

Gustavo Tepedino
(Coordenador)

**A PARTE GERAL DO
NOVO CÓDIGO CIVIL:
ESTUDOS NA PERSPECTIVA
CIVIL-CONSTITUCIONAL**

2ª edição revista



RENOVAR

Rio de Janeiro • São Paulo
2003

Todos os direitos reservados à
LIVRARIA E EDITORA RENOVAR LTDA.
MATRIZ: Rua da Assembléia, 10/2.421 - Centro - RJ
CEP: 20011-901 - Tel.: (21) 2531-2205 - Fax.: (21) 2531-2135
LIVRARIA CENTRO: Rua da Assembléia, 10 - loja E - Centro - RJ
CEP: 20011-901 - Tels.: (21) 2531-1316 / 2531-1338 - Fax.: (21) 2531-1873
LIVRARIA IPANEMA: Rua Visconde de Pirajá, 273 - loja A - Ipanema - RJ
CEP: 22410-001 - Tel.: (21) 2287-4080 - (21) 2287-4888
FILIAL RJ: Rua Antunes Maciel, 177 - São Cristóvão - RJ - CEP: 20940-010
Tels.: (21) 2589-1863 / 2580-8596 / 3860-6199 - Fax: (21) 2589-1962
FILIAL SP: Rua Santo Amaro, 257-A - Bela Vista - SP - CEP: 01315-001
Tel.: (11) 3104-9951 - Fax: (11) 3105-0359

www.editorarenovar.com.br renovar@editorarenovar.com.br

SAC: 0800-221863

Conselho Editorial

Arnaldo Lopes Sussekind — Presidente
Carlos Alberto Menezes Direito
Caio Tácito
Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.
Celso de Albuquerque Mello
Ricardo Pereira Lira
Ricardo Lobo Torres
Vicente de Paulo Barretto

Revisão tipográfica
Fernando Guedes
Severina Barbosa

Capa
Simone Villas-Boas

Editoração Eletrônica
TopTextos Edições Gráficas Ltda.

01116

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

P273 A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional / Coord. Gustavo Tepedino. — 2.ed. rev. e atual. — Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
454p. ; 23cm.

ISBN 85-7147-381-1

1. Direito civil — Brasil. I. Tepedino, Gustavo.

CDD 346.81

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)
Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Sumário

Apresentação	XI
Introdução: Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002 Gustavo Tepedino	XV
A pessoa e o ser humano no novo Código Civil (arts. 1º a 10) Rafael Garcia Rodrigues	1
Os direitos da personalidade no novo Código Civil (arts. 11 a 21) Danilo Doneda	35
A ausência: análise do instituto sob a perspectiva civil-constitucional (arts. 22 a 39) Barbara Almeida de Araujo	61
Anotações sobre as pessoas jurídicas (arts. 40 a 69) Teresa Cristina G. Pantoja	85
O domicílio no Código Civil de 2002 (arts. 70 a 78) Bruno Lewicki	125
Dos bens (arts. 79 a 103) Marcelo Junqueira Calixto	151
O negócio jurídico e as suas modalidades (arts. 104 a 114 e 121 a 137) Rose Melo Vencelau	179

O abuso do Direito no Código de 2002 Relativização de direitos na ótica civil-constitucional

Heloísa Carpena

1. Caracterização do abuso do direito – 2. O ato abusivo como categoria jurídica autônoma – 3. O instituto no Código de 1916 – 4. O abuso do direito na jurisprudência – 5. Positivação: o art. 187 do CC 2002 – 6. Uma interpretação constitucional do abuso do direito – 7. Bibliografia.

1. Caracterização do abuso do Direito

O instituto do abuso do direito é construção doutrinária e jurisprudencial do século XX, embora sua origem seja comumente identificada nos atos emulativos do direito medieval, sendo também encontrados vestígios da teoria no direito romano. A história registra que somente em 1912, com o caso Clement Bayard, julgado pela Corte de Amiens, a teoria do abuso do direito tornou-se amplamente conhecida. Consta que o proprietário de um terreno vizinho a um campo de pouso de dirigíveis construiu, sem qualquer justificativa, enormes torres no vértice das quais instalou lanças de ferro, colocando em perigo as aeronaves que ali aterrizavam.

