalmente considerado como a explicação de um poder que é garantido ao sujeito independentemente do escopo e da avaliação do seu interesse”.⁶³

Cunha de Sá (1997) elenca três hipóteses em que o comportamento do titular do direito subjetivo se enquadra:

⁶² TRABUCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto privato*. 22ª ed. Padova: CEDAM, 1977, pp. 47/48.

⁶³ CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 21.

(1) Tal comportamento está em conformidade tanto com a estrutura do direito subjetivo exercido, ou seja, com a sua forma, quanto com o valor normativo que lhe está inerente (e nesse caso, estamos diante de um exercício regular e legítimo do direito).

(2) O comportamento do titular preenche na sua materialidade *in actu*, a forma do direito subjetivo que pretendemos exercer, porém, do mesmo modo, rebela-se contra o sentido normativo interno desse direito, ou seja, é contrário ao valor que lhe serve de fundamento jurídico.

(3) O comportamento do titular é, logo em si mesmo, contrário ou disforme da estrutura jurídico-formal do direito subjetivo em causa⁶⁴.

Ao tratar do tema, Rosalice Pinheiro (2002) esclarece que o direito subjetivo revela-se como um instrumento técnico, pois o homem tem a possibilidade de participar das mais variadas relações políticas por meio dele. Por outro lado, ele se transforma num instrumento ideológico por manter viva a idéia de liberdade dentro da sociedade, o que implica vantagens econômicas. Em suas palavras:

Dessa noção de direito subjetivo, resulta que todo indivíduo tem uma esfera de liberdade. No entanto, o homem não vive isolado, ao contrário do que pretendeu fazer pensar o individualismo, tomando-o como autônomo e destacado da sociedade. Em verdade, vive-se em uma coletividade, o que impõe a necessidade de estabelecer limites à esfera de atuação de cada indivíduo; isto ocorre até mesmo para permitir que cada um possa desfrutar de sua liberdade. Portanto, embora pareça um tanto contraditório, a liberdade

⁶⁴ SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. Lisboa: Almedina, 1997, pp. 465/466.

pressupõe limites⁶⁵.

Em vista disso, em um primeiro momento caberá ao legislador estabelecer tais limites. Contudo, o que dificulta o estabelecimento desses limites é o fato de não ser possível prevermos em normas, todas as situações apresentadas. Nessa situação, surge a teoria do abuso do direito, com o fim de estabelecer o limite à esfera de liberdade de cada indivíduo, representada pelo direito subjetivo.

Segundo Eduardo Jordão (2006), uma das primeiras teorias explicativas do direito subjetivo é a que considera como um poder conferido pelo direito objetivo à vontade de um determinado sujeito.⁶⁶

Também Jean Dabin (1952) manifesta-se sobre o instituto afirmando que o direito subjetivo aparece como um poder da vontade, e que dentro dos limites deste poder, a vontade do indivíduo reina com o consentimento de todos. Essa regra determinante assinala a cada indivíduo um domínio, onde a vontade deste, independente de toda vontade estrangeira, reina.⁶⁷

Agora, com muita propriedade, Maria Helena Diniz (2005) nos ensina que existem duas espécies de direito subjetivo: (a) o comum da existência, que é a permissão de fazer ou não fazer, de ter ou não ter alguma coisa; e (b) o de defender direitos ou de proteger o direito comum da existência, isto é, a autorização de assegurar o uso do direito subjetivo.⁶⁸

Ao falar sobre o tema, Ghestin (1980) pondera que a vontade do indivíduo não deve ser considerada soberana por si mesma, pois ter um

⁶⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 17/18.

⁶⁶ JORDÃO, Eduardo F. *Abuso de direito*. Salvador: Podivm, 2006, p. 35.

⁶⁷ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*. Paris: Dalloz, 1952, p. 57.

⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 236.

direito implica a possibilidade de escolher pela autonomia da vontade, de acordo com os limites fixados pelas mesmas regras jurídicas, não devendo haver confusão entre o direito com o seu exercício, ou seja:

O direito subjetivo é subjetivo porque as permissões, com base na norma jurídica e em face dos demais membros da sociedade, são próprias das pessoas que as possuem, podendo ser ou não usadas por elas. É comum dizer-se que o direito subjetivo é *facultas agendi*. Porém as faculdades humanas não são direitos, sim qualidades próprias do ser humano que independem de norma jurídica para sua existência⁶⁹.

Rudolf von Ihering (1946) trouxe novas luzes à discussão ao propor que o Estado deve ter seu papel redimensionado, de modo que seja possível impor limites à liberdade do indivíduo para proteger os interesses da sociedade.⁷⁰

Mediante tais atos, Maria Helena Diniz (2005) nos conta que a teoria da vontade o direito subjetivo implica no poder da vontade consagrada pela doutrina tradicional. Entretanto, além dessa teoria da vontade, também aponta a teoria do interesse, para o qual o direito subjetivo é o interesse juridicamente protegido através da ação judicial. Em suas palavras:

Ora, interesse é utilidade, vantagem ou proveito assegurado pelo direito; logo, não tem sentido dizer que direito subjetivo é objeto que interessa. Os interesses ou bens não constituem direito subjetivo, são objetos em razão dos quais o direito subjetivo existe. Quando algo interessa a uma pessoa, ela procura consegui-lo. A pessoa age, buscando o bem que lhe interessa. Se ela age é porque tem essa

⁶⁹ GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: introduction general*. 4ª ed. Paris: LGDJ, 1980, pp. 247/278.

⁷⁰ IHERING, Rudolf von. *La dogmática jurídica*. Buenos Aires: Losada, 1946, p. 179.

faculdade. A permissão para empregá-la é que é direito subjetivo. O direito objetivo permite que a pessoa faça ou tenha o que lhe interessa ou não⁷¹.

Maria Helena Diniz (2005) nos ensina com muita propriedade que se costuma diferenciar o direito objetivo do direito subjetivo: o primeiro, o conjunto de normas jurídicas regentes do comportamento humano (aquele que prescreve, em caso de violação, uma sanção *jus est norma agendi*); e o segundo, a permissão dada por meio da norma jurídica válida, para fazer ou não fazer, ter ou não ter algo, ou ainda “a autorização para exigir dos órgãos competentes do poder público ou através dos processos legais, em caso de prejuízo causado por violação da norma, o cumprimento da norma infringida ou a reparação do mal sofrido”.⁷²

Essa teoria encontra abrigo em Hans Kelsen (1974), que, a propósito, nota o seguinte:

O indivíduo que tem o direito, isto é, aquele que em face do qual esta conduta há de ter lugar, é apenas objeto da conduta que, como correspondente à conduta devida, está já conotada nesta. Este conceito de um direito subjetivo que apenas é o simples reflexo de um dever jurídico, isto é, o conceito de um direito reflexo, pode, como conceito auxiliar, facilitar a representação da situação jurídica⁷³.

Por fim, Maria Helena Diniz (2005) define com propriedade que o direito objetivo é um conjunto de normas impostas ao comportamento humano:

⁷¹ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. p. 249.

⁷² Idem, p. 246.

⁷³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3ª ed. Coimbra: Armênio Amado, Editor Sucessor, 1974, p. 187.

Direito subjetivo é sempre a permissão que tem o ser humano de agir conforme o direito objetivo. Um não pode existir sem o outro. O direito objetivo existe em razão do subjetivo, para revelar a permissão de praticar atos. O direito subjetivo, por sua vez, constitui-se de permissões dadas por meio do direito objetivo⁷⁴.

Assim, com base no conteúdo exposto, concluímos que é relevante reconhecer que o poder representado no direito subjetivo é aquele que, apesar de exercido por uma vontade autônoma do indivíduo, representa um movimento de interesse e de vontade conferido pela sociedade, a serviço da ordem social, reconhecido e protegido pelo legislador.

4.2. Boa-Fé

O princípio da boa-fé tem suscitado por parte dos juristas as mais diferentes apreciações e os mais acalorados debates. Sobre o tema, Rosalice Pinheiro (2002) revela a existência de uma conexão entre o abuso do direito e a boa-fé no direito romano, argumentando que o tema evoluiu da noção de *fides*, situada nos setores das relações de clientela, dos negócios contratuais e da proteção possessória. Em suas palavras:

A *fides* alcançou desenvolvimento nas relações entre os romanos em uma perspectiva, e com outros Estados ou povos, em outra. Dentre as primeiras, encontram-se as relações de clientela. O *pater familias* mantinha diversas pessoas que perfaziam sua clientela, de modo a engendrar direitos e deveres. Essas relações encontravam-se em sua base a noção de *fides*: em troca da confiança obediente, os últimos receberiam do seu patrão segurança e proteção. Dentre as segundas, permitia-se que, quando um povo não

⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. p. 251.

quisesse combater os romanos ou perdesse para estes a guerra, se recorresse à figura da *fides*. Os contratos internacionais, acordados entre as partes sob a fé pública, em respeito ao livremente pactuado, prometia assistência ao cidadão de outras cidades a fim de proteger negócios privados⁷⁵.

No direito romano, esse princípio também transmudou para os direitos reais, como a usucapião, alcançando outros significados onde se considera intenção ou estado de ignorância do possuidor, tratando-se de seu caráter subjetivo que se justifica a proteger o adquirente de boa-fé em face de seu erro ou desconhecimento da verdade.

Com muita propriedade, Rui Stoco (2002) estabelece que estar de boa-fé e agir de boa-fé implica em estados inerentes do ser humano, uma vez que ele nasce ingênuo e isento de maldade ou perversidade. Ou seja, a boa-fé é um ato natural do ser humano e a má-fé passa a ser o resultado de um desvio de personalidade.⁷⁶

Sílvio Venosa (2004), por sua vez, ressalta que essa matéria é difícil de ser fixada legislativamente e, que as legislações que detalham tal assunto tendem a ser consideradas como simples conselhos ao juiz, sem quaisquer outras finalidades.⁷⁷

De qualquer modo, acreditamos que o agir de boa-fé demonstra a pura intenção, isenta de dolo ou engano, quando o indivíduo realiza um ato ou negócio, reafirmando pelo seu agir a certeza de que está atuando na esfera do direito.

⁷⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 235.

⁷⁶ STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 210.

⁷⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 626.

4.2.1. Boa-fé objetiva e subjetiva

O princípio da boa-fé foi tratado de maneira acurada pelo direito alemão através do BGB, de 1900, ao ocupar-se da boa-fé subjetiva (*guter glauben*) e da boa-fé objetiva (*treu und glauben*) na cláusula geral no parágrafo 243 cujo “devedor está adstrito a realizar a prestação, tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”.

No Código Civil Francês, de 1804, encontramos a presença da boa-fé subjetiva, em seu art. 550, enquanto ignorância da realidade. Quanto à boa-fé objetiva, estabelece que os contratos legalmente formados entre as partes têm força de lei, não podendo ser revogados sem o consentimento mútuo ou por causas que a lei autorize, devendo ser executados de boa-fé (art. 1.134).

No caso do *Code* francês, sua exegese resulta em uma incapacidade de delineamento em seu perfil dogmático, sendo que a boa-fé contratual não chega a se constituir como instituto jurídico, mas justifica-se como regra moral, de “foro íntimo” que não chega a alcançar o “foro externo” – este regido pelo direito positivo –, influenciada que é pelos direitos natural e canônico. Sobre essas duas escolas:

Ambas têm em comum o fato de disciplinar em tais disposições, a boa-fé enquanto regra de conduta aplicável às relações contratuais, mas que encontram uma diversidade muito grande quanto à interpretação e aplicação de tais dispositivos⁷⁸.

No Código Civil Brasileiro de 1916, há o reconhecimento apenas da boa-fé subjetiva, isto é, a crença ou ignorância de um indivíduo em

⁷⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 239.

relação a um determinado fato, encontrando aplicação nos estudos dos direitos reais e da posse. Assim, a boa-fé subjetiva é aquela intimamente refletida e pensada pelo declarante no negócio jurídico.

Já o Código Civil de 2002 buscou, em várias disposições, uma aplicação social do Direito, dentro de um sistema aberto, ao contrário do espírito do Código de 1916, de cunho essencialmente patrimonial e individualista. Sob esse prisma, o princípio da denominada boa-fé objetiva é um elemento dessa manifestação⁷⁹.

Ainda sobre o Código Civil vigente, Sílvio Venosa (2004) afirma que:

(....) percebemos que o diploma de 2002 prescreveu três funções inerentes à boa-fé objetiva: função interpretativa (art. 113); função de controle (art. 187) e função de integração (art. 422)⁸⁰

A teoria objetiva foi brilhantemente defendida por Maria Helena Diniz (1998) ao expressar o significado da boa-fé:

Boa-fé: 1. Direito Civil: (a) estado de espírito em que uma pessoa, ao praticar ato comissivo ou omissivo, está convicta de que age de conformidade com a lei; (b) convicção errônea da existência de um direito ou validade de um ato ou negócio jurídico. Trata-se da ignorância desculpável de um vício do negócio ou da nulidade de um ato, o que vem a atenuar o rigor da lei, acomodando-a à situação e fazendo com que se dêem soluções diferentes conforme a pessoa esteja ou aja de boa ou má-fé, considerando a boa-fé do sujeito, acrescida de outros elementos, como produtora de efeitos jurídicos na

⁷⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 433.

⁸⁰ *Idem*, p. 434.

seara das obrigações, das coisas, no direito de família e até mesmo no direito das sucessões; (c) lealdade ou honestidade no comportamento, considerando-se os interesses alheios, e na celebração e execução dos negócios jurídicos; (d) propósito de não prejudicar direitos alheios⁸¹.

Acrescenta a ilustre Jurista ser "a boa-fé objetiva (...) alusiva a um padrão comportamental a ser seguido, baseado na lealdade, impedindo o exercício abusivo de direito por parte dos contratantes no cumprimento não só da obrigação principal, mas também das acessórias, inclusive do dever de informar, de colaborar e de atuação diligente"⁸².

A mais célebre das cláusulas gerais é exatamente a da boa-fé objetiva nos contratos. Mesmo levando-se em consideração o extenso rol de vantagens e de desvantagens que a presença de cláusulas gerais pode gerar num sistema de direito, provavelmente, a cláusula da boa-fé objetiva seja mais útil que deficiente.

Do ponto de vista psicológico, "a boa-fé é o estado de espírito de quem acredita estar se comportando de acordo com as regras de boa conduta (...)" ; no plano ético e moral significa lealdade, franqueza, honestidade, ou seja, "conformidade entre o pensar, o dizer e o fazer"⁸³.

Contudo, muito embora porte elementos juridicamente definidos e encontre seu sentido material exato, a boa-fé não constitui uma regra pronta, acabada e rigidamente positivada, fazendo-se necessário verificar as soluções encontradas para os casos concretos enfrentados. Sílvio Venosa (2004) vai ao encontro dessa tese, ao afirmar que deve o hermeneuta, com base na declaração, procurar o verdadeiro sentido da vontade, como quer o Código, a fim de dar-lhe proeminência:

⁸¹ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 422.

⁸² *Idem*.

⁸³ STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 41.

Nessa pesquisa, o intérprete examinará o sentido gramatical das palavras, os elementos econômicos e sociais que cercam tal manifestação, tais como nível intelectual e educacional dos manifestantes, seu estado de espírito no momento da declaração, etc. Enfim, é cada caso concreto que proporciona a solução⁸⁴.

Assim, boa-fé pode ser traduzida como fonte de pacificação, de socialização e aquisição de direitos.

Portanto, certo é que adotou o Código Civil vigente o princípio da eticidade, valorizando as condutas guiadas pela boa-fé, principalmente no campo obrigacional. Ao seguir essa tendência, adota a dimensão pós-moderna da boa-fé, como já fazia o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 4º, III.

4.3. Má-Fé

O termo má-fé deriva do latim *malefatus*, isto é, aquele que tem mau destino ou má sorte. Também é um termo empregado juridicamente para expressar aquilo que se faz com entendimento de maldade, ou do mal que este ato contém.

Segundo Rui Stoco (2002), a má-fé “decorre do conhecimento do mal, que se encerra no ato executado, ou do vício contido na coisa, que se quer mostrar como perfeita, sabendo-se que não o é”.⁸⁵

Ainda, a má-fé ocorre quando a pessoa que pratica o ato já tinha conhecimento do mal, ou seja, estava consciente de que havia engano ou fraude no ato e assim mesmo o praticou, ou recebeu a coisa, agiu de má-fé, com fraude ou dolo. Houve intenção dolosa ou perfídia.

⁸⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 46.

⁸⁵ STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. Op. cit., p. 44.

De acordo com Pontes de Miranda (1995), do latim *errare* corresponde o gótico *airzjan* e o *irren* do alemão literário, pois:

Quem erra faz o que não estava para fazer, ou se deixa de fazer o que se havia de fazer, sem que se desça, em qualquer das espécies, a verificar-se ter havido ato consciente, ou omissão consciente, ou, a *fortiori*, má-fé, ou outro elemento de intenção. Para que até aí se vá é preciso que se adjective a expressão “erro”: erro econômico, erro político, erro jurídico, erro religioso, erro moral, erro artístico, erro científico. Então, ocorre dentro de um desses ramos, algo de incorreto, a que quase sempre corresponde dever ou obrigação. Por isso, em vez de aludir a erro, alude-se, no direito, à dolo, à má-fé⁸⁶.

O que é certo é que a expressão má-fé se opõe integralmente à expressão boa-fé. Ambas constituem uma avaliação ética do comportamento humano; o que as diferencia, entretanto, é que a boa-fé é presumida, enquanto a má-fé deve ser caracterizada e provada.

Por exemplo, os registros do Velho Testamento dão mostras de quanto era e, ainda é importante dizer a verdade e, não mentir. Esse valor ético que remonta aos primórdios da civilização sempre foi prezado pelo Direito através dos tempos, por filósofos e pensadores.

No Direito português, há registros históricos das Ordenações do Reino, das Afonsinas, de 1446, das Manuelinas, de 1521, e das Filipinas, de 1603. Nesse caso, caberia ao juiz dar juramento de calúnia, tanto ao autor como ao réu. Isso nos mostra a preocupação que há, desde aqueles tempos, por parte do legislador em exigir que as partes digam a verdade no processo judicial, a fim de afastar a mentira, o dolo e a fraude.

⁸⁶ MIRANDA, F. C. Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, pp. 351/352.

4.4. Ato Ilícito

Apesar de o conceito do ato ilícito ligar-se à ação humana contrária ao Direito denominada *la sensu*, a conduta ilícita do indivíduo não configura necessariamente o ato ilícito. Por isso, precisamos estar atentos para tratarmos da caracterização do ato ilícito, sempre levando em conta se o comportamento ilícito do agente implica infração direta e imediata de um preceito jurídico, ou seja, se constitui ato ou omissão infringindo um dever genérico de conduta. Segundo Orlando Gomes (1979):

É preciso distinguir, primeiramente, a atividade infringente da norma jurídica, da que lesa interesse legítimo de outrem, cuja satisfação depende de sua iniciativa. Se alguém não paga uma dívida, prejudicando, portanto, o credor, não pratica ato ilícito propriamente dito, embora, em última análise, viole, com esse procedimento, a regra jurídica que ordena ao devedor o cumprimento da obrigação contraída⁸⁷.

Na visão de Leedsônia Albuquerque (2002), são muitas as definições que podem ser dadas ao ato ilícito, entre elas, a que trata de um ato antijurídico, culpável e lesivo, cujo agente é obrigado a ressarcir a vítima por todos os prejuízos causados, sendo antijurídico o contrário aos objetivos maiores do Direito, como a tranqüilidade, a ordem, a segurança, a paz, a Justiça, etc. Contudo:

Além da antijuridicidade, para que ao lesado seja conferido o direito à reparação, mister se faz, também, a presença da conjugação dos elementos que lhe pressupõe: (a) a existência de um dano injusto, de natureza moral, pessoal ou patrimonial; (b) a culpa do agente; (c) o nexo de causalidade

⁸⁷ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 539.

entre o dano e a culpa⁸⁸.

