

ANÁLISE DOS ASPECTOS CIVIS E CONSTITUCIONAIS DO ABUSO DE DIREITO

Ivo César Barreto de Carvalho*

1 Considerações preliminares. 2 Noção histórica. 2.1 Precedentes teóricos. 2.2 Origem e evolução da teoria no Direito alienígena. 3 Introdução da teoria no ordenamento jurídico pátrio. 3.1 Conceito e natureza jurídica 3.2 Análise dos requisitos legais para a configuração do abuso de direito no Código Civil de 2002. 3.3 Outros dispositivos caracterizadores do abuso de direito no Código Civil de 2002. 3.4 Responsabilidade. 3.5 Jurisprudência. 4 Conclusões.

RESUMO

O presente artigo trata da teoria do abuso de direito, atualmente positivada no artigo 187 do Código Civil Brasileiro como ato ilícito, mais especificamente de sua natureza jurídica, hipóteses legais e responsabilidade. Igualmente, será apresentada a evolução do instituto no Direito alienígena e no ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-Chave: Ato ilícito. Abuso de direito. Fins econômicos. Fins sociais. Boa-fé. Bons costumes.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Vivemos numa época em que as pessoas estão mais cômicas de seus direitos. Muito mais do que quando era criança ou na época de meus pais. Grande parte dos trabalhadores tem noção de seus direitos trabalhistas; a maioria dos cidadãos já pleiteia, imediatamente, seus direitos de consumidor quando do não-cumprimento de uma relação jurídica consumerista. Até os presos têm conhecimento suficiente do Direito e processo penais.

Por um lado, isto é muito bom, pois traduz uma sociedade mais politizada. Por outro, vemos excessos. As pessoas, hodiernamente, só pensam em *seus* direitos. A conscientização do papel democrático do cidadão, em parte ajudado pela mídia brasileira, vem solucionando um problema, mas causando um outro: a ausência de conhecimento dos *deveres* dos cidadãos.

Desta feita, percebo estar-se criando uma legião de “quase-cidadãos”, que estão conscientes de uma boa parte de seus direitos, mas que desconhecem por

* Professor do Curso de Direito da Faculdade Christus. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Contratual pela PUC-SP. Advogado licenciado (OAB-CE). Assessor de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

completo ou quase inteiramente seus deveres. Para alguns, tal fenômeno poderia ser encarado como um mal menor, sanável com o tempo ou (in)formação adequada. Visto de outro ângulo, compreendo tratar-se de um problema quando o cidadão tem noção apenas de *seu direito* e, ao exercê-lo, excede os limites para tal e acaba por praticar um ato ilícito.

2 NOÇÃO HISTÓRICA

A idéia de abuso de direito acompanha o ser humano desde os primórdios, pois ínsita está a noção de Justiça. Todo e qualquer ordenamento jurídico, ocidental ou oriental, hoje ou ontem, possui uma ou mais regras, implícitas ou explícitas, abordando o ideal de justiça e, conseqüentemente, o exercício abusivo de um direito. A questão que se coloca é a interpretação do que é um direito exercido abusivamente e quais são esses limites.

2.1 Precedentes teóricos

Como já acentuado, a teoria do abuso de direito tem sua base de formação no ideal de justiça. O Direito romano já trazia esses ideais, a despeito de não ter construído a teoria ora estudada. Vladimir Mucury Cardoso retrata bem o tratamento dos direitos subjetivos pelos romanos:

Esses limites ao exercício do direito, todavia, não chegavam a configurar a figura do abuso do direito. Se por um lado os romanos já haviam percebido que os direitos subjetivos não poderiam ser exercidos de forma a contrariar as suas finalidades próprias, nem, muito menos, com o intuito de causar dano a outrem, por outro lado não formularam uma teoria do abuso do direito. A noção não consistia num princípio geral, porém, era praticada em vista à necessidade de “reajustamento da ordem jurídica aos casos engendrados pela vida social”.¹

Já na Idade Média, surge a teoria da *aemulatio*, que ainda não configuraria o abuso de direito, como atualmente é conhecido. O citado autor também descreve com precisão esta teoria:

Tratava-se, pois, da utilização do direito subjetivo com o único fim de provocar um prejuízo, uma emulação a terceiro, sem que o titular obtivesse qualquer proveito do seu ato. Destacavam-se, na configuração do ato emulativo, esses dois elementos: o intuito de lesar e a ausência de proveito para o sujeito que praticara a ação.²

Infere-se, claramente, desta teoria, que a finalidade era elemento essencial para sua configuração. Um ato praticado por alguém que tivesse o fim de causar um prejuízo a outrem e sem que houvesse qualquer proveito por parte do primeiro consistia num ato emulativo. Da teoria do *aemulatio* para a teoria do abuso de direito, contudo, ainda havia um percurso a caminhar.

