

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO CIVIL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Guilherme de Souza Pimentel

O ABUSO DO DIREITO E O ARTIGO 187 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002
Uma análise doutrinária sobre o exercício inadmissível do direito subjetivo

Porto Alegre

2014

Guilherme de Souza Pimentel

O ABUSO DO DIREITO E O ARTIGO 187 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Uma análise doutrinária sobre o exercício inadmissível do direito subjetivo

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientadora: Profa. Dra. Lisiane Feiten Wingert Ody

Porto Alegre

2014

Guilherme de Souza Pimentel

O ABUSO DO DIREITO E O ARTIGO 187 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Uma análise doutrinária sobre o exercício inadmissível do direito subjetivo

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao departamento de Direito Privado e Processo Civil na Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientadora: Profa. Dra. Lisiane Feiten Wingert Ody

Aprovado em Porto Alegre, de dezembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Lisiane Feiten Wingert Ody
Orientadora

Professor Doutor Gerson Luiz Carlos Branco

Professor Doutor Fabiano Menke

Porto Alegre

2014

DEDICATÓRIA

A Paulo Roberto da Silva Pimentel.

Meu porto seguro.

Meu mestre.

Meu herói.

Meu pai.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos meus colegas, que para além de colegas, são amigos e amigas, que vivenciaram, compartilharam e participaram comigo dessa jornada, alguns, desde o dia em que pela primeira vez pus os pés na faculdade, até o bem querido dia que virá, no qual dela sairei formado, e outros, de forma marcante: Alessandra, Alessandro, Alexander, Aline, Ana, Azul, Bárbara, Bruno Ruiz, Bruno Salerno, Camila, Carolina Zeni, Caroline Boff, Carol Schneider, Chaiane, Dax, Diego, Eduardo, Éverton, Fernanda, Gaio, Gabriel, Giovana, Guilherme Cáceres, Helena, Jéssica Bauer, Jéssica Bomzanini, José Evandro, Juliana, Karina, Kézia, Luciano, Fábio, Felipe, Henri, Manoela, Marcela, Marina, Mário, Nakita, Priscila, Régis, Renata, Robson, Rodrigo Cantali, Rodrigo Peixoto, Thágor, Thiago Bertoncello, Thiago Guaragna, Thiago Katona, Tiago Wolke, Tininha, Vinícius, Vítor.

Agradeço a meus amigos e amigas, irmãos e irmãs por escolha e fortuna, que dão sentido à expressão amor fraternal. Quem o é sabe que é.

Agradeço à Lisiane, minha mestra orientadora, que me acolheu como pupilo, e quem, sendo exemplo de ternura, garra, e excelência acadêmica, me inspira a dar meu melhor.

Agradeço à Loana, com quem muito aprendi, com quem muito me diverti, com quem muito refleti, e de quem quero receber a carteira da Ordem em mãos.

Agradeço à Marilda, que me acolheu como filho quando mais precisei de uma mãe.

Agradeço a Paulo, meu pai, que dilapidou a base moral e ética da qual sou composto. Aquele que me protege nos momentos difíceis. Aquele que proporciona os momentos felizes. Aquele a quem devo quem sou.

Agradeço, especialmente, à Paula Schmitz Miranda, que com seu sorriso sempre vai alegrar meu coração.

Vocês são o que levo de melhor.

RESUMO

Trata-se de trabalho de conclusão de curso de graduação na área de direito civil, tendo como enfoque a análise legal e doutrinária do art. 187 do Código Civil de 2002 e da Teoria do Abuso do Direito. Busca-se analisar a evolução histórica da teoria do abuso do direito, com a interpretação jurídica dada pelos doutrinadores às épocas históricas sob uma perspectiva de desenvolvimento jurídico da teoria, nas quais seu desenvolvimento foi mais intenso, citando-se, ainda, os aspectos sociais que contribuíram para a sua evolução e que culminariam no seu reconhecimento doutrinário e legal atual no Brasil. As questões atinentes a formação e manifestação do abuso direito, bem como os aspectos sociais e jurídicos que modificaram sua compreensão e aceitação ao longo do tempo, são aspectos que se pretende esmiuçar. Analisa-se, ainda, as bases dogmáticas do art. 187 e como ele se relaciona com a doutrina do abuso do direito. Por conseguinte, cuida-se, esta monografia, de analisar o que a doutrina entende por abuso do direito hodiernamente no direito brasileiro, por meio de pesquisa dos conceitos que os doutrinadores contemporâneos atribuem ao *nomem iuris*. Sob um enfoque doutrinário, demonstra-se, também, como se caracteriza o abuso do direito, ao se desvendar o que é o exercício irregular e como ele se caracteriza, por meio do excesso manifesto dos limites das balizas firmadas pelo art. 187. Por fim, expõe-se os efeitos decorrentes do exercício abusivo do direito, e o caráter geral e abrangente que o art. 187 dá ao instituto estudado, atribuindo-lhe qualidade multidisciplinar.

Palavras-chave: Art. 187 do Código Civil brasileiro de 2002. Abuso do Direito. Limites do Exercício do Direito. Exercício Inadmissível do Direito.

ABSTRACT

The present paper is the coursework for degree in civil law , with focus on legal and doctrinal analysis of the art. 187 of the Civil Code of 2002 and the Theory of Abuse of Rights. It seeks to analyze the historical development of the theory of abuso of rights, the legal interpretation given by scholars to historical times under a legal development theory perspective in which its development was more intense, citing also the social aspects that contributed to its development and culminating in its doctrinal and legal recognition currently in Brazil. Matters relating to the formation and demonstration of the abuse of rights, as well as the social and legal aspects that changed it's understanding and acceptance over time, are aspects that we want to scrutinize. We also analyze the dogmatic foundations of the art. 187 and how it relates to the doctrine of abuse of rights. Therefore, this monograph care to analyze the doctrine of abuse of rights in today's times in Brazilian law, through research of the concepts that contemporary scholars attribute estou this *nomem iuris*. Under a doctrinaire approach, we demonstrate, too, how the abuse of rights is characterized, to unravel what is the irregular exercise and how it is characterized by manifest excess of the limits of the criteria assigned by the art. 187. Finally , the judicial effects that arise from the abusive exercise of the right, and the general and comprehensive attribute that the art. 187 gives to the studied institution, by assigning it multidisciplinary quality, are exposed.

Keywords: 2002's brazilian Civil Code Art. 187. Abuse of Rights. Limits of the exercise of rights. Unnacceptable rights exercise.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2. ANÁLISE HISTÓRICA DO ABUSO DO DIREITO.....	14
2.1. Origens Romanas	14
2.2 No Direito Francês	16
2.3 No Direito Brasileiro	22
3. O ART. 187 E O ABUSO DO DIREITO NO DIREITO CIVIL MATERIAL BRASILEIRO	35
3.1 O CONCEITO DO ABUSO DO DIREITO.....	35
3.2 A TEORIA OBJETIVA.....	37
3.3 OS LIMITES DO EXERCÍCIO DO DIREITO	39
3.3.1 A Boa-fé.....	40
3.3.2 Os Bons Costumes	43
3.3.3 O Fim Social e Econômico.....	44
3.4 A SISTEMÁTICA DO ABUSO DO DIREITO POSSIBILITADA PELO ART. 187.....	45
3.4.1 O art. 187 como Eixo de um Sistema de Proibição do Exercício Irregular	49
3.4.2 Os Efeitos e Consequências do Abuso do Direito como Ato Ilícito	55
4. CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico é uma dinâmica e complexa totalidade de regras, princípios e modelos jurídicos, derivados das quatro fontes de produção da normatividade. O direito, entendido como ordenamento, é composto por princípios e regras, e é polarizado por uma finalidade de ordenar a coexistência de liberdades.¹

As variadas formas do exercício jurídico consistem na expressão da integração de liberdades coexistentes. Entende-se como exercício jurídico a atuação humana relevante para o Direito, abrangendo os atos jurídicos lícitos e ilícitos e inclui todas as práticas negociais,² e é a licitude que demarca o modo de coexistência numa comunidade ordenada pelo Direito. Eis que o modo de se exercerem os direitos, faculdades, poderes, pode levar à ilicitude, entendida como contrariedade ao direito entendido como ordenamento.

O exercício regular de um direito subjetivo³ corresponde a ato lícito,⁴ e sendo lícito, não pode implicar a responsabilidade aquiliana do sujeito que o

¹ (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, pp. 69-70).

² (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, pp. 58-59).

³ De acordo com Rubens Limongi França, quanto ao exercício do direito: “[...] o direito objetivo, o sistema das regras de direito, confere às pessoas, num plano eidético, faculdades subjetivas, que só se concretizam, que só se tornam efetivas com a incidência de um fato ou, mais especialmente, de um ato jurídico. Quanto ao fato jurídico, não existe maior problema. Ou bem ele é hábil, ou bem não o é, para gerar direitos, resumindo-se a questão, em princípio, num aquinhoamento das circunstâncias que a cercaram. Se se trata, porém, de um ato jurídico, então cumpre averiguar todos aqueles elementos, anteriormente estudados, já quanto à estrutura regular, já quanto à configuração irregular, para que possa ser aquilatada a extensão sua eficácia, e até mesmo, no caso de nulidade, a própria ineficácia. Confirmada a força geradora do ato ou fato jurídico, e aquilatada a medida dessa força, está a parte beneficiada em condições de utilizar as faculdades que lhe foram conferidas. Ora, é a isso que se denomina exercício dos direitos subjetivos, isto é, a utilização, o gozo das vantagens que eles proporcionam ao respectivo sujeito” (França, 1996, p. 183); Carlos Roberto Gonçalves, por sua vez, descreve e diferencia os direitos objetivos e subjetivos: “Direito objetivo é o conjunto de normas impostas pelo Estado, de caráter geral, a cuja observância os indivíduos podem ser compelidos mediante coerção. Esse conjunto de regras jurídica comportamentais (norma agendi) gera para os indivíduos a faculdade de satisfazer determinadas pretensões e de praticar os atos destinados a alcançar tais objetivos (facultas agendi). Encarado sob esse aspecto, denomina-se direito subjetivo, que nada mais é do que a faculdade individual de agir de acordo com o direito objetivo, de invocar sua proteção.” Direito objetivo é “o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento.” É, portanto, o meio de satisfazer interesses humanos e deriva do direito objetivo, nascendo com ele. Se o direito objetivo é modificado, altera-se o direito subjetivo. Podemos dizer que há referência ao direito objetivo quando se diz, por exemplo, que “o direito impõe a todos o respeito a propriedade”; e que é feita alusão ao direito subjetivo quando se proclama que “o

titulariza. O titular de um direito deve ver assegurada pelo Estado a oportunidade de exercê-lo plenamente, e para merecer a tutela do Estado, deve o direito ser exercido regularmente. Eis que não pode buscar amparo aos seus atos quem exerce o direito de forma irregular, ficando sem a asseguuração do estado, não podendo opor-se ao que o impede de praticar os atos em que a faculdade ou a prerrogativa jurídica se manifestam.

O legislador contemporâneo entende que os direitos subjetivos não são conferidos aos indivíduos de uma maneira aleatória, ou em perspectiva meramente individual, mas sim ser usado de forma que atenda ao interesse coletivo. Os direitos possuem uma destinação econômica e social, pois vivemos em forma societária. Assim, uma vez que o exercício dos direitos subjetivos repercute na esfera jurídica das outras pessoas, interessa à sociedade a maneira pela qual exercemos nossos direitos.⁵

No direito brasileiro há uma reação contra o exercício irregular de direitos subjetivos, pois existem normas que são contrárias ao exercício abusivo de certos direitos. O exercício do direito não é ilimitado, pois o ordenamento impõe balizas que o limitam.⁶

O artigo (art.) 187 do Código Civil de 2002 (CC/02) lista critérios para a qualificação da inadmissibilidade no exercício dos direitos e liberdades. Diante desse escopo, o art. 187 é uma importantíssima inovação, que contém preceito aplicável a direitos absolutos e relativos, contratuais ou não, obrigacionais, reais, de família e outros, ao impor limites ao exercício de um direito subjetivo legítimo, e passou por grande desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário. Eis sua redação: “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.”

proprietário tem o direito de repelir a agressão a coisa que lhe pertence.” (Brasileiro, 2011 pp. 24-25).

⁴ Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

⁵ (Neto, 2010, p. 36).

⁶ (França, 1996, p. 184).

Para grande parte da doutrina brasileira, o art. 187 é responsável por consagrar o instituto do abuso do direito no ordenamento brasileiro, condenando o exercício abusivo do direito subjetivo.⁷

Caio Mário afirma que o referido dispositivo assenta que o exercício abusivo do direito deve ser limitado, ao definir como parâmetro a afronta à finalidade econômica ou social, e a contrariedade à boa-fé e aos bons costumes. Para o jurista, diante da norma em discussão, abusa de seu direito aquele que leva o seu exercício ao extremo de convertê-lo em prejuízo para outrem, não importando a intenção de malfazer, o *animus nocendi*.⁸

Nas palavras de Pedro Baptista Martins, pioneiro estudioso sobre o tema no Brasil, a teoria do abuso do direito tem o fim de “[...] abrandar o rigor do direito formulado e dirimir os numerosos conflitos que se manifestem entre ele e a realidade social.” Ela assegura os princípios de equivalência das prestações e equilíbrio dos interesses em concorrência, que constituem a base da ordem econômica, da ordem jurídica e da ordem social, sendo um meio

⁷ É esse o entendimento de diversos autores contemporâneos, tais quais Judith Martins-Costa, para quem os significados da expressão abuso do direito se apresentam no art. 187 do Código Civil brasileiro (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 58); Caio Mário, para quem, “atendendo a tais circunstâncias e à necessidade de conter o sujeito da relação jurídica nos lindes morais de seu exercício, o Código Civil de 2002 consagra, no art. 187, a teoria do abuso do direito, qualificando-o na conceituação genérica do ato ilícito” (Pereira, 2013, p. 565); Para Venosa, o vigente estatuto incluiu texto sobre o abuso de direito, na categoria dos atos ilícitos, com a redação dos arts. 186 e 187 (Venosa, 2013, p. 563); Carlos Roberto Gonçalves, para quem o Código Civil de 2002 é expresso ao considerar o abuso de direito como ato ilícito com o disposto no artigo referido como instrumento destinado a reprimir o exercício antissocial dos direitos subjetivos (Gonçalves, 2011, p. 509); Paulo Nader, para quem o legislador pátrio qualifica a figura do abuso do direito como variação do ato ilícito por meio do art. 187 (Nader, 2013, p. 484). Maria Helena Diniz, para quem o art. 187 do Código Civil se refere à teoria do abuso de direito e condena o exercício abusivo de qualquer direito subjetivo (Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, 7. Responsabilidade Civil, 2009, p. 586). E ainda: “O art. 187, ao definir o abuso de direito como ato ilícito, deve ser, como dizem Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, ‘interpretado como uma referência a uma ilicitude *lato sensu*, no sentido de contrariedade ao direito como um todo, e não como uma identificação entre a etiologia do ato ilícito e a do ato abusivo, que são claramente diversas” (Diniz, Código Civil Anotado, 2009, p. 209); Eugênio Facchini Neto, para quem o abuso de direito é um dos institutos jurídicos de reação ou de contenção à invocação de um direito subjetivo (Neto, 2010, p. 34); Flávio Tartuce, para quem o art. 187 “equipara o abuso de direito a um verdadeiro ato ilícito”, e que traz nova “modalidade de ilícito, também precursora do dever de indenizar” (Tartuce, 2012, p. 312); Sérgio Cavalieri Filho, para quem o art. 187 é uma cláusula geral de responsabilidade objetiva que conceitua o abuso do direito, definido, portanto, no direito pátrio, como sendo ato ilícito, e diferente do ato ilícito conceituado no art.186 (Filho, 2012, p. 171); Fábio Ulhôa Coelho, para quem o exercício de direito sem observância dos limites que o cercam tem sido referida pela noção de abuso de direito, referindo-se aos limites ao exercício do direito postos no art. 187 (Coelho, 2012, p. 326); Para Alexandre Guerra, “o art. 187 do Código Civil brasileiro de 2002 introduziu clara e expressamente a figura do abuso do direito no direito positivo brasileiro.” (Guerra, 2011, p. 129)

⁸ (Pereira, 2013, p. 565).

eficaz de limitação da autonomia da vontade individual, corrigindo, atenuando ou impedindo os desregramentos do exercício do direito subjetivo em geral.⁹ Ela condena como antissociais todos os atos que apesar de praticados com a aparência legítima, não se harmonizam com o espírito e a finalidade da lei. Com isso, vem equilibrar os interesses em luta e apreciar os motivos que legitimam o exercício dos direitos.¹⁰ Mais que uma categoria, o abuso do direito é um fenômeno social, é a contradição entre o direito tradicional e a realidade econômica e social. Dessa forma, a teoria do abuso do direito constitui um dos meios mais adequados à socialização do direito.

No presente trabalho, primordialmente orientada pela pesquisa doutrinária contemporânea, executada por meio de um encadeamento analítico do conteúdo, num primeiro momento, examinaremos as origens do abuso do direito no direito romano, passando pela teoria dos atos emulativos. Depois, estudaremos o abuso do direito no direito francês numa perspectiva histórica moderna. Posteriormente, realizaremos análise histórica do reconhecimento do abuso do direito no direito civil brasileiro a partir 1916, inserido pela doutrina por uma leitura a *contrario sensu* do art. 160, I, do Código Civil de 1916 (CC/16), bem como veremos como se deu o reconhecimento da teoria com o advento do Código Civil de 2002, marcado pela socialidade, operabilidade e eticidade, encerrando a primeira parte com uma análise das bases dogmáticas do art. 187 e como a norma insere a teoria do abuso do direito no direito civil brasileiro.

Num segundo momento, à vista das considerações efetuadas na primeira parte, analisaremos a conceituação que a doutrina atribui hodiernamente ao abuso do direito, com análise detida à teoria objetiva, teoria predominante na doutrina e jurisprudência atual, qual é o papel desempenhado pela boa-fé, bons costumes, fins sociais e econômicos do direito tidos como limite do exercício regular do direito, e quais são os reflexos na parte geral, especial do direito civil, e reflexos multidisciplinares da teoria do abuso do direito. Por fim, tendo o abuso do direito como ato ilícito, analisaremos a variedade de consequências jurídicas do abuso, e qual o fundamento, efeitos e natureza da responsabilidade civil objetiva por abuso do direito.

⁹ (Martins, 1997, p. 5).

¹⁰ (Martins, 1997, p. 7).

Diante disso, para a total compreensão tanto do art. 187, quanto do instituto do Instituto do Abuso do Direito, e de como ambos se relacionam e se inserem sistematicamente no ordenamento jurídico brasileiro, é imperativo o escorço histórico do referido *nomen juris* e a análise das bases dogmáticas do art. 187, para, então, ser elaborado como se apresenta de forma sistemática a teoria do abuso do direito no ordenamento brasileiro, por força do art. 187 do Código Civil de 2002, elucidando-se, ao final, o que o direito brasileiro entende por exercício jurídico inadmissível.