Assim, ilícito é o comportamento negador de específicas orientações axiológico-normativas que contradiz concretas proibições de ação ou omissão refletindo o juízo de valor que contém a norma, ou seja, é um juízo objetivo de reprovação que resulta da contradição entre o fato e a norma de sua função valorativa onde formalmente aparece a contradição. Isso quer dizer que, a apreciação formal da contrariedade da norma é suficiente para a qualificação de ilicitude.

No caso de responsabilidade civil extracontratual, deve ficar evidente que a obrigação de indenizar é originária da violação de uma específica proibição de atuação (por ação ou omissão), não podendo identificar-se com um dever geral de respeito ou com uma pretensa obrigação de *neminem laedere*, já que esta é tão-só o mero resultado de uma generalização de deveres normativos bem particulares e específicos: “a individualizar sempre que são salientados em concretos, os termos de um determinado ato ilícito”⁸⁹.

Quanto ao dano, Leedsônia Albuquerque (2002) nos ensina que este se configura como lesão ou redução patrimonial sofrida pelo ofendido em seu conjunto de valores protegidos pelo Direito, seja em relação à sua pessoa (moral ou fisicamente), seja em relação aos seus bens e direitos.⁹⁰

Com base na autora acima citada, a culpa é um erro de conduta cometido pelo agente que procede contra o direito, sem intenção de prejudicar e sem a consciência daquilo que tal comportamento poderia causar.

⁸⁸ ALBUQUERQUE, Leedsônia Campos Ranieri de. *O abuso do direito no processo de conhecimento*. São Paulo: LTr, 2002, p. 42.

⁸⁹ CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 162.

⁹⁰ ALBUQUERQUE, Leedsônia Campos Ranieri de. *O abuso do direito no processo de conhecimento*. São Paulo: LTr, 2002, p. 43.

De qualquer maneira, Orlando Gomes (1979) adverte sobre a importância que há em distinguirmos o ato ilícito de negócio ilícito, pois o primeiro implica na conjunção dos seguintes elementos: (a) a ação ou omissão; (b) a culpa do agente; (c) violação da norma jurídica de direito privado e; (d) o dano a outrem. Em suas palavras:

O negócio ilícito não é reprimido com a sanção legal do ressarcimento, mas pela ineficácia. É ilícito o negócio quando não conformes ao Direito sua causa ou seu motivo determinante, ou não idôneos o objeto e o comportamento das partes. A causa é ilícita quando contrária às normas imperativas, à ordem pública e aos bons costumes, como no exemplo clássico do contrato em que uma das partes recebe dinheiro para não cometer um crime. Se o motivo determinante do negócio for ilícito, como no caso de empréstimo para jogo, o contrato será ilícito se comum às partes. O negócio é também ilícito quando tem objeto inidôneo, como a venda de coisa proibida. Ilícito é, do mesmo modo, subjetivamente, se o sujeito está proibido de praticá-lo, como na compra, pelo tutor, de bem do pupilo⁹¹.

Também existem aqueles atos que são contrários ao Direito, mas que não são ilícitos, como os praticados em legítima defesa e em estado de necessidade. O primeiro não é ilícito, apesar de ferir o direito de outrem. Sob determinadas circunstâncias a sociedade confere ao indivíduo a faculdade da autodefesa para repelir atentado à sua pessoa ou aos seus bens. O mesmo se dá com o ato em estado de necessidade.

Em ambos os casos, entretanto, mesmo não sendo ilícitos, esses atos podem gerar o nascimento de uma reparação de danos – o que pode parecer paradoxal, uma vez que parece ser razoável que quem praticou um ato em legítima defesa, tendo causado dano, agiu no exercício de seu direito.

⁹¹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 541.

As limitações do exercício do direito estão formuladas na lei em termos de dever jurídico, e como consequência, a violação voluntária integra a figura do ato ilícito próprio *sensu*.

Por isso, não podemos confundir ato abusivo e ato ilícito, uma vez que estes seriam os atos praticados no exercício regular do direito, enquanto aqueles seriam praticados no exercício irregular do direito. É daí que nasceu a preocupação de alguns juristas em distinguir entre ilicitude propriamente dita e ilicitude do abuso do direito.

Apesar do legislador do Código Civil de 2002 ter inserido a figura do abuso de direito no Título pertinente aos atos ilícitos, os dois institutos jurídicos não se confundem. Muito pelo contrário. Ambos os conceitos se excluem mutuamente.

O fator determinante da diferença entre o abuso de direito e ato ilícito é a natureza da violação a que eles se referem. No ato ilícito a violação é observada quando o indivíduo afronta diretamente um comando legal, levando-nos a crer que o aludido comando contém previsão expressa da conduta praticada pelo indivíduo. Já no abuso, o sujeito aparentemente estaria agindo no exercício de seu direito. Contudo, na configuração de tal hipótese, o sujeito se encontra violando os valores que justificam o reconhecimento desse direito pelo ordenamento jurídico.

Portanto, não obstante o fato do ato ilícito e do ato abusivo ensejarem a responsabilidade civil, os mesmos não podem ser igualados. A idéia que deve imperar é a da existência de diferença quanto à natureza da violação e, por via de consequência, quanto à necessidade de expressa previsão da conduta proibida.

4.5. Responsabilidade Civil

O conceito de responsabilidade nada mais é do que o dever de “indenizar o dano que surge sempre quando alguém deixa de cumprir um preceito estabelecido num contrato, ou quando deixa de observar o sistema normativo que rege a vida do cidadão”⁹².

Etimologicamente, a palavra responsabilidade deriva do vocábulo latino *respondere*, o que significa responder; daí surge juridicamente o seu significado técnico, cujo indivíduo torna-se responsável, sendo obrigado a responder.

Carvalho Neto (2005) aponta como origem da utilização do termo responsabilidade, no sentido aqui empregado, “a fórmula usada na celebração de contratos entre os romanos, a chamada *stipulatio*”.⁹³

Desse modo, percebemos que a palavra responsabilidade é oriunda do termo *spondeo* (prometo), sendo que o obrigado estaria assumindo um compromisso, isto é, uma responsabilidade. Esse princípio de direito já estava consagrado nos princípios da responsabilidade civil no período quiritário romano: “viver honestamente, não ofender a outrem, dar a cada um o que é seu”.

Sobre o assunto, Caio Mário da Silva Pereira (1997) relata que o Direito Romano não chegou a construir uma doutrina da responsabilidade civil, como, aliás, nunca se dedicou à teoria de nenhum instituto: é no desenrolar dos casos de espécie, decisões dos juízes e dos pretores que se extraíram os princípios, sistematizados em conceitos.⁹⁴

⁹² HIRONAKA, Giselda Maria F. N. *Direito civil: estudos*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2000, p. 265.

⁹³ CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 74.

⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil de acordo com a constituição de 1988*. 8ª ed revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 1.

Portanto, nos primórdios do antigo Direito Romano prevalecia a noção do delito (*os delicta*); fator genérico da responsabilidade, com a caracterização de algumas figuras de delitos civis como *furtum* e, *noxia et injuria*.

O que podemos asseverar, entretanto, é que mesmo no Direito Romano já havia resquícios de civilizações mais remotas, como a hebraica e a mesopotâmica, quanto à origem da idéia da vingança privada. Por isso, segundo os estudos de Caio Mário da Silva Pereira (1997), equivalem a *Lex XII Tabularum* dos romanos, onde se encontram resquícios de vingança privada marcada pela intervenção do Estado, com o propósito de discipliná-la. Aí se apresenta uma composição voluntária, inserida na solução transacional cuja vítima, “ao invés de imposição de igual sofrimento ao agente, recebia a título de *poena*, uma importância em dinheiro ou outros bens”.⁹⁵

Do ponto de vista de Hans Kelsen (1974), o conceito de responsabilidade está essencialmente ligado ao conceito de dever jurídico, devendo ser distinto deste, uma vez que um indivíduo é juridicamente obrigado a ter uma determinada conduta quando uma oposta conduta sua torna-se pressuposto de um ato coercitivo. Também nos ensina que o indivíduo a quem for dirigida a consequência do ilícito deve responder e ser juridicamente responsável por isso, ou seja:

O indivíduo obrigado pode, pela sua conduta, provocar ou evitar a sanção. O indivíduo que apenas responde pelo não cumprimento do dever de um outro (pelo ilícito cometido por um outro) não pode, pela sua conduta, provocar ou impedir a sanção. Isto é patente no caso de responsabilidade penal pelo delito de outrem, ou seja, no caso em que a sanção tem o caráter de uma pena. Mas vale dizer o mesmo para o caso

⁹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil de acordo com a constituição de 1988*. Op. cit., p. 2.

da responsabilidade civil pelo delito de outrem quando a sanção tem o caráter de uma execução civil⁹⁶.

Portanto, a incidência do ato ilícito gera responsabilidade ao causador do dano; nesse ponto a doutrina permanece distribuída em duas teorias que buscam explicar a razão dessa responsabilidade. Por um lado, a doutrina subjetiva ou da culpa, e por outro, a objetiva que aparta a culpa para se concentrar na teoria do risco, isto é, responsabilidade sem culpa.

A questão da responsabilidade civil em relação aos atos abusivos é bastante tormentosa. Se de um lado é de difícil caracterização a prática de um ato tido como abusivo do direito, tarefa mais difícil ainda é buscar uma sentença condenatória que reponha as partes a sua situação anterior. Contudo, esta dificuldade não poderá ser obstáculo à busca da verdade e da justiça, de tal sorte que, ancorando-se na doutrina e, agora no novo Código Civil, tais abusos poderão ser melhor coibidos.

O ato abusivo ensejará responsabilidade civil nas mesmas condições que o ilícito, submetendo-se aos requisitos ou pressupostos do dever de indenizar, quais sejam: dolo ou culpa, dano e nexo causal.

Segundo nos ensina Heloísa Carpena (2003), “tanto o ato ilícito quanto o ato abusivo são fonte do dever de indenizar quando o comportamento do agente seja passível de um juízo de censura. O dever de não abusar traduz-se no dever de atuar segundo a boa-fé, segundo os bons costumes ou segundo a finalidade econômica ou social do mesmo direito, ou seja, dentro dos limites que, para o direito em questão, resultem do seu fundamento axiológico”⁹⁷.

⁹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3ª ed. Coimbra: Armênio Amado, Editor Sucessor, 1974, p. 177.

⁹⁷ CARPENNA, Heloísa. *O abuso do direito no código civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*. In Parte Geral do Novo Código Civil. Coordenador: Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 65.

4.5.1. O código civil de 1916

No início, o art. 159 no Código Civil de 1916 adotou o princípio da culpa como fundamento da responsabilidade. O legislador brasileiro, mesmo consagrando a teoria da culpa, não deixou de abrir exceção ao princípio, conforme Carvalho Neto (2005), “admitindo casos de responsabilidade sem culpa, muito embora não tivesse acompanhado, com mais amplitude a orientação moderna de outras legislações, como seria de desejar”⁹⁸.

Contudo, para alguns estudiosos, nosso Código ficou muito aquém das conquistas do direito da responsabilidade, uma vez que nele predominava o critério da culpa nas suas exigências mais retrógradas. Além disso, as presunções ali admitidas não tinham a extensão da maior parte das legislações modernas.

Isso vai ao encontro com Judith Martins-Costa (1999), para quem o Código Civil Brasileiro de 1916 tem em sua formação um centralismo jurídico que reflete a construção de “um sistema fechado e onicompreensivo”.⁹⁹

4.6. Tipificação das Responsabilidades

Ao falar dos tipos de responsabilidades, Giselda Hironaka (2000), descreve as seguintes: (a) quanto ao fato que determina a obrigação de indenizar; (b) responsabilidade contratual; e (c) responsabilidade extracontratual. Ainda, em suas palavras:

Responsabilidade penal decorre da infração de norma de direito público que perturba a ordem social. O criminoso recebe a reação da sociedade e sofre a conseqüência, que é

⁹⁸ CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 89.

⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no sistema privado: sistema e tópica no processo obrigatorial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 265.

a pena. Não importa, aqui, se a vítima sofreu ou não dano (ou prejuízo); basta a ocorrência da infração penal.

Responsabilidade Civil decorre da infração de norma de direito privado, no qual o interesse lesado não é o público, mas o interesse do particular, e este dano deve ser ressarcido. Aqui, a reação à lesão é representada pela indenização¹⁰⁰.

Quanto à questão da culpa, encontramos em Yussef Said Cahali (1977) uma pluralidade de graus, a saber:

Culpa grave (grosseira ou lata): é a cometida de modo tal que até o mais descuidado ou medíocre dos homens a teria evitado. Alguns autores, em razão desse fato, equiparam-na ao dolo.

Culpa leve (ligeira): é a que teria sido evitada com a atenção ordinária, com a adoção de diligências próprias do *bônus pater familias*.

Culpa levíssima: é a que só poderia ser evitável com a atenção extraordinária, ou por especial habilidade e conhecimento singular; para não se incorrer nela, necessitaria a pessoa ter agido com cuidado meticuloso, ou prevendo fatos somente previsíveis a indivíduos muito atilados¹⁰¹.

Contudo, para a esfera da responsabilidade civil, tal graduação não é tão relevante, pois, como atesta Maria Helena Diniz (2002), enquanto fundamento da responsabilidade civil e em sentido amplo, a culpa constitui violação de um dever jurídico imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência, compreendendo o dolo e a culpa.

¹⁰⁰ HIRONAKA, Giselda Maria F. N. *Direito civil: estudos*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2000, p. 266.

¹⁰¹ CAHALI, Yussef Said. *Culpa (direito civil)*. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 28.

5. CONCEITO

Não é tarefa das mais simples conceituarmos o abuso do direito, visto que são múltiplos os olhares. Ademais, o tema está longe de encontrar unanimidade entre os diversos estudiosos e juristas que se dedicam ao seu estudo.

Assim, ainda que limitados por esta característica, não podemos nos furtar de avançar sobre o assunto para, sem a pretensão de dar a palavra final sobre ele, ao menos colaborar com a discussão, trazendo pontos que consideramos relevantes para que se possa, se não chegarmos a um termo, ao menos, caminhar um pouco mais no sentido de compreender tema tão paradoxal – e talvez por isso – apaixonante.

Carvalho Neto (2005) descreve o grande número de teorias a respeito do tema e, as inúmeras divergências teóricas existentes, mostrando-nos a necessidade que há em refletirmos e estudarmos a fim de alcançarmos uma definição.¹⁰²

Sendo assim, na concepção de Heloísa Carpena (2003), exercer legitimamente um direito não é apenas ater-se à sua estrutura formal, mas cumprir o fundamento axiológico-normativo onde este direito está constituído. Isso “justifica seu reconhecimento pelo ordenamento, segundo o qual será aferida a validade do seu exercício”.¹⁰³

Portanto, a caracterização do ato abusivo depende dos limites estabelecidos ao exercício do direito subjetivo e, no reconhecimento da relatividade do direito, contanto que façamos uma valoração da conduta, segundo determinados critérios a seguir comentados.

¹⁰² CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 19.

¹⁰³ CARPENA, Heloísa. *O abuso do direito no código civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*. In Parte Geral do Novo Código Civil. Coordenador: Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 380.

5.1. Nomenclatura

Um ponto de partida para a discussão e definição do tema, é que devemos, de imediato, refutar a idéia de que o abuso do direito cairia no campo da negação do direito. Alaôr Eduardo Scisínio (1998) vai ao socorro dessa tese, ao proclamar que:

Longe de ser a negação do direito, como pareceu a alguns pelo fato singular de situar-se ele acima da inteligência literal da norma, mas ao nível de sua vontade máxima, o abuso do direito está intimamente, indissolúvelmente ligado à finalidade do direito e ao princípio de justiça¹⁰⁴.

Por essa razão, Sílvio Venosa (1988) considera que a compreensão primeira do abuso do direito não encontra-se situada e, tampouco deve ser situada em textos do direito positivo, pois:

A noção é supra legal. Decorre da própria natureza das coisas e da condição humana. Extrapolar os limites de um direito em prejuízo do próximo merece reprimenda em virtude de consistir em uma violação de princípios de finalidade da lei e da equidade¹⁰⁵.

Stoco (2002) faz uma observação pertinente e relevante ao lembrar-nos que o mundo dos interesses é maior que o mundo dos direitos e deveres, e que alguns interesses sequer encontram previsão ou proteção legal. Afirma o professor que o direito cobre uma pequena parte da vida, pertencendo o resto à liberdade, ou cai sob o domínio compreensivo do arbítrio governamental¹⁰⁶.

¹⁰⁴ SCISÍNIO, Alaôr Eduardo. *As maiores acionárias e o abuso do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 59.

¹⁰⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Abuso de direito*. São Paulo: Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo, 1988, p. 252.

¹⁰⁶ STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 56.

Pontes de Miranda (1995) complementa essa idéia ao afirmar que a expressão correta não é abuso de direito, pois existe estado de fato e estado de direito, porém não existe abuso de fato ou abuso de direito; por isso, o correto é abuso do direito, ou abuso do exercício do direito, que herdamos dos livros franceses, onde se escreve *abus du droit*. Em suas palavras:

Há limites e há abusos sem traspassar limites. Não se confundam limitação aos direitos e reação ao abuso do exercício do direito, ou melhor, o exercício lesivo. Quando o legislador percebe que o contorno de um direito é demasiado, ou que a força, ou a intensidade, com que se exerce, é nociva, ou perigosa à extensão em que se lança, concebe as regras jurídicas que o limitem, que lhes ponham menos avançados os marcos, que lhe tirem um pouco da violência ou do espaço que conquista¹⁰⁷.

Com base em Stoco (2002), percebemos que uma das questões mais complexas no campo da dogmática jurídica trata desse tema. Sua controvérsia começa na sustentação da teoria em si mesma, uma vez que para alguns pensadores e juristas, há uma *contradictio in adiectio* ou antítese lógica: um conceito sem conteúdo ou simplesmente uma logomaquia - que considera que o direito termina onde começa o abuso¹⁰⁸.

Nesse contexto, acreditamos que a discussão encontra-se no cerne da expressão “abuso do direito”, principalmente quando levamos em conta a gama infinda de juristas, que assim como o francês Planiol, que considera que um ato não pode ser ao mesmo tempo conforme e contrário ao Direito.

¹⁰⁷ MIRANDA, F. C. Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 351/352.

¹⁰⁸ STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 57

Contudo, a teoria de Planiol, ainda que tenha encontrado alguns adeptos e defensores, terminou por ser considerada derrotada e superada, pelo simples fato de a contradição apresentar-se apenas como aparente, na medida em que admitidos que o termo “direito” tem acepções distintas, ou seja, a de juridicidade e a de prerrogativa determinada.

Heloísa Carpena (2001) também defende a tese acima, ao demonstrar que o ato pode ser conforme o direito conferido ao titular, porém contrário ao direito considerado como corpo de regras sociais obrigatórias.¹⁰⁹

Assim, tendo em mente que a teoria do abuso do direito se apóia no princípio da convivência, impondo-se conciliar a utilização do direito, respeitando-se, contudo, a esfera jurídica alheia, fixando-lhe um limite, Rui Stoco (2002) passou a compreender a idéia de relatividade e de limitação do direito externado, forte no entendimento de que a abusividade surge do conflito entre o interesse individual e o interesse coletivo em sua manifestação exterior.¹¹⁰

É com base nessa teoria que foi construído o silogismo com premissas presumidas, encerrado em quatro conclusões, a saber:

- (a) o direito é uma faculdade;
- (b) o direito subjetivo contém essas faculdades;
- (c) esses direitos subjetivos são direitos relativos; e
- (d) o abuso do direito decorre dessa relatividade.