2.2 Origem e evolução da teoria no Direito alienígena

A teoria do abuso de direito tem origem pretoriana, nascida a partir da necessidade dos magistrados solucionarem conflitos entre pessoas que aparentemente exerciam regularmente seus direitos.

O primeiro precedente jurisprudencial conhecido na história ocorreu na França, no século XIX. Trata-se do famoso caso Clement Bayard, julgado por um tribunal francês. Assim relatam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:³ “O proprietário de um imóvel, sem razão justificável, construiu altas hastes pontiagudas para prejudicar o vôo de aeronaves no terreno vizinho. Cuidava-se de nítido *abuso de direito de propriedade*”. No caso em apreço, resta patente que o abuso configurado cingiu-se ao exercício do titular do direito de propriedade que excedeu os limites legais e prejudicou o titular de outro direito.

A expressão “abuso de direito” fora criada por Laurent, pautado na jurisprudência francesa que se formava sobre o tema. Os tribunais da França, embasados no Código de Napoleão, arraigado fortemente nos ideais liberais dominantes, optaram por tutelar o titular do direito prejudicado ao invés do titular do direito excedido.⁴

A controversa teoria fez com que surgissem aqueles que negavam a sua existência e aplicabilidade, como Planiol, afirmando que a mesma era uma contradição em termos, pois “a idéia de abuso já é a negação do direito, enquanto o conceito de direito repele a noção de abuso.”⁵

Por outro lado, outros a defendiam com veemência (Ripert, Josserand e Saleilles). De acordo com Ripert, a teoria do abuso de direito tinha como justificativa a proteção do direito subjetivo contra ato praticado com a intenção de prejudicar. Era a chamada teoria subjetivista, pois, como o próprio nome enseja, recaía sobre o sujeito, sua motivação.

Vigoraram, no entanto, as teorias finalistas de Josserand e Saleilles, construída pelo primeiro e aperfeiçoada pelo segundo. Parte-se da premissa de que o direito subjetivo e o abuso desse direito são categorias que devem ser analisadas distintamente. Isto porque se considerou o abuso como um limite interno do direito subjetivo. A noção que complementa esta premissa é a da relatividade dos direitos. Josserand afastou-se da idéia absolutista do direito, chegando à conclusão de que os direitos são relativos e assim devem ser interpretados quando num eventual conflito. Em suma, os direitos devem ser protegidos quando

exercidos de acordo com sua finalidade.

A contribuição de Salleiles cingiu-se a definir tais finalidades, quando concebeu que o abuso do direito se dava no desvio da destinação econômica e social. É o que hoje chamamos de exercício anormal de um direito.⁶

Ainda encontramos algumas referências legislativas ao abuso de direito no direito alemão (Código Civil, § 226), no direito austríaco (art. 1.295 do Código Civil austríaco de 1916)⁷ e no direito suíço (Código Civil, art. 2º), preceituando, timidamente, este último: “O abuso manifesto de um direito não é protegido pela lei”.⁸ O Código civil italiano não adotou a teoria do abuso de direito, mas proíbe expressamente os atos emulativos. O português adota a concepção objetiva da teoria do abuso de direito, considerando-o ilegítimo quando houver desvio de sua função econômica e social ou desprovido de boa-fé.⁹

Traçada, de modo sucinto, a evolução da teoria no direito alienígena, passemos a analisá-la no ordenamento jurídico pátrio.

3 INTRODUÇÃO DA TEORIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

O Código Civil brasileiro de 1916 não albergou nenhuma regra explícita sobre o abuso de direito. Há quem defenda a sua existência no revogado artigo 160¹⁰, numa interpretação *a contrario sensu*; outros entendem que sua configuração somente se efetivou na codificação vigente.¹¹

Caio Mário da Silva Pereira visualiza a materialização e aplicação da teoria do abuso de direito no art. 554 do Código Civil de 1916 (repressão ao uso nocivo da propriedade), no art. 20 do Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945 (a revogada Lei de Falências, onde se caracterizava o pedido abusivo de falência) e no art. 17 do Código de Processo Civil (trata da litigância de má-fé, que nada mais é do que o exercício abusivo de uma demanda).¹²

Sílvio Venosa afirma que existem disposições em nosso ordenamento jurídico que já despontavam a teoria do abuso de direito, tais como o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil¹³ e os arts. 76, 100 e 160 do CC/1916.¹⁴

3.1 Conceito e natureza jurídica

O Código Civil de 2002 dispõe sobre o conceito de abuso de direito no art. 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Antes de aprofundar as hipóteses legais do abuso de direito, mister analisar o conceito e a natureza jurídica do instituto.