A decisão considerou abusiva a conduta, responsabilizando o proprietário¹. Com efeito, foi no Direito das Coisas que primeiro se cogitou de impor limites ao exercício de direitos, além daqueles estabelecidos na própria lei, criando “entre o permitido e o proibido”, uma nova categoria de atos jurídicos.

A formulação do conceito, assim como a indagação sobre a existência do abuso como conceito jurídico autônomo, fizeram surgir diversas teorias², as quais procuraram justificar ou negar o ato abusivo, identificá-lo ou distingui-lo do ilícito. As teorias negativistas buscaram demonstrar sua inexistência, seja como consequência lógica da própria negação do conceito de direito subjetivo (Duguit); seja por situá-lo fora do campo jurídico, definido apenas como conceito metafísico (Rotondi); como também por entender que os direitos subjetivos não admitem limitação que não seja imposta pelo ordenamento (Planiol).

A crítica à concepção desta última teoria, expressa na conhecida máxima de Marcel Planiol, segundo a qual “o direito cessa onde começa o abuso”, conduziu as primeiras correntes afirmativas a uma interpretação no sentido da absorção do ato abusivo pelo ato ilícito.

Dentre os afirmativistas, há autores que entenderam o abuso do direito apenas como princípio geral de interpretação das normas jurídicas, ou seja, como instrumento a permitir a adaptação do direito positivo à realidade social. Embora não tenha solucionado o problema da identificação do ato abusivo, tornando ainda mais imprecisos seus contornos, esta teoria contribuiu para a formulação do conceito, introduzindo a idéia de que as normas que atribuem direitos devem ser interpretadas de acordo com sua letra, mas também de acordo com seu espírito, isto é, segundo um conteúdo valorativo.

A René Savatier deve-se a caracterização do abuso segundo o dano causado, sendo o “dano anormal” a circunstância que eviden-

1. Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, 12ª ed., p. 133.

2. Para uma completa descrição das teorias científicas sobre o abuso, cf. Fernando Cunha de Sá, *Abuso do Direito*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 212.

ciaria se o exercício do direito excede ou não a medida fixada pelos costumes³. Assim, a necessidade do titular legitimaria a causação do dano, exercendo abusivamente seu direito somente aquele que ultrapassasse tal limite, fixado eqüitativa e casuisticamente.

Outra corrente doutrinária, capitaneada por Georges Ripert, retomou a linha de pensamento traçada por Planiol, sustentando que o abuso do direito não faz parte das qualificações jurídicas, mas é resultado da subordinação da lei positiva aos princípios morais, à “regra moral”⁴. O ato abusivo, então, é aquele que, não apenas causa dano a outrem, mas se torna reprovável por infringir deveres morais de justiça, eqüidade e humanidade, os quais existem acima do plano da legalidade. A teoria, embora não tenha resistido à crítica que a aproxima das concepções do Direito Natural, teve o mérito de introduzir a idéia de moralidade no exercício dos direitos.

Percorrido este longo caminho, os doutrinadores passaram a buscar a construção científica do abuso do direito no cerne do direito subjetivo, procurando identificá-lo como resultado de uma contradição com um dos elementos valorativos do próprio direito. Neste ponto, destaca-se a obra de Josserand⁵, que concebeu o abuso como violação ao espírito do direito ou ao seu fim social.

Assim como o ordenamento constitui o conjunto de regras sociais obrigatórias, o direito subjetivo, como parte da juridicidade, não poderia ter diferente natureza e finalidade, assumindo caráter social tanto na origem como na missão que se destina a desempenhar. O ato abusivo consistiria na atuação anti-social.

Há ainda outras teorias — causalistas — que identificam o abuso na confrontação da conduta do titular com os interesses que legitimam o reconhecimento e a tutela legislativa dos direitos. Trata-se de uma concepção causal dos direitos, segundo a qual será abusivo aquele ato desviado da vontade do legislador.

3. *Idem*, p. 352.

4. *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925, p.6.