Agora, ao considerarmos que a idéia do absoluto, que imperava no passado, tornou-se obsoleta, e que esta concepção orientou o exercício dos direitos até meados do século XIX, podemos compreender a forte reação

¹⁰⁹ CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 44/45.

¹¹⁰ STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 58.

a esta noção dos direitos individuais, que, originalmente, era a contraparte ao absolutismo do Estado¹¹¹.

Detectamos outra forma de abuso na intenção ou no *animus nocendi* quando, no exercício do seu direito o agente se inspira na intenção de causar mal ou prejuízo a outrem.

No entanto, como nos ensina Heloísa Carpena (2001), não devemos entender o abuso como anormalidade do dano, pois:

A anormalidade do dano não pode, por si só, fundamentar o conceito de abuso do direito, que se estrutura sobre a idéia de falta de fundamentação para o exercício de direitos. O ato não pode se dizer ilícito apenas porque causa danos nem, de outro modo, a causação do dano determina a ilicitude do ato. A construção há que ser feita pelo inverso raciocínio: o ato é ilegítimo, e assim o dano também o será ¹¹².

Mediante tais fatos, é evidente que todas as teorias em torno do tema “abuso do direito” têm necessidade de achar um outro fator que seja preponderante, ou seja, o propósito de causar dano, tendo em vista que a previsão de reparar os danos causados se condiciona à ocorrência efetiva de um prejuízo material.

Caio Mário da Silva Pereira (1995) assevera sintética e magistralmente esse pensamento ao afirmar que:

Abusa, pois, de seu direito o titular que dele se utiliza levando um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer mal, e sem proveito próprio. O fundamento ético da

¹¹¹ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Temis Librería, 1927, p. 311.

¹¹² CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 48.

teoria pode, pois, assentar em que a lei não deve permitir que alguém se sirva de seu direito exclusivamente para causar dano a outrem¹¹³.

Ao observarmos o ensinamento desse eminente jurista, concluímos que o indivíduo, no exercício de um direito que lhe foi outorgado ou posto à disposição, deve conter-se dentro dos limites da ética, pois não agindo assim, passa a caminhar do lícito para o ilícito e do exercício regular para o exercício abusivo de seu direito.

Em vista disso, Rui Stoco (2002) reafirma, mais uma vez, o velho e imbatível axioma:

Como se impõe a noção de que nosso direito termina onde inicia o direito do próximo, confirma-se a necessidade de prevalência da teoria da relatividade dos direitos subjetivos, impondo-se fazer uso dessa prerrogativa apenas para satisfação de interesse próprio ou defesa de prerrogativa que lhe foi assegurada e, não com o objetivo único de obter vantagem indevida ou de prejudicar outrem através da simulação, da fraude ou da má-fé¹¹⁴.

Assim, é possível usarmos a lei permissiva em vigor, de maneira aparentemente adequada para obtermos fim legítimo, de modo a detectar ou não a existência de abuso no exercício do direito.

Portanto, em razão do exposto acima, entendemos que a melhor expressão é “abuso do direito”, pois o que se está abusando é de um certo e determinado direito subjetivo.

¹¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18ª ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 430.

¹¹⁴ STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 59.

5.2. As Contradições do Termo

É a expressão abuso do direito contraditória? Entendemos que não. Apesar de parecer que seria impossível abusar de um direito, pois há contradição em termos, por tentativa de justapor nomes inconciliáveis, não vemos o equívoco. Vejamos.

Em que pese a opinião de Marcel Planiol (1929), que formulou a tese da logomaquia, de que a expressão abuso do direito comporta uma verdadeira contradição em seus termos, já que não é possível se falar simultaneamente em ato conforme e contrário ao direito. Ou se usa do direito, e o ato é lícito, ou dele se abusa, praticando-se um ilícito. Nos atos abusivos não há exercício de nenhum direito, já que não se pode usar o direito de maneira anormal ou irregular.¹¹⁵

Essa tese de Planiol, como já vimos, teve seu prestígio aumentado quando combatida por Josserand, onde entende que a negativa resultou de uma confusão entre as duas acepções da palavra direito, que pode se referir ao conjunto das regras sociais, bem como uma prerrogativa determinada. Assim, não há contradição se admitirmos que um ato seja ao mesmo tempo conforme determinado direito e contrário ao direito concebido na sua generalidade e na sua objetividade.

Alaôr Eduardo Scisínio (1998), seguindo o entendimento acima, afirma que a idéia do direito contém em si o germe do abuso, uma vez que sistematizado o direito, a teoria adquiriu vida como instituto.¹¹⁶

É preciso delimitar e aprofundar a identificação de sua origem, lembrando que a moral é, indubitavelmente, a base da teoria do abuso, uma

¹¹⁵ PLANIOL, Marcel. *Précis de droit civil*. Tomo I. 3ª ed. Paris: Dalloz, 1929, p.p. 297/298.

¹¹⁶ SCISÍNIO, Alaôr Eduardo. *As maiores acionárias e o abuso do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 65.

vez que deve haver harmonia entre a moral e o direito, porque o direito tanto mais se sublima quanto mais rende homenagem à moral.

Ainda, conforme afirmamos, a compreensão inicial do abuso do direito não deve situar-se em textos de direito positivo e sim na noção supra legal, pois este decorre da própria natureza das coisas e da condição humana.

Sendo assim, devemos esclarecer que extrapolar os limites de um direito em prejuízo de um terceiro merece reprimenda pelo fato de consistir em violação aos princípios de finalidade da lei e da equidade.

A origem do instituto do abuso do direito está na necessidade de “relativização dos direitos subjetivos” e da necessidade de estabelecer-lhes “contornos internos”.

Nesse sentido, há um grande problema que se coloca aos que estudam o abuso do direito, qual seja, o de distinguir entre noção e teoria, precisando-lhe suas origens históricas.

Por isso, ao afirmar que há divergência entre duas correntes de pensamento, Eduardo Jordão (2006) nos lembra que essas aparentes contradições guardam um pouco de mal-entendido, pois enquanto alguns doutrinadores, presos ao exacerbado formalismo decorrente da Escola de Exegese, defendem a tese de que o abuso do direito só pode ser referido a partir do século XIX, outros vislumbram traços do instituto no remoto direito romano, ou seja:

Ao se falar em abuso do direito, ora se faz referência à noção ou à percepção que deu azo à criação da teoria, ora se faz referência à teoria propriamente dita. Portanto, preliminarmente, é conveniente bem distinguir as acepções

de noção e de teoria. A primeira é idéia de existência, percepção empírica de uma realidade, um conhecer primitivo. A segunda é produto de um trabalho científico, da sistematização e problematização de um saber¹¹⁷.

Desse modo, podemos afirmar que difere a data de aparição da noção de abuso do direito e o momento do início de seu estudo sistemático e científico, ou seja, sua teoria.

Só isto nos bastaria para explicar o surgimento de divergências anteriormente referidas, pois a teoria referente a um instituto jurídico só nasce e se desenvolve após a constatação da noção, uma vez que esta pressupõe a sucessão de etapas de uma construção científica.

De qualquer maneira, para transplantar o atraso da Idade Média e implementar o desejável desenvolvimento econômico, foi imposta a criação de um novo sistema jurídico, com base num novo corpo de fontes.

O primeiro objetivo foi conseguido com o desenvolvimento do direito natural, enquanto o segundo foi alcançado com os códigos nacionais que se expandiram, a princípio pelo continente europeu, e em seguida mundo afora.

Em face de uma concepção fundamentada pelos ideais kantianos, o direito natural passou a ser balizado na razão, revelando-se uma arma de combate contra os entraves feudais à propriedade privada e regimes ditatoriais.

Esses valores foram consolidados pela Revolução Francesa de 1789, ao declarar a liberdade e a propriedade como direitos invioláveis, que passaram a ocupar o ponto mais alto do sistema privado.

¹¹⁷ JORDÃO, Eduardo F. *Abuso de direito*. Salvador: Podivm, 2006, p. 56.

No que concerne à teoria do instituto Abuso do Direito, segundo Eduardo Jordão (2006), o mérito não cabe à jurisprudência francesa, pois nas decisões judiciais dos tribunais da França nunca bastaram a elaboração de uma teoria científica e tampouco serviram para o surgimento de um estudo mais aprofundado sobre a matéria, despertando apenas na doutrina a percepção da necessidade da elaboração de uma teoria relativa ao instituto que vinha se apresentando de fundamental importância na solução de casos concretos.¹¹⁸

Todo esse arcabouço teórico onde se fundamentou o instituto, não foi suficiente para conseguir a adesão ao conhecimento restritivo que o termo tem, considerando que, embora pareça uma peça contraditória, é a nítida concepção jurídica em consonância com as leis éticas.

Sobre o tema, em meio à construção científica em torno do abuso do direito podemos encontrar as teses mais díspares, algumas cogitando de sua existência, enquanto outras deixam de lado indagações desta natureza para se apegar aos critérios usados para sua determinação.

Pietro Rescigno (1998), por sua vez, enxerga nesta aparente ou evidente contradição um lastro onde juristas confrontam as particularidades de sua ideologia e, em conformidade com esta afirmação fundam-se sobre duas premissas: a da negação do direito subjetivo e a defesa de seu caráter absoluto.¹¹⁹

A contradição do termo também é debatida com ênfase por renomados juristas, como Kelsen e Duguit, que negam a existência do direito subjetivo, ao fundamentar-se no positivismo, que se revela uma corrente normativista.

¹¹⁸ JORDÃO, Eduardo F. *Abuso de direito*. Salvador: Podivm, 2006, p. 61.

¹¹⁹ RESCIGNO, Pietro. *L'abuso del diritto*. *Rivista di Diritto Civile*. Bologna: Il Mulino, 1998, p. 11.

As teorias dos dois juristas europeus se assemelham por encarar o direito subjetivo como mero reflexo do direito objetivo, dele não se afastando. O direito subjetivo não seria uma atitude do direito objetivo face a uma característica do sujeito. Antes, o direito objetivo é que prevê abstratamente situações nas quais podem vir a se encontrar os sujeitos.

Leon Duguit (1996), utilizando-se do método realista, pelo qual o direito constitui-se da observação dos fatos e de uma solidariedade social que se transforma em norma jurídica, nega as noções jurídicas que tenham qualquer resquício metafísico, acreditando que o direito subjetivo não passa de uma quimera, revelando desejo de bani-lo da ciência jurídica.¹²⁰

Acrescente-se a isso que a teoria professada por Duguit negava o conceito de direito subjetivo, pugnando apenas pelo reconhecimento de situações jurídicas objetivas, vez que não considerava o homem como detentor de direitos, mas apenas deveres. Defendia a lógica de que não havendo direito subjetivo não haveria necessidade de se falar em abuso.

Em outras palavras, para Duguit (1996), agir conforme o direito não é exercer um direito subjetivo e praticar um ato cujo fim é ilícito, mas sim violar o próprio direito objetivo; daí resulta sua afirmação polêmica de que a maior prova da falsidade do direito subjetivo é o abuso do direito¹²¹.

Jean Dabin (1952) resume a idéia do jurista francês:

Os indivíduos tirarão proveito da observação por cada um da ordem imposta a todos de não matar, não roubar, de dar assistência, etc... Mas disso não se segue que tenham um direito subjetivo à vida, à conservação de seus bens ou à

¹²⁰ DUGUIT, Leon. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Ícone, 1996, pp. 27/28.

¹²¹ Idem, p. 28.

assistência, porque isto implicaria uma superioridade de vontade que não existe. Em razão da regra, os indivíduos, membros de um grupo, se encontram apenas em uma situação, ativa ou passiva, mas que é, ela também, objetiva, no sentido de que ela é geral como a própria norma, que varia com ela¹²².

De acordo com os críticos à teoria de Duguit, sua tentativa de explicação do ordenamento jurídico nada teria acrescentado à compreensão do sistema, visto que, mudaram-se as palavras, mas a realidade permaneceu essencialmente a mesma.

Por outro lado, Octavian Ionescu (1978) tem o posicionamento de que, para aquele autor, a atividade do indivíduo reduz-se a deveres, fazendo com que ele exerça uma função social, podendo se dizer que a teoria do abuso do direito não é totalmente negada por Duguit. Ou seja, trata-se de entender a função social, não como um obstáculo ao direito subjetivo, mas como verdadeiro pressuposto para o seu exercício.¹²³

Por esta razão, podemos dizer que a teoria de Duguit expressa algo que vem a ser reconhecido pela teoria do abuso do direito: a necessidade de se impor limites às liberdades individuais, expressas de modo exacerbado pelo direito subjetivo.

Já em Kelsen e a sua teoria pura do direito, a negação do direito subjetivo é feita de forma mais atenuada, pois tende a destituir do direito todos os elementos que lhe pareçam estranhos. Assim, sendo o direito essencialmente normativo, a norma jurídica em seu caráter essencialmente formal é o problema central, de tal modo que somente o direito positivo é válido.

¹²² DABIN, Jean. *Le droit subjectif*. Paris: Dalloz, 1952, p. 8.

¹²³ IONESCU, Octavian. *La notion de droit subjectiv dans le droit privé*. Bruxelles: Bruylant, 1978, p. 51.

Para este autor, a idéia de direito subjetivo é juridicamente irrelevante, na medida em que nada mais denota que o dever jurídico de outro(s) indivíduo(s). Haveria uma desnecessária superposição de conceitos. Isto quer dizer que, não há nada no direito subjetivo além da própria aplicação do direito objetivo. Aquele seria a expressão de um dever jurídico, ou seja, que é devido por alguém em razão de uma norma jurídica.

Nas palavras de Kelsen (1974):

Este direito subjetivo tampouco se coloca, como o dever jurídico, face ao Direito (objetivo) como algo dele independente. É, tal como o dever jurídico, uma norma jurídica, a norma jurídica que confere um específico poder jurídico, que atribui um poder ou competência a um determinado indivíduo. Dizer que este indivíduo ‘tem’ um direito subjetivo, isto é, um determinado poder jurídico, significa apenas que uma norma jurídica faz de uma conduta deste indivíduo, por ela determinada, pressuposto de determinadas conseqüências¹²⁴.

Portanto, em um mundo jurídico reduzido à contraposição entre o “ser” e o “dever ser”, como propugnado por sua teoria pura do direito, somente existem normas jurídicas que, ao se dirigir aos indivíduos, atribuem encargos e prerrogativas, de modo que a personalidade do sujeito é uma síntese delas enquanto aplicadas ao homem¹²⁵.

Ionescu (1978) utiliza o termo “abuso do direito”, não o substituindo por outro, como propunha Duguit, mas o admitindo como uma individualização da regra do direito; concebendo-o sob a visão do

¹²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3ª ed. Coimbra: Armênio Amado, Editor Sucessor, 1974, pp. 151/152.

¹²⁵ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: RT, 1997, pp. 570/571.

estatismo¹²⁶.

Conforme já mencionamos, Mário Rotondi (1979), conquanto condene o abuso do direito como categoria jurídica, admite-o como fenômeno sociológico e entende que o ato abusivo é incompatível com os conceitos de direito subjetivo, responsabilidade e interesse, e com os fundamentos jurídicos¹²⁷.

Segundo a idéia de Rotondi (1979), seria papel da doutrina e da jurisprudência alertar ao legislador para a necessidade da criação de novas disposições que albergassem o abuso do direito. Não competia ao intérprete ou ao Magistrado substituir o legislador no preenchimento de tal lacuna legislativa.

Finalmente, essa negação enquanto problema jurídico não leva a negá-lo enquanto problema social. Georges Ripert (1949), negando a autonomia científica ao abuso do direito, coloca-o como um “moralismo jurídico”, partindo da insuficiência dogmática civilística para a solução dos problemas relacionados com as obrigações, visando reivindicar um conteúdo axiológico do direito. Assim, segundo este autor, abusar do direito é, na realidade, cobrir com aparência de direito o ato que tínhamos o dever de não realizar ou, pelo menos, que era somente possível levá-lo a termo senão indenizando aqueles que foram lesados por este ato¹²⁸.

Em vista do apresentado neste tópico, em que pese as posições contrárias, concluímos que a locução abuso do direito não é equivocada e muito menos contraditória. Ela expressa a existência de um direito, que pode ser exercido por qualquer pessoa, mas, no exercício desse direito, este não foi utilizado em consonância com as normas éticas, com a boa-fé, com os

¹²⁶ IONESCU, Octavian. *La notion de droit subjectiv dans le droit privé*. Bruxelles: Bruylant, 1978, p. 52.

¹²⁷ ROTONDI, Mario. *L'abuso del diritto – “aemulatio”*. Padova: CEDAM, 1979, p 306.

¹²⁸ RIPERT, Georges. *La règle morale dans lês obligations civiles*. Paris: LGDJ, 1949, p. 164.

bons costumes e com a sua finalidade social e econômica.

Entretanto, partindo-se da concepção de Planiol e chegando à nossa conclusão de que expressão abuso do direito não é contraditória, é importante reconhecer, como faz Pedro Baptista Martins (1997), que a questão não passa de um mero jogo de palavras.¹²⁹

Por esta razão, é necessário apresentar uma advertência. Quem concluir pela imperfeição ou contradição do *nomen juris* não quer dizer que deva negar a existência do instituto do abuso do direito. É importante tal intervenção, uma vez que existem juristas, estudiosos ou aplicadores do direito, que se negam a concebê-lo, ao concluírem que não se pode abusar de um direito.

5.3. Categoria Autônoma

Não obstante o fato de encontrar-se inserido no plano da antijuridicidade, como também de ter sido incluído no Código Civil de 2002, no Título pertinente ao ato ilícito, o ato abusivo não pode ser confundido com o ato ilícito, consoante já fizemos a diferenciação anteriormente. Com efeito, entendemos que o abuso do direito se apresenta como uma categoria autônoma da antijuridicidade.

O fato de os juristas contemporâneos se considerarem incapazes de definir o abuso do direito, os levou a delinear construções teóricas em torno da figura, reduzindo-a ao quadro de estruturas disponíveis ou elaboradas, estas últimas inseridas em conceitos jurídicos como “carência de direito”, “responsabilidade comum” ou “ilícito”, entre outras.

Contudo, através deste estudo, constatamos que a questão do

¹²⁹ MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3ª ed. Atualizador: José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense. 1997, p. 28.

exercício abusivo do direito encontra-se solucionada sem que seja necessário sairmos da coerência lógica do sistema anteriormente montada pela Exegese.

Por trás dessa perspectiva, estão as teorias que negam o abuso do direito e o nominam como “falta” ou “excesso” de direito, uma vez que não se concebia outra categoria de juridicidade, e ultrapassar os limites conferidos ao direito subjetivo seria o mesmo que atuar sem direito.

Sendo assim, Planiol e seus contemporâneos apresentaram teses reduzindo o ato abusivo à esfera da ilicitude, uma vez que não se encontrava modo de adequá-lo aos esquemas lógicos que estruturavam a civilística clássica.

Porém, para aqueles que consideravam o abuso do direito como caracterização da violação da regra moral, para a qual deixava espaço a atuação negativa do Estado, isto não se dava, e embora a figura de Ripert seja emblemática dessa teoria, se entrelaça por uma linha filosófica que afeta à moralidade que, por vezes, impõe-se ao direito.