Sílvio Venosa assevera que a doutrina tem tido certa dificuldade no es-

tudo do abuso de direito, notadamente para situá-lo numa categoria jurídica. Há quem entenda nem se tratar de uma categoria jurídica, mas de um simples fenômeno social, como Pedro Batista Martins. Aduz, ainda, que a teoria em liça já foi colocada como parte do estudo da responsabilidade civil, dentro da noção de culpa. O fato é que, enfim, hoje é estudada como um direito subjetivo, cuja ocorrência acarretará uma responsabilidade civil.¹⁵

O mencionado jurista paulista define, sucintamente, o abuso de direito:

No abuso de direito, pois, sob a máscara de ato legítimo esconde-se uma ilegalidade. Trata-se de ato jurídico aparentemente lícito, mas que, levado a efeito sem a devida regularidade, ocasiona resultado tido como ilícito.¹⁶

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery asseveram a distinção entre o ato ilícito do artigo 186 do Código Civil e o do artigo seguinte do mesmo diploma legal:

7. Abuso de direito. Ilícito objetivo. A norma comentada imputa ao ato abusivo a natureza de *ilícito*. Tendo em vista suas próprias peculiaridades, não se assemelha ao ato ilícito do CC 186, assim considerado pela lei para fins de reparação do dano por ele causado. O ato abusivo pode, até, não causar dano e nem por isso deixa de ser abusivo. A *ilicitude* do ato cometido com abuso de direito é de natureza *objetiva*, aferível independentemente de dolo ou culpa.¹⁷

Gustavo Tepedino entende que o abuso de direito deve ser considerado como um ato ilícito *lato sensu*, “no sentido de contrariedade do direito como um todo, e não como uma identificação entre a etiologia do ato ilícito e a do ato abusivo, que são claramente diversas”.¹⁸

Para César Fiúza, é preciso distinguir o ato intrinsecamente ilícito do ato abusivo, mormente diante de suas diferentes conseqüências. Bastante esclarecedoras são as lições do jurista mineiro:

Em alguns casos, o ato intrinsecamente ilícito pode derivar do exercício de um direito, que ultrapassa seus limites formais. Por exemplo, se uma pessoa dirige em alta velocidade, estará praticando ato intrinsecamente ilícito. Ao exercer seu direito de dirigir, violou o limite formal de velocidade. Não se trata de abuso de direito, ilícito funcional, uma vez que o ato é formalmente antijurídico, não apenas funcionalmente. Ninguém tem o direito legítimo de dirigir acima da velocidade razoável. Mas, ao contrário, se uma

peessoa, propositadamente, dirige em velocidade extremamente baixa, com o objetivo de travar o trânsito, estará cometendo abuso de direito. Na aparência, o ato é perfeito, legítimo. Formalmente, essa pessoa não está cometendo nenhuma antijuridicidade. Ocorre que, do ponto de vista valorativo, funcional, está ultrapassando os limites impostos pela boa-fé.

As conseqüências do ato abusivo podem ser diferentes das do ato intrinsecamente ilícito.

A prática do ato intrinsecamente ilícito, como vimos acima, gera, como regra, o dever de indenizar o dano causado. Já o abuso de direito, pode gerar a obrigação de indenizar, como pode gerar outra espécie de sanção. Tudo dependerá do caso concreto.¹⁹

Felipe Peixoto Braga Netto, partindo da premissa da relatividade dos direitos, explica a natureza jurídica do ato abusivo como um ato ilícito funcional:

Nesse panorama, que é, indiscutivelmente, o da realidade atual, assume proporções insustentáveis a postulação de direitos que se realizariam ao abrigo de qualquer flexibilização, de maneira rígida e arbitrária. Ao revés, situa-se a presente espécie dentre aqueles permitidos e até estimulados pelo sistema, mas que, dada a desvirtuação existente no seu exercício, são reputados ilícitos funcionais, porquanto ter direito não significa poder exercê-lo caprichosamente, ou de forma anti-social.

No direito civil é ilícito o ato cujo resultado funcional seja distorcido. Se há desvio funcional no exercício, ainda que esse exercício seja permitido pelo sistema, o ato é ilícito, mercê da repulsa do direito moderno pela utilização abusivo e imoderada dos direitos.