2. ANÁLISE HISTÓRICA DO ABUSO DO DIREITO

2.1. Origens Romanas

Segundo Judith Martins-Costa, os significados da expressão abuso do direito foram tecidos na História e no Direito Comparado, sendo resultado de transferências culturais complexas, construído pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência, por uma verdadeira “tradição de fragmentações” num conturbado “canteiro de obras há mais de um século”, em oposição a uma tradição não sistêmica.¹¹

É consenso entre os juristas que o direito romano considerava os direitos subjetivos ilimitados, em natureza e em essência, especialmente os de propriedade. Apenas por meio da lei de responsabilidade se poderia condicionar o uso do direito, e restringir o abuso, contudo essas restrições tinham um caráter tão absoluto quanto o direito que restringiam.¹² O direito romano conheceu o abuso de direito como exceção, diante da existência do princípio *qui iure suo utitur neminem laedit*,¹³ que levava ao entendimento de que o direito romano consagrou o exercício irrestrito do direito, como justificador dos excessos e abusos.¹⁴

Apesar disso, a doutrina brasileira atual aponta vários brocardos que indicam o reconhecimento dos romanos à possibilidade de um abuso no exercício do direito, principalmente no desenvolvido direito de propriedade.

A aplicação do princípio acima referido era manifestamente injusta nos casos em que era evidente o *animus laedendi*¹⁵, nos quais o agente não ultrapassava os limites de seu direito subjetivo. Os germes do abuso do direito, contidos no direito romano, são entrevistados na máxima de Cícero *summum jus summa injuria*¹⁶, e ainda, no brocardo *male enim nostro iure uti non debemus*, passagem do texto do jurisconsulto Gaio, que trata do abuso do direito, na qual

¹¹ (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, pp. 57- 59).

¹² (Martins, 1997, p. 14).

¹³ “Aquele que age dentro de seu direito a ninguém prejudica” (Gonçalves, 2011, p. 508).

¹⁴ (Levada, 1991, p. 45).

¹⁵ Intenção de prejudicar [tradução nossa].

¹⁶ Excesso de direito, excesso de injustiça [tradução nossa].

estaria presente a ideia de que “o direito deve ser exercido na medida de sua utilidade e que há um limite de eficácia para os direitos subjetivos.”¹⁷

Mas foi a doutrina da *aemulatio*¹⁸ que fixou o princípio da proibição dos atos praticados com *animus aemulandi*, que se refere aos atos exercidos com o intuito de prejudicar terceiros. Segundo Facchini Neto, a *aemulatio*, hoje reprimida praticamente em todos os sistemas jurídicos, foi o primeiro caso de abuso de direito que se cuidou.¹⁹ O exemplo típico de ato emulativo está relacionado com os abusos decorrentes do exercício do direito de propriedade, principalmente os que envolvem o direito de vizinhança, uma vez que os romanos entendiam que a propriedade devia ser limitada pelos direitos sociais e coletivos.²⁰

Esta doutrina foi muito debatida pelos glosadores do direito italiano medieval,²¹ que exigia, para seu reconhecimento, tinha como requisitos o exercício de um direito, que resultasse num dano a terceiro, que o ato realizado fosse inútil para o agente, e que a realização fosse determinada pela intenção de causar dano a outrem.²² Foi exatamente essa rigidez em seus requisitos que obstaculizou os doutrinadores da *aemulatio* nas suas pretensões de transformá-la em princípio geral, o que acabou por levar a doutrina da *aemulatio* ao fracasso, pois “como a prova do dano, aliada à da inutilidade do ato para o seu agente, não era bastante para caracterizar a emulação, que ainda ficava sujeita à prova da intenção exclusiva de prejudicar”, o que deveria ser provado pelo adversário – algo extremamente difícil.²³ Com o fracasso da

¹⁷ Segundo Cornil, trata-se de uma teoria geral do abuso do direito, usada para justificar a proibição de maltratar escravos (Cornil *apud* Martins, 1997, p. 12).

¹⁸ “Pela teoria dos atos emulativos, considerava-se ato emulativo todo ato praticado no exercício do próprio direito com o fim de causar prejuízos a outrem e sem tirar para si e qualquer proveito. Não obstante os atos emulativos pudessem vir a ocorrer nos mais diversos ramos do direito, a concepção primeira fora durante séculos aplicadas nas relações de vizinhança.” (Guerra, 2011, p. 26).

¹⁹ (Neto, 2010, p. 34).

²⁰ O conceito da *aemulatio* encontra, por conseguinte, as suas origens no direito romano, onde ela aparece circunscrita, nas suas aplicações, às questões relativas ao uso das águas. O direito medieval nada mais fez que estendê-la às relações de vizinhança, dando-lhe, por esse meio, maior desenvolvimento e maior importância (Martins, 1997, p. 16).

²¹ Segundo Pedro Batista Martins, “O conceito de *aemulatio* encontra, por conseguinte, as suas origens no direito romano, onde ela aparece circunscrita, nas suas aplicações, às questões relativas ao uso das águas. O direito medieval nada mais fez que estendê-las às relações de vizinhança, dando-lhe, por esse meio, maior desenvolvimento e maior importância.” (Martins, 1997, p. 16)

²² (Martins, 1997, p. 18).

²³ (Martins, 1997 p. 20).

doutrina da *aemulatio* durante a idade média, os estudos sobre o abuso do direito permaneceram estancados.

2.2 No Direito Francês

Após o triunfo da Revolução Francesa, quando a liberdade, a honra, a propriedade e a vida foram proclamadas como direitos fundamentais do homem, inalienáveis e imprescritíveis, foi construído um sistema de direitos absolutos, visando salvaguardar a autonomia da vontade e a liberdade das convenções, que praticamente inexistia sob o crivo do Estado Absolutista até então reinante.²⁴ Nesse período, os direitos individuais passaram a constituir permanente fonte de restrições ao poder de organização do Estado.

O maior exemplo de sistema de direitos absolutos foi o Código Civil de Napoleão²⁵, no qual o exercício de um direito era protegido em toda e qualquer hipótese, jamais configurando abuso. Como consequência lógica, as noções de direito e abuso do direito passaram a ser antinômicas.²⁶

²⁴ Pedro Baptista Martins sintetiza o cenário jurídico durante este período histórico, Em suas palavras: “Triunfante a revolução francesa, cujo espírito se achava impregnado de doutrinas filosóficas postas em voga por J. J. Rousseau, a liberdade, a honra, a propriedade e a vida foram proclamadas como direitos fundamentais do homem, inalienáveis e imprescritíveis, passando assim a constituir uma fonte de permanentes e consideráveis restrições ao poder de organização do estado. O arbítrio do indivíduo só encontrava limites no arbítrio igual de outro indivíduo. Por outro lado, a concepção kantiana da liberdade, exagerando-lhe o valor ético, considerava-a não como simples instrumento ou meio, mas como fim em si mesmo. Na podendo manter-se impermeável às novas concepções doutrinárias, o direito, cujo fundamento repousava inteiramente na ideia de liberdade, transformou-se em arma poderosa de defesa do indivíduo contra o Estado. O direito passou a ser, segundo a observação de Charmont, uma simples faculdade de agir. Daí a conclusão de que o papel do legislador consiste antes de tudo em salvaguardar a autonomia da vontade e a liberdade das convenções, abstendo-se de intervir nas relações dos contratantes. Não é por isso para admirar que, até o alvorecer do século atual, a socialização do direito houvesse encontrado no absolutismo dos direitos individuais, resistências que ainda hoje não se acham inteiramente submetidas” (Martins, 1997, pp. 2-3).

²⁵ Nas palavras de Pedro Baptista Martins, “O Código de Napoleão, produto de uma época em que imperava a ideia do absolutismo dos direitos subjetivos, não contém nenhuma regra onde a fórmula do abuso do direito possa inserir-se comodamente. Ela é, na França, fruto exclusivo das concepções doutrinárias e, sobretudo, das construções jurisprudenciais, que a faziam defluir do princípio consubstanciado no art. 1.382: “*Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par lá faute duquel mil, est arrivé à lê reparer*” (Martins, 1997, p. 34).

²⁶ Nas palavras de Caio Mário, [...] a ideia do direito estaria imediatamente vinculado o respectivo desfrute, situado na sua utilização, e, como esta é uma faculdade ou um poder do titular, admitir-se-ia em princípio que poderia ser levada ao último extremo, ainda que tal programa viesse a causar a ruína, a desgraça, a humilhação alheia. Quem o sustentasse poderia arrimar-se à velha parêmia que é deduzida em Gaio: ‘nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur [não se reputa agir com dolo quem usa de seu direito ‘ e dizer que o exercício do

Surgiram novos problemas sociais, devido à complexidade das relações entre o capital e o trabalho decorrentes da imposição da era industrial, transformando o que antes representava um avanço em uma inconveniência. Em consequência ao modelo individualista, a liberdade irrestrita, valiosa aos ideários da Revolução Francesa, passou a servir à exploração dos economicamente fracos pelos fortes.

Esse cenário, no qual a lei tratava de forma absoluta certos direitos, como o direito de propriedade, até meados do século XIX, não poderia mais se sustentar diante da mudança social ocorrida da época da Revolução Industrial, quando se passou a exigir soluções que a doutrina individualista predominante não poderia prover.²⁷

A reação à noção de absolutismo somente se deu a partir de fins do século XIX, com o fim de se demonstrar que não só o poder do estado é relativo, como também os direitos conferidos ao homem encontram limite nas regras de convívio social, nas noções de bem-estar e justiça sociais.²⁸ Brota, assim, o embrião da teoria do abuso do direito como entendida hoje.

Segundo Ricardo Luís Lorenzetti:

*Los derechos reales y, posteriormente los derechos creditórios, tuvieron protecciones fuertes, en la que resultaba impensable la idea de un límite. Sin embargo, poco a poco fue reconociéndose la idea de que todos los derechos son relativos, y que encuentran su límite externo en otros derechos. En períodos más avanzados de la historia del derecho, se reconoció la existencia de un límite interno, basado en la regularidad del ejercicio. Surgió así la doctrina del abuso del derecho.*²⁹

direito, não podendo tachar-se de ilícito, tem como limite (apenas) o próprio conteúdo do direito” [tradução do autor] [grifos do autor] (Pereira, 2013, p. 562).

²⁷ (Levada, 1991, pp. 44-45).

²⁸ Segundo Sérgio Cavalieri Filho, “foi a justa reação à noção individualista dos direitos subjetivos constituída a partir do Código Civil de Napoleão, pela qual o exercício de um direito era protegido em toda e qualquer hipótese, ainda que dele decorressem consequências funestas para a sociedade. Aquilo que inicialmente representou um avanço – pois o Direito, com tal noção, passou a ser mais poderosa arma contra o absolutismo do Estado -, com o passar do tempo mostrou-se de grande inconveniência em face de uma nova realidade socioeconômica, realidade, essa, que demonstrou serem relativos não só o Poder do Estado, mas também os direitos conferidos ao homem, limitados que estão pelas regras de convívio social.” (Filho, 2012 p. 171).

²⁹ Os direitos reais e, posteriormente, os direitos creditícios, tiveram proteções fortes, resultando impensável a ideia de um limite. No entanto, pouco a pouco se foi reconhecendo a ideia de que todos os direitos são relativos, e que encontram seu limite externo em outros direitos. Em períodos mais avançados da história do direito, se reconheceu a existências de um limite interno, baseado na regularidade do exercício. Surgiu assim a doutrina do abuso do direito (Lorenzetti, 1996 p. 59).

A ascensão da figura do abuso do direito está ligada à crise que relativizou o instituto do direito subjetivo, levando ao surgimento de outras situações jurídicas subjetivas e de outros interesses socialmente apreciáveis, que eram juridicamente protegidos, como a propriedade, mas que não seriam mais direitos tuteláveis *erga omnes*.³⁰

O abuso do direito passou a ser reconhecido como instrumento para imprimir a perspectiva social aos ordenamentos jurídicos, quando, após a II Guerra Mundial, a autonomia da vontade, o indivíduo isolado e a propriedade privada deixaram de ser o centro da vida humana, cedendo lugar para o bem estar da coletividade e à função social do Direito.³¹

A ideia do abuso do direito foi inicialmente acolhida pela jurisprudência na maioria dos sistemas jurídicos.³² Somente depois de consolidada a instituição do abuso do direito o legislador buscou incorporá-la em texto normativo referências à ilicitude por extrapolação dos limites do direito subjetivo, por força de sistematização doutrinária.³³ Conforme Caio Mário, ora encontraram fundamento para a figura do abuso do direito na regra da relatividade dos direitos, ora na dosagem do conteúdo do exercício, ora na configuração do *animus nocendi*.³⁴

Os juízes franceses ousaram romper com o absolutismo do direito subjetivo de propriedade, firmando, através de sucessivas decisões, a figura do *abus du droit*.

A literatura jurídica brasileira aponta dois casos como sendo os primeiros casos no qual se deu o reconhecimento do abuso de direito na França.

³⁰ (Neto, 2010, p. 34).

³¹ (Guerra, 2011, p. 18).

³² Pedro Baptista Martins descreve as razões dessa reação: “A reação contra o espírito misonéista do legislador começou então a anunciar-se na jurisprudência dos tribunais, através da aplicação de teorias mais ou menos engenhosas, com o auxílio das quais, sem atentar de modo frontal contra o espírito da lei, se conseguiu realizar o milagre da sua adaptação às contingências da vida, atualizando-se o seu conteúdo. Os direitos subjetivos perderam o cunho nitidamente egoísta que os caracterizava: limitações mais ou menos extensas lhes foram impostas em nome do interesse coletivo, da ordem pública, dos bons costumes; finalmente, com a doutrina da imprevisão, a da causa das obrigações e, principalmente, com a do risco, a da instituição e a do abuso do direito, aparelharam-se devidamente os tribunais para, na aplicação, corrigir as imperfeições da lei e empreender a empolgante tarefa da socialização do direito” (Martins, 1997, p. 4).

³³ (Neto, 2010, p. 35).

³⁴ (Pereira, 2013, p. 563).

A primeira decisão paradigmática a respeito do abuso do direito foi pronunciada em 02 de maio 1855 pelo Tribunal de Colmar, no qual foi formulado por um indivíduo um pedido em face de seu vizinho, há tinha levantado uma falsa e alta chaminé, de frente à janela do vizinho, com fins de causar sombra sobre a propriedade do autor, tapando a entrada de luz, e dificultar a circulação do ar, única e exclusivamente, ou seja, inútil para a função que uma chaminé deveria exercer, e visando tão somente prejudicar o direito de outrem. Os juízes acataram, determinando-se a demolição da falsa chaminé construída pelo vizinho.

Facchini Neto refere que, apesar do réu ter invocado o direito irrestrito de construir que integraria o direito de propriedade (resquício do espírito do direito absolutista), e apesar dos juízes terem reconhecido que ‘o direito de propriedade é de certa forma absoluto’, “afirmaram que o direito subjetivo deve ter um limite, consistente na satisfação de um ‘interesse sério e legítimo’ da parte do titular do invocado direito subjetivo.” Uma vez que os juízes não identificaram tal interesse sério e legítimo na edificação da falsa chaminé, foi ordenada sua demolição, bem como ressalvado o direito do vizinho ao ressarcimento.³⁵

O segundo caso se trata de caso julgado em 1913, em Compiègne. Neste, conhecido como *affaire Clément Bayard*, um proprietário da região de Pierrefonds, próxima a Compiègne, era vizinho de um construtor de dirigíveis (Clément-Bayard) que possuía um hangar em sua propriedade rural. Com fins tão somente de prejudicar e dificultar o trabalho do vizinho, o proprietário construiu, na divisa dos terrenos, estacas de madeiras eriçadas e com pontas de ferro afiadas na parte superior, destinadas a rasgar os balões dos dirigíveis que partiam do e pousavam no hangar. O Tribunal reconheceu o fim destinado tão somente a prejudicar o autor, sem trazer qualquer proveito para quem a erguera, bem como impedia o desenvolvimento do fim econômico de seu vizinho, e, na esteira do exemplo anterior, julgou improcedente a alegação de que, como proprietário, poderia fazer tudo que a lei não proibisse, ordenou a destruição da construção e ressalvou o direito a indenizar.³⁶ Para Fábio Ulhôa

³⁵ (Neto, 2010, p. 35).

³⁶ Paulo Nader indica serem “significativas ambas sentenças avista do teor do art. 544 do Código Napoleão que considerava a propriedade um direito absoluto: ‘*Lá propriété es lè droit*

Coelho, “a condenação é invocada como exemplo do que propõe a teoria do abuso de direito: quem exerce seu direito ultrapassando os limites ditados pela finalidade econômica ou social, boa-fé ou bons costumes, não pratica ato lícito.”³⁷

As decisões acima ilustram a compreensão da importância do papel do homem na sociedade, e de seu dever de colaborar com o próximo, ou, pelo menos, não prejudica-lo. Os direitos subjetivos não constituem um fim em si mesmos, mas sim, tem uma função eminentemente social, que não pode ser deixada de lado pelo titular do direito. Para Rezende Ribeiro, essas decisões podem ser consideradas como o germe da função social da propriedade, sendo possível verificar a repulsa ao exercício indiscriminado do direito de propriedade.³⁸ valor sacramentado no Código de Napoleão, e fundamental desde a revolução francesa.

Contudo, não foi sem obstáculos que a teoria do abuso do direito ingressou no pensamento dos juristas franceses. A teoria suscitou um intenso debate na tecnologia jurídica dos países de tradição românica. O questionamento partiu da própria pertinência da expressão.

A corrente francesa que exsurgia contra a existência da teoria do abuso do direito foi encabeçada por Marcel Planiol, tomando seu entendimento por basilar.³⁹ Para o jurista francês, o instituto em comento seria mera luta de palavras, taxando-o de *logomaquia*, já que ninguém pode usar de um direito conferido pela lei e ao mesmo tempo dele abusar, porque onde começa o abuso termina o direito – pelo que contraditória a expressão *abuso de direito*:

*Cette nouvelle doctrine repose tout entière sur un langage insuffisamment étudié; sa formule << usage abusif des droits >> est une logomachie, car si j'use de mon droit, mon acte est licite; et, quand il, est illicite, c'est que je dépasse mon droit e que j'agis sans droit [...] le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut pas y avoir << usage abusif >> d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit.*⁴⁰

de jouir et disposer des choses de là manière la plus absolue, pourvu que'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements’. (Nader, 2013, p. 485)

³⁷ (Coelho, 2012, pp. 326-327).

³⁸ (Ribeiro, 2013, p. 392).

³⁹ (Martins, 1997, pp. 24-25).

⁴⁰ “A nova doutrina se assenta inteiramente numa linguagem insuficientemente estudada; a sua fórmula, o uso abusivo dos direitos, é uma logomaquia porque, se eu exerço o próprio

Como se vê, para Planiol, as pessoas abusam das coisas, mas não do direito, pois quando o agente extrapola os limites do direito, já se encontra fora da esfera de seu direito e nos domínios da ilegalidade.⁴¹

A concepção contrária à Planiol urgia reconhecer que certos atos eram contrários à moral e aos princípios gerais de direito ainda que aparentemente conforme a lei, contrários ao ordenamento jurídico visto como um sistema não apenas de normas postas, mas como um sistema dotado de valores éticos e que possui uma função teleológica em face da sociedade a que se dirige.⁴²

O debate quanto a pertinência da expressão abuso de direito despertava interesse até meados do século XX, começando a arrefecer quando a discussão da pertinência da expressão foi superada por Louis Josserand, que demonstrou a necessidade de combate ao abuso dos direitos, que não podia restar impune sob a falsa proteção do exercício dos direitos subjetivos até então tido como absoluto. Segundo Josserand, o ato pode ser, ao mesmo tempo, conforme ao direito positivo e contrário ao complexo de princípios jurídicos.⁴³ Assim, começou o debate pelos fundamentos e pela interpretação e aplicação da norma legal correspondente à teoria do abuso do direito.