Sobre o assunto, Rosalice Pinheiro (2002) revela que as teorias subjetivistas também se estruturam nessa ordem, remetendo o ato abusivo para a noção de culpa; muitas vezes o abuso do direito está identificado ao delito e quase delito. Por outro lado, tais teorias distanciaram-se da culpa, procurando figurar o abuso do direito, “(...) sob critérios objetivos e, por vezes, identificando-os com a teoria do risco, enquadrando-os nos casos de responsabilidade objetiva”.¹³⁰

Em face de semelhantes considerações, Cunha de Sá (1997) relata que o abuso do direito foi reduzido a um mero problema de

¹³⁰ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 111.

responsabilidade civil culminando no “nascimento da obrigação de indenizar pelo próprio exercício de um direito subjetivo”¹³¹.

Essa maneira aparentemente satisfatória consistia no método de resolver a casuística nos tribunais, ainda que este tratamento estivesse preso ao positivismo, negando-se uma concepção dogmática autônoma ao abuso do direito, o que, de certa maneira, aproximava bastante a classificação defendida por Josserand, ao esboçar atos ilegais, ilícitos e excessivos.

De acordo com Josserand (1982), os atos ilícitos não violam a letra da lei, mas o espírito dela, pois reputam como injustificados e ilícitos, ou, ainda, abusivos. Para o eminente jurista, há necessidade de se provar, além do ato e seu desvio, o dano, uma vez que “sem desvio não há abuso do direito e sem dano não pode haver reparação”.¹³²

Desse modo, com base na construção teórica de Josserand, devemos considerar o abuso do direito como um ato ilícito e, após delineá-lo dentro do critério objetivo do espírito social do direito exercido, também considerá-lo em face de uma teoria subjetiva do ato abusivo. Assim, Josserand não chega a uma concepção autônoma de abuso do direito por duas razões: a concepção de direito subjetivo e seu enquadramento na teoria da responsabilidade civil.

Sob a ótica de Cunha de Sá (1997), a construção teórica de Josserand considera o abuso do direito como ato ilícito:

O abuso é, pura e simplesmente, reduzido a uma das numerosas variedades de ato *faulif* e porque constatar que ele figure neste lugar é tido como essencial: a relatividade do direito subjetivo, a própria finalidade social que o seu espírito

¹³¹ SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. Lisboa: Almedina, 1997, pp. 513/514.

¹³² JOSSERAND, Louis. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Bogotá: Temis Librería, 1982, p. 332.

objetivamente encerra e traduz, é assim substituída agora para efeitos de responsabilidade civil, na perspectiva da reparabilidade do dano que o ato abusivo provoca, pelo critério da *faute*, da culpa do titular do direito na errada direção que imprimiu aos exercícios deste¹³³.

Fica claro e evidente que mesmo tendo como pano de fundo um critério finalista, a doutrina de Josserand não consegue se ver livre da pecha de positivista, pois recorre de uma das figuras disponíveis no sistema jurídico, sem concebê-lo em sentido diverso da juridicidade – o que acaba corroborando-a enquanto doutrina transitória. Além disso, a possibilidade lógica de compreendermos o abuso do direito poderia ser explicada através do “axioma ontológico da liberdade”, o qual sustenta que:

(...) tudo o que não está proibido, é permitido. Trata-se de uma idéia que se encontra no vértice dos sistemas liberais, apregoando como essência do direito à liberdade. Deste modo, restam duas alternativas: a conduta está proibida e, portanto, é ilícita ou não está proibida e, por isso, é lícita¹³⁴.

Nesse contexto, o fato de alguns juristas conferirem autonomia dogmática à nova figura seria o mesmo que romper com os princípios que compõem o sistema jurídico, além de desconsiderar o caráter absoluto do direito subjetivo, escondendo sua especificidade e sua singularidade: cobrir com a aparência de direito o comportamento do sujeito.

Assim, a aceitação da idéia de que do abuso do direito possa decorrer responsabilidade para o seu autor passa, necessariamente, por sua configuração como ato ilícito.

¹³³ SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. Lisboa: Almedina, 1997, p.476.

¹³⁴ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 113.

Seguindo essa posição, Paulo Nader (1988) entende que o abuso do direito é uma forma especial de prática do ilícito.¹³⁵

Everardo Cunha Luna (1988) também defendeu essa concepção:

A ilicitude é a essência do abuso de direito, o que implica em afirmar ser o ato abusivo uma das muitas variedades do ato ilícito – esse, o fundamento para detenção de um seguro conceito do abuso¹³⁶.

Portanto, as teorias que negam a autonomia do ato abusivo se fundamentam na equiparação deste com o ilícito, em razão de ambos produzirem os mesmos efeitos, qual seja, a responsabilização civil do agente. Todavia, discordamos de tal posicionamento, pois, no ato ilícito, o agente infringe a lei frontalmente, já no abuso do direito, viola o princípio geral de que os direitos devem ser exercidos com certos limites, a fim de que seja atingida a finalidade em vista da qual se conferem a tutela.

Os atos ilícitos são os que apresentam um exercício do direito, “porém sua responsabilidade se dá em virtude de falta ou desvio em relação à destinação ou espírito de sua instituição”¹³⁷.

Agora, ao considerar que todo processo de construção doutrinária resulta no conceito de que ato abusivo não se confunde com ato ilícito, Heloísa Carpena (2003) nos ensina que o que diferencia essas duas espécies (ato ilícito e abuso), é a natureza da violação, ou seja:

No ato ilícito, o sujeito viola diretamente o comando legal, pressupondo-se então que este contenha previsão expressa daquela conduta. No abuso, o sujeito aparentemente age no

¹³⁵ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 422.

¹³⁶ LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, pp. 73/74.

¹³⁷ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Op. cit., p. 112.

exercício de seu direito, todavia, há uma violação dos valores que justificam o reconhecimento deste mesmo direito pelo ordenamento. Diz-se, portanto, que no primeiro, há inobservância de limites lógico-formais e, no segundo, axiológico-materiais¹³⁸.

Não se admite mais que o direito positivado possa prever exaustivamente todas as condutas anti-sociais ou indesejáveis. Tal função será melhor desempenhada pelos princípios, visto que os mesmos passaram a assumir um maior grau de normatividade, permitindo uma constante adequação do ordenamento jurídico às exigências de nosso tempo, de forma a tornar o sistema mais dinâmico.

No que se refere à culpa, ainda que ela se apresente como elemento que constitui o ato ilícito para a doutrina, nem sempre a ilicitude está apoiada na existência do ato abusivo. Devemos afirmar, então, que quando se pratica um ato abusivo, exerce-se um direito próprio, do qual se é titular, ao contrário do ilícito, em que se pratica um ato contrário ao ordenamento jurídico.

Por isso, é possível proceder a uma distinção entre abuso do direito e ato ilícito. Segundo Antunes Varela (1996), o ato ilícito consiste em um comportamento antijurídico, do qual advém a obrigação de indenizar. No entanto, no ato abusivo não há violação de um direito de outrem ou a ofensa a uma norma que tutela o interesse alheio.¹³⁹

Diante desta distinção, ainda que a culpa tenha se delineado como fundamento para o ato abusivo, este caráter atualmente está rompido e não é necessária a consciência do agente em ter excedido no exercício de seu

¹³⁸ CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no código civil de 2002. *Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*. In Parte Geral do Novo Código Civil. Coordenador: Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 381.

¹³⁹ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9ª ed. v. 1. Coimbra: Editora Almedina, 1996, p. 563.

direito, bastando que tenha, objetivamente, excedido os limites da boa-fé, bons costumes e o fim social e econômico do direito.

Ademais, convém salientar que o abuso do direito não está condicionado à violação de limites formais ou concretas proibições normativas. Sua doutrina vai muito mais além dessa realidade, pois, os seus limites são ditados pelos princípios que regem o ordenamento jurídico, o que, mais uma vez implica o reconhecimento de sua autonomia jurídica.

Cunha de Sá (1997) entende que, tecnicamente, “o abuso do direito não é ato lícito nem ilícito. Constitui um ato com caráter próprio: a abusividade que se revela como figura autônoma e intermediária entre ambas as opções. Tanto o ato abusivo como o ato ilícito são considerados como pressupostos da responsabilidade civil, mas encará-lo como um mero problema de responsabilidade é uma atitude totalmente errada e viciosa, pois tanto um quanto outro não existem apenas quando causam danos”¹⁴⁰.

A doutrina do abuso do direito está em sintonia com a atual tendência da racionalidade jurídica, a qual não mais se coaduna com a idéia da completude do ordenamento e sim com a consagração dos princípios como valores fundamentais do sistema jurídico nacional, os quais, em sua maioria, se encontram constitucionalizados. Vale destacar, em especial, para o estudo do abuso do direito, a incidência dos princípios da socialidade e eticidade, ambos consagrados pelo Código Civil de 2002.

Portanto, devemos admitir o instituto do Abuso do Direito como uma categoria autônoma, haja vista que o mesmo, apesar de se encontrar inserido no plano da antijuridicidade, em nada se confunde com o ato ilícito, conforme já demonstrado.

¹⁴⁰ SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. Lisboa: Almedina, 1997, p. 494.

6. TEORIAS - CRITÉRIOS FIXADORES

A sistematização da teoria do abuso do direito tem se mostrado de grande complexidade, dificultando entendimentos, posições e interpretações arraigadas, levando eminentes juristas a renunciar uma única tese de formulação abrangente a fim de justificar o elemento danoso caracterizador da responsabilidade.

Mediante tais fatos, com base em capítulos anteriores, no decorrer deste procuraremos desenvolver um pouco mais a questão das divergências na corrente positivista limitando-nos a três sistemas de direito positivo: a teoria subjetivista, a teoria positivista e a teoria mista.

De acordo com Alvino Lima (1960), devemos levar em consideração que a lesão do direito de outrem nem sempre conduz à responsabilidade, pois, o fato de ser inevitável, poderia decorrer do paralelismo das atividades humanas, como, por exemplo, a concorrência. Em suas palavras:

A teoria do abuso do direito veio, pois, alargar o âmbito das nossas responsabilidades, cerceando o exercício dos nossos direitos subjetivos, no desejo de satisfazer melhor o equilíbrio social e delimitar, tanto quanto possível, a ação nefasta e deletéria do egoísmo humano. Como corretivo indispensável ao exercício do direito, ela veio limitar o poder dos indivíduos, mesmo investidos de direitos reconhecidos pela lei, conciliando estes direitos com os da coletividade¹⁴¹.

A partir daí, podemos afirmar que a diversidade da natureza dos direitos não os afasta da verdade precípua de que todo direito tem uma finalidade específica. Ademais, o desvio dessa finalidade caracteriza o abuso

¹⁴¹ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 1960, p. 220.

do direito, cabendo ao legislador fixar com precisão tal desvio.

Sendo assim, a fim de adotarmos algum dos critérios disponíveis teríamos que considerar o ponto de vista em que o jurista se coloca doutrinária e ideologicamente. Para os que adotam o critério subjetivista, por exemplo, cumpre averiguar a intenção de lesar.

Sobre o assunto, Alvino Lima (1960) nos ensina que o movimento doutrinário, a jurisprudência dos tribunais e a necessidade imperiosa de reprimir o dano causado pelo abuso dos direitos revelados pelos fatos, levou os legisladores “em preceitos genéricos, ou em dispositivos de caráter especial, a fixarem normas proibitivas do exercício abusivo do direito”.¹⁴²

Por isso, a seguir decidimos deslindar as duas teorias com um pouco mais de detalhes de modo que seja possível avaliarmos melhor os prós e contras de cada teoria.

6.1. Teoria Subjetivista

Ao tratar da corrente subjetivista, Eduardo Jordão (2006) afirma que o termo “direito” pode obter diversos significados dependendo do contexto em que se encontra e, que tal pluralidade inspirou a clássica dicotomia entre direito objetivo e direito subjetivo.¹⁴³

Ao seu turno, Orlando Gomes (1979) revela que a teoria do abuso do direito serve para expressar a concepção relativista dos direitos, em contradição com a visão objetivista. Assim, embora já houvesse na doutrina medieval a figura dos atos de emulação, foi apenas no início do século XX que esta construção doutrinária começou a ser forjada, ainda que continue

¹⁴² LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. Op. cit., p. 258.

¹⁴³ JORDÃO, Eduardo F. *Abuso de direito*. Salvador: Podivm, 2006, p. 33.

sendo até nossos dias motivo de incontáveis debates.¹⁴⁴

Em outras palavras, os debatedores do tema, se dividem em duas correntes bem definidas: a dos subjetivistas e a dos objetivistas, definidas pelo eminente jurista Orlando Gomes (1979), da seguinte maneira:

Os subjetivistas vacilam entre dois critérios: o intencional e o técnico. Pelo primeiro, o abuso de direito pressupõe ânimo de prejudicar. Pelo segundo, exercício culposo. Os objetivistas dividem a preferência, também, entre dois critérios: o econômico e o teleológico. Pelo primeiro, o abuso existe sempre que o direito é exercido sem legítimo interesse. Pelo segundo, quando não se exerce conforme sua destinação econômica ou social¹⁴⁵.

Portanto, com base no critério adotado, a noção de abuso do direito poderá variar, ou seja, enquanto os objetivistas admitem o abuso do direito como um desvio em seu exercício, pois nesse caso falta ao titular o interesse legítimo em exercê-lo; para os subjetivistas, o abuso do direito consiste no seu uso com a intenção deliberada de causar dano a outro indivíduo.

Orlando Gomes (1979) complementa o tema ao assinalar que o abuso do direito não se restringe à esfera dos direitos patrimoniais, mas ao abuso do pátrio poder, do poder marital e outros, ou seja:

Ao se deslocar o abuso do direito da órbita do ato ilícito, para a qual fora atraído por se ter admitido a paridade de efeitos, outras sanções se previram. Até no campo dos direitos patrimoniais, aceita-se, hoje, a sanção *in natura*, mais apropriada, em certos casos, para o fim visado, do que a

¹⁴⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 151.

¹⁴⁵ Idem, pp. 151/152.

indenização. Se o proprietário levanta, por exemplo, falsa chaminé no seu terreno, simplesmente para prejudicar o vizinho, ou por mero capricho, a repressão ao abuso deve ser obrigá-lo a destruí-la, por mais própria e eficaz, do que sua condenação ao pagamento de perdas e danos. Em outras situações, a pena própria será a nulidade do ato. Finalmente, se o abuso é praticado no exercício de poder conferido pelo *status* familiar, como o pátrio poder ou o poder marital a repressão pelo dever de indenizar não faz sentido. Há que ser outra espécie, admitindo-se, conforme a gravidade do abuso, a destituição do pátrio-poder ou o divórcio¹⁴⁶.

Ao seu turno, em se tratando da corrente subjetivista do abuso do direito, Leedsônia Albuquerque (2002) demonstra que esta encontra-se caracterizada pela investigação do elemento intencional determinante do ato danoso.¹⁴⁷

Além disso, o fato de nas sociedades modernas a imagem do direito privado ter sido considerada como fundamento dos códigos delineados durante o século XIX fez com que a liberdade fosse consagrada no ápice dos ordenamentos jurídicos.

Esta liberdade revelou-se como um espelho refletor da separação entre Estado e sociedade. Com vistas à sua realização, existiam instrumentos no mundo jurídico aptos a expressar essa liberdade autônoma, isto é, o sujeito de direito e o direito subjetivo.

Outro ponto interessante sobre o assunto é que considerando que na antiguidade o homem se utilizava de máscaras no teatro a fim de

¹⁴⁶ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Op. cit., pp. 154/155.

¹⁴⁷ ALBUQUERQUE, Leedsônia Campos Ranieri de. *O abuso do direito no processo de conhecimento*. São Paulo: LTr, 2002, p. 74.

encarnar a *persona*, Pontes de Miranda (1947) revela uma interessante qualificação levando-nos a refletir sobre esta figura.

Pessoa é quem pode ser sujeito de direito: põe a máscara para entrar no teatro do mundo jurídico e está apto a desempenhar o papel de sujeito de direito. (...) Certamente, o ser sujeito do direito, em concreto, é diferente do ser pessoa, que é um plano acima, abstrato¹⁴⁸.

Para Leedsônia Albuquerque (2002), a busca da asserção da doutrina remonta às velhas raízes; até mesmo em textos do direito romano conseguimos detectar os fundamentos teóricos da relatividade dos direitos, consagrados pela teoria medieval da emulação, segundo a qual “o ato praticado com intenção maligna de lesar e sem uma utilidade própria ou com mínima utilidade, acarreta a responsabilidade do agente”.¹⁴⁹

Nesse contexto, é significativo ressaltarmos que, entre os romanos, tal doutrina não foi aceita totalmente, porém, através da teoria da emulação do direito medieval, foram estendidos seus fundamentos ao campo de aplicação nas matérias de direitos reais e nas relações obrigacionais, sendo trazido até o direito moderno, onde serviu de fixação do conceito de abuso do direito, expresso no primeiro texto legislativo moderno – o Código Civil da Prússia, de 1794.

Por sua vez, ao discutir o ato abusivo do direito, Serpa Lopes (1989) nos ensina que:

Se além da intenção maléfica, outros motivos legítimos justificarem o ato do titular do direito, não teremos um ato abusivo do direito. Entendem outros que a existência de

¹⁴⁸ MIRANDA, F. C. Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1947. Arts. 1-152, p. 161.

¹⁴⁹ ALBUQUERQUE, Leedsônia Campos Ranieri de. *O abuso do direito no processo de conhecimento*. Op. cit., p. 45.

outros motivos, juntamente com a intenção de lesar, pode acarretar a responsabilidade do agente¹⁵⁰.

A partir daí, Alvino Lima (1960) atenta para o fato de que caberá ao legislador fixar as linhas gerais de um quadro jurídico dado, deixando aos aplicadores do direito o cuidado de preencher as minúcias de cada espécie.¹⁵¹

Portanto, ainda que existam várias correntes a se debater, cada qual procurando expressar a sua interpretação de forma unívoca, o certo é que resta incontroverso que a intenção de lesar deve sempre ser repelida para que o interesse de terceiro seja protegido, surgindo, por outro lado, a necessidade de amparar a prerrogativa da utilidade pessoal ou exercício do direito, encontrando neste ponto uma colisão de interesses causadores de desequilíbrio.

6.2. Teoria Objetivista

Quando se trata da escola objetivista, esta nega a própria existência do direito subjetivo. Além disso, mesmo com todas as manifestações dos juristas, o movimento doutrinário subjetivista não se mostrou suficiente para a fixação de uma fórmula definitiva de repressão do abuso do direito aceitável pela maioria, sendo que, o fruto dessa falta de consenso, acabou por conceber uma nova fase construtivista pautada na corrente objetivista.

Sobre o assunto, Leedsônia Albuquerque (2002) nos ensina que a teoria objetivista compreende o ato abusivo quando realizado sem conformidade com a finalidade do instituto jurídico, que, mesmo sem a intenção de prejudicar, contrarie seu caráter social. Em suas palavras:

¹⁵⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 7ª ed. revisada e atualizada. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 472.

¹⁵¹ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 1960, p. 253.

(...) o abuso do direito se caracteriza pelo seu lado objetivo e não pelo seu fim; o ato intencional, com o fim exclusivo de lesar, é um ato objetivamente contra os bons costumes; é o exercício anormal do direito, mesmo que seja apenas imprudente. Proclama assim, a relatividade dos direitos e a abusividade do exercício quando desviado da destinação econômica e social, reprovado pela consciência pública¹⁵².

Ainda, esta autora nos lembra que ao repensar a intenção de lesar, Josserand aponta seus derivados ou sucedâneos considerando a culpa na execução como critério técnico; a ausência de interesse legítimo como critério econômico e; o desvio do direito de sua função social como critério social ou finalista¹⁵³, exemplificados por Alvino Lima (1960), da seguinte maneira:

A culpa na execução consiste em ter o titular do direito agido no exercício do mesmo sem interesse apreciável, sem vantagem, embora sem intenção de prejudicar, mas de tal maneira que o ato praticado é economicamente mau e condenável. É uma culpa de ordem econômica¹⁵⁴.