Não importa a razão jurídica de atuar. Fundamentalmente, o que é vedado é o agir desarrazoado, desviado de toda consideração social. O direito moderno repudia a utilização de uma faculdade jurídica em dissonância com sua função social. Não basta, em termos estruturais, ter direito; é fundamental que seu exercício se dê em limites socialmente adequados.²⁰

Partindo do velho brocardo romano *neminem laedit qui suo jure utitur* (ou seja, não causa dano a outrem quem utiliza um seu direito), Sílvio Rodrigues afirma que tal verdade outrora incontestável não mais se aplica, “pois a utilização de um direito só não constituirá ato ilícito se o seu titular o exercer regularmente. É o que proclama a lei. Daí decorre que, se o seu exercício foi irregular, há iliceidade”.²¹

Diante de todas as correntes expostas, entendo que a máxima romana não mais tem aplicabilidade. Corroboro as lições de Sílvio Rodrigues no sentido de que a noção tradicional do ordenamento jurídico formado por conjuntos

justapostos de direitos subjetivos dos indivíduos, hoje, está totalmente superado. Aquela famosa e velha “cantiga”: “o direito de uma pessoa termina quando começa o direito de outra” não possui mais qualquer sentido.

Esta visão estática do ordenamento jurídico é retrógrada e limitada. Nosso sistema é algo vivo e dinâmico, sujeito aos inúmeros fatores internos e externos (sociais, econômicos, culturais etc). O ser humano não vive isolado no mundo, mas integrado a seus pares. Desta feita, o conjunto de direitos subjetivos “pertencentes” ao indivíduo não está isolado de outro, mas nele se encontra integrado.

Há, em verdade, uma interseção dos *direitos subjetivos* dos indivíduos; noutros termos, há uma área ou zona de comunicação entre esses direitos. Nela, são exercidos simultaneamente os direitos dos indivíduos, sem que haja sobreposição ou imposição de um sobre o do outro.

O abuso do direito ocorre justamente quando ultrapassada esta tênue linha, nem sempre tão visível, mas de possível análise no caso concreto. Com efeito, cabe ao legislador de cada ordenamento estatal estabelecer tais limites, apontar as hipóteses legais de excesso no exercício desses direitos.

Dito isto, vejamos esses limites nas hipóteses legais do abuso de direito no âmbito do diploma civil pátrio vigente.

3.2 Análise dos requisitos legais para configuração do abuso de direito no Código Civil de 2002

Emerge da leitura do artigo 187 da codificação civil brasileira o critério finalístico a que dera o legislador na caracterização do abuso de direito. O exercício dos direitos subjetivos é limitado por certas finalidades e o excesso manifesto delas é considerado abuso e, por conseguinte, ato ilícito.

O primeiro requisito legal de caracterização de um ato ilícito pelo exercício abusivo de um direito é a da violação aos limites impostos pelo seu fim econômico ou social. O que é fim econômico e social?

Em verdade, não é fácil a caracterização de expressão tão aberta. Para alguns juristas, tal expressão poderia se caracterizar como conceito jurídico indeterminado ou cláusula aberta, como preferem outros. Ora, mas o direito não pode se compadecer a respostas lacônicas ou inexpressivas. Analisemos, então.

Nem todo exercício de um direito é voltado para uma finalidade econômica. Por certo que não, veja o caso dos direitos humanos e da personalidade.

No entanto, uma gama considerável de direitos possui um conteúdo patrimonial, ou seja, pode ser avaliado pecuniariamente. Desta feita, por exemplo, existem os direitos de propriedade, cuja relação jurídica tem como objeto um bem móvel ou imóvel, suscetível de apropriação pela pessoa e de

valorização econômica. A propriedade é um direito real, protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro, e possui um conteúdo patrimonial. Seu exercício está voltado, assim, a uma finalidade econômica (aquisição de bem imóvel para o patrimônio e acréscimo de riqueza, fomento do mercado imobiliário, proteção da propriedade privada etc.), desde que atendidos os limites do §1º do artigo 1.228 do Código Civil.

Tal finalidade é, inclusive, protegida no texto constitucional como um direito individual fundamental (art. 5º, *caput* e inciso XXII) e como princípio da ordem econômica (art. 170, II).

Com certo atraso o Código Civil Brasileiro incorporou o espírito social que já albergava a Carta Política de 1988. Ao contrário da codificação anterior, a nova feição do direito civil positivado trouxe a proteção aos valores sociais e o tornou princípio fundante do novel diploma.

O princípio da socialidade informa, precisamente, a finalidade social como limite ao exercício de um direito e para configuração do abuso. Em que consiste, então, um fim social?