A teoria do abuso do direito era vista inicialmente sob um prisma subjetivo, segundo o qual um ato considerado abusivo é um ato exercido sem real interesse, além do intuito de prejudicar terceiros, do qual não decorre qualquer vantagem para o agente.⁴⁴ Essa teoria tem a intenção como elemento fundamental para caracterização do abuso do direito, assim, para que se caracterizasse o abuso do direito, era necessário que o abuso tenha sido cometido intencionalmente, de forma propositada.

direito, o meu ato é lícito, e quando é ilícito é porque excedo o meu direito e atuo sem direito. É preciso não nos deixarmos enganar pelas palavras; o direito cessa onde o abuso começa, e não pode haver uso abusivo dum direito, pela razão irrefutável que um só e mesmo ato não pode ser, ao mesmo tempo, conforme ao direito e contrário a ele” [tradução nossa] (Planiol, 1905, p. 284).

⁴¹ Pedro Baptista Martins lista autores franceses influenciados pela posição de Planiol, tais quais Dessertoux, que propôs a substituição da expressão por conflito de direitos, Duffau-Lagarosse, que propôs, por sua vez, substituí-la por “ato abusivo oculto sob a aparência de exercício do direito”, Emmanuel Lévy que a chamou de “artificial e teoricamente contraditória”, e Duguit. Esse último, por sua vez, embora discorda-se da crítica linguística de Planiol, concordava que “se há direito, este cessa onde o abuso começa (Martins, 1997, pp. 25-27).

⁴² (Levada, 1991, p. 45).

⁴³ (Josserand *apud* Martins, 1997 p. 139)

⁴⁴ (Neto, 2010, p. 34).

Posteriormente objetivou-se a base do abuso do direito. Com a concepção objetiva, que para Facchini Neto foi divulgada por Josserand, compreendeu-se que o exercício de um direito pode causar danos desproporcionais a terceiros em relação aos benefícios hauridos pelo titular do direito ainda que ausente o *animus nocendi*.⁴⁵ A teoria objetiva privilegia a proteção contra a consequência antissocial do ato danoso, não perquirindo sobre a intenção do agente.

A doutrina de Josserand, que afirma que existe o abuso de direito quando o ato é exercido de acordo com o direito da pessoa e contrariamente às regras sociais. Trata-se do critério finalista, cuja origem está ligada em ideias e princípios que dizem respeito à finalidade social do direito, visto em seu conteúdo ético e moral. “*L’acte abusif est l’acte contraire au but de l’institution, à son esprit et à sa finalité.*” Os direitos subjetivos são direitos funções, com uma finalidade a cumprir e dela não podem se desviar. Se os direitos subjetivos se desviarem da sua função, há pena de cometimento de um abuso de direito. Não haveria, dessa forma, de se investigar o elemento subjetivo do ato. Causado o dano mediante a prática de um ato abusivo, está o agente obrigado a reparar o dano, pois é responsável pelo prejuízo ocorrido.⁴⁶

Dentre as correntes objetivas do abuso do direito da época, também se insere a doutrina de Saleilles, que afirmava consistir o abuso no exercício anormal de um direito, contrário à destinação econômica ou social do direito subjetivo. O exercício abusivo do direito é reprovado pela consciência pública, e excede o conteúdo do direito, pois todo o direito, no ponto de vista social, é relativo, não existindo direitos absolutos, nem mesmo o de propriedade.⁴⁷

2.3 No Direito Brasileiro

Segundo Judith Martins-Costa, no Brasil, a figura do abuso do direito apareceu por iniciativa legislativa e por uma parca doutrina, ao contrário do ocorrido em outros países.⁴⁸

⁴⁵ (Neto, 2010, p. 34).

⁴⁶ (Levada, 1991, p. 46).

⁴⁷ (Levada, 1991, pp. 45-46).

⁴⁸ (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 58).

Um dos monografistas brasileiros pioneiros sobre o tema, Pedro Baptista Martins, na primeira edição de sua obra “O Abuso do Direito e o Ato Ilícito”, cuja primeira edição foi lançada em 1935, assegura que “não se encontram, além da lide temerária, outros vestígios do abuso do direito” no direito brasileiro anterior ao Código de Bevilacqua.⁴⁹ A teoria do abuso do direito só iria dar as caras, ainda que de maneira tímida e marcada por solavancos, com o advento do Código de Bevilacqua.

Conforme Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em artigo publicado no Volume 775 da Revista dos Tribunais, o Código de Bevilacqua expressa a concepção politico-filosófica vigente depois da revolução francesa, se distinguindo pela sua feição individualista, ou seja, que o homem é o centro do mundo e capaz, com a sua vontade e sua razão, de ordená-lo.⁵⁰

Isso fez com que a doutrina jurídica, ao estudar o Código Civil de 1916, tenha concluído que o referido diploma legal não cuidou estruturalmente de sistematizar o regramento do exercício jurídico, o fazendo por meio de regras esparsas.⁵¹ e não enunciando regra que a consagre.⁵² Contudo, foi uma interpretação doutrinária *a contrario sensu* do art. 160, I, do CC/16, que se incumbiu de inserir o princípio do abuso de direito no ordenamento jurídico brasileiro.⁵³

⁴⁹ (Martins, 1997, p. 92).

⁵⁰ (Júnior, 2000, p. 18).

⁵¹ CAIO MÁRIO assinala hipóteses legais em que se vislumbra a aplicação da teoria, consignando exemplos de abuso do direito, como o art. 554 do CC/16, “reprimindo o uso nocivo da propriedade [...] pois permitia ao proprietário ou inquilino impedir que a utilização do direito de propriedade, pelo seu vizinho, lhe prejudicasse a segurança, o sossego ou a saúde. É bem de se ver que não há aqui os extremos do ilícito, porém de exercício abusivo do direito de propriedade, e tanto assim que o mesmo comportamento do indivíduo será tolerado, ou não, conforme a casa seja em lugar ermo ou afastada de outras, ou, ao revés, apropriada de outras edificações.” (Pereira, 2013, pp. 564-565). LEVADA, por sua vez, aponta diversas normas constantes na Lei Civil que consagrariam o abuso do direito no Código de Bevilacqua: O Art. 100 prevê a anormalidade do exercício de um direito a caracterizar a coação; Arts. 526 e 587 vedam a má utilização da propriedade; Arts. 584 e 585 vedam a poluição da água utilizada por terceiros; Arts. 1530 e 1531 proíbem o exercício abusivo do direito de demanda dos arts. 16-18 do CPC; Lei de falências prevê a responsabilização por perdas e danos de quem abusou do direito de demandar o pedido de falência; O art. 160, I, do CC prevê por interpretação a contrario sensu o exercício irregular de um direito reconhecido (esse, por sua vez, será detidamente analisado no curso do trabalho) (Levada, 1991 p. 46).

⁵² (Pereira, 2013, p. 564).

⁵³ Como bem apontado pelo mestre Pontes de Miranda, “A regra jurídica que, a contrario sensu, se extrai do art. 160, I, 2ª parte (exercício regular), incide sobre o suporte fático (exercício irregular de direito), produzindo ato ilícito absoluto. Tal regra jurídica estabelece ‘limitação do exercício’: a lei põe limite ao exercício; entre o exercício e o ato fora do exercício contrário a direito, põe o exercício irregular, que é exercício, mas, em virtude da existência de

Eis a redação do art. 160, e seu inciso I, do Código Civil de 1916, abrigado entre as disposições da Parte Geral referente aos Atos Ilícitos: “Art. 160. Não constituem atos ilícitos: I. Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.”

Clóvis Bevilacqua, autor do projeto resultante no Código de 1916, professor de Direito Comparado e com fortes pendores à Sociologia, adotou essa fórmula, centrada na noção de *regularidade do exercício*, como regra de condenação ao abuso do direito, “a *contrario sensu*, o praticado em exercício não regular de um direito é ilícito. Eis ahi a condenação do abuso de direito.” Justifica o autor do Código a inserção dessa fórmula, pois o art. 160, I, alegando que o dispositivo consagraria a socialização do direito,⁵⁴ que deve ser exercido dentro de certos limites éticos, seguindo uma “linha média” entre o maior desenvolvimento e acentuação de seus intuitos éticos e a redução dos seus elementos egoísticos. De acordo com o projetista, a função do direito é manter em equilíbrio esses elementos sociais colidentes. Quando se exagera no exercício do direito, desvirtua-se a função do direito, o que se impõe evitar. Para tanto, Clóvis Bevilacqua expressamente refere, em seus Comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, ter seguido a esteira da doutrina de Saleilles, o qual, para ele, “acha que o abuso do direito está no seu uso anormal.”⁵⁵

Ainda, em sequência à Revolução de 1930, foram adotados novos rumos políticos dos quais derivou uma enxurrada de leis especiais, como o

outro direito, contrário a direito. O exercício irregular não é o ato que finge ser exercício, e não no é, nem o ato que se situa além (fora) do exercício; é o ato de exercício, (Miranda, 1970)mas irregular. “É bem de ver que, falando em exercício normal de um direito, exercício regular de um direito, o nosso Código pressupõe a existência de um exercício anormal, de um exercício irregular, em summa, do abuso no exercício de um direito, embora não empregue esta expressão (Americano, 1932, p. 19).

⁵⁴ Não se trata, contudo, de uma “ditadura” da socialização, como explica Miguel Reale: “Não é sem motivos que reitero esses dois princípios [da socialidade e da concreção], essencialmente complementares, pois o grande risco da tão reclamada socialização do Direito consiste na perda dos valores particulares dos indivíduos e dos grupos; e o risco não menor da concretude jurídica reside na abstração e olvido de características transpessoais ou comuns aos atos humanos, sendo indispensável, ao contrário, que o individual ou o concreto se balance e se dinamize com o serial ou o coletivo, numa unidade superior de sentido ético” (Reale, 1999, p. 59).

⁵⁵ (Bevilacqua, 1976, pp. 431-433).

anteprojeto de Código de Obrigações de 1941 que expurgou a intenção emulativa da regra do abuso.⁵⁶

Foi aí que os Tribunais passaram a examinar com mais frequência a hipótese de abuso, especialmente relacionado à matéria locatícia⁵⁷ em meados do século XX.⁵⁸ Uma das hipóteses mais comuns enfrentadas por nossos tribunais era a reiterada purgação da mora pelo inquilino,⁵⁹ que passou a ser considerada abusiva pela jurisprudência, até ser limitada pela própria lei do inquilinato.

Apenas no período de 1950 a 1970 surgem elementos de concretização do abuso do direito como decorrente do exercício anormal ou irregular de um direito, insinuando alguma consideração à finalidade econômica ou social do direito como baliza da licitude,⁶⁰ expandindo-se horizontalmente do Direito Civil,

⁵⁶ Judith Martins-Costa, *in verbis*: “O anteprojeto considerava obrigado a reparar o dano quem o causasse por exceder, no exercício do direito, os limites do interesse por este protegido ou os decorrentes da boa-fé, independentemente de intenção emulativa (art. 156). O mesmo direcionamento foi mantido no Projeto de Código de Obrigações de 1965.” (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 61) Nota de Rodapé 17.

⁵⁷ Judith Martins Costa, *in verbis*: “Esse setor jurídico econômico – o da locação de prédios, residenciais e comerciais – não figura por acaso no marco do tratamento do abuso como exercício irregular de um direito. Não só porque, como anotou ainda Pontes de Miranda “no direito relativo à locação, os tempos exerceram a função de criação, de correlação e de revelação”, mas, fundamentalmente, porque as leis locatícias – que estampam, em nosso cenário, os primórdios da “descodificação civil – revelam os males da aliança (infelizmente não rara) entre a incapacidade técnico-econômica dos governantes e a deficiente cultura jurídica dos legisladores, bem como a inanidade do ataque jurídico em matéria social quando desacompanhado do correspondente ataque ético e econômico.” (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 61).

⁵⁸ A primeira decisão indexada eletronicamente sob o verbete abuso do direito, no STF, é RE 14090.

⁵⁹ O Código Civil de 1916, enucleado no liberalismo econômico característico da época e na subsunção da igualdade real à igualdade formal, pouco interferia na formação e no conteúdo dos contratos locatícios. Porém, menos de cinco anos após sua entrada em vigor, já nos primórdios da urbanização brasileira, com a conseqüente passagem do campo às cidades que detonou a crise do setor habitacional, passa o Estado a intervir num movimento de idas e vindas legislativas, marcado pela esquizofrenia entre leis “protetivas” e leis “liberais.” Então foi traçado, no plano jurisprudencial, um quadro peculiar, fortemente focado em casos de emenda da mora como nota das situações de exercício irregular de liberdades, poderes, posições contratuais e direitos subjetivos na relação locatícia. E, tal qual os legisladores, também a jurisprudência era bipolar, ora reconhecendo que a emenda da mora podia ser abusiva quando reiterada⁵⁹, ora escudando-se na letra da lei para permitir ao locatário a *emendatio morae* – isto é, a purga da mora, na ação de despejo por falta de pagamento, possibilitando evitar a resolução do contrato locatício – em situações efetivamente abusivas por sua habitualidade e reiteração”⁵⁹ (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, pp. 61-62).

⁶⁰ Judith Martins-Costa lista decisão de 1956 do Supremo Tribunal Federal “que rejeitou, por abusiva, a purga da mora, uma vez que “a oportunidade que a lei do inquilinato em favor do locatário [deve atender] a uma premência econômica que deve ser rigorosamente justificada, sem abrir ensejo a um privilégio odioso, em detrimento de legítimo interesse do locador em

Processual e Societário para o Direito do Trabalho,⁶¹ o Direito Administrativo⁶² e o Direito Penal.⁶³

O RE nº 39.322, por sua vez, “entendeu correto o reconhecimento da *exceptio doli*⁶⁴ para paralisar a cobrança executiva de dívida comum efetivada por meio de execução judicial, em função de aval obtido irregularmente.”⁶⁵

“Porém, o certo é que, conquanto as idas e vindas, maiores eram os retrocessos que os avanços no tocante aos elementos integrantes da *fattispecie*, exigindo-se habitualmente culpa grave ou dolo.”⁶⁶

Porém, como apontado por Judith Martins-Costa, nem a expressa indicação do próprio codificador, nem a defesa de Pedro Baptista Martins,⁶⁷ acerca da base objetiva da regra que condena o abuso do direito, nem as leis editadas na década 30, foram suficientes para que o abuso do direito se desenvolvesse plenamente.⁶⁸

O exame dos arestos pelo Supremo Tribunal Federal mostrou-se ser base formadora de uma pré-compreensão individualista e subjetiva, enredando a jurisprudência em uma vocação ao atraso, criando uma concepção tradicional de indistinção entre ilicitude civil e culpa, abuso, dano patrimonial e responsabilidade civil subjetiva.⁶⁹ A jurisprudência rejeitava a concepção objetiva do abuso do direito estampada no art. 160, I., exigindo a intenção

auferir sua renda dentro do prazo contratual.” (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 63).

⁶¹ V.g.: STF, AI 29349/GB.

⁶² V.g.: STF, RMS 16623/MG.

⁶³ (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 64).

⁶⁴ Segundo Alexandre Guerra, “A *exceptio doli* é igualmente uma expressão do princípio da boa-fé e como tal pode render ensejo à manifestação do abuso do direito”, e a conceitua: “É uma exceção em sentido material. O dolo é verificado no momento da discussão sobre o exercício de um direito subjetivo e não propriamente quando da formação do negócio, o que, se assim fosse, geraria uma ilicitude comum. É um meio de defesa daquele que se vê compelido a cumprir uma obrigação não conferida pela ordem jurídica, ainda que supostamente baseada em uma norma genérica, desde que tal cumprimento se apresente como contrário aos padrões da boa-fé.” (Guerra, 2011).

⁶⁵ (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, pp. 63-64).

⁶⁶ (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 65).

⁶⁷ Analisando profundamente, na primeira monografia nacional sobre o assunto, Pedro Baptista Martins demonstra que: “A teoria do abuso do direito pode ser construída e considerada como categoria autônoma. Ela tem, inquestionavelmente, certas afinidades com a teoria da culpa, com a qual, todavia, não se confunde, pois que entre os caracteres de diferenciação destacam-se o seu acentuado cunho objetivista e, principalmente, a circunstancia de serem noções incoadunáveis a de culpa e a de exercício de um direito.” (Martins, 1997, p. 168).

⁶⁸ (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 60).

⁶⁹ (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 74).

emulativa, “malícia e culpa”, como elementos integrantes do abuso do direito,⁷⁰ ou seja, a doutrina brasileira não tinha se destacado da doutrina medieval da *aemulatio*.

Apenas na virada para o século XXI a jurisprudência passou a caminhar no sentido da objetivação do abuso, com decisões fundamentadas nos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade à rejeição ao abuso,⁷¹ embora fosse reconhecido por alguns autores a aplicação plena da teoria do abuso do direito de maneira objetiva, seja com base no art. 5º da LICC,⁷² seja com base na interpretação a *contrario sensu* do art. 160, I.⁷³

⁷⁰ Pedro Baptista Martins cita excerto da Revista do Superior Tribunal, vol. X, p. 245, no qual consta que “a Corte de Apelação do Distrito Federal sustentou, em acórdão de 26 de agosto de 1916, que, na expressão exercício irregular de um direito, não se deve compreender a ‘consciência do prejuízo ou a intenção de prejudicar, mas o fim exclusivo de prejudicar, apreciado objetivamente, segundo os resultados naturais, legítimos e previsíveis do ato’.” Apesar dessa decisão que cede ao critério finalístico, o jurista explica que, para a época, essa tímida concessão foi um descuido da jurisprudência, pois “a própria terceira Câmara da Corte de Apelação encarregou-se, mais tarde, de neutralizar o objetivismo da lei civil em linguagem desabusada e franca: ‘O abuso do direito, incompreensível reunião de palavras antagônicas, por que o abuso começa quando o direito cessa, não existe na espécie. Para que se verifique tal abuso, é preciso que fique provada a má-fé do agente, a sua exclusiva intenção de causar prejuízo a outrem. Sem dolo ou culpa, em qualquer de seus graus, ninguém fica obrigado a reparar danos” (Martins, 1997, pp. 102-103).

⁷¹ *In verbis*: “seja em razão das grandes mudanças legislativas ocorridas desde 1988 (data da vigência da Constituição Federal) e em especial nos anos 90 (quando se aprofunda o processo de descodificação civil, principalmente pela edição do Código de Defesa do Consumidor e sua noção objetiva de abusividade contratual fundada no “significativo desequilíbrio” em detrimento do consumidor); seja, enfim, por força da criação e do papel desempenhados desde então pelo Superior Tribunal de Justiça, o fato é que começam a pipocar arestos a invocar o abuso prescindindo dos elementos subjetivos sendo digno de especial nota o acolhimento jurisprudencial da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no caso de abuso da personalidade.” (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008); Sérgio Cavalieri Filho lembra, ainda, que a desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) tem por fundamento o abuso do direito, atribuindo a Rubens Requião o lançamento das bases desse instituto em célebre artigo intitulado “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica” (RT 410/11, nº 12).