Mediante tais fatos, com base em Josserand, ao apreciar o direito legítimo, podemos nos certificar que as faculdades objetivas são conferidas aos homens pelo poder público, com vistas à satisfação de seus interesses – interesses legítimos, e não quaisquer interesses. Assim, se o titular exerce seu direito para a consecução de um interesse ilegítimo, ou fora de todo o seu interesse, está abusando de seu direito, não sendo, portanto, merecedor da proteção da lei. Além disso, o exercício contrário à destinação econômica do direito, um contra-senso econômico, acabaria por fixar essa concepção de

¹⁵² ALBUQUERQUE, Leedsônia Campos Ranieri de. *O abuso do direito no processo de conhecimento*. São Paulo: LTr, 2002, p. 76.

¹⁵³ Idem, p. 77.

¹⁵⁴ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. Op. cit., pp. 224/225.

ordem econômica¹⁵⁵.

Convém lembrar ainda que este critério econômico, por ser totalmente materialista, não tem a abrangência desejável ou necessária de todos os direitos, apenas abordando o último e verdadeiro critério do abuso, isto é, o desvio do direito da sua função social, critério funcional ou finalista, sendo que os demais critérios constituem uma parte da verdade integral.

Segundo Leedsônia Albuquerque (2002), por tal critério, devemos ter em mente qual é a finalidade dos direitos, sua função e, como consequência, cada um desses direitos deve realizar-se de acordo com os princípios da instituição.¹⁵⁶

De qualquer modo, alguns juristas fixam o critério do abuso do direito na ruptura do equilíbrio de interesses e a consistência no seu fim econômico e social, chegando a comparar sua importância a dos interesses opostos, cabendo ao juiz a consideração da ordem moral, social ou econômica que envolve o conflito dos interesses.

De acordo com Alvino Lima (1960), essa posição também foi seguida por outros eminentes juristas que se propuseram a adotar esse critério como único, graças a sua abrangência: a intenção de lesão, a ausência de interesse legítimo e o desvio da finalidade do direito exercido¹⁵⁷.

Esse critério visa fins contrários aos protegidos pela lei, não havendo nenhum interesse legítimo, moral ou material, na medida em que o titular de um direito exerce-o de forma objetivamente irrepreensível.

¹⁵⁵ JOSSERAND, Louis. De l'esprit des droits et de leur relativité. Paris: Temis Librería, 1927, p. 223.

¹⁵⁶ ALBUQUERQUE, Leedsônia Campos Ranieri de. *O abuso do direito no processo de conhecimento*. São Paulo: LTr, 2002, p. 77.

¹⁵⁷ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. Op. cit., pp. 225/226.

Orlando Gomes (1979), por sua vez, atenta para o fato de esta visão dificultar a caracterização do abuso do direito ao repercutir nas legislações, pois, enquanto o Código Civil alemão se inclina para a concepção subjetivista, e em seu § 226 exige a intenção de prejudicar, o Código Civil suíço orienta-se para a concepção objetivista, que encontra-se formulada de maneira mais decisiva ainda no Código Civil russo, e no Código Civil grego.¹⁵⁸

Sendo assim, a concepção do abuso do direito passa a figurar a construção doutrinária que tende a tornar mais flexível a aplicação das normas jurídicas inspiradas numa filosofia que deixou de corresponder às aspirações da atualidade; trata-se de um conceito amortecedor, pois sua “função precípua é aliviar os choques freqüentes entre a lei e a realidade que, no fundo, é uma técnica de reanimação de uma ordem jurídica agonizante”.¹⁵⁹

6.3. Teoria Mista ou Eclética

A teoria mista ou eclética consiste na combinação de fatores subjetivo, psicológico ou intencional, por um lado, e objetivo, finalista ou funcionalista, por outro.

Sobre o tema, Carvalho Neto (2005) assevera que o problema do abuso do direito poderia ser solucionado em alguns casos pela negligência e, em outros, pela intenção de prejudicar, pois enquanto o critério misto “tem a vantagem de nos permitir a análise objetivista da intenção do autor, o ato abusivo, aqui é entendido como uma modalidade especial do ato ilícito”.¹⁶⁰

¹⁵⁸ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 152.

¹⁵⁹ Idem.

¹⁶⁰ CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 61.

Sendo assim, diante da diversidade de critérios que os doutrinadores apontam para fixar o abuso do direito, surgem dúvidas quanto ao critério a ser adotado para a solução de casos concretos; daí o surgimento da teoria “mista” que nos ensina que o uso anormal do direito consiste no seu desvio, no seu emprego, com outros fins do que aqueles que a lei entendeu de proteger, sendo que este desvio pode consistir, na intenção de prejudicar, na falta de execução, na falta do interesse legítimo, ou no desvio do direito de sua função social.

Para alguns juristas, não se pode ceder muito à tendência da unidade sendo preciso observar que cada direito tem um limite subjetivo diverso, segundo sua natureza. De acordo com Leedsônia Albuquerque (2002):

A diversidade da natureza dos direitos não os afasta do princípio geral de que todo e qualquer direito tem uma finalidade específica, uma destinação econômica e social; o critério a adotar deve, pois, ter em vista fixar, com precisão, aquele desvio. A adoção deste ou daquele critério depende do ponto de vista em que nos colocamos doutrinariamente. Assim é que, para os que adotam apenas o critério subjetivista, cumpre averiguar tão-somente se houve intenção de lesar e ausência de interesse do titular do direito. Para os que sustentam que, além do critério subjetivista, há um critério finalista cumpre, na ausência de intenção de lesar, perquirir se o exercício do direito incide em qualquer dos demais critérios adotados, sem colocar em exame a natureza do direito violado¹⁶¹.

Entendem alguns juristas que os vários critérios objetivistas de avaliação do abuso do direito se confundem e, ao mesmo tempo, se

¹⁶¹ ALBUQUERQUE, Leedsônia Campos Ranieri de. *O abuso do direito no processo de conhecimento*. São Paulo: LTr, 2002, p. 79.

identificam por sua natureza e fundamentos, pois exercícios anti-sociais ou antifuncionais do direito, desvio do direito de sua finalidade econômica ou social, exercício anormal ou irregular, falta de utilidade ou interesse, são critérios sugeridos pela doutrina com o fim de facilitar a apreciação do juiz em relação ao ato abusivo.

O que fica patente, no entanto, é que todos esses critérios, ainda que sob uma capa diversa, são equivalentes para a adoção da realização de um mesmo fim, qual seja, o de verificar se, realmente, há a ruptura do equilíbrio dos interesses que a ordem jurídica deve assegurar.

É mister salientarmos que nenhuma das duas teorias analisadas isoladamente subsidia suficientemente a caracterização do abuso do direito, já que este está revestido de diversas formas e por vezes, impõe-se da intenção do agente, fazendo necessária, neste caso, a pesquisa para verificar se o abuso do direito se dá mesmo sem intenção, configurando, deste modo, uma responsabilidade objetiva.

No direito brasileiro, a extensão da responsabilidade civil aos atos abusivos no artigo 160, I, do Código Civil de 1916, que consagrou expressamente o exercício abusivo ao enumerar os atos que não são ilícitos – ainda que isto tenha sido feito de forma indireta –, restando consagrado a *contrario sensu* o princípio genérico contra o abuso do direito e a obrigação de reparar os danos causados.

Jorge Americano (1932) assevera que em se falando em exercício anormal de um direito e exercício regular de um direito, o Código Civil Brasileiro de 1916 pressupunha a “existência de um direito anormal, de um exercício irregular, em suma, do abuso no exercício de um direito, embora não empregue esta expressão”.¹⁶²

¹⁶² AMERICANO, Jorge. *Abuso do direito no exercício da demanda*. 2ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1932, p. 19.

Por fim, o Código Civil vigente, em seu art. 187, declara que também comete ato ilícito o titular de um direito exercido de modo a ultrapassar os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, consagrando, desse modo, o critério finalístico a ser adotado em nosso sistema jurídico.

7. O ABUSO DO DIREITO NO CÓDIGO CIVIL VIGENTE

Alvino Lima (1960) revela que o Código Civil Brasileiro de 1916, ao invés de firmar o princípio contra o exercício abusivo em um preceito geral direto, consagrou-o indireta e singularmente ao enumerar no artigo 160 os atos que não são ilícitos. No artigo 100, o legislador deu entrada, ainda que de modo indireto, à teoria do abuso do direito.¹⁶³

Para Rosalice Pinheiro (2002), os códigos oitocentistas estruturaram-se em torno de duas idéias centrais complementares: a propriedade e a autonomia da vontade; isto se repetiu no código brasileiro de 1916.¹⁶⁴

Porém, após ser colocado em vigor, o código brasileiro de 1916 viu modificações se processarem no seio da sociedade, o que acabou por refletir no Direito Civil, atingindo as idéias centrais a que nos referimos, passando a revelar a total defasagem do sistema normativo nacional, com alguns autores chegando mesmo a falar em “agonia” ou “decadência” do Código Civil.

De acordo com Francisco Amaral (1999), como reflexo desse descompasso, o sistema “de unitário que era, passou gradativamente a uma pluralidade fragmentária”.¹⁶⁵

A partir da metade do século XX, o legislador passou a enfrentar problemas reais, evidenciando a cada dia a necessidade da fixação do movimento de especialização em textos orgânicos, que deixassem sobreviver o Código Civil de 1916, introduzindo nele, todavia, um

¹⁶³ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 1960, p. 270.

¹⁶⁴ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 297.

¹⁶⁵ AMARAL, Francisco. *O projeto de código civil*. Revista Brasileira de Direito Comparado. n° 16. Rio de Janeiro, 1° semestre de 1999, p. 27.

particularismo jurídico, fazendo-se talvez necessário recodificar o Código Civil existente.

Sobre o assunto, Francesco Galgano (1987) assevera que nos países europeus, à época do direito pré-codificado, havia uma pluralidade de direitos que os caracterizavam. As relações ali existentes, algumas de cunho universal – como o direito romano e o canônico -, e outras particulares da terra ou da classe, faziam com que cada grupo tivesse seu próprio estatuto.¹⁶⁶ Assim, o que se via é a predominância do direito da classe mais forte.

Nessa perspectiva, privilégios eram suprimidos e se criavam as condições para uma economia de mercado. Tratava-se de uma igualdade jurídica, estritamente vinculada à ascensão de um novo sistema econômico. Assentado sobre essas bases, os códigos passavam a ocupar o vértice da hierarquia das fontes do direito privado, eis que em suas proposições de caráter geral e abstrato, aplicável a todos os indivíduos, encontrava-se um sentido de perpetuidade, cujas soluções estabelecidas por suas regras eram deixadas de uma década ou até de um século para outro¹⁶⁷.

Contudo, conforme atesta Rodolfo Sacco (1983), essas proposições também resultaram em novas desigualdades, ainda que não no campo jurídico, mas econômico, “não mais formais, mas substanciais”, fazendo com que fosse necessário um novo princípio, não mais apenas o da igualdade formal, mas também substancial.¹⁶⁸

Sendo assim, o estabelecimento desse novo princípio de igualdade foi um papel que não mais poderia ser desempenhado pela

¹⁶⁶ GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. 4ª ed. Padova: CEDAM, 1987, p. 36.

¹⁶⁷ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Op. cit., p. 299.

¹⁶⁸ SACCO, Rodolfo. *Codificare: modo superato de legiferare?* Rivista de Diritto Civile. ano 29. 1ª parte. Padova: CEDAM, 1983, p. 118.

codificação, pois deveria ser substancial; daí a justificativa de serem editadas uma série de leis especiais para dinamizar mudanças valorativas aos principais institutos de direito privado – representados pelo contrato, a propriedade e a família.

Mediante tais fatos, devemos frisar que essa “especialidade” e “concretude” que perfazem a lei a fim de reger uma determinada classe de relações jurídicas ou para determinadas pessoas, fez com que institutos antes integrantes ao Código Civil Brasileiro tivessem um destaque com lógica e autonomia próprias, formando pequenos sistemas.

Nesse sentido, Rosalice Pinheiro (2002) afirma que muitas das novas leis passaram a corresponder a novos ramos jurídicos, como direito agrário, direito do trabalho, direito previdenciário e direito do consumidor:

Estes microssistemas não convivem pacificamente, antes representam uma ruptura com a unidade do sistema do código, trazendo consigo novos princípios que lhe são contrapostos, operando uma verdadeira decodificação. O afastamento destes microssistemas em relação aos princípios codificados exige uma nova atitude do intérprete do direito, pois torna-se um equívoco a utilização de critérios e diretrizes da exegese do código¹⁶⁹.

Essa é, portanto, uma passagem do monossistema ao polissistema dos institutos do direito civil, cujo código deixou de ter o destaque a ele atribuído para caminhar até a Modernidade, favorecendo assim a legislação especial.

Apesar de tantos esforços, Michele Giorgianni (1980) assevera que a regulamentação que exalta o indivíduo tornou-se obsoleta para a

¹⁶⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 300.

sociedade atual, sendo necessário adequá-la ao grupo econômico ao qual o indivíduo pertence, como por exemplo: consumidor, produtor, agricultor, etc.¹⁷⁰ Os institutos tradicionais dos códigos oitocentistas também se revelaram de difícil aplicação por sua extrema rigidez e, em virtude disso, as idéias encontradas na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil Brasileiro vigente, surgiu como tentativa precípua de restaurar o código enquanto diploma básico de disciplina das relações de natureza privada, ao adaptar-se às exigências do processo de mudanças sociais ocorridas em nosso país.

Também houveram outras tentativas nesse sentido, como as de 1941, com o anteprojeto de Código das Obrigações; em 1961, com a redação de um novo anteprojeto de Código Civil, por Orlando Gomes, e no mesmo ano com Caio Mário da Silva Pereira, no anteprojeto de código das obrigações; até que, finalmente, em 1967, foi constituída uma comissão para elaborar o atual Código Civil, sob a presidência de Miguel Reale, com o objetivo de realizar um código “central”, mais amplo em relação aos tradicionais, com cláusulas gerais capazes de proporcionar uma atividade judicial mais criadora.

Na ocasião, o Professor Miguel Reale argumentou que seria imprescindível ao novo Código Civil apresentar uma lei básica da sociedade, fundamentada em “modelos abertos”, de modo a permitir a sua evolução por parte daqueles que viessem interpretar sua jurisprudência.

Sobre isso, do ponto de vista de Rosalice Pinheiro (2002), não seria procedente elaborar um novo Código Civil diante do atual estágio de desenvolvimento de nossa sociedade, pois, do ponto de vista político, haviam desaparecido circunstâncias históricas que tinham como supedâneo

¹⁷⁰ GIORGIANNI, Michele. *La morte del codice ottocentesco*. Rivista de Diritto Civile. nº 1. Padova: CEDAM, 1980, p. 122.

codificações em seu papel de unificação política e ideológica.¹⁷¹

De qualquer modo, essas idéias, mais as modificações que se processaram no fenômeno de descodificação do direito civil, compuseram o pano de fundo no qual se consagrou a teoria do abuso do direito no Código Civil de 2002.

Exemplo disso é o artigo 187 do Código Civil, que se refere a essa teoria, dispondo que o titular de um direito, ao exercê-lo, comete ato ilícito ao exceder manifestamente os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O abuso, portanto, não mais aparece relacionado ao exercício irregular de um direito ou prerrogativa individual, posto que passou a assumir função limitadora destes, mediante a imposição de limites éticos. Tais limites, por sua vez, serão estabelecidos em conformidade com o princípio da boa-fé objetiva, os bons costumes e a função social e econômica dos direitos.

Assim dispõe o art. 187:

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 e pelos bons costumes.

Tal preceito encontra abrigo no artigo 334 do Código Civil de Portugal, que determina que o ato abusivo se caracteriza pela ultrapassagem dos limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim econômico ou social do direito.

¹⁷¹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 303.

No caso brasileiro, Rosalice Pinheiro (2002) acredita que em seu artigo 187, o Código Civil nos remete ao princípio da boa-fé enquanto regra de comportamento que se impõe em relação ao exercício de posições jurídicas, ainda que nessa concepção a boa-fé se apresente como uma espécie de norma “em branco”, pois a legislação brasileira abre espaço para a consagração de hipóteses típicas, sob as quais ela passa a ser concretizada, e “eis a proibição de *venire contra factum proprium*, o instituto da *verwirkung*, o *tu quoque*, a inalegabilidade de nulidades formais e o exercício desequilibrado dos direitos”.¹⁷²

Entretanto, é importante que saibamos distinguir os princípios da boa-fé e do abuso do direito, lembrando-nos sempre de verificar o domínio contratual em que as partes devem agir de acordo com a lealdade e confiança mútuos entre os contraentes, pois freqüentemente o ato abusivo revela-se como contrário à boa-fé.

Nessa perspectiva, reservam-se as discussões sobre o que seja bons costumes. Na doutrina portuguesa, à qual se recorre em razão da similitude de preceitos, afasta-se a concepção “idealista”, relacionada aos ditames de ordem filosófica ou religiosa, reagindo sobre as práticas usuais. Do mesmo modo, afasta-se a moral subjetiva ou pessoal do juiz para se delinear no sentido de uma moral objetiva. Assim, os bons costumes devem corresponder ao sentido ético imperante na comunidade social¹⁷³.

No que tange ao fim econômico ou social, o artigo 187 do Código Civil brasileiro de 2002 sinaliza que o exercício do direito está limitado pelo seu fim, ainda que muitos o considerem impreciso.

Quanto a isso, Antônio Menezes Cordeiro (1990) argumenta que

¹⁷² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Op. cit., p. 305.

¹⁷³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Op. cit., p. 305.

as colocações nesse sentido têm a ver com o fato de que um código não viabiliza determinações em abstrato, pelo contrário, requer conhecimentos das limitações funcionais, especialmente no que se refere aos aspectos da tradição jurídica francesa “que se encontrou sob a égide da Exegese, na origem do abuso do direito”.¹⁷⁴

Já segundo Rosalice Pinheiro (2002), ainda que sob constantes críticas em relação à referência ao “fim econômico ou social” que se encontra no artigo 187 do novo Código Civil, haja a revelação de uma tradução do princípio da função social do contrato, também o artigo 421 do mesmo estatuto contempla enquanto limitação a liberdade de contratar, rezando que tal liberdade deve ser exercida com base nos limites da função social do contrato.¹⁷⁵

Já o artigo 422 estabelece a probidade e a boa-fé objetiva para dar aos contratos estrutura e finalidade sociais, afirmando que os contraentes devem guardar obrigatoriamente os princípios de probidade e boa-fé, na execução e na conclusão do contrato, deixando explícito que a liberdade de contratar deve ser exercida de acordo com os fins sociais do contrato.

Com efeito, a função social não se apresenta dissociada da boa-fé objetiva, ao contrário, esta é pressuposto daquela. Eis que o alcance da primeira torna-se possível quando as partes contraentes pautam seu comportamento em atenção à lealdade e confiança depositadas, uma na outra¹⁷⁶.

Agora, em relação ao ato abusivo, apesar de entendermos diferente, ele se constitui em ato ilícito segundo o Código Civil Vigente, ainda que haja um outro critério para determinar o ato abusivo com teor

¹⁷⁴ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Teoria geral do direito civil*. 2ª ed. v. 1. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 1232.

¹⁷⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Op. cit., p. 306.

¹⁷⁶ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Op. cit., p. 306.

eminentemente objetivo, tendo em vista que este não foi óbice para que o abuso do direito continuasse sob a concepção de ilícito.

Dessa forma, ao ser concebido, o foi sem autonomia dogmática, não restando outra configuração, a não ser enquadrar-se no âmbito da ilicitude, o que novamente não concordamos.

