V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

VALMIR CÉSAR POZZETTI

JOANA STELZER

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM / Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Everton Das Neves Gonçalves, Joana Stelzer, Valmir César Pozzetti – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-228-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito civil contemporâneo. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

Já, em sua quinta edição internacional, o Encontro do CONPEDI vem brindar, neste ano de 2016, a Latino-América, especialmente, pela feliz decisão de realizar o primeiro Encontro em solo Sul-Americano, em terras Uruguaias. Mostrou-se acertada a escolha da Universidade da República Uruguaia para sede do V Encontro Internacional do CONPEDI seja pela camaradagem e hospitalidade da recepção dos hermanos uruguayos, seja pela beleza de Montevideo, uma Capital promissora e aconchegante. Indizível a beleza do Palácio Legislativo em que ocorreu a abertura dos trabalhos com a presença das autoridades Uruguaias que tão entusiasticamente receberam a tantos brasileiros que migraram para aquelas paragens em busca da consolidação de seus estudos de pós-graduação. É uma inquestionável verdade, a de que o CONPEDI, nestes anos todos, vem arrastando e fazendo migrar, por assim dizer, quantidade considerável de entusiastas pesquisadores do Direito, seja no Brasil como, agora, se vê, no exterior em busca do desenvolvimento e consolidação das pesquisas jurídico-doutrinárias.

Coube-nos, então, participar do CONPEDI, para além da própria apresentação de artigos científicos, avaliando e acompanhando os esforços de brasileiros e uruguaios na área do Direito Civil Contemporâneo (GT II). As apresentações dos trabalhos dos dois autores uruguaios: Andrés Mendive Dubourdieu e Virginia Yellinek Devitta e dos onze artigos brasileiros transcorreram em ambiente acadêmico propício à salutar e necessária troca de percepções e experiências jurídico-doutrinárias em busca da consolidação de uma identidade científica para o Direito Sul-Americano, mormente, na área cível. Destarte, foram passíveis de apreciação, pela assistência presente, os trabalhos disponibilizados para leitura, que brindaram o encontro dos dedicados pesquisadores do GT Direito Civil Contemporâneo II, conforme segue:

Iara Pereira Ribeiro apresentou o trabalho intitulado 'a validade do ato jurídico praticado pela criança e o adolescente menor de dezesseis anos', questionando a capacidade civil em seu duplo aspecto, a saber: de direito e de exercício; destacando que crianças e adolescentes menores de dezesseis anos praticam inúmeros atos jurídicos que são considerados válidos e eficazes tanto pela lei, quanto pela sociedade pugnando pela mudança legislativa.

Karina Pinheiro de Castro, por sua vez, discorreu sobre 'as alterações da incapacidade civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) e seus impactos na prescrição e no sistema jurídico das nulidades'; destacando as alterações do regime jurídico da incapacidade civil das pessoas acometidas por qualquer tipo de deficiência, seja ela física, mental ou sensorial e as respectivas consequências jurídicas que poderão ser acarretadas na prescrição e no regime legal das nulidades dos negócios jurídicos.

Daniel Navarro Puerari e Rossana Marina De Seta Fisciletti destacaram o 'princípio (ou regra) da proporcionalidade e da razoabilidade: considerações acerca da aplicabilidade destes postulados nas ações indenizatórias por danos morais'; mormente no que se refere ao estabelecimento do quantum indenizatório nas ações de reparação civil com fins à condenação em dano moral, destacando que os Tribunais de Justiça brasileiros vêm se apropriando dos referidos institutos ora para majorar, ora para reduzir o valor atribuído aos danos morais em razão de violação aos direitos da personalidade.

Luciano Monti Favaro desenvolveu o trabalho denominado 'reconhecimento de capacidade civil plena às pessoas com deficiência', enfatizando que o Estatuto da pessoa com deficiência em consonância com a Convenção Internacional sobre os direitos dessas pessoas alterou dispositivos do Código Civil brasileiro de forma a ser reconhecida a capacidade civil plena desses sujeitos em consonância com os ditames constitucionais e internacionais, uma vez que as protegerão em virtude do que elas são e não do que elas possuem.

Flaviana Rampazzo Soares trouxe a lume a 'Common Law revisitando o tema punitive damages, o ideal indenizatório e a função punitiva no direito de danos contemporâneo'. A autora analisou as funções da responsabilidade civil contemporânea, o papel da culpa e do risco na atribuição de responsabilidade, detalhando a visão doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema, abordando o tratamento da função punitiva e da chamada "indenização com finalidade punitiva". A autora fez perceber que indenizações insignificantes para determinados agentes econômicos sujeitos de direito não persuadem a uma ação correta e socialmente aceita e, pelo contrário, podem levar à impunidade. Através da análise de acórdãos, verificou os aspectos práticos da admissão de possível função punitiva e sua repercussão na fixação da indenização, sobretudo, na compensação por danos extrapatrimoniais.

Jamile Coelho Moreno e Jaime Leandro Bulos abordaram a questão do 'dano moral coletivo e sua efetividade no Ordenamento Jurídico brasileiro', especialmente por intermédio da legislação consumerista de 1990, determinando os legitimados para propor ações coletivas em defesa dos direitos concernentes aos consumidores; bem como, as vítimas de danos

advindos de evento, direta ou indiretamente ligado à relação de consumo e sustentando que a condenação judicial por dano moral coletivo (dano extrapatrimonial) é sanção pecuniária, com caráter eminentemente punitivo, em face de ofensa a direitos coletivos ou difusos nas mais diversas áreas.

Vitor de Medeiros Marçal e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral trataram das 'intimidações sistemáticas no ambiente escolar e pluriofensividade: um estudo das consequências jurídicas extrapatrimoniais da conduta bullying'. Para os autores, restam consequências jurídicas extrapatrimoniais decorrentes do bullying escolar, como fenômeno lesivo e de múltiplas repercussões no âmbito da responsabilidade civil. Assim, destacaram o correto sentido a ser atribuído aos danos extrapatrimoniais, equivocadamente confundidos com o dano moral; bem como, as principais espécies de danos extrapatrimoniais derivados das intimidações sistemáticas, quais sejam, dano moral, dano à saúde e dano existencial.

Fabianne Manhães Maciel e Carla Fernandes de Oliveira apresentaram trabalho a respeito da 'Teoria do abuso de direito: uma releitura necessária'. Em especial, as pesquisadoras destacaram que a visão civil constitucional do Direito Privado deve ultrapassar a dicotomia entre o público e o privado, impondo-se que as relações negociais, os atos jurídicos e o exercício do direito pelo seu titular sejam limitados por searas principiológicas. Entendendo que princípio enquanto norma de otimização, deve alcançar a melhor aplicabilidade da solução jurídica ao caso concreto, sugerem a necessidade de analisar a possível relativização dos direitos e prerrogativas de direito individuais subjetivos, buscando maior efetividade dos interesses difusos e do bem estar social.

Joana de Souza Sierra e Mark Pickersgill Walker pesquisaram sobre 'a possibilidade de responsabilização dos provedores de aplicações de internet pelos conteúdos gerados por terceiros: crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e ao marco civil da internet'. Intentaram, assim, crítica à metodologia de responsabilização subjetiva dos provedores de aplicações de internet por conteúdos gerados por terceiro, em sua situação pretérita (na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça) e presente (no Marco Civil da Internet). Demonstraram, pois, que as metodologias adotadas pela jurisprudência e pelo legislador não são compatíveis com tais institutos, que imporiam, nesses casos, a responsabilização objetiva dos provedores de aplicações.