⁷² Ao analisar o fenômeno da resistência ao instituto do abuso do direito, Levada teceu crítica, destacando a possibilidade da sua aplicação com base no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Para o jurista, a menção do atendimento aos fins sociais da norma configura o reconhecimento de que deve ser coibida a prática de atos que desatendam a esses mesmos fins sociais. O juiz precisa definir o ilícito praticado em face do ordenamento jurídico e não em face da lei, devendo aplicar os princípios gerais de direito principalmente definidos na LICC, que configura regras normativas a serem aplicadas na omissão da lei posta. Os princípios dão ao juiz a necessária margem de flexibilidade para interpretar a norma jurídica bem como determinar a aplicação da norma jurídica. Eis porque se podia, e se devia, coibir o exercício abusivo de um direito (Levada, 1991, pp. 48-49).

⁷³ A jurisprudência não se referia aos elementos de concreção do abuso posteriormente consagrados no Código Civil de 2002, muito embora, para Judith Martins-Costa, o art. 160, I, possibilitava a necessária sistematização do instituto ainda na época do Código de Bevilacqua: (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, pp. 66-67). Pedro Baptista Martins compartilha dessa opinião, para quem “a consagração da doutrina

A sistematização defendida por Judith Martins-Costa⁷⁴ era, segundo ela, teoricamente possibilitada, no plano do método, pela inserção da figura na Parte Geral, que daria uma “vocação generalizante” ao art. 160, I, do CC/16. Não fora efetivamente trabalhada, contudo, por ser considerado pela doutrina da época quase como um apêndice da cláusula geral de responsabilidade civil aquiliana do art. 159 do Código Civil.”⁷⁵ Assim o foi porque o art. 160 se refletia no art. 159 do CC/16, cláusula geral de responsabilidade civil aquiliana, que mescla em seu enunciado a ilicitude, a culpa e o dever de indenizar,⁷⁶ sendo relegado o primeiro a uma simples expansão da no o de culpa, cuja única eficácia era a indenizatória, uma vez que o art. 159 ensejava a constru o da ideia de ilicitude civil a partir de sua *consequência patrimonial*, que é o nascimento do dever de indenizar.⁷⁷

Para a perspectiva tradicional, a ilicitude era construída conceitualmente a partir da obriga o de indenizar por dano ao patrim nio e vista de forma amarrada   culpa, ao dano, e   consequência indenizatória, confundida pela doutrina majoritária tradicional com a culpa, com o elemento subjetivo,⁷⁸ e era

do abuso do direito  , portanto, expressa, assentando-se a fórmula numa base puramente objetiva. O destinatário de um direito subjetivo, que o exerce de maneira anormal, desnaturando-lhe os intuitos econômicos ou sociais, envolve a sua responsabilidade e sujeita-se   obriga o de reparar as consequências de seu ato abusivo. Averiguar a inten o do agente, verificar se o dano teria resultado de culpa sua,   tarefa que deve ser relegada   psicologia. O que, em consonância com o código, importa examinar   se o indivíduo, ao desencadear o seu poder jurídico, com o fim de satisfazer um interesse puramente egoístico, deixou de ter em conta os interesses antag nicos, mas hierarquizados, da coletividade, desvirtuando, por essa forma, o elemento social que, na forma o da regra jurídica, predomina sobre o elemento individual.” (Martins, 1997, pp. 95-96).

⁷⁴ Em trabalho apresentado ao Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 80).

⁷⁵   essa a reda o do art. 159 do CC/16: “Aquele que, por a o ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

⁷⁶ Cavalieri Filho destaca que “o Código Civil de 1916 era essencialmente subjetivista, pois todo seu sistema estava fundado na cláusula geral do art. 159 (culpa provada)... (Filho, 2012, p. 170).

⁷⁷ Por uma espécie de cadeia conceitual estabelecida entre culpa, ilicitude e responsabilidade civil, o art. 160, I, posto na misteriosa fórmula de Bevilacqua de forma reflexa ao art. 159 viu-se caracterizado como espécie de ilicitude, porém espécie de ilicitude reduzia   sua acep o mais subjetiva e geradora de uma única medida de eficácia, qual seja: a eficácia indenizatória, se do abuso resultasse dano patrimonial (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 68).

⁷⁸ Levada, ao dizer que a doutrina brasileira admitia o abuso de direito, destacou que o seu reconhecimento variava imensamente na forma em face das teorias objetivas e subjetivas; “6.1 Washington de Barros Monteiro e Carvalho Santos admitem o abuso de direito apenas quando haja a inten o maléfica do autor do ato danoso. Exigem a emula o para caracteriza o do ato como abusivo, filiando-se pois   teoria subjetiva; 6.2 Clóvis Bevilacqua entende que a lei

mera condição da responsabilidade civil. O exame doutrinário da ilicitude era feito a partir do nascimento do dever de indenizar, seu efeito natural, mais corriqueiro e geral. A ideia de ilicitude restava limitada às hipóteses de “ilicitude de fins”, não restando espaço para a “ilicitude no modo do exercício.”⁷⁹ Desse modo, não se reconhecia a existência de ilícitos combatidos de outras formas de tutela que não a ressarcitória, como a tutela de remoção do ilícito e tutelas específicas.

Na época do Código de Bevilacqua, não se trabalhava, nem na doutrina nem na jurisprudência, a distinção conceitual e funcional entre ilicitude civil e culpa. Nas vésperas da vigência do Código Civil de 2002, de acordo com Judith Martins-Costa, para a doutrina majoritária civilista, abuso, culpa, dano patrimonial e responsabilidade civil subjetiva pareciam ainda ser institutos indissociáveis, sendo a figura do abuso do direito uma “figura tímida, ainda subjetivada e fundamentalmente assistemática.”⁸⁰

Essa questão só seria dirimida com o advento do projeto do Código Civil de 2002.

Miguel Reale, supervisor da comissão elaboradora do Código Civil de 2002, afirma que o diploma legal consagra os princípios da socialidade e da eticidade e da operabilidade. Sobre o sentido social presente no Código Civil,

brasileira acolheu a doutrina de Saleilles, do abuso de direito como exercício anormal de um direito, não se indagando, pois, do elemento subjetivo. Filia-se a teoria objetiva e cita o reconhecimento do abuso na lei civil, nos arts. 160, I, e 100 do CC; 6.3 Everardo da Cunha Luna, em sua monografia sobre a matéria, só admite o abuso de direito quando derivado de culpa ou dolo. Embora seja mais flexível do que aqueles que exigem sempre a intenção dolosa, não se filia também à teoria objetiva de conteúdo social e econômico; 6.4 Pedro Baptista Martins, igualmente em monografia sobre a matéria, demonstra tendência em aceitar o critério econômico de Bréthe, filiando-se pois à teoria objetiva, posto que abusivo todo ato que contrarie os fins econômicos e sociais do direito; 6.5 para Adroaldo Leão, e conforme a definição de Josserand, abuso de direito é a relação de contrariedade entre a conduta do homem e o fim pretendido pela ordem jurídica; filia-se à teoria objetiva; 6.6. Também Sílvio Rodrigues filia-se à teoria objetiva, em aceitação ao critério finalista defendido por Josserand, argumentando que a lei brasileira admitiu o abuso de direito no art. 5º da LICC; 6.7 Haroldo Valladão, embora condene o abuso de direito, defende que seu reconhecimento atual é de lege ferenda, pois não o reconhece no inc. I do art. 160 do CC e não, analisa o cabimento em face do art. 5º da LICC; propõe mudanças para que seja coibido o exercício anti-social, egoísta ou excessivo do direito; 6.8 por fim, o mestre Carlos Alberto Bittar, após frisar tratar-se de matéria muito discutida entre nós, filia-se a teoria objetiva, segundo o critério finalista, defendendo a configuração do abuso pelo excesso, no exercício de direito, aos limites impostos pelos fins econômicos ou sociais, pela boa-fé ou pelos bons costumes, consoante a redação do art. 185 do projeto de código civil. afirma a aplicação da teoria jurisprudencialmente, em que pese a dissensão doutrinária existente.” (Levada, 1991 p. 47).

⁷⁹ (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 68).

⁸⁰ (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 67).

este surge em contraste com o sentido individualista que condicionou o diploma anterior, “fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana”, revendo os direitos e deveres “dos cinco principais personagens do direito privado tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador.” Sobre o princípio da eticidade, este veio combater reconhecer a eticidade no ordenamento, em detrimento da “plenitude hermética” do direito positivo, bem como o excessivo rigorismo formal, “no sentido de que tudo se deve resolver mediante preceitos normativos expressos, sendo pouquíssimas as referências [no Código Civil de 1916] à equidade, à boa-fé, à justa causa e demais critérios éticos.” [grifos meus], abandonando “o formalismo técnico-jurídico próprio do individualismo da metade deste século, para assumir um sentido mais aberto e compreensivo.” Sobre o princípio da operabilidade, este leva a ser redigidas normas jurídicas “abertas, e não normas cerradas, para que a atividade social mesma, na sua evolução, venha a alterar-lhe o conteúdo através daquilo que denomino ‘estrutura hermenêutica.’”⁸¹

E são exatamente esses três princípios, eticidade, socialidade e operabilidade, que encontramos na gênese do art. 187, que, ao introduzir normativamente a teoria do abuso do direito no ordenamento brasileiro, não deixa dúvidas de que a teoria tem seu desenvolvimento relacionado com o amadurecimento das relações sociais, com as contribuições doutrinárias e jurisprudenciais ao longo das décadas seguintes à vigência do Código de Bevilacqua.

Muito famosa é a frase de Ruy Rosado, para quem a cláusula do art. 187 “talvez seja, do ponto de vista do Direito Obrigacional, a cláusula mais rica do Projeto. Reúne, em um único dispositivo, os quatro princípios éticos que presidem o sistema: o abuso de direito, o fim social, a boa-fé e os bons costumes. Bastaria acrescentar a ordem pública para tê-los todos à vista.”⁸²

Ainda que os anteprojetos dos Códigos de Obrigações de 1941 e 1965 tenham inserido regras pelas quais a obrigação de reparar o dano poderia provir do ato que excedesse no exercício do direito os limites do interesse protegidos ou decorrentes da boa-fé, independente de qualquer intenção

⁸¹ (Reale, 1999, pp. 7-11).

⁸² (Júnior, 2000, p. 23).

emulativa,⁸³ é consenso na doutrina brasileira que a fonte imediata do art.187, em verdade, foi o art. 334 do Código Civil Português, do qual reproduziu seu texto quase fielmente.

No ordenamento português, o abuso do direito é um ato é ilegítimo quando exercido em excesso do direito subjetivo, ultrapassando os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico. A regra portuguesa apresenta o seguinte teor: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.”⁸⁴ Na estrutura do Código português, a regra está albergada no capítulo referente ao Exercício de Direito, e não de Atos Ilícitos, sob o título “Abuso de Direito.” É evidente, diante disso, que o Código Civil brasileiro, ao dispor sobre abuso de direito, buscou a sua fonte no art. 334 do Código Civil português.

A norma portuguesa, a seu turno, teve como inspiração o art. 281 do Código Civil grego, que assim dispõe: “O exercício é proibido quando exceda manifestamente os limites postos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo escopo social ou econômico do direito.” Segundo Judith Martins Costa, o codificador grego não inventou, mas aproveitou e combinou manifestações legislativas e doutrinárias de outros sistemas: da codificação suíça⁸⁵ e alemã,⁸⁶

⁸³ (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 76).

⁸⁴ Esse texto entra em completa oposição à corrente portuguesa anterior ao Código Civil português de 1966. No direito anterior, por força do seu art. 13º, compreendia-se que no exercício dos seus direitos, a pessoa só tem as limitações que são impostas por lei. Desde que proceda em harmonia com esta e dentro dos limites do direito, não responde pelos prejuízos que causar. Tal norma é inspirada no conceito de direito subjetivo formulado no art. 2º, qual seja, o direito representa a liberdade garantida pela lei, na mesma esteira da primazia dos direitos absolutos consagrados pós Revolução Francesa. Se a lei não proíbe determinado fato, se reconhece a faculdade de o praticar. O direito português anterior ao seu Código Civil de 1966 não proibia os atos emulativos. Diante disso, Moreira Alves se refere à tendência existente à época de regular de um modo geral o exercício dos direitos, pra que não se garanta o exercício do direito quando ele tem apenas a intenção de causar um dano, sem interesse legítimo, defendendo que a teoria do abuso do direito devia ser sancionada. (Moreira, 1911).

⁸⁵ “O Código Civil suíço promulgado em 1907 [...] dispõe em seu art. 2º que “todos têm, no exercício de seus direitos e na execução das suas obrigações, de agir de acordo com a boa-fé. O abuso evidente de um direito não encontra proteção legal. Diz, ainda, em seu art. 28º, que a sanção do abuso, e, aliás, de um modo geral do delito, deva ser concedida em espécie. Assim, o abuso do direito rende ensejo não apenas à reparação pecuniária do prejuízo, como também à própria supressão do ato abusivo. A alínea 2ª do art. 41º do Código Civil Suíço preconiza que deve ser compelido a reparar o dano aquele que o causa intencionalmente a outrem por fatos contrários aos bons costumes, regra entendida como a necessidade de se aplicar a teoria do abuso aos casos em que não houver violação de direito subjetivos ou de normas legais, mas se produzam danos que o sentimento jurídico não pode permitir que fiquem sem sanção.” (Guerra, 2011, p. 83).

retirou a referência aos bons costumes e boa-fé; do art. 71 projeto das obrigações franco-italiana retirou a referência ao fim social e econômico do direito.

O código grego, portanto, acolheu fórmula respeitante ao abuso do direito,⁸⁷ que acabou transplantada ao código civil brasileiro, mas que não se exaure na aplicação deste instituto.

Eis que, diante dessa tradição diferente de fontes, para Judith Martins-Costa, a fórmula do art. 187 significa uma ruptura relativa à tradição seguida em nossa doutrina da concepção francesa do abuso do direito. É certo que a concepção francesa do abuso do direito delineou a forma de compreensão do art. 160 do CC/16. Contudo, segundo a doutrinadora, o CC/02 adotou a concepção germânica, estranha à concepção francesa do abuso do direito.

Já para grande parte da doutrina,⁸⁸ o art. 187 do CC/02 se encaixa à teoria objetiva de Josserand, e seu critério finalista de considerar teleologicamente o direito, ou seja, de relativizá-lo em face das exigências sociais e da moral, considerando como ilícito o ato que exceda os limites que o circunscrevem, assim, classificando como ilícito o ato abusivo.

Com o CC/02, desapareceu a intenção de causar dano, elemento que até então norteava a jurisprudência para o reconhecimento da presença do

⁸⁶ O BGB dispôs, no § 226º, que “o exercício de um direito é inadmissível se tiver unicamente a finalidade de causar dano a outrem.” Já seu § 826 dispôs que “aquele que dolosamente cause um prejuízo a outrem de forma que atente contra os bons costumes, está obrigado a indenizar o dano. Contudo, o primeiro “não serviu com fundamento legal para se inibir a prática de atos atentatórios à boa-fé, pelo fato de o dispositivo legal exigir expressamente a finalidade precípua de causar danos a outrem [...], constata-se a limitada visão do instituto, uma vez que se coíbem apenas os denominados atos emulativos.” No segundo, por sua vez, “[...] o direito alemão reprime o ato intencional que venha a atentar contra os bons costumes e a causar danos para outra pessoa e que a doutrina e a jurisprudência alemãs veem nesse dispositivo uma limitação geral ao exercício de direitos [...]” (Guerra, 2011, p. 79).

⁸⁷ O Código Civil grego contempla expressamente o problema dos atos jurídicos contrários aos bons costumes em duas disposições: no art. 176º, cominando expressamente a nulidade para o ato jurídico contrários aos bons costumes; e no art. 179º, segundo o qual é nulo, porque contrários aos bons costumes, o ato jurídico que restringe em excesso a liberdade da pessoa, ou o ato pelo qual, explorando-se a necessidade, a leviandade ou a inexperiência da outra parte, se estipula ou se recebe em proveito próprio ou de terceiro, em troca de uma prestação, benefícios patrimoniais que segundo as circunstâncias estão em manifesta desproporção com dita prestação. Consideram os tribunais gregos como atos contrários aos bons costumes todos aqueles que não reúnam o mínimo de condições exigidas pela moral praticada nos quadros da sociedade contemporânea, do estatuto legal e do regime social estabelecido.” (Guerra, 2011, pp. 87-86).

⁸⁸ (Coelho, 2012, p. 328) (Levada, 1991, p. 48)

abuso do direito. O código prescinde do elemento subjetivo, contentando-se com a culpa social que está no comportamento excessivo.

O diploma legal, por meio do art. 187, rompeu com o modelo da concepção tradicional de indistinção entre ilicitude civil e culpa, abuso, dano patrimonial e responsabilidade civil subjetiva, que permeava a perspectiva tradicional sobre o instituto, pois, estruturalmente, o art. 187 não reproduz o art. 160, I. A estrutura do Código Civil de 2002 mostra que a obrigação de indenizar ganhou autonomia e abriu caminho para a reconstrução do conceito de ilicitude, que passou a abranger a ilicitude derivada do exercício jurídico de que não resulte consequência indenizatória, mas outras formas de tutela, como as “tutelas de remoção do ilícito.”⁸⁹

Sérgio Cavalieri Filho, ao diferenciar o ato ilícito descrito no art. 186 do ato ilícito descrito no art. 187, aponta que apenas aquele faz alusão ao dano, ou seja, a ilicitude configurada do abuso do direito pode ocorrer sem que o comportamento do agente cause dano a outrem. Destaca, contudo, que “nem por isso essa ilicitude será desprovida de sanção. O ordenamento jurídico muitas vezes admite sanções distintas da obrigação de indenizar. Ora a sanção será a nulidade do ato, ora a perda de um direito processual ou material, e assim por diante.”⁹⁰

A interpretação do art. 187 deve, assim, se afastar dos requisitos do art. 186, por ser irrelevante a intenção da do agente diante dos fundamentos para

⁸⁹ [...] não mais confundindo ou subsumindo a ilicitude na responsabilidade civil, mas adequadamente distinguindo entre o ilícito culposo (delito civil) e o ilícito não culposo, nem precisaremos afastar, arbitrariamente, a qualificação feita pelo próprio Código que arruma o art. 187 no Título denominado ‘Dos Atos Ilícitos’; nem precisamos pensar que para os efeitos da tutela conferida seja “indispensável” a ocorrência de um evento danoso que tenha sido causado por culpa (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, pp. 74-75). Ainda, conforme Judith Martins-Costa, *in verbis*: “comparativamente ao art. 159 do Código de 1916, (i) o art. 186 do Código de 2006 não reproduz a sua verba final (“fica obrigado a reparar o dano”) e (ii) a obrigação de indenizar ganhou autonomia, sendo tratada em um Título próprio (arts. 927 e ss.), distinto, na geografia do Código, do tratamento da ilicitude. Ao operar a separação estrutural entre ilicitude e dever de indenizar, não aludindo diretamente nem ao elemento subjetivo (culpa), nem ao dano, nem à responsabilidade civil, o Código Civil determinou uma nova metodologia para o tratamento da ilicitude, seja ao abrir ensejo à sua maior inserção no campo do direito de personalidade, possibilitando visualizar novas formas de tutela, para além da obrigação de indenizar (por exemplo, tutelas e garantias previstas em outros estatutos normativos, como a Constituição, o Código de Processo Civil, formas penais ou mesmo, se for o caso, regulamentos administrativos); e à compreensão de que pode haver ilicitude sem dano e dano reparável sem ilicitude” (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 74) NR 61.