O exercício dos direitos subjetivos não pode ser um fim em si mesmo. Todo direito subjetivo, na medida que as pessoas não existem isoladas na sociedade, não deve ser voltado apenas para o próprio titular, para sua própria comodidade em detrimento dos demais. Excede os limites legais o titular de um direito que ao exercer um direito subjetivo que lhe pertence pratica um ato contrário a uma finalidade social.

Seguindo os mesmos exemplos já demonstrados, notadamente ao do direito de propriedade, a visão tradicional deste direito tido como o supra sumo da individualidade, resta hoje modificada. O exercício do direito de propriedade não pode estar dissonante a um fim social. Deve tal direito ser exercido em prol do seu titular, desde que não viole direitos dos demais.

O fim social, igualmente, consiste em nova diretriz da nossa ordem constitucional, conforme se observa da leitura do art. 5º, XXIII, e 170, III, da Carta Magna de 1988. No âmbito da legislação infraconstitucional, o Código Civil de 2002 também insere o princípio da socialidade na interpretação dos contratos (art. 421) e da propriedade (art. 1.228, §1º).

Maria Helena Diniz explica com propriedade os limites impostos pelo fim econômico e social:

Como o direito deve ser usado de forma que atenda ao interesse coletivo, logo haverá ato abusivo, revestido de ilicitude de seu titular se ele o utilizar em desacordo com sua finalidade social. Assim, se alguém exercer direito, praticando-o com uma finalidade contrária a seu objetivo econômico ou social, estará agindo abusivamente. Josseland explica-nos que o abuso pode ser constituído

pelo caráter antieconômico do ato praticado. O juiz deverá pesquisar o móvel visado pelo agente, a direção em que encaminhou seu direito e o uso que dele fez. Se essa direção e esse uso forem incompatíveis com a instituição, o ato será abusivo, tornando-se, então, produto de responsabilidade. Haverá, portanto, abuso de direito se o agente, ao agir dentro dos limites legais, deixar de levar em conta a finalidade social e econômica do direito subjetivo e, ao usá-lo desconsideradamente, prejudicar alguém. Não há violação dos limites objetivos da norma, mas tão-somente um desvio aos fins socioeconômicos a que ela visa atingir. P. ex.: se A, credor de B, encontrando-se este doente e endividado, ameaça a filha do devedor com o requerimento judicial de falência do pai, se ela não se casar com ele, está exercendo anormalmente seu direito, pois a cominação do requerimento da falência não visa obter o pagamento do débito, mas sim extorquir da filha do devedor o consentimento de casar, o que o art. 153 do Código Civil considera como coação sobre o declarante.²²

A segunda hipótese legal para configuração do abuso de direito é a transgressão aos limites da boa-fé. O princípio da boa-fé está realmente entrinçado em todo o Código Civil de 2002. E não podia ser diferente, uma vez que constitui este corolário do princípio da eticidade, uma das pilstras do novo diploma civil.

A boa-fé é estudada como uma cláusula aberta, sujeita à análise do intérprete e aplicador da lei ao caso concreto. Cabe ao magistrado discernir, de modo ético e com bom senso, qual norma a ser aplicada na situação *sub judice*.

No âmbito dos contratos, a boa-fé consiste em uma diretriz interpretativa dos negócios jurídicos (art. 113, CC). A conduta baseada nos princípios da probidade e da boa-fé é imposta aos contratantes, antes, durante e depois da conclusão do contrato (art. 422, CC).

Humberto Theodoro Júnior aduz que o princípio da boa-fé, no caso do artigo 187, configurando-se o abuso de direito, pode conduzir à nulidade (total ou parcial) do contrato, sem prejuízo do dano sofrido pela vítima.²³

Pautar-se com boa-fé é praticar uma conduta honesta, proba, correta e leal. Quem age de má-fé o faz com intuito de prejudicar outrem. Ao contrário, a conduta pautada sempre no interesse de não prejudicar terceiros é uma prática da boa-fé.

O terceiro requisito legal consiste nos bons costumes. Em tese, diferenciam-se a boa-fé e os bons costumes. Estes são o conjunto de atos e condutas praticados de forma reiterada por uma determinada sociedade. Os costumes são fontes do direito.

No passado, já tiveram bastante peso como fonte de interpretação jurídica, notadamente na seara do direito comercial e do direito internacional.

Hoje, no entanto, apesar de ainda serem considerados como fontes jurídicas, não possuem a carga valorativa de outrora.

Desta feita, entendemos que, no artigo 187 do Código Civil de 2002, os *bons costumes* complementam a idéia da boa-fé como limite ao abuso de direito. Agir conforme os bons costumes de uma dada região ou localidade é agir de acordo com a boa-fé. São idéias que, via de regra, devem ser interpretadas conjuntamente, não merecendo maiores digressões a respeito.