Fabio Queiroz Pereira e Mariana Alves Lara discutiram sobre o tema 'Lease-back e a proibição dos pactos comissórios'. Explicando que o lease-back é modalidade de arrendamento mercantil, em que o bem envolvido na operação já pertence ao arrendatário, os autores concluíram que o instituto não consubstancia, em um primeiro momento, pacto

comissório no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Porém, destacaram que se inquirindo as circunstâncias de contratação pode-se chegar à conclusão contrária, de modo que, para evitar futura declaração de nulidade contratual, é adequado pactuar-se, em anexo ao lease-back, um pacto marciano.

Ana Elisa Pretto Pereira Giovanini e Ana Lucia Pretto Pereira, por sua vez, trabalharam a questão da 'responsabilidade civil nas hipóteses de iatrogenia e erro médico'. As autoras chamaram a atenção para o fato de que existem situações nas quais, eventual lesão causada ao paciente não resultará de um agir culposo do profissional na arte médica. A iatrogenia se configura quando, mesmo tendo sido o profissional da saúde altamente diligente, seu paciente sofre alguma alteração de cunho patológico e, consequentemente, um resultado negativo em seu tratamento. Circunstâncias como essas são classificadas como excludentes de culpabilidade, dentre as quais está inserida a iatrogenia que, uma vez configurada, afasta eventual responsabilização.

Nuestros hermanos uruguayos presentaran, por su vez, importantes contribuciones académicas que se deben destacar. Así, en atención a ellos, se comenta los artículos presentados en su lengua. Andrés Mendive Dubourdieu presentó el tema 'Negocios jurídicos y daños en los mundos virtuales y videojuegos', destacando la magnitud económica del sector. El autor presentó números impresionantes a respecto del sector concentrando su pesquisa en la perspectiva del Derecho Civil para comprender los daños y negocios jurídicos que se presentan entre los participantes de estos mundos virtuales y la necesidad de un derecho específico actual e dinámico para acompañar el mundo real de los negocios ligados al sector de los videojuegos que se han transformado en la mayor industria cultural de la actualidad.

Virginia Yellinek Devitta contribuyo sobremanera con su trabajo intitulado 'desvío productivo como daño indemnizable'. La autora presenta importante trabajo destacando que el tiempo es precioso y que los consumidores no pueden ser privados de ello por empresas que les llaman diariamente ofreciendo servicios o que tienen prácticas que desperdicien el tiempo del consumidor que, a su vez, ya tienen prerrogativas jurídicas para su defensa en Brasil y Argentina. Pugna, entonces, por la condena al proveedor por desvío productivo del consumidor pretendiendo la indemnización por “desvío improductivo”. Llega a la conclusión de que el “desvío improductivo” es un daño indemnizable en el sistema de responsabilidad civil uruguayo, no limitándose tal carácter de resarcible al área del derecho del consumidor. Alega que no existen diferencias relevantes en la normativa que sirve de fundamento a la

indemnización de este daño en Brasil y Argentina y la normativa uruguaya. Por lo tanto, resultan aplicables la mayor parte de las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales realizadas en estos países vecinos.

Ao que se vê, a variedade dos assuntos e a preocupação dos pesquisadores com as inovações normativas traz a lume importantes reflexões sobre o Direito Civil contemporâneo. Temas como capacidade civil, indenização por danos morais, abuso de direito na esfera cível, lease-back e responsabilidade civil nas hipóteses de iatrogenia são exemplos marcantes de circunstâncias e institutos de Direito Civil a desafiarem o mundo acadêmico em busca de aproximação de legislações na Sul-América e, em especial, entre Uruguai e Brasil. Convidamos, assim, a todos, para a leitura de tão significativos artigos que, certamente, estão a inovar e sugerir novas formas de pensar acadêmico-científico para os civilistas, em especial, de Uruguai e Brasil.

Prof. Dr. Everton Das Neves Gonçalves - UFSC

Prof. Dr. Valmir César Pozzetti - UEA

Profa. Dra. Joana Stelzer - UFSC

TEORIA DO ABUSO DE DIREITO: UMA RELEITURA NECESSÁRIA

ABUSE OF RIGHTS THEORY: A NEW REQUIRED READING

Fabianne Manhães Maciel
Carla Fernandes de Oliveira

Resumo

A nova visão civil constitucional do Direito Privado, ultrapassando a vertente de uma velada dicotomia entre os ramos público e privado, impõe que as relações negociais, atos jurídicos e o exercício do direito pelo seu titular seja limitado por searas principiológicas. Verificando o princípio enquanto norma de otimização, que busca alcançar a melhor aplicabilidade da solução jurídica ao caso concreto, surge a necessidade de analisar a possível relativização dos direitos e prerrogativas de direito individuais subjetivos, buscando, quiçá, uma maior efetividade dos interesses difusos e do bem estar social.

Palavras-chave: Abuso de direito, Princípios, Relativização, Bem estar social

Abstract/Resumen/Résumé

The new constitutional civilian aspects of Private Law , surpassing the slope of a veiled dichotomy between the public and private branches, requires the business relationships, legal acts and the exercise of the right by the holder is limited based on the principles. Checking the principle as optimization standard that seeks to achieve the best applicability of the legal solution to the case, the need arises to analyze the possible relativization of rights and individual subjective right prerogatives, seeking, perhaps, greater effectiveness of diffuse interests and well be social.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Abuse of rights, Principles, Relativization, Social welfare

INTRODUÇÃO

A proibição da teoria do abuso do direito, sua aplicabilidade em consonância com os atuais paradigmas da relação contratual e sua análise ampla à luz do Direito Civil, bem como aquela voltada aos contratos de consumo, acaba por demonstrar uma visível promoção de relativização dos direitos e prerrogativas de direito individuais subjetivos, principalmente os classificados como absolutos[1], em prol de uma maior efetividade dos interesses coletivos e do propósito primordial do Estado Democrático de Direito: o bem estar social.

Assim sendo, no primeiro momento o intuito é verificar a construção da teoria do abuso do direito, a verificação dos efeitos dos atos emulativos, as limitações ao longo dos anos dos atos de natureza privada, exercidos pelo próprio particular titular do direito. Atos estes que se encontra em uma verdadeira lacuna entre os atos legalmente permitidos e os atos legalmente proibitivos.

Em seguida o objetivo é discorrer acerca das cláusulas gerais da boa fé objetiva, função social e bons costumes. A relação direta e indireta destes comandos gerais com a relação de cunho contratual, a real aplicabilidade, as inovações trazidas com o advento do Código Civil Brasileiro em vigência atualmente, bem como a necessidade de se visualizar uma autonomia da teoria do abuso do direito atuando em conformidade com os paradigmas inovadores.

Doravante, em continuidade, enfrentaremos a distinção entre ato ilícito e ato abusivo e a natureza da responsabilidade que deste decorre. Neste momento será ressaltada a essência do ato abusivo e os seus efeitos na esfera dos ônus produzidos, bem como as tutelas aplicáveis, sua real classificação, as particularidades envolvendo o ilícito e o antijurídico e o preenchimento de um abismo secular na esfera do direito civilista.