⁹⁰ (Filho, 2012, p. 174).

coibir o abuso do direito – a ética e a socialidade. Presente o abuso, está presente a antijuridicidade⁹¹.

Com a nova visão consagrada no Código Civil de 2002, focada na socialidade, na eticidade, e na operabilidade, enfim a teoria do abuso do direito atingiu a noção de direito subjetivo, e já que nenhum direito pode ser levado às últimas consequências, deve-se delimitar seu exercício, o que foi realizado com o art. 187, que inseriu, dessa vez, por meio de regra expressa, o abuso do direito no ordenamento brasileiro. O legislador ordinário, ao regular o exercício dos direitos individuais, reconheceu que os limites materiais estão condicionados aos interesses coletivos.

⁹¹ (Ribeiro, 2013, p. 409).

3. O ART. 187 E O ABUSO DO DIREITO NO DIREITO CIVIL MATERIAL BRASILEIRO

3.1 O CONCEITO DO ABUSO DO DIREITO

Uma vez que se entenda que o art. 187 impõe limites ao exercício do direito, e que o exercício do direito sem a observância à esses limites se refere à noção de abuso de direito, condenando o exercício abusivo de qualquer direito subjetivo, conclui-se que o referido dispositivo imputa ao ato abusivo a natureza de ilícito. O exercício do direito subjetivo pode causar dano a outrem. Essa é a premissa fundadora da teoria do abuso do direito, que indica, no direito brasileiro vigente, forma de ilicitude civil objetiva a que se segue habitualmente eficácia indenizatória.

São diversificados, ainda que semelhantes na essência, os conceitos dados pela doutrina hodierna ao abuso do direito contido no art. 187. Passamos à análise dos conceitos atribuídos.

Ao conceituar o abuso do direito, Sérgio Cavalieri Filho alega que o exercício do direito se transforma em ato ilícito quando se caracteriza anormal, ou seja, quando, ultrapassa os limites estabelecidos pela lei: a ética, a boa-fé, a finalidade social ou econômica do direito, ainda que a conduta esteja em harmonia com a letra da lei, sendo formalmente legal. “O ato será normal ou abusivo seguindo ou não um motivo legítimo; se tiver ou não por finalidade a satisfação de um interesse sério e legítimo; se servir ou não para causar dano a outrem, e sem proveito próprio.” Assim, o abuso do direito impediria que o titular do direito utilizasse-o como forma de opressão, dando finalidade distinta ao que o direito se destina.⁹² Para o autor, não resta dúvidas quanto a natureza de ato ilícito por força do art. 187: “a lei diz que o é, embora com características próprias e conteúdo especial.”⁹³

⁹² (Filho, 2012, pp. 172-174).

⁹³ Cavalieri Filho respalda sua posição citando Antunes Varela, que disse que “Embora observando a estrutura formal do poder que a lei lhe confere, excede os limites que lhe cumpre observar, em função dos interesses que legitimam a concessão desse poder. Há uma ‘contradição entre o modo ou o fim com que o titular exerce o direito e o interesse a que o poder nele consubstanciado se encontra adstrito.” (Varela, Antunes *apud* Filho, 2012 p. 174).

Flávio Tartuce conceitua o abuso de direito como “um ato lícito pelo conteúdo, ilícito pelas consequências, tendo natureza jurídica mista – entre o ato jurídico e o ato ilícito – situando-se no mundo dos fatos jurídicos em sentido amplo.” A ilicitude do abuso de direito está presente na forma de execução do ato. Conclui que a diferença em relação ao ato ilícito tido como puro [descrito no art. 186 do CC/02] reside no fato de que o último é ilícito no todo, quanto ao conteúdo e quanto às consequências. Para Tartuce, a definição de abuso de direito está baseada em quatro conceitos legais indeterminados, cláusulas gerais que devem ser preenchidas pelo juiz caso a caso: o fim social, o fim econômico, a boa-fé, os bons costumes.⁹⁴

Para Sílvio Venosa, juridicamente, abuso de direito pode ser entendido como o fato de se usar de um poder, de uma faculdade, de um direito ou mesmo de uma coisa, além do que razoavelmente o Direito e a Sociedade permitem, sendo essa a noção de excesso: o aproveitamento de uma situação contra pessoa ou coisa, de maneira geral. Embora o ato aparentemente é legítimo, ao ser levado a efeito de maneira irregular, esconde-se uma ilegalidade, ocasionando resultado tido como ilícito. O titular de prerrogativa jurídica, de direito subjetivo, que atua de modo tal que sua conduta contraria a boa-fé, a moral, os bons costumes, os fins econômicos e sociais da norma, incorre no ato abusivo. Nessa situação, o ato é contrário ao direito e ocasiona responsabilidade do agente pelos danos causados.⁹⁵

Para Maria Helena Diniz, “o ato abusivo é uma conduta lícita, mas desconforme, ora à finalidade socioeconômica pretendida pela norma ao prescrever uma situação ou um direito ora ao princípio da boa-fé objetiva [...]”⁹⁶

Para Carlos Roberto Gonçalves, o abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro dos limites da lei, deixa de considerar a finalidade social de seu direito subjetivo e o exorbita, ao exercê-lo, causando prejuízo a outrem. Embora não haja, em geral, violação aos limites objetivos da lei, o agente desvia-se dos fins sociais a que esta se destina.⁹⁷

⁹⁴ (Tartuce, 2012, p. 315).

⁹⁵ (Venosa, 2013, pp. 564-565).

⁹⁶ (Diniz, Código Civil Anotado, 2009, p. 208).

⁹⁷ (Gonçalves, 2011, p. 508).

3.2 A TEORIA OBJETIVA

Durante muito tempo, a necessidade do *animus nocendi*, de prejudicar, foi a dúvida maior relacionada ao abuso do direito, principalmente pela insistência jurisprudencial em exigir a culpa no reconhecimento do abuso do direito, na época do Código Civil de 1916, que por muito tempo irradiou reflexos.

Trata-se da adoção da teoria subjetiva, tradicional, para a qual haverá abuso do direito quando o ato, embora amparado pela lei, for praticado deliberadamente com o interesse de prejudicar alguém. Para a visão subjetiva, não constitui ato ilícito o praticado no exercício normal de um direito, sendo improcedente qualquer pedido de indenização se não for demonstrada a intenção manifesta de causar danos a outrem. A teoria subjetiva, como se vê, severamente obstaculiza a aplicação da teoria do abuso do direito. Essa é a fórmula originária do abuso do direito, derivada do direito romano e na doutrina dos atos emulativos. Consistia na exclusiva intenção de prejudicar, caracterizada pelo domínio psicológico.⁹⁸

Contudo, hoje, parte majoritária da doutrina defende que a contrariedade ao direito do exercício de um direito não precisa ser culposa, bastando que seja imputável segundo a ordem jurídica.

São critérios normativos que informam a ligação entre a ação ou omissão e a sua consequência. O critério normativo informador da imputabilidade mais corriqueiro é, sim, a culpa, mas este não é o único critério informativo, havendo outros como, por exemplo, critério da confiança e critério do risco. A existência de outros critérios tem como consequência uma complexa dimensão da ilicitude, que engloba a ilicitude subjetiva e a ilicitude objetiva. A ilicitude é subjetiva quando a norma determina seja o nexo de imputação balizado pela culpa ou dolo; é objetiva quando está caracterizada pelo desvio ou pela contrariedade à norma de dever-ser imposta pelo ordenamento. Na ilicitude objetiva, não é necessário averiguar se houve ato negligente ou imprudente subjacente ao ato ou conduta.⁹⁹

⁹⁸ (Martins, 1997, p. 155).

⁹⁹ (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, pp. 70-71).

Para a teoria objetiva do abuso do direito, ele estará no simples uso anormal ou antifuncional do direito, caracterizando-se pela existência de conflito entre a finalidade própria do direito e sua atuação no caso concreto, na esteira da corrente objetivo-finalística de Josserand, e de Saleilles, que define o abuso do direito como *exercício anormal do direito* contrário à destinação econômica ou social do direito subjetivo, que, reprovado pela consciência pública ou social, excede, por consequência, o conteúdo do direito.¹⁰⁰

Da redação do art. 187, Cavalieri Filho sustenta que o Código Civil adotou a concepção objetiva em relação ao abuso do direito, não sendo necessária a consciência de se exceder os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do direito; basta que o simples agir exceda esses limites.¹⁰¹

Vários outros autores contemporâneos são adeptos da teoria objetiva do abuso do direito, como Venosa,¹⁰² Carlos Roberto Gonçalves,¹⁰³ Judith Martins-Costa,¹⁰⁴ Maria Helena Diniz¹⁰⁵, Eugênio Facchini Neto,¹⁰⁶ Rezende Ribeiro¹⁰⁷ e Paulo Nader,¹⁰⁸ entre outros, para os quais o art. 187 prescinde da noção de culpa para adotar o critério objetivo-finalístico, sendo a culpa meramente acidental para a questão, e se contentando, assim, o CC/02 com o excesso objetivamente constatável.

Conclui-se não ser necessário, pois, para o reconhecimento da teoria do abuso de direito, que o agente tenha a intenção de prejudicar terceiro,

¹⁰⁰ (Filho, 2012, p. 173).

¹⁰¹ (Filho, 2012, p. 173).

¹⁰² (Venosa, 2013 p. 569).

¹⁰³ (Gonçalves, 2011, p. 508).

¹⁰⁴ Para quem se deve afastar o exercício jurídico das trilhas subjetivistas encerradas tradicionalmente no *nomem iuris* “abuso do direito” para redirecioná-lo a uma qualificação normativamente polarizada pela conduta segundo a boa-fé, os bons costumes e o fim econômico e social no exercício dos direitos, faculdades, posições e situações jurídicas subjetivas. (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 92).

¹⁰⁵ (Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, 7. Responsabilidade Civil, 2009, p. 586).

¹⁰⁶ (Neto, 2010, p. 35).

¹⁰⁷ (Ribeiro, 2013, p. 400).

¹⁰⁸ Paulo Nader explica: “Na opinião de Orlando Gomes, situado no plano *de lege ferenda*, o conceito deve dispensar a culpa, pois do contrário a Lei neste ponto seria ineficaz. Diz o eminente civilista: ‘aceitar a doutrina subjetiva, segundo o qual o abuso de direito só se configura quando há exercício malicioso do direito, seria confiná-lo aos casos em que se pode comprovar a intenção e prejudicar a outrem. Dificilmente se obtém essa comprovação.’” E dá seu parecer: “ao dispor sobre a figura, pelo art. 187 do Código Civil de 2002, o legislador pátrio se refere à boa-fé objetiva, o que implica afirmar que a esse de Orlando Gomes prevaleceu.” (Orlando Gomes *apud* Nader, 2013 p. 486).

bastando, segundo a dicção legal, que exceda manifestamente os limites impostos pela finalidade econômica ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.¹⁰⁹

Também entende o Enunciado nº 37, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, reunido sob a coordenação de Ruy Rosado, que: “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo finalístico”, consagrando, assim, o entendimento doutrinário maior.

Vale lembrar, essa também foi a conclusão de Clóvis Bevilacqua, para quem, como referido anteriormente, em seus Comentários ao CC/16, “O exercício anormal do direito é abusivo. A consciência pública reprova o exercício do direito do indivíduo, quando contrário ao destino econômico e social do direito, em geral.”¹¹⁰ Isso reforça a ideia de que o Código de Bevilacqua continha inserido em seu bojo método adequado para o desenvolvimento de uma moderna concepção do abuso do direito, mas que, infelizmente, não foi aproveitado.

3.3 OS LIMITES DO EXERCÍCIO DO DIREITO

Resta analisar, por fim, quais são os limites ao exercício do direito subjetivo, para que se entenda como se enquadra o abuso do direito como ato ilícito.¹¹¹ No art. 187, que situa três critérios materiais, três balizas da licitude do exercício jurídico: os bons costumes, o fim econômico e social do direito, e a

¹⁰⁹ Esses esclarecimentos (a ilicitude civil como contrariedade ao ordenamento e a culpa como violação de dever jurídico que o agente podia e devia observar) visam evitar que ou tenhamos que postular a culpa para aplicar o art. 187 do Código Civil (e a culpa, efetivamente, lá não está), ou, como um malabarista retirando pombas do chapéu, inventar uma nova categoria a meio caminho da ilicitude e da licitude, recorrendo a ficções que nada mais constituem do que entorses lógicas. Assim, por exemplo, ideia segundo a qual a ilicitude adviria no desenrolar de uma ação ôntica e geneticamente lícita (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 74). NR60

¹¹⁰ (Venosa, 2013 p. 568).

¹¹¹ Tartuce: outro problema reside na sua constituição ou no seu enquadramento, que não é tão simples assim, eis que a sua existência está fundada em conceitos legais indeterminados, para os quais não existem fórmulas mágicas de definição. Pergunta-se: O que é o fim social de um instituto jurídico? Quando um direito não está enquadrado na sua finalidade econômica? O que é boa-fé objetiva? E o pior: quando a conduta de alguém está desrespeitando os bons costumes?” (Tartuce, 2012, p. 317).

boa-fé, verdadeiras condicionantes ao exercício do direito, cujos limites, quando manifestamente¹¹² excedidos, ensejam a ilicitude.

3.3.1 A Boa-fé

A boa-fé é um bem jurídico-cultural operativo, ou seja, um valor dotado de realizabilidade, e na função de baliza das situações de exercício jurídico inadmissível, é fundamento de um conjunto de princípios e regras, e sintetiza a proteção das legítimas expectativas,¹¹³ consagrando, assim, o princípio da operabilidade que norteou o desenvolvimento do projeto do Código Civil de 2002.

Ela se realiza, assim, por sua tríplice função, constante nos arts. 113, 187 e 422: a função interpretativa, como cânone para a interpretação dos negócios jurídicos (art. 113); a função de controle, como baliza para a averiguação da licitude no modo de exercício de direitos, limitando o exercício dos direitos subjetivos, vedando, por exemplo, o comportamento contraditório ou desleal (art. 187); a função integrativa, como fonte de deveres de conduta no terreno obrigacional (art. 422).

A boa-fé discernida como baliza do art. 187 exerce sua função de controle, representando um padrão ético de confiança e lealdade, garantindo as legítimas expectativas e orientando as ações pela probidade e correção no

¹¹² “Manifesto é vocábulo que, sob o prisma gramatical, guarda correspondência com clamoroso, flagrante e evidente. Para que o abuso do direito possa vir a ser reconhecido como tal, deve ser identificado ‘acentuadamente’. Partindo-se do princípio de hermenêutica de que na lei não existem palavras inúteis, a expressão legal manifestamente contida na clara redação do art. 187 do Código Civil de 2002 indica, sem sombra de dúvidas, que somente haverá abuso do direito se o excesso aos limites legais impostos for flagrante, o que revela a justa preocupação do legislador com as interpretações meramente subjetivas do julgador na apreciação do caso concreto em sua tarefa de subsunção. O adjetivo em foco serve como regra de segurança, com o fim de separar o exercício conforme o direito do exercício que não o observa, restringindo seu campo de incidência. Reside justamente em aludido vocábulo o que separa o exercício lícito do ilícito de certo direito.” (Guerra, 2011, p. 160). Sérgio Cavalieri Filho também exprime sua opinião sobre o ponto: “Ademais, a expressão “excede manifestamente” figura no texto legal exatamente para impedir o excessivo subjetivismo dos juízes. Caberá ao julgador apontar, em cada caso, os fatos que tornam evidente o abuso do direito, com o que se evitará a temida arbitrariedade, ou o cerceamento do legítimo exercício do direito.” (Filho, 2012, p. 176); E, por fim, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery: “O abuso é manifesto, ou seja, o direito é exercido de forma ostensivamente ofensiva à justiça. Para que se caracterize como ato ilícito objetivo, o abuso tem de ser manifesto, isto é, aquele que ocorre quando o direito é exercido em termos clamorosamente ofensivos à justiça.” (Nery Junior, et al., 2004 p. 256).

¹¹³ (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 82).

tráfego jurídico, bem como atuando como critério de mensuração do exercício inadmissível.¹¹⁴

É por meio da boa-fé que o abuso de direito por meio do art. 187 mantém relação com o princípio da eticidade, eis que prevê as consequências do ato ilícito para a pessoa que age em desrespeito à boa-fé.

Como baliza da ilicitude, portanto, manifesta-se a boa-fé com natureza objetiva,¹¹⁵ que se entende por um “modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade.” Eis que, para além dos casos de abuso do direito, a boa-fé é um limite geral que deve ser respeitado no exercício de todo e qualquer direito subjetivo.¹¹⁶

Para Judith Martins-Costa, a boa-fé objetiva é a baliza mais promissora pra possibilitar um controle efetivo das condutas abusivas, o mais importante dos critérios materiais de aplicação do art. 187, a mais forte baliza de licitude que o enunciado normativo contém, pois “no exercício dos direitos se deve respeitar a boa-fé”, considerada em seu papel de elemento ordenador e sancionador do exercício jurídico incompatível com a coexistência de liberdades na vida comunitária.¹¹⁷

A boa-fé trata de tutelar expectativas legítimas.¹¹⁸ Assim, a convivência harmoniosa em sociedade pressupõe a boa-fé de todos em qualquer interação. Inversamente, são condutas qualificadas pela má-fé mentir, ocultar a verdade, não explicitar intenções claramente ou buscar proveitos ilegítimos induzindo

¹¹⁴ (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 81 e 90).

¹¹⁵ Tal também é posição de Cavalieri Filho, para quem “A boa-fé a que o código se refere no art. 187 não é a subjetiva - posição psicológica, intenção pura e destituída de má fé, crença ou ignorância de uma pessoa -, mas sim a boa-fé objetiva ou normativa, assim entendida a conduta adequada, correta, leal e honesta que as pessoas devem empregar em todas as relações sociais. (Filho, 2012, p. 183).

¹¹⁶ (Filho, 2012, p. p. 177).

¹¹⁷ (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, pp. 85-87).

¹¹⁸ Judith Martins-Costa: “...o termo *legítima* aposto aos substantivos *confiança* ou *expectativa* aplica-se a todo ato, conduta, palavra ou comportamento ou omissão relativamente as quais o sujeito é considerado como estando “em bom direito”, cabendo aos juízes determinar o que é ou não conforme ao “bom direito” segundo os elementos circunstanciais e contextuais e conformemente as pautas do *id quot plerumque accidit*.” (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 83).

outros sujeitos em erro. Estas são condutas qualificadas pela má-fé, ainda que tenham aparência de regular exercício de direito.¹¹⁹

Como baliza da licitude, a boa-fé indica as possibilidades técnicas de coibição do exercício de direitos que violem a confiança legítima criada, importando em ilicitude por exercício inadmissível, ou seja, abuso, como nas situações nas quais se veda o *venire contra factum proprium*,¹²⁰ a *supressio*, a *surrectio*,¹²¹ e o *tu quoque*,¹²² apontando-se, portanto, para a função de controle ínsita na vedação do exercício irregular do direito.¹²³

Assim, considera-se violado o princípio da boa-fé sempre que o titular de um direito, ao exercê-lo, não atua com a lealdade e a confiança esperáveis.