5. *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Paris : Librairie Dalloz, 1939, p. 10.

Finalmente, a doutrina evoluiu para a concepção do ato abusivo como aquele pelo qual o sujeito excede os limites ao exercício do direito, sendo estes fixados por seu fundamento axiológico, ou seja, o abuso surge no interior do próprio direito, sempre que ocorra uma desconformidade com o sentido teleológico em que se funda o direito subjetivo⁶. O fim — social ou econômico — de um certo direito subjetivo não é estranho à sua estrutura, mas elemento de sua própria natureza.

Como afirmamos em outra oportunidade, exercer legitimamente um direito não é apenas ater-se à sua estrutura formal, mas sim cumprir o fundamento axiológico-normativo que constitui este mesmo direito, que justifica seu reconhecimento pelo ordenamento, segundo o qual será aferida a validade do seu exercício. A teoria do abuso do direito passa então a rever o próprio conceito de direito subjetivo, relativizando-o⁷.

Com efeito, a caracterização do ato abusivo depende do estabelecimento de limites ao exercício do direito subjetivo, além dos quais o titular ingressa no plano da antijuridicidade, sujeitando-se às sanções correspondentes. Importa, portanto, no reconhecimento de sua relatividade e significa uma valoração da conduta segundo determinados critérios, os quais serão examinados adiante. A teoria aplica-se também a outras prerrogativas individuais, como as liberdades, faculdades, funções ou poderes, visto que todas elas possuem igualmente um fundamento axiológico.

6. Vale citar a preciosa lição de Cunha de Sá: "... o abuso de direito não pode ser encarado em termos formalistas, pois em certa e determinada situação podemos descobrir concordância com a estrutura formal de um dado direito subjetivo e, simultaneamente, discordância, desvio, oposição, ao próprio valor jurídico que daquele comportamento faz um direito subjetivo. Neste encobrir, consciente ou inconscientemente, a violação material do fundamento axiológico de certo direito com o preenchimento da estrutura formal do mesmo direito é que reside o cerne do abuso de direito." (Abuso... p. 456)

7. Heloisa Carpena, *Abuso do Direito nos contratos de consumo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 56.

2. O ato abusivo como categoria jurídica autônoma

Todo o processo de construção doutrinária, aqui resumidamente descrito, resultou em um conceito de ato abusivo que não se confunde com o de ato ilícito. E esta distinção é particularmente importante, visto que permite a exata compreensão do instituto.

O que diferencia as duas espécies de atos é a natureza da violação a que eles se referem. No ato ilícito, o sujeito viola diretamente o comando legal, pressupondo-se então que este contenha previsão expressa daquela conduta. No abuso, o sujeito aparentemente age no exercício de seu direito, todavia, há uma violação dos valores que justificam o reconhecimento deste mesmo direito pelo ordenamento. Diz-se, portanto, que no primeiro, há inobservância de limites lógico-formais e, no segundo, axiológico-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 da ilicitude, mas com o ato ilícito não se confunde, tratando-se de categoria autônoma da antijuridicidade.

Na doutrina brasileira, não são poucos os autores que repudiam a distinção, dentre estes, Pontes de Miranda, para quem, "o abuso do direito é ato ilícito, porque exercício irregular"⁸. No mesmo sentido, J. M. Carvalho Santos, afirmando que "o abuso de direito não pode ser estudado senão como figurando dentro da teoria geral do ato ilícito".⁹

As teorias que negam a autonomia do ato abusivo o equiparam ao ilícito em virtude da identidade de efeitos. De fato, tanto um quanto outro ensejam a responsabilidade civil do agente, visto que em ambos os casos ele atua sem direito. As duas espécies de atos atrairão, assim, as mesmas sanções. Contudo, a caracterização do ato como ilícito não enseja necessariamente a obrigação de indenizar, que pode ou não lhe ser conseqüente. Pode haver um dano ao

8. *Tratado de Direito Privado*, vol. II, São Paulo, RT, 1977, p. 311.

9. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. III, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 4.ed., p.338.

qual não corresponda a obrigação de indenizar, de que seria exemplo aquele resultante do ato praticado em legítima defesa, pois somente ao dano provocado ilicitamente ou ao dano injusto corresponde a obrigação de indenizar.