---

[1] Importante ressaltar que a classificação aos direitos considerados absolutos por um critério diferenciador conferido pela doutrina não exprime, necessariamente, uma visão pacífica. É imperioso citar o trabalho jurídico de León Deguit que influenciou significativamente no conceito de direito absoluto, negando-o como tal, substituindo a expressão citada pela idéia de função social. Duguit tomava como postulado a essência de que a ciência do direito deve ser positiva, afastando a idéia de juízos axiológicos e concepções metafísicas. Desta forma o direito é legitimado com base em um substrato social, agindo como verdadeiro fundamento, sendo representado pela solidariedade e interdependência entre pessoas. Visualizando-se a função social como a própria realização dessa solidariedade. DEGUIT, León. *Transformaciones del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975, p. 203: "Si tomamos el texto de la ley, encada artículo vemos aparecer la noción fundamental del Derecho moderno, La noción de fin", este pensamento é colocado no tópico em que o Autor referido manifesta-se acerca da "noción realista de función social sustituye a la noción metafísica de Derecho subjetivo".

Ao final a conclusão disporá sobre a teoria do abuso do direito e a direta relação da proibição deste ato com a relativização de direitos. O exercício de direitos de forma abusiva pelos seus titulares não contribui ao bem estar comum, à coletividade, podendo gerar tão somente o enfraquecimento dos valores basilares da justiça social.

O enfrentamento da questão será feita através da metodologia qualitativa através do método dialético através inclusive de debates em grupo de pesquisa.

1. O Direito Civil Constitucional e o abuso do direito: Evolução e tratamento jurídico

O modelo de Estado Absolutista, caracterizado por privilégios de poucos e gerador de vários excessos de poderes aos seus dirigentes, principalmente séculos XV a XVIII, consequentemente, acabou contribuindo à necessidade da criação de uma forma de ingerência governamental com alicerces mais populares em termos de participação, uma imposição de limites ao próprio Estado e seus governantes, uma maior possibilidade de proteção de direitos do particular em face dos abusos estatais e dos demais particulares.

Dentro deste contexto e evolução históricos, com influência direta do (*i*) modelo envolvendo a repartição, separação e independência envolvendo as três funções típicas do Estado – Poder Legislativo, Executivo e Judiciário – exercidas com base no sistema de freios e contrapesos e com (*ii*) a eclosão do movimento constitucionalista, voltado às liberdades públicas, direitos e garantias fundamentais do cidadão, com expressa interferência à forma, estrutura e organização do Estado, há uma busca paulatina no tocante à limitação do poder do Estado e seus governantes, objetivando (dentro de outras situações) afastar ou inibir ao máximo o arbítrio estatal.

O Estado Absolutista e o próprio Estado Liberal, em seu nascedouro, crescimento e expansão, não atendiam aos interesses e aspirações dos governados principalmente em sede de Direito Privado. Se aquele interferia sensivelmente nas relações contratuais, obrigacionais e de convivência em sociedade, com muita ou total ingerência do Estado em face de seus súditos, sem quaisquer garantias de direitos e com uma imensa carga de privilégios reais concedidos para a mantença da ordem jurídica em vigor; neste havia pouca ou quase nenhuma norma cogente que pudesse frear os interesses da classe burguesa e seus abusos privados, valendo a máxima que – no Estado Liberal – tudo que a lei privada não proibisse seria, em tese, permitido.

Destarte, os modelos estatais, citados anteriormente, deixavam uma enorme lacuna na efetivação de direitos. A busca pelo Estado de Direito, do Estado do Bem Estar Social e do Estado Social de Direito apresenta seus alicerces na preocupação com os modelos herméticos positivistas, na falsa ilusão e pretensão de que as relações pragmáticas em sociedade teriam sempre uma relação de subsunção à norma, na inconformidade das classes menos protegidas em face aos abusos estatais, no combate ao individualismo exacerbado.

Por essa razão o movimento constitucional, em especial no final do século XX no Brasil, deixa sua marca dentro de uma visão socializadora de direitos com a Constituição Federal de 1988 positivando valores fundamentais, princípios basilares como a dignidade da pessoa humana[2], igualdade substancial, imposição da função social da propriedade, relativização de direitos subjetivos e aplicabilidade de normas de otimização.

Um novo viés constitucional passa a interferir nas relações em sociedade. Essa valoração do indivíduo reflete no direito privado. O centro de proteção positivada passa do patrimônio para o indivíduo. O *ter* sucumbe ao *ser* e os direitos privados, antes exercidos de forma absoluta, passam por uma nova análise de legitimidade, impondo-se o respeito aos direitos individuais do outro.

Dentro desta análise bem reduzida é possível verificar a interferência direta das nuances constitucionais no Direito Civil brasileiro e no tratamento do chamado abuso de direito (antes e depois da Constituição chamada cidadão de 1988). Dois diplomas legais civilistas tratam de forma completamente distinta a noção de abuso de direito enquanto exercício (a)normal de um direito posto: o Código Civil brasileiro de 1916, extremamente baseado nas ideias liberais pós revolução francesa, com enorme carga patrimonialista e pouco interferência estatal nas relações privadas; e o Código Civil de 2002, sustentado por paradigmas principiológicos e com relação direta a um Estado, pelo menos, de Direito.

A questão que envolve o abuso do direito sob a égide do Código Civil de 1916, revogado desde janeiro de 2003, não recebeu do legislador infraconstitucional, à época,

[2] Ressalta-se: DICK, Jaqueline Hamester A dignidade humana como fundamento da interpretação contratual. In: GORCZESKI, Clovis; REIS, Jorge Renato dos. *Constitucionalismo contemporâneo: direitos fundamentais em debate.* Porto Alegre: Norton, 2005, p. 221, parcialmente e *in verbis*: "o princípio da dignidade da pessoa humana acabou por trazer uma nova roupagem ao sentido da própria lei. O contrato, antes limitado à vontade das partes e a pouquíssimos regramentos limitadores desta vontade, passam a estar subordinados aos limites da boa-fé, da função social e do equilíbrio contratual ou justiça contratual."

uma atenção mais direcionada – ao contrário do que ocorreu em outros ordenamentos jurídicos, como o direito alemão, por exemplo.

No lugar de comandos positivos, o direito brasileiro optou por uma referência negativa, ou seja, uma interpretação *a contrario sensu* do artigo 160, inciso I do Código Civil de 1916 que tratava dos atos não considerados ilícitos. A parte final do inciso aduzido versava que o exercício regular de um direito reconhecido não constituía ato ilícito. Utilizando uma interpretação lógica, chegávamos ao entendimento de que se o exercício do direito se operava de forma não regular, de maneira distorcida, em situação que não guardava consonância com o mandamento legal deixava de ser considerado lícito e passava a apresentar um caráter de ilicitude.

Em comentários ao art. 160, na obra "Código Civil anotado" Maria Helena Diniz assim se pronuncia:

> Exercício regular de um direito reconhecido. Se alguém no uso normal de um direito lesar outrem não terá qualquer responsabilidade pelo dano, por não ser um procedimento ilícito. Só haverá ilicitude se houver abuso do direito ou seu exercício irregular ou anormal (RT, 434:239, 445:229, 403:218 e 494:225; TJSC, Adcoas, n. 84.906, 1982). [3]

O abuso do direito, por uma visão sistemática, estaria presente no nosso direito pátrio, antes da vigência do atual Código Civil, por uma indicação negativa e não por um comando expresso positivamente. Daí a crítica. Chegava-se ao raciocínio demonstrado através de uma visão lógica, pela visão sistemática da ciência do Direito, que nos permite perceber que, em um ordenamento constituído de regras positivadas e princípios norteadores, cada disposição legal é parte de um todo, não podendo, assim, visualizar a regra sem que se conheça o sistema que ratifica, ampara e solidifica esta norma em um determinado momento.