3.3 Responsabilidade

Arnaldo Rizzardo entende que o artigo 187 configura um caso de responsabilidade subjetiva. No entanto, ele alerta sobre os riscos que se corre na ampliação dos casos de responsabilidade objetiva trazidos pelo Código Civil de 2002 e tão defendidos pela doutrina e jurisprudência pátrias.²⁴

Maria Helena Diniz também assevera que os casos de responsabilidade civil resultantes do exercício abusivo de direito subjetivo devem possuir três critérios:

- a) intenção de lesar outrem, ou seja, no exercício de um direito com o intuito exclusivo de prejudicar, que deverá ser provado por quem o alega; b) ausência de interesse sério e legítimo; c) exercício do direito fora de sua finalidade econômica e social (CC, art. 187).²⁵

Silvio Venosa entende que a configuração do abuso de direito prescinde da noção de culpa. O art. 187 do CC/2002, segundo o jurista, adota o critério objetivo-finalístico, ou seja, a culpa não é essencial, mas acidental, para a caracterização do ato abusivo. Em suma, a responsabilidade civil por ato abusivo prescinde da caracterização do elemento culpa.²⁶

Em verdade, não há dúvidas quanto à natureza objetiva da responsabilidade decorrente do abuso de direito, tanto que o Conselho das Justiça Federal, no âmbito da I Jornada de Direito Civil, concluiu pelo Enunciado n. 37: “A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

A despeito de não ter caráter vinculante e nem mesmo ser tido como fonte jurisprudencial, o enunciado supra é extremamente útil na interpretação dos dispositivos insertos no Código Civil de 2002. Percebe-se, *in casu*, que a responsabilidade civil quando da ocorrência do abuso de direito é objetiva, prescinde assim da comprovação da culpa. O parâmetro finalístico cinge-se aos limites legais analisados no item anterior.

3.4 Outros dispositivos caracterizadores do abuso do direito no Código Civil de 2002

Além do disposto no art. 187 do novel diploma civil, Maria Helena Diniz aponta outros dispositivos do mesmo código contrários ao exercício anormal de um direito, a saber²⁷: (i) o artigo 153, ao prescrever que “não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito...”, logo, a contrário senso, é anormal e vicia o negócio jurídico quando o exercício do direito é anormal; (ii) o art. 188 arrola como uma das causas excludentes de ilicitude os atos praticados no exercício regular de um direito reconhecido, também dando ensejo a uma interpretação *a contrario sensu*; (iii) o art. 939 estabelece sanções para o credor que extrapola os limites da cobrança de seu crédito; (iv) o art. 1277 trata do uso anormal da propriedade, que prejudica a segurança, o sossego e a saúde do vizinho; (v) o art. 1289 estabelece regra para o exercício normal e regular das águas por proprietários de prédios superiores em relação aos do prédios inferiores.

Carlos Roberto Gonçalves, por sua vez, afirma que o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil caracteriza a ilicitude de ato abusivo quando “o titular do direito se desvia da finalidade social para a qual o direito subjetivo foi concedido”.²⁸ Além dos já citados por Maria Helena Diniz, o Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo aponta ainda os artigos 1.637 e 1.638 (que prevêm sanções contra abusos no exercício do poder familiar).

3.5 Jurisprudência

Conforme já apontado, a aplicação da teoria do abuso de direito ocorre nas mais diversas searas do direito civil. Analisemos, neste ponto, o entendimento jurisprudencial sobre a matéria.

No que tange a abuso de direito nos contratos, assim se manifestam os tribunais superiores:

Age com abuso de direito e viola a boa-fé o banco que se cobra, invocando cláusula contratual constante de financiamento, lançando mão do numerário depositado pelo correntista em conta destinada ao pagamento dos salários de seus empregados, cujo numerário teria sido obtido junto ao BNDES. A cláusula que permite esse procedimento é mais abusiva do que a cláusula mandato, pois, enquanto esta autoriza apenas a constituição do título, aquela permite a cobrança pelos próprios meios do credor, nos valores e no momento por ele escolhidos.²⁹

Ao retomante, que tenha mais de um prédio alugado, cabe optar entre eles, salvo abuso de direito.³⁰

Quanto ao abuso de direito em matéria cambial, seguem os escólios pretorianos:

Não caracteriza exercício normal de um direito compelir uma pessoa a assinar cheque de valor fixado aleatoriamente.³¹