O ilícito, sendo resultante da violação de limites formais, presuppõe 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.

Interessante exemplo, no tocante às liberdades, nos é dado pela doutrina portuguesa¹⁰, considerando hipoteticamente a situação de alguém que "... passeia pelas ruas de uma cidade pode estar a atuar verdadeiramente sua liberdade de ação ou pode estar estruturalmente fora dessa faculdade, se nomeadamente seu comportamento se situar no período do cumprimento de uma pena de prisão." No primeiro caso, estaríamos dentro da legalidade, no exercício de uma faculdade subjetiva, e no segundo caso, diante de carência de direito, v.g., na ilicitude.

Prossegue o mesmo autor: "...mas pode-se encarar a hipótese de o mesmo sujeito circular numa via pública aos encontrões com as pessoas que por ele se cruzam, no deliberado propósito de as importunar". Nesta situação, ainda que o sujeito possa estar exercendo a liberdade que lhe assiste como prerrogativa jurídica, seu comportamento evidentemente se choca com o valor que lhe serve de fundamento e portanto será tido como abusivo.

Como se percebe claramente, a identificação do ato ilícito é mais direta e evidente, pois há uma norma prevendo a restrição da

10. Fernando Augusto Cunha de Sá, ob. cit. p. 618.

liberdade e tal preceito foi descumprido. O ato abusivo, no entanto, será identificado a partir da constatação de que há, no exemplo dado, um descompasso entre a conduta, concretizando o exercício do direito de ir e vir, e a finalidade pela qual o ordenamento garante ao titular este mesmo direito ou liberdade, que certamente não é a mesma que o sujeito persegue, na hipótese.

O fato de produzirem os mesmos efeitos não iguala os dois tipos de atos antijurídicos, quando muito os assemelha, persistindo contudo a fundamental diferença quanto à natureza da violação e, por via de consequência, quanto à necessidade de expressa previsão da conduta proibida ou sancionada.

Somente se poderá falar de ilicitude quando houver "específica obrigação normativa"¹¹, isto é, um comportamento contrário a um dever jurídico determinado que o qualifica. Sempre que tal qualificação não competir ao legislador, mas sim, casuisticamente, ao julgador, estaremos tratando de abuso.

A doutrina do abuso do direito está em sintonia com a mudança da racionalidade jurídica, que se dirige à superação do ideal de completude do ordenamento, ícone do positivismo e da doutrina liberal, que não encontra guarida no direito civil contemporâneo. 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 ao exercício dos direitos subjetivos, tal papel será melhor confiado aos princípios, que desta forma assumem um maior grau de normatividade, incidindo diretamente nas relações jurídicas privadas.

Os princípios contêm os valores que fundamentam o ordenamento, valores estes que se encontram em grande parte constituídos e representam verdadeiros "vetores de aplicação da lei"¹², garantidores da unidade e coerência do sistema. O conteúdo

11. Virgilio Giorgianni, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963, p. 109.

12. A expressão é de Maria Celina Boudin de Moraes. Vale citar, do mesmo trabalho, o seguinte trecho: "Fortalece-se, assim, a cada dia, a tendência de não

axiológico da Constituição constitui o fundamento da ordem jurídica positiva, obrigando o julgador a resolver as questões que lhe são submetidas a partir da investigação desses valores. Essa valoração constitui expressão da normatividade dos princípios e permite a atualização do ordenamento como um todo, alcançando-se efetividade pela constante adequação às exigências de nosso tempo.

Há atualmente marcante preocupação da ciência jurídica com a abertura do sistema, que se caracteriza pela juridicização dos princípios, bem como pela possibilidade de suas mutações, seja pela descoberta de novos princípios, novos conhecimentos da ciência jurídica ou modificações na jurisprudência, de forma a tornar o sistema mais dinâmico. O juiz é então chamado a exercer um papel ativo e criativo, muito pouco dependente do texto legal. Sempre que a jurisprudência transcende os quadros traçados pela lei, apelará inevitavelmente aos princípios, retirados do próprio sistema.