"De modo que não se tem uma boa interpretação se conduz ao vago, ao contraditório e ao absurdo, porquanto a inteligência deve encontrar sentido no que se faz."[4]. A lição de Arnaldo Rizzardo dá sentido ao já afirmado e associa a boa técnica interpretativa, de um texto ou dispositivo, uma razoabilidade que pode levar ao exegeta uma melhor compreensão do dizer legal.

A ausência de comando normativo expresso quanto à teoria do abuso do direito, antes da publicação do vigente Código Civil brasileiro, não impediu que a

[3] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado***.** 3° ed.aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 170. O Código Civil de 1916 apresentava a seguinte redação no que tange o "artigo 160 – Não constituem atos ilícitos: I – Os praticados em legítima defesa, ou no exercício regular de um direito reconhecido."
[4] RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do Código Civil: Lei 10.406, de 10.01.2002.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 106.

doutrina enfrentasse o tema[5]. Até porque quando se fala em abusos, se verificam excessos[6]. A interpretação dada ao artigo 160 do Código Civil de 1916, relacionando-o a uma previsibilidade negativa da existência da teoria do abuso do direito no nosso ordenamento, impondo uma verdadeira "condenação" ao uso abusivo de um direito por seu titular, também se aplica a outros dispositivos do Código Civil revogado.[7]

Interpretando o artigo 100 do Código Civil , de uma maneira direta, verificamos que se um credor, cuja dívida encontra-se vencida e não paga, "ameaçar", no sentido de notificar antecipadamente, a possibilidade de negativação do nome do devedor nos órgãos competentes ou de protestar o título não estaria exorbitando o seu direito. Não entraria na esfera do ilícito. Contudo, *a contrario sensu*, caso não houve dívida vencida, se a dívida já tivesse sido adimplida, por exemplo, realizar quaisquer dos atos citados acima caracterizariam um ato com natureza de abuso do direito.

É imperioso afirmar que sob a égide do Código Civil de 1916 não havia que se falar em análise da eticidade e valoração do abuso do direito. Não se expressava a idéia de diferenciação entre o campo da abusividade e da ilicitude, relacionava-se, tão somente o abuso do direito a este último de forma estrita.

É nesta seara da ilicitude que se aplicava a hermenêutica de que a um ato praticado pelo titular de um direito de forma irregular, anormal, ultrapassando os limites deste próprio direito abusivamente estaria cometendo, na esfera cível, simplesmente, um

---

[5] CARPENA, Heloisa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 37 e 38.

[6] Neste sentido: "No vocábulo *abuso* encontramos sempre a noção do excesso; o aproveitamento de uma situação contra pessoa ou coisa, de maneira geral. Juridicamente, abuso de direito pode ser entendido como o fato de se usar o poder, de uma faculdade, de um direito ou mesmo de uma coisa, além do que razoavelmente o Direito e a sociedade permitem." VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Parte Geral*. Editora Atlas: São Paulo, 13ª edição, 2013, p. 564.

[7] Dispositivos do Código Civil revogado de 1916, tais como: *Artigo 100:* Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial; *Artigo 526*: A propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda a profundidade, úteis ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário opor-se a trabalhos que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse algum em impedi-los; *Artigo 584:* São proibidas construções capazes de poluir, ou inutilizar para o uso ordinário, a água de poço ou fonte alheia, a elas preexistente; *Artigo 585*: Não é permitido fazer escavações que tirem ao poço ou à fonte de outrem a água necessária. É, porém, permitido fazê-las, se apenas diminuírem o suprimento do poço ou da fonte do vizinho, e não forem mais profundas que as deste, em relação ao nível do lençol d água; *Artigo 587:* Todo proprietário é obrigado a consentir que entre no seu prédio, e dele temporariamente use, mediante aviso prévio, o vizinho, quando seja indispensável à reparação ou limpeza, construção e reconstrução de sua casa. Mas, se daí lhe provier dano, terá direito a ser indenizado; *Artigo 1.530*: O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro; *Artigo 1.531*: Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas, ou pedir mais do que foi devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação.

ato ilícito. Daí, nitidamente, uma preocupação em diferenciar o ato ilícito do ato abusivo.

O foco dado relaciona-se com a natureza da violação e a questão do enquadramento do ato abusivo como categoria jurídica autônoma, levando-se o ato abusivo para o campo da antijuricidade, uma vez o direito do sujeito é tutelado pelo ordenamento jurídico, não há uma ilicitude no sentido de violar um comando normativo, todavia, o exercício regular de um direito é praticado pelo respectivo titular em desconformidade com valores que deveriam ter sido respeitados[8]. Verificamos, então, não a ilicitude propriamente dita, em sentido estrito, mas sim uma ilicitude mais ampla, desviando a abusividade para o campo da antijuricidade.[9]

Cumpre dissociar o ato ilícito do ato abusivo por respeito à natureza e ao caráter autônomo deste. Neste ínterim,[10]

> Diz-se, portanto, que no primeiro, há inobservância de limites lógico-formais e, no segundo, axiológico-materiais. Em ambos, o agente se encontra no plano da antijuridicidade: no ilícito, esta resulta da violação da forma, no abuso, do sentido valorativo. Em síntese, o ato abusivo está situado no plano no plano da ilicitude, mas com o ato ilícito não se confunde, tratando-se de categoria autônoma da antijuricidade.

A teoria do ato abusivo embora tenha sido construída ao longo do século XX, possui sua origem ligada ao Direito Medieval. Os atos praticados com a íntima e direcionada intenção de causar prejuízo a terceiros eram vistos como atos emulativos e tinham direto liame com o direito de propriedade e com os direitos de vizinhança[11]. Direito este que apresentava uma essência ferozmente absolutista. Os atos emulativos relacionavam-se com o exercício de um direito que possuía um único fito: prejudicar outrem. Em outras palavras, não se buscava um benefício próprio com o exercício de um direito, mas sim a ocorrência de um desconforto a outra pessoa não titular deste direito.

A vida medieval continha uma rotina propícia para o propósito que envolvia o ato abusivo: a apatia e atrofia da atuação do Estado no que concerne a defesa dos

---

[8] Sobre o tema, é possível afirma que no abuso de direito "alguém aparentemente atua no execício de um direito subjetivo. O agente não desrespeita a estrutura normativa, mas ofende sua valoração." FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito dos Contratos. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011, p. 180.

[9] Everaldo da Cunha Luna expõe que no abuso de direito a conduta humana é repudiada em virtude de um juízo de valor. LUNA, Everaldo da Cunha. *Abuso de direito*. Forense: Rio de Janeiro, 1959, p. 59.

[10] TEPEDINO, Gustavo. A parte geral do novo código civil. In. *Estudos na perspectiva civil-constitucional* / (Coord.) Gustavo Tepedino. 2ª ad. Ver. E atual. Rio de Janeiro, Renovar. 2003, p.381.

[11] CARDOSO, Vladimir Mucury, O abuso do direito na perspectiva Civil-Constitucional. MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.) *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Renovar, 2006, p. 63.

direitos coletivos, as constantes brigas entre vizinhos, o natural uso da força na conquista de direitos, os confrontos que envolviam questões de poderes e discussões ligadas às classes dominantes e às corporações, dentre outros fatores.