Sobre essa questão, Aguiar Júnior (1995) assevera que alguns juristas entendem o ato ilícito como contrário à norma, enquanto o abuso do direito surge no comportamento que ultrapassa os limites autorizados. Porém, o abuso não é uma categoria, mas “uma nova hipótese de responsabilidade civil; não uma categoria autônoma de ilicitude, visto que o direito deixa de existir quando excedidos os seus limites”.¹⁷⁷

Entretanto, apesar da redação de preceitos encontrada no artigo 187 do Código Civil Vigente e no artigo 160 do Código Civil Anterior, numa perspectiva que busca ser autônoma, entre nós, ainda que este seja antijurídico por contrariar o direito, em si mesmo, não se configura uma atuação ilícita, pois conforme nos ensina Fernando Noronha (1994), “quem age contra o direito, age sem direito: os casos ditos de abuso de direito são, na realidade, casos de atuação contrária ao direito, atuação antijurídica, não necessariamente atuação ilícita”.¹⁷⁸

Para Rosalice Pinheiro (2002), ainda que falte um correto enquadramento do abuso do direito perante o Código Civil de 2002, há um bosquejo de sua amplitude fora do âmbito circunscrito aos direitos subjetivos, que é o reconhecimento dos limites à liberdade contratual estabelecido pelo princípio da função social e da boa-fé.

¹⁷⁷AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado. *A boa-fé na relação de consumo*. Revista de Direito do Consumidor. nº 14. São Paulo: RT, 1995, p. 400.

¹⁷⁸NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.176.

Também, Heloísa Carpena (2003) afirma que o Código Civil de 2002 veio inovar o texto anterior, consagrando de forma expressa a teoria do abuso do direito, ainda que não tenha trazido sua denominação. Em outras palavras, o abuso não mais aparece com relação ao exercício irregular de um direito, mas assume a função limitadora deste¹⁷⁹.

Em relação a isso, devemos ressaltar que a versão do Código Civil brasileiro, com base no código português, passou a acolher e resumir variadas concepções do abuso do direito, impondo limites éticos ao exercício dos direitos subjetivos e outras prerrogativas individuais, sendo que tais limites passaram a ser estabelecidos balizados no princípio da boa-fé objetiva, nos bons costumes e na função social e econômica dos direitos.

Mediante tais fatos, Heloísa Carpena (2003) nos revela que o critério do abuso não está apenas na intenção de causar danos, mas no desvio de sua finalidade ou função social. Ademais, assim como o ordenamento constitui o conjunto de regras sociais obrigatórias, como parte da juridicidade, o direito subjetivo não poderia ter natureza e finalidade diferente, pois tanto na origem como na missão que se destina a desempenhar, deve assumir um caráter social, ou seja, o ato abusivo consiste na atuação anti-social. Segundo as palavras da referida autora:

A pedra de toque da teoria consagrada pela lei é a adoção do critério do “motivo legítimo”, para identificação do abuso, noção que se extrai das condições objetivas nas quais o direito foi exercido, cotejando-as com sua finalidade e com a missão social que lhe é atribuída, com o padrão de comportamento dado pela boa-fé e com a consciência jurídica dominante, expressa no conceito de bons

¹⁷⁹ CARPENA, Heloísa. *O abuso do direito no código civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*. In Parte Geral do Novo Código Civil. Coordenador: Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 392.

costumes¹⁸⁰.

É a velha discussão voltando à baila, pelo fato de, não obstante o mérito de introduzir de maneira clara e direta a figura do abuso do direito no ordenamento jurídico brasileiro, o que parece ser relevante, é o reconhecimento da autonomia do ato abusivo perante o ato ilegal.

Por outro lado, a inserção do abuso do direito no bojo do Código Civil de 2002, apesar de ter significado um importante avanço em nosso ordenamento jurídico, não poderia escapar de algumas críticas, que seguem.

Com propriedade Carpena (2003) nos ensina que, não bastasse a localização do dispositivo inserido no Título II, do Capítulo V, do Livro III – Do ato ilícito, a norma foi expressa ao dispor que aquele que age abusivamente também comete ato ilícito¹⁸¹.

Nesse contexto, alguns juristas brasileiros esclarecem que ainda que tenhamos caminhado no sentido de aprimorar e readequar o nosso Código Civil, para ficarmos em conformidade com a nova realidade social brasileira que se apresenta, teríamos que realizar alguns reparos à redação do novo dispositivo, especialmente, ao abuso do direito concebido como espécie de ato ilícito, tendo em vista que a atual redação obscurece seus contornos, ao caminhar para o sentido da responsabilidade subjetiva, sendo a culpa elemento quase que indissociável do conceito de ilicitude.

Ao seu turno, Heloísa Carpena (2003) entende que tal concepção é totalmente anacrônica, uma vez que a efetiva aplicação da teoria traz consigo a exigência da aferição da abusividade objetiva no exercício de um direito - revelada no confronto entre o ato praticado e os valores tutelados

¹⁸⁰ CARPENA, Heloísa. *O abuso do direito no código civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*. In Parte Geral do Novo Código Civil. Coordenador: Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 392.

¹⁸¹ Idem, p. 392.

pelo ordenamento civil-constitucional.¹⁸²

Segue a eminente jurista fazendo um senão com relação à redação do dispositivo, asseverando que a frase “será abusivo o ato que exceda manifestamente os limites do direito em questão” enseja várias objeções, começando pelo advérbio “manifestamente” que gera dúvida sobre seu alcance, isto é, é uma palavra que não permite ao legislador precisar se ele diz respeito ao grau ou à quantidade.

Por fim, outra observação procedente de Carpena (2003), é quanto à natureza do ato, cuja lei não esclarece se pode ser tido por abusivo, tendo em vista que o verbo utilizado no artigo 187 (“o titular poderá abusar do direito quando exercê-lo”) nos induz à conclusão de que a omissão não pode ser qualificada como abusiva¹⁸³.

Por outro lado, apesar das críticas fundadas, apresentadas acima, devemos aplaudir a acertada previsão do instituto abuso do direito no setor de cláusulas gerais. Segundo Rui Rosado de Aguiar Júnior (2000), o art. 187 é cláusula das mais ricas do novel diploma, “porque reúne, em um único dispositivo, os quatro princípios éticos que presidem o sistema: o abuso do direito, o fim social, a boa-fé e os bons costumes. Bastaria acrescentar a ordem pública para tê-los todos à vista”.¹⁸⁴

O art. 187 descreve um sistema aberto de definição do ato praticado em abuso do direito. Ao invés de apresentar as suas hipóteses de incidências, deixou ao aplicador do direito a possibilidade de reconhecê-lo diante de cada caso concreto, aferindo se ocorreu, *in concreto*, a ultrapassagem ou não dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social,

¹⁸² CARPENA, Heloísa. *O abuso do direito no código civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*. In Parte Geral do Novo Código Civil. Op. cit., p. 392.

¹⁸³ Idem, p. 393.

¹⁸⁴ AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado. *Projeto do código civil – as obrigações e os contratos*. Revista dos Tribunais. v. 775. São Paulo: RT, 2000, p. 23.

pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Nesta realidade, o Magistrado será chamado a exercer sua função de maneira mais inovadora e criativa e, acima de tudo, muito pouco dependente do texto legal.

Assim, sempre que a jurisprudência transcender às prescrições normativas, os princípios do próprio sistema certamente serão acionados para, no âmbito de sua normatividade, adequarem-se ao caso concreto apresentado.

Portanto, a entrada em vigor do Código Civil Brasileiro de 2002 fez com que surgissem diversas críticas de grandes autores e estudiosos do direito, principalmente em relação à sua atualidade e operabilidade. Entretanto, falando-se em abuso do direito, os civilistas ficaram felizes com o grande avanço, apesar de ainda existir algumas restrições, como as já relatadas.

8. O ABUSO DO DIREITO E OS PROBLEMAS DA VIDA MODERNA

Conforme nos relata Pontes de Miranda (1981), as leis evolutivas a que o homem está submetido, bem como a verificação das oportunidades, podem permitir o julgamento de uma lei. Sendo assim, o crítico de uma legislação é inseparável do sociólogo.¹⁸⁵

É por isso que para a aplicação da teoria do abuso do direito devem ser levados em consideração os mais variados campos. Por exemplo, segundo Lino Bustamente (1971), devemos à jurisprudência a preocupação por perfilar a teoria através de suas decisões, fazendo-a extensiva, tanto ao domínio do direito civil (poder familiar, propriedade, contratos, exercício de ações processuais), como ao direito público e administrativo (regulamentação das liberdades individuais e corporativas, e, finalmente, ao direito internacional privado e público).¹⁸⁶

Nesse contexto, ao tratar da doutrina francesa, Carvalho Neto (2005), relata que esta nega a possibilidade de sindicância do abuso do direito no domínio dos chamados direitos absolutos (ou não causados), também conhecidos na doutrina brasileira como direitos potestativos, ou prerrogativas associadas.¹⁸⁷

Contudo, há exceções ao princípio de que todos os direitos são suscetíveis de abuso e, de que certos direitos são absolutos (discricionários ou incausados), sendo que seu exercício não poderia acarretar a responsabilidade de seu titular, como, por exemplo, nos casos de recusa dos pais em consentir o casamento de seus filhos menores e o direito de réplica

¹⁸⁵ MIRANDA, F. C. Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 357.

¹⁸⁶ BUSTAMANTE, Lino Rodriguez-Arias. *El abuso del derecho*. 2ª ed. Buenos Aires: EJE, 1971, p. 10.

¹⁸⁷ CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do direito*. Curitiba: Juruá, 2005, pp. 183/184.

em matéria de imprensa.

Também há uma dicotomia conflitante, como o direito de espírito egoísta (se opondo ao direito de espírito altruísta), a fim de servir às necessidades de seu titular, como é o caso do direito de propriedade individual, os privilégios e as hipotecas, o direito de recusar a formação de um contrato para o qual se entabularam previamente negociações, etc.

Mediante tais fatos, no que se refere à lista de direitos potestativos, poderíamos listar: o direito de ratificação de negócio celebrado sem poderes de representação, de pedir a anulação de negócio jurídico, do devedor invocar a prescrição, de resolução de contratos, de especificação nas obrigações genéricas, de escolha das alternativas, de constituir o devedor em mora através de interpelação, de denúncia do contrato de locação, do proprietário ou superficiário adquirirem comunhão em parede ou muro de meação.

Existem ainda algumas exigências como: a divisão de coisa comum, de constituir servidão legal de passagem em benefício de prédio encravado, de afastar a constituição da servidão legal de passagem para aproveitamento das águas sobrantes alheias para gastos domésticos, de constituir servidão legal de presa, de aqueduto, de escoamento, de exigir a mudança de servidão, de requerer a simples separação judicial de bens, de requerer o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens, e o direito de repudiar a herança.

Agora, ao fazer uma distinção entre os direitos sindicáveis e insindicáveis, alguns juristas entendem que entre os primeiros deve ser incluído o direito geral de personalidade, tendo em vista que:

(...) se a lei ou a própria natureza do direito subjetivo entregam totalmente ao critério do respectivo titular o seu

exercício, não pode haver obviamente exercício abusivo de um tal direito, por ele estar coberto pelo próprio plano da instituição, que ou se desinteressa da proteção dos interesses opostos ou a opera por meio de uma regulamentação legal rígida¹⁸⁸.

Por sua vez, Castanheira Neves (1967) acredita que todo e qualquer direito subjetivo – ainda que potestativo – é suscetível de abuso.¹⁸⁹ Assim, chamar todas as prerrogativas individuais de direito ou atribuir-lhes designações diferentes seria coisa de pouca monta, uma vez que, sua substância encontra-se fundamentada na possibilidade de abuso.

Portanto, levando em consideração o conteúdo exposto, a seguir, nos deteremos a explicitar algumas situações concretas de abuso do direito.

8.1. O Abuso do Direito no Campo Contratual

Existem no campo contratual, diversas hipóteses nas quais é possível vislumbrarmos o abuso do direito, como, por exemplo, nos pré-contratos, contratos de adesão e execução do contrato.

8.1.1. Pré-contrato

Parece paradoxal, mas como afirma Bustamante (1971), se todos têm o direito de se abster de contratar, não sendo possível obrigar ninguém a celebrar o contrato, inclusive àquele que manifestou a intenção, é possível, todavia, usar este direito de modo abusivo.¹⁹⁰

¹⁸⁸ CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 186.

¹⁸⁹ NEVES, Antônio Castanheira. *Questão-de-fato–questão-de-direito: ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967, p. 522.

¹⁹⁰ BUSTAMANTE, Lino Rodriguez-Arias. *El abuso del derecho*. 2ª ed. Buenos Aires: EJEJA, 1971, p. 123.

Embora não configurável como direito potestativo, a liberdade de não contratar, em geral é qualificada como direito absoluto no sentido indicado, mas o certo é que acontecem abusos neste sentido, como quando a pessoa manifestou à outra parte que havia a intenção de contratá-la, e não o fazendo, acarretou-lhe um prejuízo reparável.

Alguns autores, como Roast (1944), entendem que não é possível o abuso do direito de não contratar, argumentando que não contratar é apenas um mero aspecto da liberdade pertencente ao homem de abster-se da atuação.¹⁹¹ Assim sendo, não afigura um verdadeiro direito subjetivo. Porém, Cunha de Sá (1997) entende que para que tal argumento seja aceito, há necessidade de demonstrarmos que:

(1) O conceito de abuso do direito é exclusivo do direito subjetivo e que as demais faculdades ou poderes subjetivos estão imunes ou afastados da sua perspectiva.

(2) A liberdade de contratar é uma prerrogativa jurídica a que não cabe a qualificação de direito subjetivo.

(3) É exercício verdadeiro e próprio da liberdade de contratar a violação por terceiro, da convenção de preferência sem eficácia real ou, a recusa de contratar, quando o sujeito se encontre em certas e determinadas circunstâncias¹⁹².

No entanto, como mencionado anteriormente, o conceito de abuso do direito não pertence exclusivamente aos direitos subjetivos, podendo ser aplicado às demais prerrogativas individuais. Além disso, segundo Carvalho Neto (2005):

¹⁹¹ ROAST, A. *Lés droits discrétionnaires et les droits controlés*. Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1944.

¹⁹² SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. Lisboa: Almedina, 1997, p. 550.

O problema do ato abusivo não está, como salientado, no campo da estrutura qualificativa da norma, mas o do valor normativo que a fundamenta e ao qual é confrontado permanentemente o comportamento a qualificar; ora, o conteúdo qualificado em termos de direito subjetivo ou de outra faculdade ou poder individual é, precisamente, aquele comportamento que preenche a estrutura qualificativa da norma e o valor normativo que lhe é imanente – donde, faltando uma ou outro, não haver lugar à qualificação em termos do direito subjetivo ou de outra prerrogativa jurídica em causa perante a conduta que ali é desde formalmente ilegal e aqui se revela como abusiva¹⁹³.

Nos dois casos mencionados, trata-se de uma consequência da norma que vai, ou inerente ou à estrutura qualificativa, ou ao respectivo elemento axiológico-jurídico e que por excesso dos limites formais ou materiais do direito subjetivo ou da prerrogativa jurídica invocados para o comportamento concreto do sujeito, tornam-no ausente da respectiva qualificação.

Sendo assim, não faz sentido a afirmação de que o abuso não pode ser colocado à propósito das prerrogativas jurídicas que não sejam direitos subjetivos, uma vez que o ato abusivo enquanto uma das espécies autônomas dos atos contrários ao direito, substancialmente não tem a ver com o exercício de um certo e determinado direito subjetivo.

É por isso que alguns estudiosos entendem que da mesma maneira que o abuso pode verificar a propósito ou por ocasião do exercício de certo direito subjetivo através da confrontação do comportamento concreto do sujeito com o que axiologicamente importa na morfologia da qualificação normativa, segundo o mesmo critério de atuação do valor significante e fundamentador das demais qualificações em termos de

¹⁹³ CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 190.

prerrogativas jurídicas individuais que não sejam direitos subjetivos, podemos identificar o ato abusivo a propósito do suposto exercício de tais faculdades.

Tal ponto de vista fica claro, na medida em que analisamos o exemplo dado por Castro Mendes (1979):

A propõe a B arrendar-lhe uma casa. B responde expressamente que não aceita, não porque não lhe seja possível ou até vantajoso o contrato, mas só porque sabe que A precisa do prédio e quer que sofra privações. Diz depois o A que a conduta de B deve ver-se no plano jurídico e não moral. No plano jurídico, se é abusivo o ato (ou omissão) praticado só com o fim de infligir um prejuízo, não pode ter-se em princípio como abusivo o ato que se limita a impedir uma vantagem. O altruísmo é dever moral e não jurídico. Se o prédio de B for o único suscetível de abrigar A, e este estiver em risco de perecer ou adoecer, verifica-se uma situação de estado de necessidade. Fora desta hipótese, B parece estar no seu direito¹⁹⁴.

8.1.2. Contratos de adesão

Este campo é uma outra possibilidade de aplicação da teoria do abuso do direito, embora tais situações jurídicas só tenham de contratual o nome, tendo em vista que se constitui em uma das modalidades menos protegidas contra a invasão do abuso, na medida em que a interpretação das cláusulas desse tipo de contrato devem ser confiadas ao arbítrio do Poder Judiciário.

¹⁹⁴ MENDES, J. Castro. *Direito civil: teoria geral*. v. II. Lisboa: Copiograf, 1979, pp. 118/119.

O que ocorre, no entanto, é que pelas noções de equilíbrio dos interesses e equivalência das prestações, condenará as estipulações descabidas como abusivas, ou mesmo as vexatórias, a que as partes teriam aderido por motivos imperiosos.

Nesse caso, de acordo com Guilherme Fernandes Neto (1991):

Quase que unânime é a doutrina em asseverar que necessitam as cláusulas contratuais gerais da adesão para se converterem em norma vinculadora entre as partes, e equiparam a adesão ao consentimento, havendo desta forma a livre manifestação do aderente, que se consubstancia na aceitação daquilo que fora predisposto. A manifestação do aderente, a adesão, é desta forma a declaração de sua vontade, e se consubstancia no seu consentimento; *ipso facto*, com a adesão nasce a relação contratual que será redigida pelas cláusulas predispostas, que serão o seu conteúdo normativo¹⁹⁵.

Por exemplo, a doutrina francesa revela que ali a contratualidade é categorizada de forma a exorcizar o espírito arraigado ao anticontratualismo, bem como, a fim de extirpar a idéia de distinguir os contratos de adesão dos demais¹⁹⁶.

Assim, ao não considerar a adesão como consentimento, fica claro que desconsideram a natureza contratual deste negócio jurídico bilateral: o contrato de adesão.

¹⁹⁵ FERNANDES NETO, Guilherme. *Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 62.

¹⁹⁶ Idem.

De qualquer modo, Guilherme Fernandes Neto (1991) afirma que as cláusulas abusivas expressam de maneira clara e determinada a teoria do abuso do direito, a mais expressiva desvantagem do contrato de adesão, sendo campo propício para a inserção de tais cláusulas.¹⁹⁷

Dentre as cláusulas abusivas que aparecem com maior frequência nos contratos de adesão, podemos citar a da inversão do ônus probatório, a de exclusão de responsabilidade, aquela que trata da eleição do foro, a constitutiva de mandatário, a de sanção premial, a que estabelece previamente o juízo arbitral, e a cláusula que prevê a possibilidade de rescisão contratual unilateral.

8.1.3. Execução do contrato

Ao considerar o artigo 1.134, Inc. III, do Código Civil francês, que determina que as convenções devem ser executadas de boa-fé, Carvalho Neto (2005), revela que é possível falarmos em abuso do direito na fase executória do contrato.