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

3. O Instituto no Código de 1916

O abuso do direito não recebeu do codificador de 1916 a acolhida que teve em outros ordenamentos¹³, tendo sido adotada mo-

mais se permitir a utilização das normas constitucionais apenas em sentido negativo, isto é, como limites dirigidos somente ao legislador ordinário, sustentando-se, ao contrário, o seu caráter transformador, entendendo-as como fundamento conjunto de toda a disciplina normativa infraconstitucional, como princípio geral de todas as normas do sistema." *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*, Revista de Direito Civil v.65, p. 28.

13. Exemplo encontramos no Código Civil suíço: "Art. 2º — Todos devem exercer direitos e executar suas obrigações segundo as regras da boa fé. O abuso de direito não é protegido pela lei". Também referem ao abuso os códigos italiano, francês, português e alemão.

destamente — e de forma negativa —, a proibição dos atos irregulares. De qualquer modo, o art. 160, I do Código Civil ora revogado¹⁴ significou uma inovação que veio romper com a "tradição do direito brasileiro"¹⁵, no qual não se encontravam até então vestígios da teoria.

A redação do dispositivo revogado revela, *a contrario sensu*, que os atos praticados no exercício irregular de um direito são ilícitos, equiparando portanto os dois institutos para responsabilizar o titular pelos danos causados a terceiros. Assim, de forma quase clandestina, sem nem ao menos receber do legislador sua denominação, penetrou a teoria no ordenamento jurídico brasileiro.

Note-se porém que a lei brasileira não fazia referência ao elemento ético, não distinguindo o abusivo do ilícito, pois a interpretação da norma tornava claro que o sujeito que pratica um ato de forma irregular, anormal e abusiva, atua sem direito. O tratamento legislativo não contribuiu para a compreensão e difusão da teoria¹⁶, da qual pouco se ocuparam tanto a doutrina quanto a jurisprudência, como veremos.

O legislador de 1916 buscou inspiração na doutrina de Saleilles, segundo afirma textualmente Bevilacqua, compreendendo o abuso como socialização do exercício do direito, o qual seria "a resultante das solicitações dos interesses do indivíduo e da sociedade. O seu exercício deve seguir a linha média traçada por essas duas solicitações"¹⁷.

14. "art. 160 — Não constituem atos ilícitos: I — Os praticados em legítima defesa, ou no exercício regular de um direito reconhecido."

15. Pedro Batista Martins, *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, p. 92.

16. Confira-se, a propósito da afirmada obscuridade da teoria, a posição de Jorge Americano: "Se, por um lado, a noção de direito exclui a idéia do abuso, porque o abuso desnatura o direito e faz com que o deixe de ser, por outro lado não há contestar a realidade dos fatos, que verifica, em uma série de atos ilícitos, um falso assento em direito (*sic*), diversamente do ato ilícito, genericamente considerado em que se não invoca nenhum assento em direito." *Do abuso do Direito no exercício da demanda*. 2ª ed. São Paulo, 1932, p. 5.

17. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1936, v. 1, p.425.

Segundo a corrente doutrinária a que se filiou o codificador, a caracterização do abuso dependeria da aferição da regularidade do ato de exercício, a qual seria dada pela intenção do agente de prejudicar outrem. Há aqui, sem dúvida, um retorno às origens do ato abusivo, identificado com o ato emulativo do direito romano, o qual sobrevive em alguns ordenamentos¹⁸.

Embora, como dito, a lei não tenha referido ao conteúdo ético do conceito, estes doutrinadores caracterizam o ato abusivo como o ato egoístico, aquele cujo resultado visa exclusivamente prejudicar os outros, sem interesse legítimo para quem o realiza, resultando o abuso do conflito entre o direito e a moral, ou seja, quando o sujeito usa de seu direito, faltando ao dever moral, estará caracterizado o abuso¹⁹. Tal concepção, além de ter dificultada sua aplicação pela inafastável subjetividade, alia uma legitimidade legal a uma legitimidade moral, eis que permite considerar o mesmo ato contrário e conforme ao direito.