O Direito Romano[12], o Direito Francês[13] e o Direito Alemão[14], por exemplo, trazem na sua história resquícios dos atos emulativos, haja vista que eram praticados os atos mais abrasivos, completamente abusivos, com o firme propósito de se exercitar um direito reconhecido por lei. Isto reflete uma das mais antigas idéias do ser humano de que aquilo que não estivesse proibido em escala privatista seria, então, permitido. Havia um vácuo a ser preenchido. Uma infeliz lacuna que concedia, em tese, a prerrogativa ao titular um direito para exercê-lo com o objetivo de prejudicar a terceiro. Atualmente, temos a real consciência de que nem tudo que não é proibido é, necessariamente, permitido, eis que a lacuna entre o permitido e o proibido encontra-se hoje preenchida pelo ato abusivo.

Não obstante o Direito Romano, Francês e Alemão apresentarem uma visão complacente aos atos abusivos, como uma conseqüência natural do exercício de um direito absoluto ou não proibido pela Lei, à luz da vedação dos atos emulativos, aqueles amparados pelo manto da teoria do abuso do direito, começaram, mesmo que timidamente, por mitigar, relativizar, os referidos abusos.

Destacamos no Direito Romano a possibilidade de perda da propriedade quando o titular se recusava a prestar caução de dano infecto e a vedação imposta ao proprietário de que este não poderia demolir a sua casa para a alienação dos bens móveis. No Direito Alemão, decisão judicial garantiu ao filho, verdadeiro desafeto do próprio pai, o direito de adentrar nas terras do genitor, mesmo contra a sua vontade, em dias de festa, para poder prestar homenagens a mãe falecida e ali enterrada.

Finalmente, e não menos importante por isto, no Direito Francês nos deparamos com o célere caso Clement Bayard, julgado pela Corte de Amiens, que teve como decisão o reconhecimento de ser abusiva a conduta do proprietário que, sem a menor justificativa plausível e aceitável, decidiu por construir enormes torres com lanças pontiagudas de ferro em direção ao firmamento com um único propósito: furar os

[12] O caráter individualista do direito de propriedade no Direito Romano, por exemplo, refletia essa visão. GONÇALVEZ, Carlos Roberto. In. *Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas*. Saraiva: São Paulo, vol. 5, 10ª edição, 2015, p. 244.

[13] Novamente a existência de uma expressiva feição individualista, nesta fase oriunda das ideias liberais, pós Revolução Francesa. GONÇALVEZ, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas*. Idem, p. 244.

[14] SÁ, Fernando Augusto Cunha. *O abuso de Direito*. Lisboa: Almedina, 2005, p. 61-63.

dirigíveis de um terceiro que utilizavam um terreno confrontante como local de pouso e decolagem.

A decisão histórica, dentro de um Estado que via no direito de propriedade um verdadeiro campo sem ligação direta com o campo público e coletivo, cujas regras privatistas encontravam-se reguladas a serviço de uma classe dominante econômica e politicamente após a revolução francesa de 1789, é um verdadeiro presságio que a abusividade no exercício de um direito não deve ser considerado um ato normal e condizente com parâmetros legais.

Com o reconhecimento da teoria do abuso do direito, e a necessidade social e jurídica de afastar tais atos mesmo dentro de uma aplicabilidade mais simplória e uma análise mais restrita, passou-se a relativizar um direito considerado deveras absoluto. Inicia-se, por conseguinte, com estes mencionados exemplos uma tímida discussão da função social dos direitos, ou seja, o não proprietário (não titular de direitos) sofredor dos efeitos do ato abusivo e do prejuízo arcado, passa a exigir a liberdade de questionar a antijuricidade do ato abusivo.

O Código Civil brasileiro de 2002, em vigência na contemporaneidade, influenciado pela doutrina de Miguel Reale, é visivelmente caracterizado com a aplicabilidade de princípios e de cláusulas gerais. Justifica-se tal técnica legislativa jurídica, empregando-se signos que garantem um sistema aberto, permitindo a evolução interpretativa e teleológica da ordem jurídica de acordo com os padrões culturais e éticos da sociedade.

É o oposto do sistema hermético positivista.

Nesse novo sistema, os operadores do direito possuem, inegavelmente, um papel atuante na aplicabilidade e no sentido funcional das normas jurídicas ao caso concreto. Nesse sentido leciona Gerson Luiz Carlos Branco: “A grande modificação na linguagem do novo Código Civil foi a sua projeção para o futuro, que pode ser vista pela edição de normas abertas, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados localizados estrategicamente”[15].

São positivados no Código Civil de 2002, as teorias da Boa-fé Objetiva enquanto regra de conduta ética (art.422), da Função Social dos Direitos no sentido de se atender à funcionalização dos direitos e a sua relativização na busca de institutos que respeitem ao coletivo (art. 421), da vedação aos atos emulativos e do Abuso do Direito

[15] BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith;BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro. São Paulo : Saraiva, 2002. p. 24.

(arts. 187 e 1.228, §3º), dentre outras cláusulas gerais, que garantem eticidade, socialidade, operabilidade, destinação e funcionalidade ao sistema jurídico.

2. O abuso do Direito: conceito jurídico autônomo e as cláusulas gerais

O Poder Legislativo pode usar métodos mais rígidos e herméticos nas técnicas legiferantes que deseja utilizar no exercício de sua função típica; ou pode se valer de modelos de linguagem mais abstratos capazes de aplicabilidade em uma seara maior de casos.

A concretude metodológica legislativa pode ter uma vinculação maior do intérprete à norma no sentido de subsunção da lei ao caso concreto, contudo aplica-se a uma menor quantidade de fatos. Uma vez que as situações pragmáticas em sociedade passam por inúmeras mutações e, nem sempre, a produção legal legislativa acompanha as mudanças nas relações em sociedade com a mesma rapidez e eficiência. Exige-se menos do intérprete; aplica-se menos também[16].

No caso das normas que compreendem em seu texto cláusulas gerais possuem um maior grau de abstração e de aplicabilidade. Desta forma, permitem ao operador do Direito maior liberdade para criar a norma do caso concreto. Não há que se falar em arbítrio do julgado ou intérprete; existem limites na própria interpretação. As cláusulas gerais, geralmente, impõem que o intérprete busque o seu sentido fora do direito positivo, nas regras sociais e nas vertentes principiológicas.

A existência dessas cláusulas gerais e a aplicabilidade de conceitos indeterminados possuem uma ligação com uma interpretação teleológica, além de demais espécies. Daí sua interferência com a noção de proibição do exercício abusivo de um direito. Impondo ao intérprete um ônus maior de análise subjetiva.

A existência do abuso do direito como conceito jurídico autônomo não surgiu de forma pacífica. Por ser o ato abusivo uma expressão que coabita esta lacuna, mister se faz analisar as Teorias Afirmativas.

[16] "Tem-se pura e simplesmente a escolha entre a utilização de modelos linguísticos mais concretos ou mais abstractos, isto é, pode optar-se, por exemplo, por dizer „livro" ou „coisa". Os modelos linguísticos abstractos concentram uma grande quantidade de realidade (têm uma grande extensão conceptual), mas são relativamente vazios do ponto de vista do conteúdo (a sua intensidade é fraca). Com os modelos linguísticos concretos passa-se exactamente o contrário. Se se almejar tanto uma grande extensão como uma forte intensidade, está-se perante um dilema. A saída a que constantemente se recorre consiste na associação de cláusulas gearis a exemplos." In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcol Keel, Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.309.