¹¹⁹ (Coelho, 2012, p. 329).

¹²⁰ “A expressão diz respeito ao exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anteriormente assumido pelo exercente. Concerne ao exercício de dois comportamentos por uma mesma pessoa, que são lícitos entre si e diferidos no tempo, no qual o primeiro comportamento, aqui denominado *factum proprium*, é contrariado pelo segundo.” (Guerra, 2011, p. 34).

¹²¹ “A *supressio* (supressão) pode ser entendida como a situação de inércia no exercício de um direito, de modo que não mais se permite o seu exercício, por contrariar a boa-fé [...] A *supressio* refere às manifestações de abuso do direito nas quais uma posição jurídica que não tenha sido exercida em certas circunstâncias e por certo lapso temporal não mais possa vir a sê-lo se vier a contrariar a boa-fé. [...] A *surrectio* é a mesma situação da *supressio*, mas sob a ótica da contraparte. O Código Civil brasileiro de 2002 trouxe em seu art. 330 uma hipótese que poderia ser vista como *supressio* ou *surrectio*, dispositivo que prevê que o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir a renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.” (Guerra, 2011, p. 45;46 e 49).

¹²² “Compreende-se como *tu quoque* mais uma forma de abuso do direito concebida, orientada e com igual lastro na boa-fé proveniente do direito romano. Conceitualmente, a *tu quoque* corresponde à vedação do exercício de um direito subjetivo que se obteve à custa da violação da norma jurídica, expressando a ideia de que o violador da norma comete abuso do direito se quiser exercer a situação jurídica que tal norma confere. [...] A *tu quoque* é uma expressão do brocardo latino segundo o qual não se pode alegar a própria torpeza (*nemo turpitudinem suam allegans non auditur*); [...] No direito brasileiro, a concretização da *tu quoque* se dá em contratos sinalagmáticos na exceção do contrato não cumprido, a teor do art. 476 do Código Civil de 2002 [...] Em suma, o *tu quoque* exprime a ideia segundo a qual a pessoa que viola uma norma jurídica não pode, depois e sem abuso, ou prevalecer-se da situação jurídica daí decorrente, ou exercer a situação jurídica violada por ele próprio, ou exigir a outrem o acatamento da situação já violada.” (Guerra, 2011, p. 50).

¹²³ “Assim sendo, no plano eficaz a boa-fé (superposta à “confiança legítima) atuando como “baliza da licitude”, indicará as variadas possibilidades técnicas de coibição do exercício de direitos e poderes formativos (dimensão negativa) quando violadores de uma confiança legitimamente suscitada. Essa violação importará em ilicitude por exercício inadmissível (abuso), como ocorre, por exemplo, nas situações em que é vedado *venire contra factum proprium*; ou nos casos de paralisação do exercício de direito subjetivo em formas atípicas, aproximativas da preclusão ou decaimento que podem levar à supressão e à ressurreição de direitos (*supressio* e *surrectio*); e, ainda, na coibição dos casos de contraditoriedade de condutas agrupados sob a rubrica *tu quoque* para além dos casos em que a boa-fé veda a alegação de nulidades formais, quando as nulidades não atingem a substância do ato, sendo conhecidas pela contraparte, que as tolera.” (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, pp. 83-85).

3.3.2 Os Bons Costumes

Os bons costumes como baliza do art. 187 são uma “noção fortemente sociológica, de conteúdo variável, remetendo ao sentido ético imperante na comunidade social”¹²⁴ Compreende as concepções ético-jurídicas dominantes na sociedade o conjunto de regras de convivência que, num dado ambiente e em certo momento, as pessoas honestas e corretas praticam.¹²⁵ Portanto, assim como a boa-fé, os bons costumes são um limite geral que deve ser respeitado no exercício de todo e qualquer direito subjetivo.

Na V Jornada de Direito Civil foi aprovado na V Jornada de Direito Civil, promovida em 2012, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, reunido sob a coordenação de Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹²⁶, foi aprovado o seguinte enunciado doutrinário, de autoria do professor Otávio Luiz Rodrigues Júnior: “Os bons costumes previstos no art. 187 possuem natureza subjetiva, destinada ao controle da moralidade social de determinada época; e objetiva, para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela função social e pela boa-fé objetiva.”

Para Flávio Tartuce, trata-se de um instituto jurídico muito dinâmico. O que se entende por bons costumes varia de acordo com “aspectos subjetivos (de pessoa para pessoa, e daí de julgador para julgador), espaciais (de lugar para lugar) e temporais (de época para época).” Segundo o doutrinador, por se tratar de um conceito legais indeterminado “o mais difícil enquadramento será justamente aquele que tem como objeto o bom costume e o mau costume,” diante das dificuldades em se aplicar a norma de acordo com as regras da hermenêutica e da equidade.¹²⁷

Sérgio Cavalieri Filho elucida a questão do enquadramento pondo critérios objetivos para a aferição do excesso, pois para ele, o limite dos bons costumes é ultrapassado quando o titular exercer seu direito em contrariedade

¹²⁴ (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 86).

¹²⁵ (Filho, 2012, p. 185).

¹²⁶ (Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em: 09/12/2014, 16:00)

¹²⁷ (Tartuce, 2012, pp. 317-318).

à “ética dominante, atentar contra os hábitos aprovados pela sociedade, aferidos por critérios objetivos e aceitos pelo homem médio.”¹²⁸

3.3.3 O Fim Social e Econômico

O conceito de abuso de direito mantém íntima relação com o princípio da socialidade, adotado pela atual codificação, uma vez que o art. 187 do CC faz referência ao fim social do instituto jurídico violado.¹²⁹

A noção de abuso de direito se insere no conflito entre o interesse individual e o interesse coletivo. Os direitos subjetivos não são tutelados com ordem jurídica com atenção apenas aos interesses do titular. O direito deve ser usado de forma que atenda ao interesse coletivo, logo haverá ato abusivo, revestido de iliceidade, de seu titular se ele o utilizar em desacordo com sua finalidade social ou econômica. O limite ditado pela finalidade econômica ou social dos interesses do titular do direito subjetivo se encontra na compatibilização dos interesses do titular do direito subjetivo com os demais sujeitos com os quais interage e a comunidade.¹³⁰ O fim econômico¹³¹ e o fim social do direito, como balizas do art. 187, aduzem “os elementos substancial e finalístico como constitutivos do direito subjetivo, em sentido amplo.”¹³²

Numa perspectiva sistemática, os fins social e econômico se destacam no direito contratual.¹³³

A função social do direito é consagrada no Código como cláusula geral de todos os contratos segundo o art. 421 e também como limite do exercício de todo e qualquer direito subjetivo segundo o art. 187. Desse modo, o art. 187 do

¹²⁸ (Filho, 2012, p. 185).

¹²⁹ (Tartuce, 2012, p. 314).

¹³⁰ (Coelho, 2012, p. 328).

¹³¹ Entende-se por fim econômico o proveito material ou vantagem que o exercício do direito trará para o seu titular, ou a perda que suportará pelo seu não exercício. Não mais se concebe o exercício de um direito que não se destine a satisfazer um interesse sério e legítimo (Filho, 2012, p. p. 177).

¹³² (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 86).

¹³³ “Os casos mais comuns de abuso do direito na área contratual que chegam ao judiciário envolvem rescisão unilateral de contratos de representação comercial, prestação de serviços por prazo indeterminado, dispensa de empregado para evitar que complete o tempo de serviço necessário à obtenção de certos direitos, recusa de estabelecimento de ensino em conceder a documentação necessária à transferência do aluno em atraso com as mensalidades escolares.” (Filho, 2012, p. p. 177).

CC/02 pode ser aplicado ao contrato pela menção ao fim social. Sendo assim, se a parte contratual viola a sua função social, comete abuso de direito e, portanto, ato ilícito, o que faz com que o negócio jurídico possa ser nulificado, pois o seu conteúdo é ilícito, nos termos do art. 166, II, do CC/2.¹³⁴

Quanto ao fim econômico, este está na raiz do direito contratual. Tem-se que o contrato é um fenômeno econômico, antes de mais nada, servindo o direito para “dar segurança ao econômico, aparar alguns excessos e traçar determinados rumos.” Não se pode ir, portanto, contra a finalidade econômica no exercício negocial, “porque seria contrariar a própria natureza das coisas.”¹³⁵

Por fim, no sentido de enquadrar o agir como inadmissível pelo ordenamento, deve-se observar que os fins social e econômico constituem um *elemento de fato*, atinente à função econômica ou social que o negócio opera, concretamente, na ordem jurídica, devendo ser preenchido caso a caso, por isso, ao se realizar a atividade interpretativa, deve-se buscar a “materialidade dos esquemas negociais”, e não a “abstrata causa-função” do negócio para perquirir da existência de uma situação de abuso na realidade concreta em que ele é exercido.¹³⁶

3.4 A SISTEMÁTICA DO ABUSO DO DIREITO POSSIBILITADA PELO ART. 187

Em 2006, a “sistematização possibilitada pelo princípio da boa-fé objetiva” foi defendida pela jurista Judith Martins-Costa, visando uma “visão funcional e prospectiva do art. 187.” Segundo a doutrinadora, as “virtualidades” da boa-fé objetiva para a sistematização¹³⁷ dos casos de violação do exercício

¹³⁴ A função social do contrato está, portanto, no plano da validade do negócio jurídico celebrado, sendo esse um exemplo da eficácia interna do referido princípio, como reconhece o Enunciado n.º 360, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, de autoria de Flávio Tartuce: “Enunciado 360 – Art. 421: O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes.”

¹³⁵ (Filho, 2012, p. p. 177).

¹³⁶ (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 81) NR89.

¹³⁷ Segundo a jurista, a boa-fé é uma categoria sistematizadora, na medida em que há de ser composta com outras categorias dogmáticas com ela funcionalmente conectadas. Quando se passasse a se considerar o art. 187 como eixo de um sistema de ordenação do exercício jurídico, seria possível arrumar hipóteses, ainda vistas de modo disperso e desconexo à época, em grupos axiologicamente orientados aos valores encerrados no sintagma boa-fé¹³⁷. Assim, composta com o art. 187, “instituinto padrões de proibidade, correção e atenção às

jurídico segundo uma perspectiva finalista e axiologicamente orientada, poderiam eludir a nossa tradição de fragmentações.¹³⁸

A doutrinadora defendeu que o instituto do abuso do direito poderia ser subsumido no princípio da boa-fé, deixando de ter existência autônoma, mas demarcando uma zona funcional do referido princípio, e passando a estar, assim, o instituto do abuso do direito, ou ainda, do exercício inadmissível do direito, no centro do sistema da ilicitude, como elo integrante das complexas situações jurídicas subjetivas, existenciais ou patrimoniais que se situam na vida social como cenário da integração de *liberdades coexistentes*.¹³⁹ Diante dessa perspectiva de sistematização, essas são as nobres intenções da autora:

Uma vez liberados da amarração entre abuso, ilicitude subjetiva e dano, poderemos estabelecer as necessárias conexões intra e inter-sistemáticas entre o art. 187 e áreas de tipos específicos de exercício inadmissível, sistematizando-o, por exemplo, na relação contratual, na relação inter-empresária, nas relações entre acionistas de uma sociedade anônima e, no âmbito do Direito de Família, do Direito Concorrencial etc. Também poderemos conectar a previsão genérica da inadmissibilidade do exercício com tutelas específicas, para além da tutela indenizatória, e. G., o art. 461 do Código de Processo Civil referente à possibilidade de obter tutela jurisdicional específica em obrigações de fazer ou não-fazer, para assegurar consequências do reconhecimento de exercício ilícito de direitos, como, por exemplo, a imediata cessação do ato. Como já decidiu a jurisprudência portuguesa, não há “sanção específica” para as situações de abuso, pois essa “assume cores e tonalidades diferentes de harmonia com o modo funcional como o abuso se expressa; o que vale por dizer que aquele tanto se pode reconduzir a uma nulidade negocial, como a um fato gerador de uma responsabilidade civil por danos provocados, como ainda à própria neutralização do direito que se esvazia na sua eficácia típica como se não existisse.”¹⁴⁰

Hodiernamente, para parte da doutrina, o dispositivo é uma cláusula geral¹⁴¹ amplíssima, que por estar situado na parte geral, incide sobre

expectativas legítimas”, a boa-fé objetiva se mostra metodologicamente apta para: o encontro pelo intérprete, de uma solução que não está necessariamente tipificada nas categorias intrassistemáticas; a ressystematização, isto é, a ordenação racional da solução encontrada, dialeticamente transformada em abstrata e geral (aplicável à generalidade dos casos análogos) o que fora concreto e particular. (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 85).

¹³⁸ (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 58).

¹³⁹ (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 91).

¹⁴⁰ (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 75).

¹⁴¹ Cláusulas gerais, na visão de Ruy Rosado, são normas jurídicas legisladas, incorporadoras de um princípio ético orientador do juiz na solução do caso concreto. (Júnior, 2000 p. 20) Cláusulas gerais autorizam que o juiz estabeleça, de acordo com aquele princípio, a conduta

quaisquer dos setores do direito privado, tido por Judith Martins-Costa como “eixo de um sistema de ordenação do exercício jurídico lícito, (ou, inversamente, de um sistema de coibição do exercício jurídico ilícito).”¹⁴²

Também há aqueles que o classificam como uma categoria *sui generis* e autônoma de antijuridicidade, independente e desvinculada da responsabilidade civil, como Pedro Baptista Martins, Maria Helena Diniz,¹⁴³ Rezende Ribeiro,¹⁴⁴ entre outros.

O Enunciado nº 539 da V Jornada de Direito Civil, já mencionado, esclarece que “o abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano.”

Para Sérgio Cavalieri Filho, o abuso do direito foi elevado a princípio geral pelo Código Civil de 2002, podendo ocorrer em todas as áreas do direito público ou privado, abrangendo todo e qualquer *direito subjetivo* cujos limites foram excedidos pelo seu titular (pessoa natural ou jurídica).¹⁴⁵

que deveria ter sido adotada no caso. (Júnior, 2000 p. 20). Cláusulas gerais pressupõe uma técnica judicial diversa da que usamos comumente para aplicar a regra que tipifica a conduta. (Júnior, 2000 p. 20). A técnica judicial comum usada é feita mediante simples subsunção. (Júnior, 2000 p. 20). Essa técnica judicial diversa exige um trabalho judicial prévio e criador da própria regra concreta do caso. (Júnior, 2000 p. 20). O uso de cláusulas gerais significa certa indefinição quanto à solução da questão. (Júnior, 2000 p. 20). A abertura para o indefinido decorre da própria alteração da concepção filosófica. (Júnior, 2000 p. 20). O legislador admitiu, como instrumento para a regulação social, a norma legal que permite a solução do caso concreto de acordo com as suas circunstâncias. (Júnior, 2000 p. 20); Já para Sérgio Cavalieri Filho, “a cláusula geral é norma jurídica de enunciado aberto e amplo, de modo a permitir, pela abrangência da formulação, a sua aplicação a um número indeterminado de situações diferentes. Usando uma figura de linguagem, a cláusula geral é uma moldura jurídica dentro da qual caberá ao juiz pintar o quadro. A norma não contém uma solução restrita e única para as várias situações surgidas na sociedade; não descreve condutas típicas. Ela possibilita uma aplicação segundo as peculiaridades e necessidades de cada caso concreto, atribuindo ao juiz a tarefa de elaborar a regra para o caso concreto, respeitados os contornos da moldura jurídica. Dessa forma, as cláusulas gerais permitem também a atualização do Direito sem que haja a necessidade de se alterar a lei.” (Filho, 2012 p. 171)”

¹⁴² (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 88).

¹⁴³ (Diniz, Código Civil Anotado, 2009, p. 208).

¹⁴⁴ Para Rezende Ribeiro, “O abuso de direito apresenta-se como uma categoria autônoma, classificada como antijurídica, diferentemente do ato ilícito que é espécie da antijuridicidade” (Ribeiro, 2013, p. 409).

¹⁴⁵ Cavalieri Filho explica que “Tem sido alvo de perplexidades o fato de ter o Código de 2002 elevado o abuso de direito ao nível de princípio geral. Alega-se que constitui um verdadeiro perigo para a segurança das relações jurídicas deixar todos os direitos individuais subordinados ao arbítrio judicial; que a certeza do direito será posta em discussão se em linha de princípio tiver o juiz a liberdade de sindicá-lo discricionariamente o mérito das modalidades de exercício do direito subjetivo por parte do titular. A crítica, todavia, não procede, porque o código – não só neste, mas também em inúmeros outros pontos – aumentou consideravelmente os poderes do juiz. Todos os negócios jurídicos terão, agora, que ser

Nelson Nery Júnior, por sua vez, é voz dissidente. Para o autor, o abuso do direito não é cláusula geral, “porque o juiz não pode criar solução que repute adequada para o caso concreto, porque a solução já está predeterminada pela lei: declarar o ato como ilícito objetivo e dar-lhe a consequência de ato ilícito”, e por isso, também não é princípio, “porque possui concretude (a lei dá a solução).”¹⁴⁶

Para Venosa, “ocorre, porém, que o abuso de direito deve ser tratado como categoria jurídica simplesmente porque traz efeitos jurídicos. Aquele que transborda os limites aceitáveis de um direito, ocasionando prejuízo, deve indenizar.” Para ele, o abuso de direito não se situa nem deveria se situar em textos de direito positivo, por ser noção suprallegal que decorre da própria natureza das coisas e da condição humana.¹⁴⁷

Apesar das diferentes classificações doutrinárias a respeito da natureza do abuso do direito, o que é consenso, hoje, resultado do intenso trabalho doutrinário ocorrido há décadas, e na esteira da perspectiva de sistematização almejada por Judith Martins-Costa, é que o instituto do abuso de direito tem aplicação em quase todos os campos do direito,¹⁴⁸ como na relação contratual, na relação interempresarial, nas relações entre acionistas de uma sociedade anônima e, no âmbito do direito de família, do direito concorrencial, etc., seja o artigo 187 considerado cláusula geral, seja o abuso de direito considerado como categoria autônoma, ou princípio geral, uma vez que as regras constantes da parte geral do Código Civil surtem seus efeitos em cada um dos livros constantes na parte especial, respeitando-se suas especialidades. Nas palavras do codificador Miguel Reale, “Quando a parte geral, além de fixar as linhas ordenadoras do sistema, firma os princípios éticos-jurídicos essenciais,

interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (art. 113); a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (art. 421); os contratantes são obrigados a guardar, assim, na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (art. 422). Em todos esses casos – repisa-se -, e em muitos outros, a lei estabeleceu como parâmetros de decisão da causa o prudente arbítrio do juiz; os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da ponderação de valores, cada vez mais utilizados pelo Judiciário até na solução de questões constitucionais, pelo que não se pode ver exagero algum na norma do art. 187 do Código Civil.” (Filho, 2012, p. 176).

¹⁴⁶ (Nery Junior & Nery, 2004, p. 256).

¹⁴⁷ (Venosa, 2013, pp. 563-564).