É provável que estas razões tenham contribuído para a incerteza quanto aos contornos do instituto e a pouca aplicação da teoria do abuso do direito, sob a égide do Código de 1916.

4.O abuso do Direito na jurisprudência

Certamente por ter sua origem na jurisprudência, tendo surgido como resultado da análise de situações concretas que não encontravam na doutrina do ato ilícito solução satisfatória, a defini-

18. Exemplo disto é o Código Civil italiano que, embora não contenha um regra genérica vedando o abuso, refere ao ato emulativo como limitativo do exercício do direito de propriedade (art. 833 — *Il proprietario non può fare atti i qualli non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri*).

19. Confira-se, a propósito, a lição de Ricardo Luis Lorenzetti sobre o tema: "... todas las ideas del abuso se sustentan en una apreciación relativa ao modo en que el titular ejerce el derecho. Así, se dice que es abusivo el ejercicio de un derecho com la sola intención de dañar, o sin interés alguno, o com culpa, o contrariando los fines que la ley tuvo en miras al reconocerlo. Sea el dolo, la culpa o la conducta antifuncional, lo cierto es que siempre se trata de una calificación de la conducta del titular." In *Nuevas Fronteras del Abuso de Derecho*, RT 723/53.

ção dogmática do ato abusivo permanece até hoje controversa, tanto no tocante ao seu conceito, como quanto aos critérios de aferição da abusividade. A caracterização do abuso pelos Tribunais tanto tem sido relacionada ao descumprimento da função do direito subjetivo, como também à violação da boa-fé objetiva ou ao descumprimento de um dever moral. Não há uniformidade de entendimento, nem mesmo uma precisão terminológica, sendo freqüente a referência ao "abuso" mais como qualificação do que propriamente como instituto jurídico.

Na maioria das decisões pesquisadas o abuso é relacionado ao princípio da boa-fé, este atuando como parâmetro para definir os limites do antijurídico. O dever de não abusar traduz-se no dever de atuar segundo valores sociais, segundo a boa-fé, segundo os bons costumes ou segundo a finalidade econômica ou social do mesmo direito, ou seja, dentro dos limites que, para o direito em questão, resultam do seu fundamento axiológico, valorativo. A determinação deste fundamento permitirá estabelecer os contornos da licitude.

De acordo com esta concepção, a mesma conduta pode ser, num primeiro momento lícita e "chegar ao ilícito no momento em que ele (titular de um direito) vai além do que seria razoável esperar", conforme encontramos em significativo aresto do Superior Tribunal de Justiça²⁰.

São muito freqüentes as referências ao abuso do direito nas questões envolvendo relações de consumo, especialmente em ma-

20. A transcrição é de acórdão assim ementado: "CONTA CORRENTE. Apropriação do saldo pelo banco credor. Numerário destinado ao pagamento de salários. Abuso de direito. Boa-fé. Age com abuso de direito e viola a boa-fé o banco que, invocando cláusula contratual constante do contrato de financiamento, cobra-se lançando mão do numerário depositado pela 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. Recurso conhecido e provido." (STJ, 4ª Turma, RESP 250523/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 18.12.00, p.203).

téria contratual e no tocante às práticas comerciais²¹, fato que se justifica pela assimilação da teoria pelo Código de Defesa do Consumidor, no qual se positivou o princípio da boa-fé. No entanto, mesmo versando este tema, algumas decisões se afastam inteiramente da idéia de abuso como descumprimento do fundamento valorativo do direito, olvidando o elemento ético e fazendo referência até à anormalidade do dano²², como critério indicativo da abusividade.