Georges Ripert (1949), por sua vez, afirma que o credor que procurar tirar do contrato todas as vantagens que comporta, poderá tornar-se culpado de uma injustiça contra o devedor, ao abusar do direito que tem quando no exercício de seu crédito.¹⁹⁸

8.2. Relações de Consumo

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) trata do assunto em vários de seus dispositivos, além dos casos de contratos de adesão mencionados anteriormente.

¹⁹⁷ FERNANDES NETO, Guilherme. *Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas*. Op. cit., p. 72.

¹⁹⁸ RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: LGDJ, 1949, p. 158.

O artigo 6º, IV, prevê como direito do consumidor a proteção contra a propaganda enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, além da prática e cláusulas impostas ou abusivas no fornecimento de produtos e serviços.

O artigo 28 prevê a possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica em caso de abuso do direito.

O artigo 37 proíbe a utilização da propaganda enganosa ou abusiva; o artigo 39 relata um enorme rol de práticas abusivas; o artigo 51 elenca as cláusulas consideradas abusivas.

Em caso de publicidade enganosa ou abusiva do fornecedor, o artigo 60 prevê a imposição de contrapropaganda, e o artigo 67 prevê pena criminal caso tal fato ocorra.

Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar (1991) afirma que em matéria contratual, ingressamos na área de limitação da autotutela, já que enquanto defesa de interesses legítimos dos titulares, a pré-definição de cláusulas contratuais ajusta-se à ordem jurídica.¹⁹⁹ Porém, na medida em que consagramos o desvio ou o abuso em detrimento dos mais fracos a nível econômico, não é possível prosperar sob pena de sagração de iniquidades que ao Direito repugna.

8.3. Direito de Família

O direito de família é uma área em que a aplicação da teoria do abuso do direito encontra campo fértil.

¹⁹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 20.

Na escolha do domicílio conjugal, por exemplo, nos termos do artigo 233, III, do Código Civil de 1916, o marido seria o chefe da sociedade matrimonial, competindo-lhe o direito de fixação do domicílio conjugal.

Porém, o fato de muitos homens praticarem esse direito absoluto de modo a prejudicar as mulheres, como a perda do emprego no qual elas obtinham projeção e possibilidade de maiores sucessos, alcançando rendimentos maiores que seus maridos, a jurisprudência passou a tratar da questão sob a ótica do abuso do direito – sobretudo a partir da década de 1950 em diante. Em alguns casos, era suprimido ao marido o direito à mudança do domicílio conjugal em se tratando de evidente abuso do direito.

Na Constituição de 1988 foi retirada do marido a chefia exclusiva da sociedade matrimonial (artigo 226). Como consequência, foi revogado o direito do marido em fixar o domicílio da família. Já em seu artigo 1.569, o Código Civil de 2002 passou a estabelecer a igualdade de direitos.

Ainda no direito de família, o pátrio poder compete ordinariamente aos pais, conforme o artigo 1.631 do Código Civil de 2002, mas a jurisprudência vem fazendo uso da doutrina do abuso do direito para conceder aos avós o direito de visita aos netos, mesmo contra a vontade dos pais.

No caso de mudança de domicílio de cônjuge separado ou divorciado que detém a guarda dos filhos menores, não há impedimento de mudança de domicílio, não se havendo de impedi-lo ao argumento de prejudicar a visita aos filhos por parte do outro genitor, a não ser que esta mudança tenha por único escopo impedir ou dificultar o direito de visitas.

Com base em Carvalho Neto (2005), outro ponto que chama a nossa atenção refere-se ao pedido de separação judicial culposa. Ainda que essa questão tenha profunda ligação com o direito de ação, nos termos do

artigo 5º, *caput*, da Lei do Divórcio, “um cônjuge pode pedir a separação judicial contra o outro quando imputar-lhe conduta desonrosa ou ato de grave violação dos deveres do casamento, que torne insuportável a vida em comum”.²⁰⁰

O art. 1572 do Código Civil vigente alterou o determinado na Lei do Divórcio, pois não fala mais em conduta desonrosa, mas apenas em grave violação aos deveres do casamento, que torne insuportável a vida em comum,

No entanto, a fim de assegurar tal direito, o cônjuge não poderá agir de má-fé tendo como finalidade exclusiva denegrir a imagem do outro.

Agora, no que tange ao direito de impedir o casamento de filhos menores, apesar do genitor e dos tutores poderem contar com este, não é um direito absoluto; ele configura abuso de direito se denegado injustamente, conforme esclarece o artigo 1.519 do Código Civil ao deixar claro que o consentimento pode ser suprimido judicialmente, podendo ocorrer, inclusive indenização pelo abuso.

Nos casos de prodigalidade também pode configurar abuso do direito, na medida em que o pródigo cometer abuso de sua propriedade em relação ao círculo dos alimentários, esquecendo-se dos irmãos unilaterais ou bilaterais.

No caso de uso do nome, quando há intenção de utilizar o nome de modo a prejudicar os interesses de alguém que tenha o nome total ou parcialmente idêntico configura-se o abuso do direito.

²⁰⁰ CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 200.

O artigo 72 do Código Civil português entende que, aqui, apenas haverá abuso do direito quando houver um excesso manifesto dos limites impostos pelo fim sócio-econômico do direito ao nome, cabendo em tal situação até mesmo a obrigação de indenizar.

8.4. Relações de Trabalho

No Direito do Trabalho, a aplicação da teoria do abuso do direito dá-se no âmbito do direito de greve. Conforme o artigo 9º da Constituição Federal, tal direito é assegurado, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo.

O artigo 7º da Constituição Federal também trata do direito do trabalhador, ao protegê-lo contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, ainda que até o presente momento a lei complementar não tenha sido votada, vigorando em seu lugar o disposto no artigo 10º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, onde fica vedada a dispensa arbitrária do empregado eleito para o cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidente, desde o registro de sua candidatura e até um ano após o final do mandato, e da gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

No item 9 adiante, é colacionada uma Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho em que uma empregada concursada foi despedida após um dia de contrato de experiência, para poder chamar o concursado seguinte na ordem de classificação. Tal julgado concluiu que a dispensa foi abusiva e ofensiva aos atributos valorativos da ex-empregada, gerando a obrigação de ressarcir o dano moral e material causado.

8.5. Internet

Uma situação que ocorre na internet e que enseja o abuso do direito é justamente o *spamming*. O *spam* nada mais é do que o envio ao consumidor-usuário de publicidade de serviços ou produtos, oferecendo uma gama de vantagens para o caso de uma efetiva contratação ou utilização, sem que a mesma tivesse sido solicitada.

Após receber tais mensagens indesejadas o usuário geralmente perde um bom tempo selecionando, lendo e excluindo as mesmas. Ademais, o *spamming* causa grandes dificuldades aos fornecedores de serviços de internet, já que os mesmos necessitam viabilizar medidas para coibir essa prática, o que, naturalmente, implica aumento nos custos de sua atividade econômica.

O *spam* contraria o fim social e econômico da grande rede, o que já serviria para enquadrar a prática como abuso do direito. De outro norte, insta salientar que a conduta dos *spammers* também é atentatória à boa-fé objetiva. Uma pessoa que envia mensagens para uma outra sem que esta tenha ao menos solicitado, está distante da probidade e lealdade que se espera das relações intersubjetivas, mesmo que se manifestem em meios virtuais.

8.6. Direito Processual

A lide temerária configura o abuso do direito. As lides temerárias, mal que acomete o Poder Judiciário, caracterizam-se por postulações sem o menor fundamento jurídico, sendo, portanto, motivadas pela má-fé e, muitas vezes, pela intenção de devedores em postergar o pagamento de obrigações líquidas, certas e vencidas.

O mesmo ocorre com a utilização desenfreada de recursos ou incidentes processuais, sem qualquer fundamento ou possibilidade de êxito. Apesar da existência dos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal, não podemos permitir que tais princípios ultrapassem os princípios da eticidade e da boa-fé na condução do processo.

Assim, tais práticas são abusivas, pois, atentam contra a boa-fé, bons costumes e fins sociais e econômicos, devendo as mesmas serem reprimidas por todos que ainda crêem na Justiça.

Neste caso, convém ressaltar que o próprio Código de Processo Civil cuidou de cominar sanções para essas lides infundadas. É a chamada litigância de má-fé.

O Código de Processo Civil fornece instrumentos eficazes aos juizes para que reprimam tais atitudes das partes, que poderão ser condenados a ressarcir não somente por perdas e danos (CPC, art. 16), como poderão ser multados em percentual sobre o valor da causa, além de arcar com custas e honorários advocatícios (CPC, art. 18). Como nos diz o grande processualista Frederico Marques (1974):

Quem se comportar como '*improbus litigator*', usando de má-fé ou práticas antijurídicas, responderá por perdas e danos e a outras sanções específicas (arts. 16 a 18), uma vez que compete às partes e aos seus procuradores proceder com lealdade e boa-fé (art. 14, II), para ao depois concluir que "o novo Código de Processo Civil, na esteira do que o antecedeu, e impregnado de alto sentido ético, procura impor aos litigantes uma conduta condigna para que as atividades processuais se desenvolvam imunes de abusos."²⁰¹

²⁰¹ MARQUES. José Frederico. *Manual de direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva. 1974.

8.7. Direito de Propriedade

Considerando que a idéia do abuso do direito surgiu em torno do direito de propriedade, acreditamos que seja natural haver modalidades, como por exemplo, o abuso no direito de propriedade e nas relações de vizinhança.

Veja-se o art. 1.277 do Código Civil que, regulando as relações de vizinhança, autoriza o proprietário ou possuidor a fazer cessar qualquer interferência que prejudiquem sua segurança, sossego ou saúde. Outro exemplo é o prescrito no art. 1.228 do Código Civil:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Assim, a regra do art. 1.228, § 2º, do novo Código Civil interpreta-se em harmonia com o princípio da função social da propriedade e com o instituto do abuso do direito.

8.8. A Evolução do Conceito de Abuso do Direito em Face da Necessidade de Controle Social nos Tempos Atuais

Segundo Carpena (2003), a doutrina evoluiu para a concepção do ato abusivo como aquele pelo qual o sujeito excede os limites ao exercício do direito, sendo estes fixados por seu fundamento axiológico, ou seja, o abuso surge no interior do próprio direito, sempre que ocorra uma desconformidade com o sentido teleológico em que se funda o direito subjetivo.²⁰²

Jorge Americano (1932) afirma que:

A liberdade de exercer o direito assegurado pela lei não pode ser confundida com a licença, que é exatamente o seu limite. Nas sociedades policiadas a liberdade não é, nem pode ser absoluta. Ora, a mesma liberdade que invoca o titular de um direito quando pretende exercê-lo, protege e garante o titular de outro direito, a que o exercício do primeiro ameaça e põe em risco. E tão respeitável é o titular do direito de quem ameaça como o do direito de quem se vê ameaçado por esse exercício²⁰³.

Neste sentido, devemos relativizar o direito subjetivo, declarando o abuso do direito como sendo o exercício anormal do direito, isto é, o desvio da destinação econômica e social de cada direito, reprovado pela sociedade.

Por isso, podemos dizer que o Direito é fato social. Ele se manifesta como uma das realidades observáveis na sociedade. É o instrumento institucionalizado de maior importância para o controle social. Desde o início das sociedades organizadas manifestou-se o fenômeno

²⁰² CARPENA, Heloísa. *O abuso do direito no código civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*. In Parte Geral do Novo Código Civil. Coordenador: Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 380.

²⁰³ AMERICANO, Jorge. *Abuso do direito no exercício da demanda*. 2ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1932, p. 26.

jurídico, como sistema de normas de conduta a que corresponde uma coação exercida pela sociedade, segundo certos princípios aprovados e obedientes a formas predeterminadas.

É de cediço conhecimento, que a norma jurídica é um resultado da realidade social. Ela emana da sociedade, por seus instrumentos e instituições destinados a formular o Direito, refletindo o que a sociedade tem como objetivos, bem como suas crenças e valorações, o complexo de seus conceitos éticos e finalísticos.

Sabemos, também, que o Direito vai sofrendo os impactos das novas realidades sociais, devendo se adequar às novas aspirações da sociedade. Isto quer dizer que novas normas jurídicas surgirão de acordo com a realidade social, condicionante sociocultural da normatividade jurídica.

E, se o Direito é condicionado pelas realidades do meio em que se manifesta, entretanto, age também como elemento condicionante. Tudo o que se observa dentro de uma sociedade é influenciado por certa ordem jurídica. A norma jurídica é o instrumento institucionalizado mais importante de controle social. É por seu intermédio que esse controle se manifesta formalmente com maior eficiência, pois a norma jurídica dispõe da força da coação, pode ser imposta à obediência da sociedade pelos instrumentos que essa mesma sociedade criou com esse fim.

Assim, de acordo com Celso Antônio Pinheiro de Castro (1995), surge a figura do controle social “que é um conjunto de dispositivos sociais - usos, costumes, leis, instituições e sanções - que objetivam a integração social dos indivíduos, o estabelecimento da ordem, a preservação da estrutura social, alicerçado nos valores e expresso na imposição de vontade dos líderes da classe dominante ou do consenso grupal”.²⁰⁴

²⁰⁴ CASTRO, Celso Antonio Pinheiro de. *Sociologia do direito*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 209.

Antônio Luís Machado Neto (1987) corrobora este entendimento de que o Direito é o modo mais formal de controle social. Sua função é a de socializador em última instância, pois sua presença e sua atuação só se faz necessária quando já as anteriores barreiras que a sociedade ergue contra a conduta anti-social foram ultrapassadas, quando a conduta social já se apartou da tradição cultural, aprendida pela educação para, superando as condições de mera descortesia, simples imoralidade ou mesmo, pecado, alcançar o nível mais grave do ilícito.²⁰⁵

E o Código Civil de 2002 retrata, sem sombra de dúvida, uma mudança nas regras das relações de cunho privado em nosso país, por conta da necessidade de adequação à nossa realidade social, diferente do que dispunha o Código Civil de 1916, que tinha uma feição nitidamente individualista, onde o legislador desprezou os usos e costumes locais, privilegiando a regra estabelecida na lei, o que evidenciou, em última instância, a arrogância do legislador, que se julgava suficiente para tudo prever e regular²⁰⁶.

Com a entrada em vigor do atual Código, houve uma efetiva modificação no enfoque do Direito Civil, que deixa para trás o cunho individualista das suas regras, trazendo à baila conceitos até então ignorados nas relações interindividuais.

Ocorreu a adoção de novos princípios norteadores, como o da socialidade, que traz consigo a determinação de que as relações não devam mais ser vistas como de interesse apenas interpessoal dos indivíduos vinculados à obrigação, mas de toda a sociedade, em virtude de valores do bem comum. Outro princípio importante é o da eticidade, que apresenta a

²⁰⁵ MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia jurídica*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 166.

²⁰⁶ AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado. *Projeto do código civil – as obrigações e os contratos*. Revista dos Tribunais. v. 775. São Paulo: RT, 2000, pp. 18/19.

idéia da essencialidade da boa-fé objetiva das relações, sem a qual o negócio jurídico padece de irregularidade.

Deste modo, o grande mérito do Código Civil de 2002 está no fato de ter adotado o modelo de cláusulas gerais como técnica legislativa, que nada mais são do que normas jurídicas legisladas, incorporadoras de um princípio ético orientador do juiz na solução do caso concreto. “As cláusulas gerais são normas orientadoras sob a forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir”.²⁰⁷

Uma vantagem da cláusula geral, segundo Nelson Nery e Rosa Nery (2006), é que ela deixa o sistema do CC com maior mobilidade, abrandando a rigidez da norma conceptual casuística. Faz o sistema ficar vivo e sempre atualizado, prolongando a aplicabilidade dos institutos jurídicos, amoldando-os às necessidades da vida social, econômica e jurídica, o que evita o engessamento da lei civil.²⁰⁸

Portanto, um dos objetivos das cláusulas gerais é possibilitar a evolução do pensamento e do comportamento social.

Por essa razão, de acordo com o que explanamos acima, podemos verificar que o instituto do abuso do direito foi criado como forma de controle social. E podemos dizer mais, que o legislador, ao criar o art. 187, uma cláusula geral, quis ampliar a possibilidade de controle social face às manifestações contrárias aos fins econômicos e sociais, à boa-fé e aos bons costumes.

²⁰⁷ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 162.

²⁰⁸ Idem.

Qualquer homem médio sabe como agir de acordo com os fins econômicos e sociais, com a boa-fé e com os bons costumes. Entretanto, quando esse homem age de forma a exceder tais conceitos, entende-se que está abusando de seu direito.

Educa-se o homem para torná-lo capaz de discernir o justo do injusto, o bem do mal, o lícito do ilícito, o verdadeiro do falso. Qualquer que seja a sociedade, a justiça, a bondade, a ética, a boa-fé, a licitude e a verdade constituem os valores básicos que compõem a estrutura social²⁰⁹.

Assim, nos termos do art. 187 do Código Civil, o juiz deverá indagar os pressupostos ocultos da norma, as razões sociais desta prescrição, a base social que a ampara, o fim a que ela se propõe para poder ter a noção verdadeira do direito que se quer aplicar, além, é lógico, do caso concreto que se depara a sua frente.

Colin e Capitant (1948) também seguem a mesma idéia, de que a teoria abuso do direito se inspira em concepções sociais, ela tende a restringir a liberdade e os direitos do indivíduo, submetendo-os ao controle incessante das autoridades sociais, especialmente do juiz, como podemos verificar em suas palavras:

*La théorie de l'abus du droit s'inspire en effet de conceptions nettement sociales, elle tend à limiter la liberté et les droits de l'individu, à les soumettre au contrôle incessant des autorités sociales et notamment du juge.*²¹⁰

A prescrição colocada no art. 187 é uma norma que tem o fim de efetivar o controle social de certos atos repugnantes para a sociedade. Atos

²⁰⁹ CASTRO, Celso Antonio Pinheiro de. *Sociologia do direito*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 211.

²¹⁰ COLIN, Ambroise e CAPITANT, Henri. *Cour élémentaire de droit civil français*. Paris: Dalloz, 1948, p. 234.

que podem estar escondidos em um exercício de direito que foi rotulado de regular, mas que na verdade excedeu os limites da boa-fé, dos bons costumes, ou os seus fins econômicos e sociais. O controle social exercido pelo artigo citado é o resultante do valor que embasa e ao qual se associa a norma, aliado à força.

E tal artigo não é apenas um modo de resolver conflitos, ele os previne e vai mais além, pois condiciona, direta ou indiretamente, o comportamento, exercendo influência da maior significação sobre a conduta social. Todo o processo educacional em uma sociedade se desenvolve segundo princípios jurídicos e sociais que o moldam (boa-fé, bons costumes, ética, responsabilidade social, etc). Se a sociedade moderna necessita de tais princípios, nada mais certo que tenhamos codificado o abuso do direito para aplicar tal teoria à realidade brasileira, que, na atual conjuntura, tanto necessita de valores éticos e morais.

Portanto, antes mesmo de pensarmos o art. 187 do Código Civil como norma jurídica que é, também devemos analisá-lo como instrumento social de controle, porque, além de reger as relações jurídicas, também age no sentido de auxiliar na harmonia social. Ademais, é uma cláusula geral que confere ao juiz a possibilidade de fazer uso da discricionariedade, aplicando uma sanção adequada a cada caso concreto.

Em conclusão, verifica-se que o legislador se fundou na diretriz ética que permeia todo o Código, ao negar tutela a ação do indivíduo que, embora inicialmente subsumida à lei formal, não cumpre o fim para qual o direito a concebeu, recebendo o tratamento de abusivo. Operou-se uma nítida mudança na purista postura de considerar lícito tudo aquilo que não é contrário à lei, para agregar, como elemento da licitude da conduta humana, sua adequação aos fins sociais, à boa-fé e aos bons costumes.