¹⁴⁸ Para Sílvio Venosa, “ocorre abuso quando se atua aparentemente dentro da esfera jurídica, daí ser seu conteúdo aplicável em qualquer esfera jurídica, ainda que isso no direito público possa ter diferente rotulação”¹⁴⁸.

ela se torna instrumento indispensável e sobremaneira fecundo na tela da hermenêutica e da aplicação do Direito.”¹⁴⁹

Concordamos que o art. 187 do Código Civil encerra uma cláusula geral ampla, que dá autonomia ao instituto do abuso do direito, referindo ao direito subjetivo, instituto básico de todo direito privado, bem como às situações jurídicas e a princípios de grande importância no direito: a boa-fé, os bons costumes, os fins sociais e os fins econômicos.

3.4.1 O art. 187 como Eixo de um Sistema de Proibição do Exercício Irregular

Uma vez que se tem o art. 187 como integrante da parte geral do código civil, e como eixo de um sistema de proibição do exercício irregular, mister fazer uma análise do alcance dado hoje ao abuso do direito tido como uma categoria autônoma, que tem sua fonte no art. 187, dele irradiando, verdadeiras modalidades especializadas do abuso do direito.

De acordo com Sílvio de Venosa:

“A aplicação da teoria é relativamente recente. Contudo, não há que se localizá-la exclusivamente no campo do Direito Civil ou do direito privado propriamente dito. Hoje, com a publicização do direito privado e com o aumento avassalador dos poderes do Estado, deve a teoria servir de obstáculo aos mandos e desmandos do estado títere.”¹⁵⁰

Esse raciocínio é coroado com o enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil que concluiu que “a cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança, e aplica-se a todos os ramos do direito.”

Nos direitos reais, especialmente no direito de propriedade, surge a teoria do abuso do direito quando os direitos são exercidos com intenção de prejudicar. A propriedade plena se caracteriza pela reunião das quatro prerrogativas: usar, gozar, buscar ou reaver a coisa. As atribuições da propriedade estão previstas no caput do art. 1.288 do CC/02, que repete parcialmente o que estava previsto no art. 524 do CC/16. As prerrogativas

¹⁴⁹ (Reale, 1999, pp. 58-59).

¹⁵⁰ (Venosa, 2013, pp. 563-564).

encontram limitações na norma civil codificada, pelos direitos sociais e coletivos.¹⁵¹ “Na defesa do interesse público há restrições relacionadas com a segurança e a defesa nacional, com a economia, com a higiene e a saúde pública, com o interesse urbanístico, com a cultura nacional e o patrimônio cultural e artístico.”¹⁵² Por exemplo, constitui abuso de direito a situação em que o proprietário se excede no exercício de qualquer um dos atributos decorrentes do domínio, de forma a causar prejuízo a outrem, como ocorre, por exemplo, no caso de danos ambientais e ecológicos¹⁵³.

A concorrência desleal é um exemplo de abuso de direito que transgredir a finalidade econômica. O direito à liberdade de iniciativa e competição tem por finalidade econômica estruturar o mercado com vistas ao seu regular funcionamento. Quem exerce o direito à liberdade de iniciativa e competição praticando atos de concorrência desleal tumultua o funcionamento regular do mercado e ultrapassa os limites do direito subjetivo à livre iniciativa e competição.¹⁵⁴

O art. 153, do Código Civil considera como coação a ameaça do exercício anormal de um direito. (Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, 7. Responsabilidade Civil, 2009, pp. 586-587)

O art. 188 dispõe a *contrario sensu* que serão atos ilícitos os praticados no exercício irregular de qualquer direito. O art. 153 do CC/02 dispõe que não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, numa aplicação específica do princípio do art. 188, I.

As disposições referentes aos direitos de vizinhança são a aplicação da coibição do abuso do direito desde o Direito Romano.

Maria Helena Diniz traz a lume exemplo de hipótese de abuso do direito contida no art. 290 do CC/02: se o credor após haver cedido seu crédito, tendo ciência de que o cessionário não notificou o devedor do fato, interpela este e obtém o pagamento do débito. Ora, o código civil, no art. 290, considera cessão de crédito ineficaz em relação ao devedor enquanto a este não for notificada, logo, será requisito para a cessão a realização da notificação do

A CF consagra a função social da propriedade no art. 5º, XXIII ¹⁵¹

¹⁵² (Tartuce, 2012, pp. 327-329)

¹⁵³ (Tartuce, 2012, p. 329).

¹⁵⁴ (Coelho, 2012 p. 328)

devedor com o intuito de lhe dar conhecimento da cessão, evitando que pague ao credor primitivo. Assim sendo, o devedor não notificado, ao pagar a prestação devida ao cedente, cumpriu seu dever, exonerando-se da obrigação. O cedente, por sua vez, exerceu formalmente o seu direito de crédito perante o devedor, interpelando-o para cumprir, mas deveria restituir ao cessionário aquilo com que o injustamente se locupletou a custa dele, pois, se não o fizer, por estar de má-fé, o cessionário poderá mover ação contra ele e não contra o devedor não notificado, nos termos do art. 884 do CC/02.¹⁵⁵

São exemplos os arts. 939 e 940 que estabelecem sanções ao credor que demanda abusivamente do devedor antes do vencimento da dívida ou por dívida já paga. O art. 939 comina as sanções ao credor que cometer a irregularidade de demandar o devedor antes do vencimento da dívida. O excesso de pedido é quando o autor, movendo ação de cobrança de dívida, pede mais do que aquilo a que faz jus. O art. 940 do Código Civil aplica sanções ao credor que demandar o devedor por dívida já solvida, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido¹⁵⁶.

Maria Helena Diniz ainda inclui na “órbita” do abuso de direito os atos *emulativos* ou *ad emulationem*, constante no art. 1.228, § 2º¹⁵⁷, do CC/02, praticados dolosamente no exercício de um direito, com a firme intenção de causar dano a outrem e não de satisfazer uma necessidade ou interesse do seu titular. Por exemplo, se um proprietário constrói em sua casa uma chaminé falsa com o único objetivo de retirar luz do seu vizinho, tal qual o caso clássico examinado pela jurisprudência francesa.¹⁵⁸ Tartuce faz ressalva, explicando que “que também pode estar configurado o ato emulativo se o proprietário tiver

¹⁵⁵ (Diniz, Código Civil Anotado, 2009, p. 209).

¹⁵⁶ (Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, 7. Responsabilidade Civil, 2009, pp. 586-587).

¹⁵⁷ “[...] surge aqui uma polêmica, relacionada a uma aparente contradição entre o art. 187 do CC e o último dispositivo citado. Isso porque o art. 1.228, § 2º, do CC faz referência ao dolo, ao mencionar a intenção de prejudicar outrem. Sendo assim, o dispositivo estaria a exigir tal elemento para a caracterização do ato emulativo no exercício da propriedade, o que conduziria à responsabilidade subjetiva. Por outra via, como aqui demonstrado, o art. 187 do Código consolida a responsabilidade objetiva (sem culpa), no caso de abuso de direito.”¹⁵⁷ O enunciado 49 aprovado na I Jornada de Direito Civil elucida a questão: “49 – Art. 1.228, § 2º: a regra do art. 1.228, § 2º, do novo Código Civil interpreta-se restritivamente, em harmonia com o princípio da função social da propriedade e com o disposto no art. 187.”

¹⁵⁸ (Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, 7. Responsabilidade Civil, 2009, pp. 589-590)

vantagens com o prejuízo alheio. A previsão codificada é meramente exemplificativa [...]” não taxativa¹⁵⁹

O art. 1.277 permite que se reprima o exercício abusivo do direito de propriedade que perturbe o sossego, a segurança ou a saúde do vizinho. São conflitos relativos à perturbação do sossego alegada contra clubes de dança, boates, oficinas mecânica, terreiros de umbandismo, etc.¹⁶⁰ Esse artigo do CC/02 consigna um exemplo de abuso de direito, pois permite ao proprietário ou inquilino impedir a utilização do direito de propriedade pelo seu vizinho que lhe prejudique a segurança, o sossego ou a saúde. Produção de ruído que exceda a normalidade, ter-se-á abuso do direito.¹⁶¹

Diante do exposto, infere-se que, conforme o ordenamento, qualquer ato de excesso de poder relacionado com o direito de propriedade e que possa gerar prejuízos a outras pessoas constituirá abuso de direito, que será tratado como ato ilícito gerando, assim, o dever de ressarcir nas exatas proporções do que prevê a lei. Os atos praticados pelo proprietário, sem qualquer utilidade relevante para ele, com o escopo de danificar prédio contíguo, constituem indubitavelmente um exercício irregular do direito de propriedade.

Para Carlos Roberto Gonçalves¹⁶² e Venosa¹⁶³, também serve de fundamento para a aplicação do abuso de direito o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. A ilicitude do ato abusivo se caracteriza sempre que o titular do direito se desvia da finalidade social para a qual o direito subjetivo foi concedido. De acordo com Tartuce, o aplicador da norma, o juiz da causa, deverá ter plena consciência do aspecto social que circunda a lide, para aplicar a lei, julgando de acordo com a sua carga valorativa. Mais do que nunca, com o surgimento e o acatamento do abuso de direito como ato ilícito pela atual codificação, terá força a tese pela qual a atividade do julgador é sobretudo, ideológica.¹⁶⁴

Segundo Tartuce, o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, em alguns dos seus dispositivos, utiliza a expressão abusiva, que conduz ao

¹⁵⁹ (Tartuce, 2012, p. 330)

¹⁶⁰ (Gonçalves, 2011, p. 509).

¹⁶¹ (Diniz, Código Civil Anotado, 2009, p. 209)

¹⁶² (Gonçalves, 2011, p. 509)

¹⁶³ (Venosa, 2013, p. 568)

¹⁶⁴ (Tartuce, 2012, p. 314)

conceito do abuso do direito, que serviram de exemplo para situações futuras de órbita civil concebidas pela jurisprudência como abuso de direito. Conclui o autor que o art. 39 do referido diploma legal “pode ser utilizado como roteiro seguro, auxiliador do aplicador do direito para a concepção do abuso de direito como ato ilícito na ótica civil.”¹⁶⁵

Sérgio Cavalieri Filho aduz que o campo do direito de família, o abuso do poder familiar, tendo por finalidade proporcionar aos pais a autoridade p exigida para poderem educar e assistir aos filhos, nos oferece muitos exemplos de exercício do direito com violação da sua finalidade social. “Todas as vezes que o pai (ou mãe) usa dessa autoridade para limitar sem razão a liberdade do filho, ou para castiga-lo indevidamente, não usa, mas abusa do poder que a lei lhe confere.”¹⁶⁶

Fábio Ulhoa, por sua vez, traz como exemplo o abuso transgressor dos limites impostos por sua finalidade social a outorga de emancipação do filho feita com o objetivo de exonerar os pais de responsabilidade civil por atos dele, quando o menor se encontra sob a autoridade e em companhia dos pais, que são civilmente responsáveis pelos danos causados por ele.

No direito de trabalho, defrontamo-nos com direito de greve, que pode desviar-se da legalidade, pois não pode ser exercido senão com propósitos de beneficiar os trabalhadores.¹⁶⁷

O direito ambiental tem fundamento constitucional relacionado com a função social da propriedade¹⁶⁸, e trouxe importantíssimas limitações, que são razão relevante para a restrição dos direitos advindos da propriedade.

Outro aspecto que diz respeito à matéria ora tratada é o da responsabilidade pelo dano ecológico. As indústrias que jogam detritos nos mares, lagos e rios praticam evidente abuso de direito, causando danos, como por exemplo os ocasionados pelo despejo de substancias químicas no mar¹⁶⁹.

¹⁶⁵ (Tartuce, 2012, pp. 318-323).

¹⁶⁶ (Filho, 2012 p. 182).

¹⁶⁷ (Venosa, 2013, p. 266)

¹⁶⁸ “Para a defesa do meio ambiente, de acordo com a própria conceituação de bem ambiental, há uma superação da velha dicotomia público x privado. havendo amplas limitações decorrentes desse ramo, inclusive pela nova norma codificada, a sua proteção interessa tanto ao ente público quanto ao ente privado, uma vez que os sujeitos são indetermináveis.” (Tartuce, 2012, p. 329)

¹⁶⁹ “Intimamente ligados com esse último problema estão os danos causados por experiências nucleares e pela utilização da energia derivada dessa fonte. Cada vez tornam-se mais

A teoria do abuso de direito servirá para combater o dano ecológico, pois nem sempre a teoria da culpa será suficiente.¹⁷⁰

No que é pertinente ao abuso do direito processual, a mera alegação do abuso do direito processual não pode frustrar o devido processo legal, o contraditório, nem cercear a ampla defesa de ninguém. Não basta alegar o abuso do direito de ação para impedir que alguém vá à Justiça, porque a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito.¹⁷¹ O abuso do direito de ação se concretiza principalmente na litigância de má-fé, conforme se depreende dos arts. 14 a 17 do CPC. Todos os casos implicam conduta intencional, cabendo ao juiz apreciar a configuração da malícia segundo os elementos concretos da causa e as condições pessoais do litigante. “[...] Em síntese, a litigância de má-fé, que caracteriza o abuso do direito processual, é o oposto da boa-fé, assim entendida a probidade e a lealdade.”¹⁷²

O art. 574 do CPC, por sua vez, contém sanção específica ao abuso de direito no processo de execução, ao lado dos arts. 17, I e 475-O do CPC disciplinando a responsabilidade do exequente na execução provisória e na execução definitiva.¹⁷³

(Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, 7. Responsabilidade Civil, 2009, p. 591)

O art. 574 do CPC contém sanção específica ao abuso de direito no processo de execução. O art. 574 do CPC ao lado dos arts. 17, I e 475-O do CPC disciplina a responsabilidade do exequente na execução provisória e na execução definitiva. (Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, 7. Responsabilidade Civil, 2009, pp. 586-587)

discutíveis as vantagens da energia nuclear, se cotejadas com a possibilidade de causar danos irreparáveis à humanidade.” (Venosa, 2013 p. 267)

¹⁷⁰ (Tartuce, 2012, pp. 328-329)

¹⁷¹ (Filho, 2012, pp. 179-180)

¹⁷² (Filho, 2012, p. 181)

¹⁷³ Se o litigante ou exequente em processo de conhecimento ou de execução, formular pretensões, oferecer defesas ciente de que são destituídas de fundamento, praticar atos probatórios desnecessários a defesa do direito, alterar intencionalmente a verdade dos fatos, omitir fatos essenciais ao julgamento da causa, enfim, se se apresentarem todas as situações caracterizadoras da má fé arroladas no código de processo civil, art. 17, estará agindo abusivamente e devesse responder por perdas e dano, indenizando a parte contrária dos prejuízos advindos do processo e de sua conduta dolosa. Se o réu lançar mão de recursos procrastinadores e de expedientes censuráveis, esta abusando de seu direito de defesa (RT 138:727), causando dano que devesse reparar. (Diniz, Código Civil Anotado, 2009, pp. 209-210)

São exemplos os arts. 14 a 18 e 574 e 598 do Código de Processo Civil que reprime o abuso de direito no processo de execução (Gonçalves, 2011, p. 509).

O art. 574 do CPC contém sanção específica ao abuso de direito no processo de execução. O art. 574 do CPC ao lado dos arts. 17, I e 475-O do CPC disciplina a responsabilidade do exequente na execução provisória e na execução definitiva. (Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, 7. Responsabilidade Civil, 2009, pp. 586-587)

3.4.2 Os Efeitos e Consequências do Abuso do Direito como Ato Ilícito

As novas concepções, apontadas por Judith Martins-Costa,¹⁷⁴ permitiram o discernimento entre ilicitude civil e dano, o que viabilizou a reconstrução conceitual da ilicitude, de forma a abranger a figura do exercício inadmissível.

Desde o Código Civil de 2002, como já estudado no presente trabalho, quebrou-se a doutrina tradicional de indistinção entre ilicitude civil e culpa, abuso, dano patrimonial e responsabilidade civil subjetiva.

Por força do art. 187, foi consagrado em nosso direito que o exercício “irregular” de um direito, ou abuso de direito, constitui ato ilícito. Logo, as consequências do abuso de direito são as mesmas do ato ilícito, que não se exaurem na responsabilidade civil.

Hoje se compreende que a ilicitude não mais está automaticamente atada à consequência indenizatória, podendo receber outras consequências jurídicas, como a nulidade do ato, a perda de um direito material ou processual, etc.¹⁷⁵

¹⁷⁴ “[...] muito antes dos civilistas, os processualistas perceberam que, sendo a unificação das categorias da ilicitude e da responsabilidade um mero reflexo dos valores do Estado Liberal, decorreria, pela mudança no perfil do Estado e da própria sociedade civil, a necessidade de tutela diferenciada que atendesse aos novos bens dotados de relevância jurídica. [...] Foi preciso construir categorias que não se fundassem no dogma segundo o qual tudo pode ser compensado pela pecúnia. A percepção segundo a qual por vezes é mais importante prevenir ou eliminar o ilícito do que reparar o dano [...] permitiu, pois, fosse reconstruída conceitualmente a categoria da ilicitude civil ensejando tutela processual contra os atos contrários ao direito – e não mais, necessariamente, os atos danosos” (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, pp. 72-73).

¹⁷⁵ “Quer se encare o abuso de direito como extensão do conceito de responsabilidade civil, quer se encare como falta praticada pelo titular de um direito, importa saber, do ponto de vista

Impõe-se remeter novamente ao Enunciado 539, da VI Jornada de Direito Civil, em cuja justificativa sintetiza a questão relativa à “indesejável vinculação do abuso do direito à responsabilidade civil”, que subtrai as potencialidades da categoria jurídica, e compromete sua função de controle. Obviamente, verificando-se no exercício abusivo as demais condições que ensejam o dever de indenizar (a culpa, o dano e o nexo causal, nos termos do art. 927 do Código Civil) torna-se o abuso fonte de responsabilidade civil. Contudo, entende-se que o abuso por si dispensa qualquer espécie de dano, o que deve ser coibido juridicamente. Não será sempre que a lesão do direito alheio conduzirá à possibilidade de indenização, e, portanto, sem responsabilização civil, servindo o abuso como freio para o exercício jurídico inadmissível nos termos do art. 187.

Aprovado o enunciado, prevalece, portanto, o entendimento de que “o abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano.” Logo, as consequências do abuso do direito não mais se resumem tão somente à responsabilidade civil, como almejava Judith Martins-Costa ao defender a sistematização da categoria jurídica, podendo haver, também, as tutelas específicas descritas no art. 461 do CPC, como a imediata cessação do ato,¹⁷⁶ e outros exemplos, como a prestação *in natura*; a redução do abuso; a invalidação (nulidade ou anulação do ato),¹⁷⁷ todas aplicáveis independentemente da noção de culpa, nos termos da teoria objetiva do abuso do direito.

eminente prático, como devem ser regulados os efeitos do abuso. Resta inarredável que, sendo o abuso transgressão, no sentido lato, de um direito, suas consequências deverão ser assemelhadas às do ato ilícito. Isso será tanto mais verdadeiro, como se verá, em nosso direito, nos termos dos mencionados arts. 186 e 188.” (Venosa, 2013, pp. 564-565).