Heloisa Carpena, na sua obra Abuso do Direito nos Contratos de Consumo[17], nos elenca seis Teorias Afirmativas. *Abuso como princípio geral interpretativo* (noção de adaptação do direito positivo à realidade social, verificação do conteúdo valorativo da norma); *Anormalidade do dano* (o dano anormal ocorre quando o exercício de um direito, tutelado pela norma, extrapola os limites que o costume aceitaria); *Abuso por violação do dever moral* (o abuso do direito seria um resultado da subordinação da norma positivada aos princípios morais. O ato abusivo deveria ser atacado não só porque causava prejuízo a terceiros, mas principalmente por causar violações aos deveres morais de justiça, equidade e humanidade); *Violação ao espírito do direito ou ao seu fim social* (no exercício de um direito não se pode permitir que o seu titular afaste-se dos interesses vitais da coletividade); *Causalista* (o ato abusivo se encontra dissociado da vontade do legislador, não era isto que ele visualizava quando aprovou uma Lei) e a Teoria de que o *sujeito excede os limites ao exercício do direito* (ocorre uma delimitação do direito subjetivo pelo elemento valorativo, a finalidade de um direito não se encontra alheio, distante, à sua estrutura como um todo).

Todas as Teorias Afirmativas, mesmo as criticadas como a da anormalidade do dano defendida por René Savatier, possuem um ponto de convergência, há uma preocupação em identificar um fator interno do próprio direito subjetivo, como um elemento inerente a sua natureza. Referimo-nos ao fim social ou econômico que permeia a estrutura do direito subjetivo.

As teorias que defendem a autonomia do abuso do direito reconhecem que a legitimidade de um direito não é realmente verificada apenas com a avaliação do seu aspecto formalista. A evolução do estudo deste tema nos impõe uma análise teleológica; é preciso cumprir, também, o fundamento axiológico-normativo, este é um verdadeiro fator de limitação do direito subjetivo. Quando o titular exerce seu direito de forma abusiva, desrespeita este elemento finalístico, cabendo à ciência do Direito elidir o abuso.

A evolução social depende da manutenção de uma paz que alcance a todos, proprietários e não proprietários, titulares e não titulares de um direito. Inclusive os direitos ainda considerados, nos dias atuais, por um mero critério acadêmico de diferenciação entre direitos pessoais e reais, um direito subjetivo "absoluto" por apresentar uma característica *erga omnes*, um direito que expressa um direito sobre a coisa que impõe a toda coletividade anônima um dever legal de abstenção, como o

[17] Op. cit., nota 4, páginas 46 a 57.

direito de propriedade, por exemplo. O Direito Romano, por sua vez, influencia nesta classificação quando afirmava ser os direitos obrigacionais *jus ad rem* (direito à coisa – direito subjetivo relativo) e os direitos *reais jus in re* (direito sobre a coisa – direito subjetivo absoluto). A relativização dos direitos subjetivos, ou situações jurídicas, contribui para que os fundamentos substanciais da norma sejam respeitados, evitando que o requisito ético seja desafiado por um exercício ilegítimo de um direito por seu titular.

A limitação a um direito subjetivo no aspecto da vedação da abusividade do seu exercício possui este elemento fim como algo intrínseco e visceral. Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Andrea Leite Ribeiro de Oliveira[18], ensinam que:

> No período anterior a 1988, a subordinação da propriedade à função social foi considerada a principal limitação do direito constitucional à propriedade; incluía-se a função social dentro das limitações ao direito de propriedade, como se fosse algo exterior a ele. (...) Hoje com base nos arts. 5º, XXIII, 170, III, 182, §§ 2º e 4º, 184 e 186, da Constituição Federal, deve-se reconhecer que a função social integra a propriedade; a função social é a propriedade, e não algo exterior ao direito de propriedade. E, uma vez não cumprida a função social, o direito de propriedade será esvaziado.

Com a intenção de utilizar a lição acima transcrita, aplicando sua interpretação ao tema do abuso do direito, percebemos especialmente na Teoria Afirmativa de Louis Josserand – Teoria da violação do espírito do direito ou ao seu fim social – que ocorre abuso do direito quando o exercício é efetivado pelo titular objetivando um fim diferente daquele previsto na norma; o abuso do direito não está fora do próprio direito. É inerente a essência do direito, uma vez não atendido ao fim, o exercício do direito se torna abusivo.

Ademais, além da própria função social, a boa-fé objetiva e os bons costumes consistem em verdadeiros critérios que possibilitam o questionamento do abuso do direito. É quase uma unanimidade aduzir que os atos abusivos demonstram uma real violação ao dever de agir conforme padrões de probidade, eticidadde, lealdade e confiança. Assim o princípio da boa-fé objetiva, enquanto cláusula geral, complementa a lacuna que permeia o abuso do direito, impondo um verdadeiro patamar de valoração comportamental ao titular no exercício regular de um direito.

Os bons costumes, por sua vez, complementam a atuação da boa-fé objetiva, eis que se destinam a suprimir os efeitos de uma atividade nociva e não desejada no seio de uma sociedade, emanam de um anseio ético, exprimindo uma moral social aceitável

[18] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; OLIVEIRA, Andrea Leite Ribeiro de. In. *Função social no direito civil /* (Coord.) Guilherme Calmon Nogueira da Gama. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2008, p.51.

num determinado momento, num determinado contexto. A expressão ligada aos bons costumes possui influencia tal que permite a determinação de regras que impedem comportamentos não desejados, haja vista não serem aprovados pela própria coletividade.

Será abusivo o ato que venha contrariar legítimas expectativas e seja exercido em sede de quebra de confiança e desrespeito. Destarte, por todo o exposto, afirmamos que uma das maiores essências do abuso do direito, constante no artigo 187 do Código Civil, se traduz na sua avaliação e interpretação conforme a função social e econômica, a boa-fé objetiva e aos bons costumes.

3. A responsabilidade civil na esfera do ato abusivo

A autonomia na estrutura do abuso do direito nos demonstra algo além da idéia de elemento fim na composição do direito. Implica, também, na análise da necessidade, ou não, da noção de culpa para aplicação de responsabilidade. O ato abusivo nos levaria a uma responsabilidade subjetiva, amparada na idéia de culpa do agente, ou prescinde da culpa?

É bem verdade que durante a eficácia do Código Civil de 1916 baseava-se a responsabilidade, como regra nas relações entre particulares, relacionadas ao fator culpa.

Esta realidade vem sofrendo modificações com as alterações legais oriundas da essência do Código Civil brasileiro vigente, especialmente no que tange a redação do artigo 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.”

A disposição do atual diploma é digna de comentários quanto aos efeitos relacionados à responsabilidade civil. O fato do tema abuso do direito encontrar-se inserido no capítulo referente aos atos ilícitos não produz maiores prejuízos, analisando que o ato abusivo não constitui propriamente um ato ilícito, como já abordamos o tema inicialmente em tópico anterior, desta forma há uma verdadeira transcendência dos limites da responsabilidade civil, impondo ao sujeito titular de um direito um comportamento que não conflite com a boa fé objetiva no exercício deste mesmo direito.

Vale ressaltar que princípio da boa fé objetiva que é um real paradigma nas situações jurídicas atuais. É uma verdadeira cláusula aberta e, consequentemente, um dos requisitos que deve ser verificado no estudo e aplicabilidade do abuso do direito.