21. "RESPONSABILIDADE CIVIL. SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO (S.P.C.). CADASTRO DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. COLOCAÇÃO INDEVIDA. ABUSO DE DIREITO. DANO MORAL. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA. PROVIMENTO PARCIAL Responsabilidade civil. Danos morais. Indevida negatização do nome do autor em instituição de proteção ao crédito. Sentença que julga improcedente o pedido inicial, sob o fundamento de que o autor não comprovava o pagamento da totalidade do débito. Evidência de equívoco do banco no lançamento da autenticação mecânica do recibo, além de abuso do exercício de direito ao ser promovida a negatização do nome do autor por suposto não pagamento da quantia de dez reais. Reforma da sentença." (TJRJ, 17ª Câmara Cível, Apelação Cível 2001.001.09819, Rel. Des. Fabricio Bandeira Filho, Julg. 1.8.01)

"Prestação imobiliária. Sistema Financeiro da Habitação. Depósito das prestações. Tutela antecipada. Agravo de instrumento. Desprovimento. 1. Agravo de instrumento. 2. Não há óbice legal ao depósito de valores relativos a prestações de imóvel adquirido pelo Sistema Financeiro de Habitação, enquanto se discute pelo rito ordinário, a validade de cláusulas contratuais. 3. A alegação de insuficiência dos depósitos, a ser resolvida na sentença, nenhum prejuízo traz ao credor, que, se vencedor, já terá ao seu dispor parte do crédito, incontroversa. 4. Constitui-se em verdadeiro abuso de direito a negatização de nome do mutuário nos cadastros restritivos de crédito, enquanto a matéria estiver *sub-judice*. 5. Decisão impeditiva do abuso homenageia os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal. 6. Recurso improvido." (TJRJ, 4ª Câmara Cível Agravo de Instrumento 2001.002.16595, Rel. Des. Mario dos Santos Paulo Julg. 5.3.02).

22. "MANDADO DE SEGURANÇA. MENSALIDADE ESCOLAR. DÉBITO. DOCUMENTO ESCOLAR. RETENÇÃO INDEVIDA. ABUSO DE DIREITO. SENTENÇA CONFIRMADA. Apelação Cível. Mandado de Segurança. Atividade escolar desenvolvida por ente particular. Função delegada pelo Poder Público. Cabível, portanto, o mandado de segurança. No mérito, a segurança deve ser concedida, com confirmação da medida liminar. Pequena dívida decorrente de mensalidade escolar, não justifica a retenção dos documentos de conclusão do 2º Grau e do histórico escolar. Comportamento que se reveste de

Em casos de colisão de princípios, nos quais se torna imperiosa a ponderação de valores, também são constantes as referências ao abuso do direito, buscando-se determinar os limites ao exercício do direito ou liberdade, tal como ocorre com as ações para ressarcimento de danos causados por publicações jornalísticas ou comerciais²³.

abuso e, assim, não se sustenta juridicamente. Sentença que se confirma. Improvimento da apelação." (TJRJ, 13ª Câmara Cível, Apelação Cível 2000.001.08132, Rel. Des. Mauricio G. Oliveira, Julg. 5.4.01).

23. "RESPONSABILIDADE CIVIL DE EMPRESA JORNALÍSTICA. PUBLICAÇÃO JORNALÍSTICA. PUBLICAÇÃO OFENSIVA. HONRA PESSOAL. ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. Responsabilidade Civil. Notícias em jornal que vão além da mera menção a relatório de Comissão Investigatória de Ilícitos Praticados por Policiais, imputando ao relatório de tal Comissão recomendação de afastamento do autor e menção a bens incompatíveis 'a sua renda que não constam de tal relatório. Abuso do direito de informar, que excede à liberdade de pensamento e de imprensa protegidos pela Constituição Federal, caracterizando violação à honra e imagem do ofendido, o que é vedado pela Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso X. Dever ressarcitório configurado. Dano moral. Indenização. Arbitramento que deve se dar considerando a gravidade da ofensa, a repercussão na órbita do ofendido e a capacidade econômica do ofensor, sobretudo sopesando que a vítima, então ocupante de cargo de comando na Polícia Militar, deveria ser espelho para seus comandados. Aspecto, ainda, tanto compensatório à vítima, como punitivo ao ofensor, da verba indenizatória, que, porém, não pode representar valor acima do 'prudente arbitrio' do julgador, que vem sendo preconizado pelo STJ. Recurso provido." (TJRJ, Apelação Cível 2001.001.15245, 18ª Câmara Cível, Rel. Des. Binato de Castro, Julg. 6.11.01)