Há abuso de direito quando se saca letra de câmbio, sem autorização legal ou por escrito, para compelir o devedor a um pagamento que ele mesmo tem por indevido, pelo só temor dos desastrosos efeitos do protesto, com a finalidade de receber comissão de corretagem.³²

Constitui abuso de direito sacar letra de câmbio e levá-la a protesto sem estar autorizado por lei ou contrato.³³

Saque de letra de câmbio, sem previsão contida no contrato, para o recebimento de honorários de advogado caracteriza abuso de direito.³⁴

Configuram abuso de direito o saque e a tentativa de protesto de letra de câmbio, sem que exista direito cambial a ser resguardado.³⁵

Sobre a responsabilidade civil por ofensa à honra praticada pela imprensa, os tribunais assim vêm entendendo:

Responsabilidade civil – Imprensa (publicação de notícia ofensiva) – Ofensa à honra – Dano moral – Valor da indenização – Controle pelo STJ.

1 – Quem pratica pela imprensa abuso no seu exercício responde pelo prejuízo que causa. Violado direito, ou causado prejuízo, impõe-se seja reparado o dano. Caso de reparação de dano moral, inexistindo, nesse ponto, ofensa a texto de lei federal.

2 – Em não sendo mais aplicável a indenização a que se refere a Lei n° 5.250/67, deve o juiz no entanto quantificá-la moderadamente.

3 – Caso em que a indenização foi moderadamente arbitrada.

4 – Recurso especial conhecido pelo dissídio, mas improvido.³⁶

O dano moral também pode ser configurado pelo exercício abusivo do direito do credor ao remeter o nome do devedor para cadastro de inadimplentes:

Dano moral – Cambial – Nota promissória – Remessa do nome do devedor avalista ao Serasa – Prescrição cambial – Desaparecimento da obrigação, sendo desatendida a notificação ao banco credor para cancelamento da inscrição no cadastro dos devedores – Abuso de direito configurado – Indenização devida quanto aos

danos morais – Afastada, por não comprovados, a reparação do dano material – Obrigação de fazer cumulada com indenizatória – Recurso parcialmente provido para este fim.³⁷

Se o contrato encontra-se em discussão, nenhuma razão de direito ou de fato permite dar-se à palavra do banco, credor, maior valor do que à palavra do cliente, devedor. Tanto o banco pode estar certo, eventualmente, como, também eventualmente, pode estar certo o cliente – e, em sendo assim, é absolutamente inadmissível certificar-se o cliente como inadimplente, não cumpridor do contrato, se este ainda se encontra em discussão. Se, e quando, houver o trânsito em julgado da indigitada ação em que se discute o contrato assinado pelas partes, aí sim poderá a agravante legitimar-se a incluir o nome do devedor como inadimplente, pois só aí terá o Judiciário decidido ter ocorrido efetivamente a inadimplência. E não é “normal”, em absoluto, acabar com crédito de alguém que ainda está discutindo os termos do que contratou, o que implicaria admitir inaceitável pressão social e psicológica para forçar o devedor à desistência da demanda proposta.³⁸

Também ocorre o chamado abuso de direito no âmbito do direito societário, *verbis*:

O juiz pode julgar ineficaz a personificação societária, sempre que for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros.³⁹

Como é possível observar, o abuso de direito pode ocorrer pelo exercício, fora dos limites legais, de um direito seja ele ligado à seara contratual, obrigacional, societária, cambial, dentre outras.

4 CONCLUSÕES

O abuso de direito sofreu uma evolução ao longo dos tempos, partindo da premissa inicial dos atos emulativos até a configuração precisa de seu conceito nos ordenamentos jurídicos de diversos países, dentro de certos limites legais.

No Brasil, não houve a positivação expressa da citada teoria no âmbito da codificação civilista revogada, mas em diversas passagens do Código de 1916 o legislador trouxe parâmetros implícitos de aplicação e caracterização do abuso de direito.

Somente com o Código Civil de 2002, em seu artigo 187, preocupou-se o legislador infraconstitucional em explicitar o abuso de direito como ato ilícito. Não se configura como o mesmo ato ilícito previsto no artigo 186, mas possui

uma natureza distinta, como um ato ilícito funcional (nos dizeres de Felipe Peixoto Braga Netto), sendo uma espécie do ato ilícito *lato sensu* (nas lições de Gustavo Tepedino).

A configuração do exercício abusivo de um direito deve passar pela análise de seus requisitos legais, quais sejam: fim econômico e social, bons costumes e boa-fé.