O desrespeito a uma regra de conduta ou comportamento esperado em consonância com o princípio da boa fé objetiva deve ser avaliado, também, em outras situações que não sejam tão somente as contratuais; mas, inclusive, quanto ao exercício de um direito. Se este exercício desobedece ao fim esperado, ultrapassa os fins morais, sociais e econômicos do próprio direito estaremos diante do abuso associado à violação da cláusula geral da boa fé objetiva que impõe um agir positivo, uma regra de comportamento aceitável na hipótese concreta, um verdadeiro tratar ao outro como gostaríamos de ser tratados[19].

Analisar o atual Código Civil, no que tange seu artigo 187 e o assunto responsabilidade civil, é verificar a adoção de um critério objetivo-finalístico, tanto pelo texto legal quanto pela sua interpretação sistemática e teleológica ao princípio da boa fé objetiva. O dispositivo legal não exige o critério culpa, na esfera da subjetividade, para a efetivação do abuso do direito. O Código Civil acaba por dispensar o elemento subjetivo e se vê por satisfeito com a própria conduta do titular que repousa no comportamento abusivo ferindo um aspecto social, íntimo, normativo valorativo. É válida e verossímil, portanto, a afirmação apresentada de que o critério de culpa é prescindível e não essencial para a configuração do abuso.

Uma das maiores importâncias do tema abuso do direito no Código Civil de 2002 é o pensamento exalado de que o critério do ato abusivo não é uma derivação e conseqüência do plano psíquico do elemento culpa, mas sim do real desvio de finalidade.

Daí falar-se que a responsabilidade oriunda do desvio finalístico é objetiva, ou seja, não há que se valorar o elemento culpa. Corroborando com o agora exposto, destacamos o Enunciado nº 37 da Jornada de Direito Civil, o qual preconiza que "a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe da culpa, e fundamenta-

[19] "O princípio da boa-fé objetiva exige do sujeito conduta leal e ética durante o ato e o negócio jurídico. Por isso, se o sujeito se orienta no início do negócio jurídico de uma forma, e no decorrer do negócio, sem qualquer justificativa, passa a ter uma conduta incompatível e contraria a conduta inicial, restará caracterizado o abuso de direito. O objetivo é a tutela da confiança do sujeito que acreditou no comportamento inicial da outra parte". Esta afirmação guarda ressonância com a proibição do comportamento contraditório (*verine contra factum proprium*). CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de Direito Civil. Institutos Fundamentais. Parte Geral.* Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2ª tiragem, 2010, p. 722.

se somente no critério objetivo-finalístico". Consoante Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald[20], reforçando o agora afirmado, trazemos à colação:

> No art. 186, há uma cláusula geral de ilicitude por culpa – praticamente reiterando o famoso art. 159, do Código Civil de 1916. Em contrapartida, o art. 187 enfatiza uma cláusula geral de ilicitude, de índole objetiva, ao mencionar que " 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".

A regra geral a ser observada nos remete ao entendimento de que cada direito deve ser exercitado com a devida obediência a sua essência típica, seu espírito intacto, sem a ocorrência de quaisquer desvios de finalidade ou afastamento da sua irrefutável função social, eis que intrínseca ao próprio direito, exercício ou instituto. Não há no nosso ordenamento pátrio um direito absoluto que o seu exercício seja aceitável de qualquer forma, de qualquer maneira, possuindo como limite, apenas, a manifestação de vontade do seu titular.

Os limites basilares são a conformidade e o não confrontamento com a finalidade do mesmo, o não desrespeito ao princípio da boa fé objetiva e o resguardo do sentido normativo interno de tal direito, isto é, o valor que se apresenta como adequado fundamento jurídico. Não basta mais a análise da mera estrutura formal do direito, imprescindível analisar seu sentido intrínseco.

Destarte, demonstrado o abuso do direito, dentro dos critérios expostos e analisando as lições aduzidas, é possível sfirmsr que a teoria objetiva finalista é a que expressa a natureza da responsabilidade civil oriunda do exercício irregular de um direito, eis que não há a necessidade de se exigir o elemento culpa, fundamentando-se em um critério objetivo e finalístico.

4. Ato ilícito e ato abusivo

O fator primordial que demonstra uma diferença importante entre o abuso de direito e ato ilícito é a natureza da violação a que eles aludem. Neste a violação é observada quando o indivíduo ofende diretamente um comando legal, consubstanciando que o acenado comando contém previsão expressa da conduta praticada – em outras palavras: o ato ilícito, propriamente dito, viola a lei diretamente, consiste em ação ou omissão que contraria o ordenamento jurídico.

[20] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil. Teoria Geral*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.603.

No abuso, diferentemente, o titular aparentemente estaria agindo no exercício de seu direito. Todavia, na efetivação de tal hipótese, se encontra violando os valores que justificam o reconhecimento desse direito pelo ordenamento jurídico.

Nas duas situações confrontadas, o sujeito que pratica ou o ato ilícito, ou o ato abusivo, se encontra inserido no plano da antijuridicidade, sendo que, ao praticar o primeiro o mesmo estaria infringindo os limites lógico-formais, enquanto que ao praticar o segundo violaria os limites axiológico-materiais.

De acordo com a explicação de Heloísa Carpena[21], *in verbis*:

> O ilícito, sendo resultante da violação de limites formais, pressupõe a existência de concretas proibições normativas, ou seja, é a própria lei que irá fixar limites para o exercício do direito. No abuso não há limites definidos e fixados aprioristicamente, pois estes serão dados pelos princípios que regem o ordenamento, os quais contêm seus valores fundamentais. Por este mesmo motivo pode-se afirmar que o abuso supõe um direito subjetivo lícito atribuído a seu titular, que, ao exercê-lo, o torna antijurídico. Já o ilícito, por ser contrário à disposição legal, mostra-se previamente reprovado pelo ordenamento, não comportando controle de abusividade. Os conceitos de ilícito e de abuso, por conseguinte, excluem-se mutuamente.

Há uma preocupação e se demonstrar que a verificação da ocorrência do ato ilícito produz um efeito claro, expresso, direto. Já no ato abusivo, contrariamente, por estar atrelado a um excesso no exercício de um direito por seu titular, preenchendo uma verdadeira lacuna entre o que não é proibido e o que não é permitido, existe um real paradoxo entre a conduta e a finalidade do direito subjetivo.

Em tempos pretéritos, especialmente no tocante ao positivismo exacerbado e aos ideais de um Estado liberal, havia uma cultura de que o direito privado deveria esgotar comportamentos proibidos e permitidos, gerando, dentro do possível, um rol quase taxativo, com a natureza dos *numerus clausus*. Atualmente este pensamento é fortemente mitigado, superando-se a idéia de que as relações e situações jurídicas ocorridas no seio da sociedade são passíveis de regulamentação exaustiva. Ratificando o agora descrito, citamos novamente, Heloísa Carpena[22]:

> O reconhecimento de que o direito positivo não pode dar conta de prever exaustivamente todas as condutas anti-sociais ou indesejadas é o primeiro passo para a construção de um sistema jurídico mais coerente e harmônico. Isto porque, se não é dado à lei estabelecer todos os limites aos exercício dos direitos subjetivos, tal papel será melhor confiado aos princípios, que dessa forma assumem um grau maior de normatividade, incidindo diretamente nas relações jurídicas privadas.

[21] Op. cit., nota 4, p.382.
[22] Op. cit., nota 4, p. 383.