¹⁷⁶ Uma vez liberados da amarração entre abuso, ilicitude subjetiva e dano, [...] poderemos conectar a previsão genérica da inadmissibilidade do exercício com tutelas específicas, para além da tutela indenizatória, e. g., o art. 461 do Código de Processo Civil referente à possibilidade de obter tutela jurisdicional específica em obrigações de fazer ou não-fazer, para assegurar consequências do reconhecimento de exercício ilícito de direitos, como, por exemplo, a imediata cessação do ato. Como já decidiu a jurisprudência portuguesa, não há “sanção específica” para as situações de abuso, pois essa “assume cores e tonalidades diferentes de harmonia com o modo funcional como o abuso se expressa; o que vale por dizer que aquele tanto se pode reconduzir a uma nulidade negocial, como a um fato gerador de uma responsabilidade civil por danos provocados, como ainda à própria neutralização do direito que se esvazia na sua eficácia típica como se não existisse (Martins-Costa, Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé, 2008, p. 75).

¹⁷⁷ (Ribeiro, 2013 p. 402).

Nelson Nery e Rosa Maria Nery também referem à possibilidade de arguição do abuso de direito como matéria de defesa, prescindindo de ação para ser reconhecido, por ser causa de nulidade, assim, devendo ser declarado ex officio pelo juiz (pois matéria de ordem pública).¹⁷⁸

Cumpra ressaltar que há casos que causam lesões aos direitos de outrem, mas não constituem atos ilícitos, pois “o procedimento lesivo do agente, por motivo legítimo, não acarreta o dever de indenizar, porque a própria norma jurídica lhe retira a qualificação de ilícito.” O exercício regular ou normal de um direito reconhecido que lesar direitos alheios exclui qualquer responsabilidade pelo prejuízo, pois não é um procedimento contrário ao direito, nos termos do art. 188 do CC/02. Só haverá ato ilícito se houver abuso de direito ou seu uso irregular ou anormal, como descrito no art. 187.¹⁷⁹

Em todos esses casos – pondera o insigne Caio Mário -, “o exercício do direito, regular, normal, é gerador de um dano, mas nem por isto deixa de ser lícito.” Não pode caracterizar o abuso do direito o fato, por si só, de seu exercício causar eventualmente um dano, ou motivá-lo normalmente, porque o dano pode ser o resultado inegável do exercício do direito, a tal ponto que este se esvaziaria de conteúdo se a sua utilização tivesse de fazer-se dentro do critério da inocuidade.¹⁸⁰

Vencida a questão da autonomia do abuso do direito em relação à Responsabilidade Civil, impõe-se estudar o que acontece quando o abuso acarreta dano indenizável a outrem.

Quem praticar o ato ilícito descrito no art. 187 do Código Civil ficará obrigado a indenizar por força da norma do art. 927. Portanto, “O uso de um direito, poder ou coisa além do permitido ou extrapolando as limitações jurídicas, lesando alguém, traz como efeito o dever de indenizar.”¹⁸¹ O abuso de direito, como modalidade de ato ilícito, enseja ação reparadora, que promova o retorno ao *statu quo ante*, ou à indenização.

A responsabilidade decorrente do abuso do direito é objetiva, bastando a identificação do excesso dos limites do fim econômico ou social, da boa-fé ou

¹⁷⁸ (Nery Junior & Nery, 2004, p. 256).

¹⁷⁹ (Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, 7. Responsabilidade Civil, 2009, pp. 585-586).

¹⁸⁰ (Pereira, 2013 p. 563).

¹⁸¹ (Diniz, Código Civil Anotado, 2009, p. 208).

dos bons costumes no caso concreto. Essa é a conclusão a que chegaram os juristas participantes da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, com a aprovação do já mencionado Enunciado n.º 37 e que tem a seguinte redação: “art. 187. A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”

O abuso de direito não se circunscreve às noções de dolo e culpa. “Se isso fosse de se admitir, a teoria nada mais seria do que um capítulo da responsabilidade civil, ficando em âmbito mais restrito.” Se a intenção do legislador fosse essa, “o princípio genérico do art. 186 seria suficiente, não tendo porque a lei falar em ‘exercício regular de um direito’ no art. seguinte.”¹⁸²

Da classificação do abuso de direito como ato ilícito decorre a responsabilidade civil do titular do direito abusivamente exercido pelos danos a que deu causa. Considera-se a culpa inerente à extrapolação dos limites de seu exercício, pois transgredir os limites do exercício de um direito é conduta culposa que importa a obrigação de indenizar eventuais danos decorrentes.¹⁸³

Demonstra-se, consoante o exposto, que o exercício abusivo do direito está inserida nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva, ensejando as reparações que decorrem deste instituto.

¹⁸² (Venosa, 2013 p. 568).

¹⁸³ (Coelho, 2012 p. 330).

4. CONCLUSÃO

A origem da teoria do abuso do direito é atribuída ao direito romano, com embrião na *aemulatio* e nas regras regentes das relações de vizinhança. A criação moderna da teoria do abuso do direito é atribuída a jurisprudência francesa, por meio de aplicações do instituto no campo do direito de propriedade, das garantias especiais das obrigações, do direito de estar em juízo, do direito de família, dos contratos e das liberdades individuais e corporativas.

Os princípios regentes da revolução francesa fizeram com que o direito passasse a ser concebido como a maior arma de proteção do indivíduo contra o arbítrio do estado. Liberdade, igualdade e propriedade foram inicialmente proclamadas como direitos absolutos. No entanto, com a alteração das relações sociais que se seguiram, passou-se a buscar especialmente da liberdade ampla e geral então conferida, que veio a ser empreendida justamente como meio de exploração dos fracos pelos fortes. Nesse contexto, a teoria do abuso do direito se desenvolveu, considerando ser contrário ao direito todo ato praticado com a finalidade exclusiva de causar prejuízos a outrem, bem como os atos praticados em afronta aos fins sociais e econômicos previstos pela norma jurídica, ainda que aparentemente conformes à lei. O indivíduo e a propriedade deixaram de ser o centro da vida, passando a nele figurar o bem-estar da coletividade, reconhecendo-se a necessidade de proteção dos mais fracos contra os abusos cometidos na chamada era industrial, com o aumento da complexidade das relações jurídicas, tendo a autonomia da vontade cedido lugar à função social do direito. A igualdade passou a ser considerada um direito fundamental.

O exemplo primeiro de abuso do direito reside na França, precisamente no direito de propriedade, com a construção de torres farpadas com o objetivo de causar constrangimento e dificuldade maior ao exercício da atividade por vizinho que se dedicava a atividades aéreas. A ninguém é dado ignorar que desde o código napoleônico, o direito de propriedade deveria ter uma função social, evidentemente não nos termos hodiernamente afirmados com a função social da propriedade, mas de sorte que devia o proprietário usar a coisa e

atuar com a devida ponderação, procedendo ao que doutrinariamente se convencionou denominar uso normal da propriedade.

Percorrendo uma fase de evolução relativa à compreensão do direito em si, surgem problemas novos oriundos de constatações que outras atividades humanas provocam danos em maior extensão, também conceituadas como violações do dever, conquanto não possam ser consideradas ilegais propriamente ditas, mas contrárias a norma jurídica. O direito não deseja que cada indivíduo tome como seu o que não o é. O que a sociedade entende como direito é algo que possui início, desenvolvimento e fim.

A gênese do instituto do abuso do direito reside na sensação de defesa do que pertence ao sujeito de direitos membro da coletividade. Não por outra razão, a primeira hipótese do abuso é a defesa de posse travada nas relações de vizinhança, na qual se exigiu o Direito que a reação humana fosse proporcional à ofensa. Todo exercício em torno do abuso será no sentido de que todos os comportamentos além dos limites do considerado devido passam a ser necessariamente como indevido, abusivos, pois. O que a sociedade convencionou denominar Direito tem um limite na sua aplicação. No abuso, o que ocorre é a perda do sentido de proporcionalidade e moderação no comportamento de seu titular em relação aos demais membros da coletividade.

É de conhecimento geral que o conjunto de normas jurídicas postas é o direito objetivo. Quando se está exercendo um poder imoderado, o que se está a fazer é abusar do poder, o que é considerado ilícito. Cuida-se um comportamento que não vem somente na satisfação das necessidades pessoais do sujeito de direitos e dos seus desejos viáveis, de modo que provoquem lesão a outrem, razão pela qual acreditamos que o abuso do direito é o exercício inadmissível de posições jurídicas.

As importantes balizas impostas pelo art. 187 do Código Civil de 2002, inspirado pelo art. 334º do Código Civil português, que tem por fundamento o art. 281 do Código Grego, que extraiu o que havia de melhor da codificação alemã e suíça, servirão para que se possa tutelar tanto o exercício dos direitos assegurados por lei quanto a repressão contra o desvio da boa-fé, bons costumes e de seus fins econômico e sociais

O abuso do direito não é exatamente a tipificação expressão do proibido. Com efeito, proibido é o abuso, sim, mas a lei não diz previamente o que será,

sempre e sempre, o abuso do direito naquelas circunstancias concretas. Abuso do direito, hoje, pela dicção do art. 187 do Código Civil, é considerado ato ilícito e não terceiro gênero. O abuso do direito não é caracterizado diretamente pela fórmula que o afirma ser ilegal, pois não há regra jurídica literal previa e assim passível de interpretação nesse sentido. Emerge o abuso do direito da interpretação do comportamento humano para que se veja concretamente se merece ser considerado excessivo e ilícito.

No exame das condições nas quais se configuraria o abuso do direito, surgiram duas teorias básicas: as teorias subjetivas e as objetivas. As subjetivas aceitam o abuso do direito quando for clara na atitude do agente a intenção de prejudicar. Por outro lado, para as objetivas, consiste o abuso do direito apenas no exercício anormal, sem a investigação do elemento subjetivo do assim praticado.

No regime jurídico pautado pelo art. 187 do CC/02 a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e se fundamenta no critério objetivo-finalístico, tese que vem arrecadando ampla aceitação doutrinária. Assim o elemento culpa é acidental e não essencial para a responsabilidade civil. Conceitualmente, pode ser considerado o abuso do direito como o exercício inadmissível de posições jurídicas, ou ainda, o abuso de situações causadas por aquele que manifestamente ultrapassa os limites da boa-fé, dos bons costumes e das próprias finalidades socioeconômicas do direito a ser exercido.

O fato de a norma que define o abuso do direito constar na parte geral do código civil surte efeitos significativos em todo o direito civil, quer pela abrangência da redação, quer pelo seu âmbito de incidência. O CC/02 ao inserir o dispositivo do art. 187 na parte geral possibilitou que os efeitos dele decorrentes viessem a atingir indistintamente cada uma das relações jurídicas disciplinadas nos diversos livros da parte especial do código civil bem como em outras áreas do direito.

O abuso do direito pressupõe a existência do direito. Para que possa ser reconhecido como abuso, deve ser nítido e manifesto por expressa disposição legal. Também os limites impostos para o exercício dos direitos são aqueles claramente previstos na lei: a boa-fé, os bons costumes e a função social e econômica do direito, bastando que se exceda a um dos limites para que o

exercício do direito seja considerado um ato reprovado pelo sistema, assim rendendo ensejo à responsabilidade civil, caso delineados os demais elementos fundamentalmente o elemento dano.

A lei foi bastante clara ao considerar o abuso do direito um ato ilícito. Afirmada a ilicitude dada ao abuso do direito graças a redação do art. 187, não é possível enumerar taxativamente quais seriam todas as consequências possíveis do desrespeito a norma contida no artigo. Os efeitos jurídicos do abuso não se restringem apenas e tão só a obrigação de indenizar os danos causados a outrem pelo exercício abusivo de um direito, não obstante essa seja a consequência mais comum. Sustentamos a possibilidade de ser viável o reconhecimento *ex officio* do abuso do direito nas vias ordinárias de jurisdição, bem como ser possível a tutela inibitória do abuso do direito, conquanto o abuso pressuponha o exercício do direito com manifesta transgressão dos limites e finalidades impostas por lei, no caso concreto.

Configurada a hipótese do art. 187 do CC/02, tratando-se o abuso do direito de ilicitude que deva ser objetivamente considerada e porque regente o critério objetivo-finalístico, para que se verifique a responsabilidade civil do titular da prerrogativa jurídica em favor do terceiro prejudicado será necessário apenas que haja dano a terceiros, e que se verifique o nexo de causalidade entre eles e a conduta daquele que desborda os limites do direito em seu exercício. Para que haja responsabilidade civil, será necessário que um dos sujeitos seja o titular de um direito ou de uma situação jurídica subjetiva, que o exercício dos poderes decorrentes de tal situação se mostre manifestamente excessivo considerados os seus limites gerais e legais, e que o exercício desconforme cause à vítima uma lesão em sua esfera jurídica, patrimonial ou moral. É desnecessário o fato de o titular do direito ter a efetiva intenção ou a consciência de que, ao exercer seu direito excedeu os limites impostos pela lei. O abuso do direito deve ser sempre, não só nas hipóteses de responsabilização, apreciado objetivamente. O agente pode vir a perpetrar abuso mesmo sem ter consciência da ilegitimidade de sua atuação.

Reconhecemos diversos assuntos do trabalho que merecem ser expandidos para posterior aprofundamento do tema, tais quais qual é a visão jurisprudencial dos tribunais quanto ao abuso do direito e como ele se concretizou historicamente, e como se concretiza hodiernamente, na atividade

judicial brasileira, tanto em relação as decisões que tem por assunto o art. 187 em sua amplitude, quanto às normas mais específicas relativas ao abuso do direito, dirimindo ainda mais a “colcha de retalhos” na qual o abuso do direito foi construído. Ainda, ao se assumir uma posição mais crítica, poderia se buscar trazer a lume as posições contrárias as correntes doutrinárias majoritárias referentes ao abuso do direito, como as que defendem não se tratar o abuso do direito de ato ilícito. Seria relevante também trazer uma análise mais detida nas tutelas possíveis quando o agente exerce ato abusivo, e como se tem quantificado a consequência indenizatória decorrente da responsabilidade objetiva do abuso do direito, bem como uma expansão da análise das características generalizantes e multidisciplinares do art. 187. Por fim, para elucidar com ainda mais profundidade a teoria do abuso do direito, é interessante expandir como se deu antigamente e como se dá atualmente o fenômeno do abuso do direito no direito comparado, tanto doutrinariamente, quanto jurisprudencialmente.

Considerando todos os pontos examinados na perspectiva do exercício dos direitos, podemos concluir que o direito fora criado para ser seguido e observado no meio social e não para ser violado pelos membros da coletividade. A ordem social pretende que os comportamentos sejam conformes o direito e não a ele desconformes. Com efeito, a desconformidade do comportamento acarretará sanções ao agente infrator.

Devemos nos afastar da ideia de que existem direitos absolutos. Os direitos subjetivos não são conferidos aos indivíduos de uma maneira individual, devendo ser usado de forma que atenda ao interesse coletivo. Os direitos possuem uma destinação econômica e social, pois vivemos em forma societária. Assim, por força dos princípios da eticidade e da socialidade que regem a codificação civil vigente, se torna de interesse da sociedade a maneira pela qual exercemos nossos direitos, já que o exercício dos direitos subjetivos repercute na esfera jurídica das outras pessoas.

REFERÊNCIAS

AMERICANO, Jorge. (1932). ***Do Abuso do Direito no Exercício da Demanda*** (2ª ed.). São Paulo: Saraiva.

BEVILAQUA, Clóvis. (1976). ***Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado por Clovis Bevilacqua***. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil: Editora Rio.

COELHO, Flávio Ulhoa. (2012). ***Curso de Direito Civil*** (5ª ed.). São Paulo: Saraiva.

DINIZ, Maria Helena (2009). ***Código Civil Anotado*** (14ª ed.). São Paulo: Saraiva.

DINIZ, Maria Helena. (2009). ***Curso de Direito Civil Brasileiro, 7. Responsabilidade Civil*** (23ª ed., Vol. 7). São Paulo: Saraiva.

FILHO, Sérgio Cavalieri. (2012). ***Programa de Responsabilidade Civil*** (10ª ed.). São Paulo: Atlas S.A.

FRANÇA, Rubens Limongi. (1996). ***Instituições de Direito Civil - Todo o Direito Civil num só volume*** (4ª ed.). São Paulo: Saraiva.

GAGLIANO, P. S., & Filho, R. P. (2006). ***Novo Curso de Direito Civil - Parte Geral*** (8ª ed.). São Paulo, São Paulo, Brasil: Saraiva.

GONÇALVES, Carlos Roberto. (2011). ***Direito Civil Brasileiro***. São Paulo: Saraiva.

GUERRA, Alexandre. (2011). ***Responsabilidade Civil por Abuso do Direito: Entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos***. São Paulo: Saraiva.

JÚNIOR, Ruy Rosado. (Maio de 2000). ***Projeto do Código Civil - As Obrigações e os Contratos***. *Revista dos Tribunais*, 775, p. 800.

LEVADA, Cláudio Antônio (Maio de 1991). ***Anotações Sobre o Abuso de Direito***. *Revista dos Tribunais*, 667, p. 416.

LORENZETTI, Ricardo Luís. (Janeiro de 1996). ***Nuevas Fronteras del Abuso de Derecho (Situaciones Jurídicas Lesivas de Libertades. Tutela del Mercado y Amparo)***. *Revista dos Tribunais*, 723, p. 768.

MARTINS, Pedro Baptista. (1997). **O Abuso do Direito e o Ato Ilícito** (3ª Edição Histórica ed.). Rio de Janeiro: Forense.

MARTINS-COSTA, Judith. (1999). **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARTINS-COSTA, Judith. (2008). Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé. In: G. Tepedino, **Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional**. São Paulo, São Paulo, Brasil: Atlas.

MIRANDA, Pontes de (1970). **Tratado de Direito Privado - Parte Geral** (3ª ed.). Rio de Janeiro: Boscoi.

MOREIRA, Guilherme (1911). **Instituições do Direito Civil Português** (Vol. I). Coimbra, Portugal: Imprensa da Universidade.

NADER, Paulo. (2013). **Curso de Direito Civil: Parte Geral** (9ª ed.). Rio de Janeiro: Forense.

NERY JUNIOR, Nelson, & NERY, Rosa Maria (2004). **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante** (2ª Edição revisada e ampliada ed.). São Paulo, São Paulo, Brasil: Revista dos Tribunais.

NETO, Eugênio Facchini (Janeiro/Março de 2010). **Da Responsabilidade Civil no Novo Código**. Acesso em 22 de Outubro de 2014, disponível em Revista do TST: <http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1312889/1.+Da+responsabilidade+civil+no+novo+c%C3%B3digo>

PEREIRA, Caio Mário. (2013). **Instituições de Direito Civil** (26ª ed.). Rio de Janeiro: Forense.

PLANALTO. (10 de Janeiro de 2002). **Planalto**. (Planalto, Editor, & Planalto) Acesso em 17 de Novembro de 2014, disponível em L10406: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm

PLANIOL, Marcel (1905). **Traité Élémentaire de Droit Civil Conforme au Programme Officiel des Facultés de Droit**. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence.

REALE, Miguel (1999). **O Projeto do Novo Código Civil - Situação após a aprovação pelo Senado Federal** (2ª ed.). São Paulo: Saraiva.

RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. (2013). Abuso do direito: independentemente de intenção ou culpa. In: C. Cassettari, **10 anos de vigência do código civil brasileiro de 2002** (p. 644). São Paulo, São Paulo, Brasil: Saraiva.

TARTUCE, Flávio. (2012). **Direito Civil - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. (7^a ed.). São Paulo: Método.

VENOSA, Sílvio de Salvo (2013). **Direito Civil - Parte Geral** (13^a ed.). São Paulo, São Paulo, Brasil: Atlas.