A interpretação do ato abusivo deve voltar-se para o critério objetivo-finalístico. Noutros termos, a responsabilidade decorrente do ato abusivo é objetiva, independente de culpa, sendo o excesso configurado pelos limites impostos legalmente, já mencionados.

Por fim, percebe-se claramente que os tribunais pátrios já vêm enfrentando e acolhendo a tese do abuso de direito, antes mesmo de sua expressa positivação no Código Civil de 2002, o que reflete, de certo modo, a cultura de alguns magistrados desarraigados de ideais exclusivamente positivistas e de interpretações literais.

5 REFERÊNCIAS

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. In MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Renovar, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 7.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 20. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1.

RIZZARDO, Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: parte geral**. 34. ed. São Paulo: Saraiva,

2003, v. 1.

TEPEDINO, Gustavo et al. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

- 1 CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. In MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Renovar, 2006, p. 63.
- 2 Ibid., p. 64.
- 3 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 467.
- 4 CARDOSO, op. cit., p. 64-65. O autor retrata inúmeros casos interessantes: a) em 1808, o dono de uma oficina foi condenado pelas evaporações desagradáveis que provocava na produção de chapéus; b) em 1853, determinou-se a destruição de uma chaminé construída com o único intuito de fazer sombra sobre o terreno do vizinho; c) em 1915, a Corte de Cassação condenou o proprietário de um terreno que, sendo vizinho a um campo de pouso de dirigíveis, erguera um dispositivo dotado de espinhos de metal, os quais se destinavam a danificar os balões que sobrevoavam a sua propriedade.
- 5 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p. 671.
- 6 CARDOSO, op. cit., p. 70-74.
- 7 O art. 226 do Código Civil alemão preceitua: “O exercício de um direito será permitido, quando não tiver outro fim que não o de causar prejuízo a outrem.” (RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 320).
- 8 PEREIRA, op. cit., p. 674.
- 9 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 363.
- 10 “Art. 160. Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente (arts. 1.519 e 1.520). Parágrafo único. Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.”
- 11 Clóvis Beviláqua, Sílvio Venosa e Sílvio Rodrigues defendem que o artigo 160 do CC/1916 já albergava a teoria do abuso de direito. Caio Mário, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona entendem não ter havido a consagração explícita de tal teoria na codificação anterior.
- 12 PEREIRA, op. cit., p. 674.
- 13 “Art. 5º, LICC: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências sociais do bem comum”. Segundo este dispositivo legal, o magistrado deve decidir segundo o critério finalístico.
- 14 Art. 76, CC/1916: “Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral”. Logo, consiste em abuso de direito a propositura de demanda temerária.
- Art. 100, CC/1916: “Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial”. Este último artigo corresponde ao atual art. 153 do CC/2002.
- O art. 160, CC/1916 já foi transcrito na nota n. 09, supra.
- 15 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 562.
- 16 Ibid., p. 562.
- 17 NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 255.
- 18 TEPEDINO, Gustavo et al. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1, p. 342.
- 19 FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 244.
- 20 BRAGRA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 122-123.

- 21 RODRIGUES, op. cit., p. 319.
- 22 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 7, p. 557.
- 23 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 23.
- 24 RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do Código Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 574-577.
- 25 DINIZ, op. cit., p. 566.
- 26 VENOSA, op. cit., p. 568.
- 27 DINIZ, op. cit., p. 563-564.
- 28 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 460.
- 29 STJ, RE 124.527/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4. T., DJU de 04.05.2000.
- 30 Supremo Tribunal Federal, Súmula 409.
- 31 RT 587/137.
- 32 RJTJRS 28/373.
- 33 RJTJRS 43/374.
- 34 RJTJRS 43/345.
- 35 RJTJRS 29/298.
- 36 STJ, RE . 53964/RJ (9400278861), Rel. Min. Nilson Naves, 3.T., DJU de 15.06.98.
- 37 1º TACSP – Ap. Cível 724606-3/00, 8ª Câmara Extraordinária, Rel. Costa Telles, 05.11.97.
- 38 2º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, 10ª Câmara, Agravo nº.549.613-0/6, Rel. Soares Levada, v.u.
- 39 RSTJ 140/396.

AN ASSESSMENT OF CIVIL AND CONSTITUTIONAL ASPECTS OF ABUSE OF POWER

ABSTRACT

This work examines the theory of the abuse of power, qualified as an unlawful act by Article 187 of Civil Code. The author focus on its juridical nature, the legal possibilities regarding the abuse of power and the matters concerning liability. The evolution of the abuse of power theory in foreign and Brazilian law is also presented.

Keywords: Unlawful act. Abuse of power. Economic ends. Social ends. Good faith. Good behavior.