A análise principiológica, como já abordamos, é de extrema importância para o entendimento da Teoria do abuso do direito. Apenas complementando o já aduzido, é importante ressaltar que sob a visão da boa-fé objetiva várias modalidade podem ser especificadas quando o tema é ato abusivo. As expressões em latim: *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório)*, supressio e surrectio* (inaceitabilidade do exercício de uma situação jurídica em virtude do seu retardamento ou omissão, gerando ao outro uma expectativa lógica) e o *tu quoque* quando a confiança de uma das partes é violada) são verdadeiros instrumentos orientadores ao intérprete da norma. Instrumentos que auxiliam no controle de antijuridicidade.

Se um comportamento apresenta-se distorcido em relação a um dever jurídico oriundo de um comando normativo, competindo ao legislador limitar o exercício do direito estaremos diante do ato meramente ilícito. Se a competência é direcionada ao julgador, em virtude da essência e exercício do direito desassociado da finalidade, estaremos na esfera do abuso do direito.

Além da boa-fé objetiva, o princípio da função social impõe, também, ao titular de um direito o respeito às regras de lealdade e probidade. Não pode o exercício de um direito ser efetivado de maneira abusiva, violando as expectativas legítimas de toda uma coletividade. Todavia, quando o ato abusivo ocorre é preciso que o campo do Direito nos conceda um norte, uma tutela específica para inibi-lo, repará-lo ou, até mesmo, obrigar ao titular infrator que desvirtuou o exercício de um direito a uma ação ou omissão.

O exercício do ato abusivo pode gerar a necessidade de tutelas diversas, desde elas a indenizatória (ressarcimento de danos materiais e morais), quanto inibitória (mesmo havendo a possibilidade de ressarcimento em algumas situações, esta pode-se mostrar inoperante e/ou insatisfatória se pensarmos nos direitos indisponíveis, por exemplo; nos direitos existenciais é totalmente inútil só se pensar em tutela indenizatória porque alguns direitos não tem preço, se tornando, assim, impossível a reparação pura da lesão), até mesmo a coercitiva – que impõe ao titular de um direito, no exercício abusivo deste, uma apropriada coerção acessória que tem como finalidade a interferência psicológica ao violador da substancia de um direito próprio, para que este venha exercê-lo dentro dos ditames axiológicos-finalístico).[23].

[23] É importante reparar e valorar a tutela coercitiva como forma garantidora de direitos, automaticamente como instrumento que se opõe ao abuso no exercício de um direito. Analisando o direito de uma pessoa ocupando o pólo passivo de uma ação de investigação de paternidade que se negava, terminantemente, ao exame de DNA por afirmar que isto viola sua integridade física ou que o demandado não é obrigado a produzir provas contra si mesmo. Ora, hoje os exames desta natureza são feitos com um simples fio de cabelo ou mera saliva coletada em cotonetes próprios e quanto ao direito de não produzir provas, este

Neste contexto, o avaliador, julgador ou intérprete da norma pode verificar condutas antijurídicas que não sejam, necessariamente, oriundas de comandos normativos, mas que decorram de violações à essência de um direito e aos princípios norteadores do ordenamento jurídico. Possibilitando, portanto, uma visão mais ampla, mais comprometida com a realidade social e econômica e bons costumes que devem ser preservados em uma sociedade.

5. Considerações finais

A teoria do abuso do direito que versa sobre o exercício de um direito, por seu titular, contrariando sua finalidade e substância normativa, gerando um ato que ocupa um vácuo entre o que é efetivamente proibido pela lei e o que se encontra positivamente permitido, sofreu variações consideráveis no decorrer do tempo, tendo em vista a análise do direito subjetivo, outrora entendido até mesmo como absoluto, e das situações jurídicas mais comumente defendidas na atualidade..

Neste cenário, o ato abusivo foi, inclusive, negado enquanto conceito jurídico autônomo; prevalecendo as teorias quanto a sua autonomia. A base para este entendimento dar-se-á em virtude da idéia que o ato abusivo viola, fere, infringe não a norma positiva formal elaborada pelo legislador, mas o próprio espírito do comando normativo e a sua, inegável, função social.

O exercício de um direito não encontra, somente, limites no dizer do legislador; encontra, também e necessariamente, limites em regras de comportamento que atendam ao princípio da boa-fé objetiva, ao fim social e econômico a que é destinado e aos bons costumes.

A proibição do ato abusivo emerge como um verdadeiro instrumento mitigador do egoísmo desenfreado do ser humano. Há, inegavelmente, uma relação direta entre a proibição deste ato com a relativização de direitos. O exercício de um direito sob um aspecto anormal, impróprio e além de seu fim esperado não é capaz de desenvolver, na sociedade, relações probas e que interfiram positivamente nos valores basilares da justiça social. Muito pelo contrário.

Os valores e interesses sociais e econômicos na esfera dos novos paradigmas das situações jurídicas – cláusulas gerais que se confundem, em algumas situações, com

deve ser avaliado com um critério mínimo de razoabilidade. É abusiva a negativa à realização do exame, cabendo, desta forma, uma determinação coercitiva para garantir, numa ponderação de interesses, o direito ao nome, à filiação, à identidade biológica da parte autora.

os princípios norteadores do ordenamento jurídico – possuem uma seiva deveras importante que corroboram com a dignidade da pessoa humana. Não é aceitável, na atual concepção envolvendo a função social dos institutos e conceitos jurídicos, que o titular de um direito venha exercê-lo com o firme propósito de prejudicar outrem ou violando a essência deste direito.

O objetivo deste trabalho é ressaltar a importância da proibição do ato abusivo como medida benéfica na persecução de situações e relações jurídicas mais saudáveis e justas. A função social e demais princípios não podem ser analisados apenas em sede teórica, como meros entendimentos didáticos e estáticos, aplicando seus conceitos em situações imaginárias e irreais.

É imperioso que a relativização dos direitos, sob uma visão axiológica-finalística, esteja sendo observada como um eficaz núcleo na defesa da utilização de direitos. Entre as opções do uso abusivo de um direito resguardado formalmente e a limitação do exercício deste direito substancialmente, ficamos com a segunda hipótese, haja vista ser este o comportamento voltado ao bem estar comum.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARDOSO, Vladimir Mucury, O abuso do direito na perspectiva Civil-Constitucional. MORAES., Maria Celina Bodin de. (Coord.) In. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Renovar, 2006, p. 63.

CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de Direito Civil. Institutos Fundamentais. Parte Geral.* Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2ª tiragem, 2010.

CARPENA, Heloisa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DEGUIT, León. *Transformaciones del Derecho.* Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975.

DICK, Jaqueline Hamester A dignidade humana como fundamento da interpretação contratual. In: GORCZESKI, Clovis; REIS, Jorge Renato dos. *Constitucionalismo contemporâneo: direitos fundamentais em debate.* Porto Alegre: Norton, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 3° ed.aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil. Teoria Geral.* 8ª Ed. Rio e Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____ *Direito dos Contratos*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; OLIVEIRA, Andrea Leite Ribeiro de. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). In. *Função social no direito civil* – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVEZ, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas*. Saraiva: São Paulo, vol. 5, 10ª edição, 2015.

KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (Org.). Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Trad. Marcol Keel, Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LUNA, Everaldo da Cunha. *Abuso de direito*. Forense: Rio de Janeiro, 1959.

TEPEDINO, Gustavo (Coord). A parte geral do novo código civil. In: *Estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2ª ad. Ver. E atual. Rio de Janeiro, Renovar. 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do Código Civil: Lei 10.406, de 10.01.2002*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SÁ, Fernando Augusto Cunha. *O abuso de Direito*. Lisboa: Almedina, 2005, p. 61-63.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Parte Geral*. Editora Atlas: São Paulo, 13ª edição, 2013.