9. A VISÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Como já explicitado no presente trabalho, mesmo antes do advento do atual Código Civil, a doutrina admitia a teoria do Abuso do Direito. Apesar de encontrarmos alguns julgados se referindo ao Abuso do Direito, como podemos verificar abaixo, nossa Jurisprudência foi muito reticente em aplicar tal teoria:

INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil - Dano moral - Lei de Imprensa - Veiculação de notícia de forma sensacionalista, envolvendo o nome do autor - Configuração do abuso do direito de informar - Artigos 1º, 12 e 49 da Lei Federal n. 5.250, de 1967 - Verba devida - Recurso não provido.²¹¹

PENHORA - Incidência sobre imóvel adquirido pelo compromissário-comprador sem saber que era hipotecado - Impossibilidade - Hipótese em que o referido embargante deveria ter sido notificado dos efeitos da hipoteca quando da inadimplência da construtora, não respondendo pela obrigação desta perante o banco embargado - Aplicação da teoria do abuso de direito - Embargos de terceiro procedentes - Recurso provido para esse fim - Declaração de voto vencedor.²¹²

DIREITO DE VIZINHANÇA - Uso nocivo de propriedade - Abuso de instrumentos sonoros e sinais acústicos - Irrelevância da inexistência da intenção de prejudicar ou incomodar - Fixação de horário para cessação das atividades musicais do restaurante, sob pena de multa diária - Aplicação do artigo 554 do Código Civil - Recurso improvido.²¹³

²¹¹ JTJ, v. 130, p. 196.

²¹² LEX – JTACSP, v. 181, p. 191.

²¹³ LEX – JTAC, v. 174, p. 550.

INTERDITO PROIBITÓRIO - Derrubada de muro em imóvel de propriedade do recorrido - Alegação de exceder sua altura aos limites legais - Irrelevância - Necessidade de mandado judicial - Abuso de direito caracterizado - Responsabilidade da Prefeitura em arcar com os ônus correspondentes, conforme o artigo 37, § 6º da Constituição Federal - Pedido acolhido - Recurso improvido.²¹⁴

Com o advento do Código Civil de 2002, os entendimentos jurisprudenciais tornaram-se mais incisivos e expressos em relação ao Abuso do Direito, vejamos:

Ação de Indenização – Abuso de Direito - Ajuizamento de duas ações para satisfação do mesmo direito – ressarcimento pelo valor gasto com honorários e pela desvalorização do automóvel, enquanto apreendido – improcedência do pedido de indenização por danos morais e de restituição da quantia gasta com transporte dos empregados do requerente.²¹⁵

Apelação Cível – Responsabilidade Civil - Publicações jornalísticas injuriosas que afetaram a honra subjetiva do requerente – Dano mora configurado – In casu verificou-se que o jornalista não divulgou os fatos com o intuito de informar a coletividade ou mesmo emitir juízo de valor sobre o requerente, garantido pela Lei de Imprensa, pois partiu para o ataque pessoal imputando-lhe a prática de condutas desonrosas, totalmente despidas de provas, configurando abuso de direito, passível de indenização. Recurso desprovido. Sentença mantida.²¹⁶

²¹⁴ JTACSP, v. 148, p. 63.

²¹⁵ TJMG – PROC. 2.0000.00.448046-8, Relator Eduardo Marine da Cunha – Data da Publicação: 02/12/2004.

²¹⁶ TJRJ - DES. Mário Guimarães Neto. Julgamento: 26/04/2006 - Primeira Câmara Cível 2005.001.35468 – Apelação Cível.

Apelação cível – Ação declaratória de nulidade c/c revisional de contrato de crédito e repetição de indébito – Natureza jurídica das administradoras de cartão de crédito – Instituição financeira súmula 283 do STJ – Encargos remuneratórios regidos pela política creditícia governamental Lei 4595/64 – Incidências dos preceitos protetivos consumeristas – Art. 51, IV, do CDC – Limitação dos juros pelo teto usural - Impertinência - Súmula 596 do STF – Adequação dos encargos às taxas flutuantes do mercado financeiro - Possibilidade – Requisito obediência ao princípio da informação – Revisão obrigacional – Rompimento da base contratual pressuposto – Excepcionalidade – Laesio enormis boa-fé objetiva – Abuso de direito - Art. 187 do Código Civil – Capitalização mensal – Método exponencial de cobrança - Ilegalidade – Conclusão pericial - Necessidade – Julgamento antecipado da lide - Improriedade – Matéria que não esboça natureza exclusivamente de direito – Produção de prova técnica – Imperatividade elucidação dos pontos controvertidos que delimitam os contornos do abjeto da lide – Apelo conhecido e parcialmente provido – Sentença anulada para produção de prova pericial contábil.²¹⁷

PROCESSUAL CIVIL - PETIÇÃO - DECISÃO DA QUINTA TURMA DESTA CORTE - ALEGADA IRREGULARIDADE NA BAIXA IMEDIATA DOS AUTOS - NÃO-OCORRÊNCIA - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - 1. A Quinta Turma desta Corte determinou a baixa imediata do RESP nº 378.450 e aplicou multa à Embargante pelo intuito procrastinatório do feito, tendo em vista a oposição sucessiva de quatro embargos de declaração. 2. A incessante interposição de petições com vistas a prolongar o exercício da prestação jurisdicional, impedindo o trânsito em julgado,

²¹⁷ TJRJ - DES. Mário Guimarães Neto - Julgamento: 05/04/2006 – 17ª Câmara Cível - 2005.001.09827 – Apelação Cível.

não pode ser acobertado pelo Judiciário. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo Regimental não provido.²¹⁸

AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO DE REVISTA - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - ABUSO DE DIREITO - EMPREGADA CONCURSADA DESPEDIDA APÓS UM DIA DE CONTRATO DE EXPERIÊNCIA - DANO MORAL E MATERIAL - Conforme o acórdão recorrido, o banco reclamado premeditou a despedida da reclamante para poder chamar o concursado seguinte na ordem de classificação, a fim de não "trancar a lista de nomeação/classificação no concurso", uma vez que não havia justificativa para "reprovação" da reclamante num novo contrato de experiência com apenas um dia de trabalho, senão a de negar emprego a ex-empregada que possui reclamatória contra o banco. Daí a conclusão quanto à dispensa abusiva e ofensiva aos atributos valorativos da ex-empregada, gerando a obrigação de ressarcir o dano moral e material causado. Nesse contexto, constitui impedimento processual ao cabimento do apelo o disposto na Súmula nº 126 desta Corte, segundo a qual é incabível recurso de revista para reexame de fatos e provas. Honorários advocatícios. Assistência judiciária. Declaração de pobreza. Comprovação. Orientação Jurisprudencial nº 304 da SDI-1/TST. Atendidos os requisitos da Lei nº 5.584/70 (art. 14, § 2º), para a concessão da assistência judiciária, basta a simples afirmação do declarante ou de seu advogado, na petição inicial, para se considerar configurada a sua situação econômica (art. 4º, § 1º, da Lei nº 7.510/86, que deu nova

²¹⁸ STJ - AGP 200401810781 - 3696 MG - C. Esp. - Rel. Min. Edson Vidigal - DJU 29.08.2005, p. 00133.

redação à Lei nº 1.060/50). Agravo de instrumento a que se nega provimento.²¹⁹

Direito Civil. Indenização por danos morais. Publicação em jornal. Reprodução de cognome relatado em boletim de ocorrência. Liberdade de imprensa. Violação do direito ao segredo da vida privada. Abuso de direito.

A simples reprodução, por empresa jornalística, de informações constantes na denúncia feita pelo Ministério Público ou no boletim policial de ocorrência consiste em exercício do direito de informar.

Na espécie, contudo, a empresa jornalística, ao reproduzir na manchete do jornal o cognome – “apelido” – do autor, com manifesto proveito econômico, feriu o direito dele ao segredo da vida privada, e atuou com abuso de direito, motivo pelo qual deve reparar os conseqüentes danos morais. Recurso especial provido.²²⁰

A jurisprudência que acabamos de citar resume, de forma muito clara, os critérios de aferição e os fundamentos que levaram os julgadores a concluir pela existência do abuso do direito.

Sem sombra de dúvida, o critério objetivo para a apuração do abuso do direito é bastante pragmático, eficiente dentro de suas próprias limitações. Porém, não podemos descartar, conforme teor de alguns dos acórdãos acima elencados, aspectos subjetivos, no que se refere à análise da culpabilidade do agente. Há de se considerar que o posicionamento dos tribunais em valerem-se deste critério, a nosso ver, atende a certos aspectos relativos à responsabilidade civil.

²¹⁹ TST - AIRR 665/2000-016-04-40.0 - 5ª T. - Rel. Juiz Conv. Waldir Oliveira da Costa - DJU 27.05.2005.

²²⁰ RESP nº 613.374 – MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 12/09/2005.

Entretanto, o entendimento majoritário da doutrina é no sentido de que não é necessária a consciência do agente de que está excedendo, com o seu exercício, os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do direito.

Corroborando com esta posição, destacamos o Enunciado nº 37 da Jornada de Direito Civil, o qual preconiza que "a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe da culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico". Ou seja, o abuso do direito é aferível de modo objetivo, prescindindo do dolo ou culpa para caracterizar-se.

Portanto, nossos Tribunais ainda tem se preocupado em averiguar a culpa do agente para que haja a caracterização do abuso do direito, em contradição ao que a doutrina tem estabelecido.

CONCLUSÃO

Procuramos demonstrar neste trabalho que o abuso do direito é um tema tão polêmico quanto antigo, marcado pelo interesse de diversas correntes filosófico-ideológicas que buscaram alcançar a prática mais acertada no campo jurídico.

Por tudo o que foi exposto, não há como não concluirmos que o abuso do direito não tenha origem no individualismo do ser humano – no aspecto mais egoístico – pois suas raízes remontam à própria existência da humanidade.

Também não seria exagero afirmarmos que no dia em que o abuso do direito deixar de ser objeto de controvérsias jurídicas, a humanidade terá galgado um nível evolutivo tão elevado que o próprio direito será o sinônimo do justo, na acepção mais ampla da palavra; a justiça será consequência do convívio social, não necessitando mais ser imposta ao homem através de leis e regras de convivência.

De qualquer forma, a legislação brasileira - apesar de ainda estar um pouco titubeante nessa questão - começou a dar alguns passos na direção daquilo que a doutrina já vinha preconizando, mesmo com as dificuldades em se fazer a prova do ato abusivo, bem como as dificuldades de definir o quantum indenizatório, quando este não envolve tão somente as obrigações de fazer ou não fazer.

Atualmente, o estudioso do direito deve se preparar para uma mudança nas relações jurídicas, pois apesar de alguns falarem sobre tímidos avanços do Código Civil de 2002, qualquer estudo um pouco mais aprofundado pode demonstrar que os conceitos vagos, abertos e indeterminados na nova legislação contribuem para o avanço do direito.

O Código Civil vigente evoluiu acolhendo, em contraposição ao Código Civil de 1916, conceitos como a função social da propriedade e do contrato, solidarismo social, boa-fé objetiva, eticidade e dignidade da pessoa humana.

O que nos parece evidente é que o legislador brasileiro está cada vez mais sensível à necessidade de dosar de um mínimo ético ao exercício regular de um direito, conforme exemplos que podem ser encontrados no Código Civil vigente, bem como no Código de Defesa do Consumidor, e outras leis esparsas.

No Código Civil de 2002 há uma inovação que servirá de instrumental para refrear o ímpeto dos que se arvoram a fazer uso anormal de seus direitos. Ademais, seguindo o que a doutrina preconizava de há muito, o novo diploma legal, no artigo 187, faz menção expressa ao abuso do direito, equiparando-o ao ato ilícito, de tal modo que a norma civil condena de maneira expressa o exercício abusivo de qualquer direito subjetivo.

Entretanto, em vista do que estudamos e procuramos demonstrar no decorrer deste trabalho, apesar do abuso do direito estar inserido no título pertinente aos atos ilícitos, estes dois institutos jurídicos não se confundem. Em que pese os entendimentos contrários citados no presente estudo, podemos verificar que o ato ilícito viola diretamente um comando legal, consistindo em um comportamento antijurídico, já no abuso do direito não há violação de um direito de outrem ou a ofensa a uma norma jurídica, basta apenas que o agente tenha excedido os limites da boa-fé, dos bons costumes e o fim social e econômico do direito.

Assim, devemos afirmar que nosso sistema jurídico considera que o indivíduo que faz uso de seu direito com finalidade outra que não seja a que se destina, deverá responder por danos causados a terceiros, uma vez que isto se configura como abuso do direito.

Mediante tais fatos, com base na complexidade deste tema, e levando em conta suas diversas e possíveis abordagens, não podemos deixar de revelar que a efetiva comprovação do abuso do direito, não é tarefa das mais simples, uma vez que trata de expressões vagas e conceitos indeterminados.

Não é fácil diferenciar quando um direito legítimo está sendo usado em prejuízo de outrem, ou com abuso pelo titular, ou quando seu manejo se encontra dentro do exercício regular deste mesmo direito.

O dispositivo que inseriu a teoria do abuso do direito no Código Civil de 2002, tratou de norma destinada a promover a relativização dos direitos e prerrogativas individuais, de forma a coibir o exercício abusivo dos mesmos pelos seus sujeitos, preservando-se com isso os interesses coletivos e o bem estar social.

Todo e qualquer ato jurídico que desrespeite tais valores, ainda que não sejam considerados ilícitos, pode ser qualificado como abusivo, ensejando a correspondente responsabilização.

Portanto, a partir do tema aqui proposto, com base no ordenamento jurídico brasileiro, entendemos que não há direito absoluto, portanto, todo exercício de direitos e prerrogativas deve respeitar os fins sociais e econômicos, os bons costumes, e principalmente a boa-fé. O princípio da eticidade como desdobramento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, dá sustentação ao instituto do abuso do direito, prestigiado pelo Código Civil Brasileiro de 2002.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado. *A boa-fé na relação de consumo*. Revista de Direito do Consumidor. nº 14. São Paulo: RT, 1995, p. 20-27.

AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado. *Projeto do código civil – as obrigações e os contratos*. Revista dos Tribunais. v. 775. São Paulo: RT, 2000.

ALBUQUERQUE, Leedsônia Campos Ranieri de. *O abuso do direito no processo de conhecimento*. São Paulo: LTr, 2002.

AMARAL, Francisco. *O projeto de código civil*. Revista Brasileira de Direito Comparado. nº 16. Rio de Janeiro, 1º semestre de 1999.

AMERICANO, Jorge. *Abuso do direito no exercício da demanda*. 2ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1932.

ANCEL, Pascal e AUBERT, Gabriel. *L'abus de droit en droit français et en droit Suisse: deux approches. Dialogue. L'abus de droit, comparaisons franco-suissees*. Saint-Etienne: Université de Saint-Etienne, 2000.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos estados unidos do Brasil comentado*. 5ª ed. v. I. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1936.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BUSTAMANTE, Lino Rodriguez-Arias. *El abuso del derecho*. 2ª ed. Buenos Aires: EJEJA, 1971.

CAHALI, Yussef Said. *Culpa (direito civil)*. Enciclopédia Saraiva do Direito.

São Paulo: Saraiva, 1977.

CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARPENA, Heloísa. *O abuso do direito no código civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*. In Parte Geral do Novo Código Civil. Coordenador: Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do direito*. Curitiba: Juruá, 2005.

CASTRO, Celso Antonio Pinheiro de. *Sociologia do direito*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1995.

COLIN, Ambroise e CAPITANT, Henri. *Cour élémentaire de droit civil français*. Paris: Dalloz, 1948.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Teoria geral do direito civil*. 2ª ed. v. 1. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

DABIN, Jean. *Le droit subjectif*. Paris: Dalloz, 1952.

DEMOGUE, René. *Traité des obligations en general*. Paris: Arthur Rousseau, 1924.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18ª ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DUGUIT, Leon. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Ícone, 1996.

FERNANDES NETO, Guilherme. *Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

FIUZA, Ricardo. *Novo código civil comentado*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. 4ª ed. Padova: CEDAM, 1987.

GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: introduction general*. 4ª ed. Paris: LGDJ, 1980.

GHESTIN, Jacques. *L'abus dans les contrats*. Gazzete du Palais, s.n., 20/08/1981.

GIORGIANNI, Michele. *La morte del código ottocentesco*. Rivista de Diritto Civile. nº 1. Padova: CEDAM, 1980.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GOMES, Orlando. *A agonia do código civil*. Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro. ano 4. nº 7. Rio de Janeiro, jul. 1988, p. 1-9.

HIRONAKA, Giselda Maria F. N. *Direito civil: estudos*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2000.

IHERING, Rudolf von. *La dogmática jurídica*. Buenos Aires: Losada, 1946.

IONESCU, Octavian. *La notion de droit subjectiv dans le droit privé*. Bruxelles: Bruylant, 1978.

JORDÃO, Eduardo F. *Abuso de direito*. Salvador: Podivm, 2006.

JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Temis Librería, 1927.

JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*. 3^a ec. Paris: Sirey. 1939.

JOSSERAND, Louis. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Bogotá: Temis Librería, 1982.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3^a ed. Coimbra: Armênio Amado, Editor Sucessor, 1974.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 1960.

LIMA, Alvino. *A fraude no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Abuso do direito de demandar*. nº 19. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 57-66.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Dicionário do CPC brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 7^a ed. revisada e atualizada. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado. Parte geral*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2004.

LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia jurídica*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1974.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3ª ed. Atualizador: José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no sistema privado: sistema e tópica no processo obrigatorio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 4ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1947.

MENDES, J. Castro. *Direito civil: teoria geral*. v. II. Lisboa: Copiograf, 1979.

MIRANDA, F. C. Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1947. Arts. 1-152.

MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado: direito das obrigações*. Tomo 53. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

MIRANDA, F. C. Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MIRANDA, F. C. Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 5ª ed.

Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2006.

NEVES, Antônio Castanheira. *Questão-de-fato—questão-de-direito: ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967.

NEVES, José Roberto de Castro. *Boa-fé objetiva: posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais*. Revista Forense. v. 351. Rio de Janeiro, jul-ago-set. 2000.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18ª ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil de acordo com a constituição de 1988*. 8ª ed revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 4ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence. 1907.

PLANIOL, Marcel. *Précis de droit civil*. Tomo I. 3ª ed. Paris: Dalloz, 1929.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: RT, 1997.

RESCIGNO, Pietro. *L'abuso del diritto*. Rivista di Diritto Civile. Bologna: Il Mulino, 1998.

RIPERT, Georges. *Le régime démocratique et le droit civil moderne*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1936.

RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: LGDJ, 1949.

ROAST, A. *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*. Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1944.

ROTONDI, Mario. *L'abuso del diritto – "aemulatio"*. Padova: CEDAM, 1979.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. Lisboa: Almedina, 1997.

SACCO, Rodolfo. *Codificare: modo superato de legiferare?* Rivista de Diritto Civile. ano 29. 1ª parte. Padova: CEDAM, 1983.

SCISÍNIO, Alaôr Eduardo. *As maiores acionárias e o abuso do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SESSAREGO, Carlos Fernandez. *Abuso del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1992.

STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TRABUCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto privato*. 22ª ed. Padova: CEDAM,

1977.

VALLADÃO, Alfredo. *O abuso do direito*. v. 334. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9ª ed. v. 1. Coimbra: Editora Almedina, 1996.

VENOSA, Sílvio de Salvo, *Abuso de direito*. São Paulo: Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo, 1988.

VENOSA, Sílvio de Salvo *Direito civil: parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WARAT, Luis Alberto. *Abuso del derecho y lagunas de la ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969.

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação/tese por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura: _____ Local e Data: _____