Ação de indenização. Dano moral. Consumidor. Suspeita de furto em supermercado. Exposição pública da situação. Submissão a revista pessoal. Abuso do direito de proteção a propriedade. Lesão a honra e a imagem configurados. Sentença confirmada. 1. É natural que supermercados se previnam contra furtos de mercadorias, mas a repreensão de suspeito de subtração de produto deve ser cautelosa, sob pena de causar lesões a esfera da personalidade do consumidor. 2. Pessoa inocente que é abordada, sem escrúpulos, por segurança do supermercado e submetida a revista pessoal, ficando exposta a humilhação e ao constrangimento público, tem sua honra e a sua imagem violadas, fazendo jus a compensação dos danos morais sofridos (arts. 5º, X, CF e 6º, VI, CDC). (TJPR, 7ª CÂMARA CÍVEL, APELAÇÃO CÍVEL 19395500, Rel. Des. ACCACIO CAMBI, Julg: 20.5.02).

O abuso do direito de ação também é comum nos repertórios, em decisões que, na maioria das vezes, reduzem o instituto à expressão da finalidade egoística do exercício do direito e não lhe atribuem um sentido teleológico²⁴. Da mesma forma ocorre com o direito de recorrer, tido como abusivo quando desviado de sua finalidade²⁵, que certamente não é a de protelar indefinidamente a solução do processo.

Na verdade, a despeito de sua origem pretoriana, a teoria do abuso do direito não recebeu da jurisprudência brasileira, na vigên-

24. Falência. Depósito elisivo. Honorários advocatícios. Descabimento da verba. Precedente da turma. Recurso parcialmente provido. — Em se tratando de depósito elisivo em falência, indevida e a verba honorária em face do art. 208, par. 2º da lei falimentar. — A opção pela via falimentar como meio de cobrança, em detrimento da via executiva, constitui, inúmeras vezes, abuso de direito, a merecer redobrada atenção do julgador, que não a deve prestigiar e estimular. (STJ, Quarta Turma, Resp 1712/Rj, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 9.4.90, p.2745)

Responsabilidade civil. Dano moral. Direito de ação. Exercício. Abuso. Busca e apreensão de automóvel. Dívida paga. Indenização devida. Valor. O acesso à justiça, porque assegurado em norma constitucional, constitui conduta absolutamente lícita, e não acarreta responsabilidade, ainda que a pretensão seja repelida ao final. No entanto, excepcionalmente, tal conduta gera responsabilidade civil daquele que promoveu ação temerária, de forma leviana, capaz de ensejar medida causadora de sofrimento moral, ou desonrosa, como nos casos de arresto, busca e apreensão de bens ou pessoas. Indenização arbitrada em valor equivalente a cem salários mínimos. As vicissitudes de um constrangimento judicial indevido são inerentes ao fato, de modo que as condições subjetivas do lesado só podem ser consideradas, em certos casos (como na situação da autora), agravantes da ofensa, e não causa do dano. Sentença reformada. (TJRS, 9ª Câmara Cível, Apelação cível nº 70004252524, Rel. Des. Mara Larsen Chechi, julg. 29.5.02).

25. "Criminal. Petição. Crimes contra a Administração Pública. Direito à liberdade condicional. Requisitos não preenchidos. Ôbice à concessão do benefício. Inexistência de situação de ilegalidade a ser corrigida. Progressão já assegurada pelo STF e acatada pelo Tribunal *a quo*. Utilização de artifícios a fim de evitar trânsito em julgado do decreto condenatório. Concessão de benefícios, em ofensa ao princípio da igualdade. Intuito protelatório evidenciado. Abuso do direito de recorrer que autoriza o imediato início da execução, independentemente da publicação do acórdão. Precedentes do STF..." (PET 1506/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 3.6.02, p.212).

cia do Código de 16, uma contribuição significativa para definição do seu conceito, critérios e autonomia científica. Tudo leva a crer, no entanto, que este cenário se modifique de forma considerável a partir da vigência do Código de 2002.

5. Positivção: o art. 187 do CC 2002

O Código Civil de 2002, inovando em relação ao texto revogado, consagrou de forma expressa a teoria do abuso do direito, muito embora também não tenha trazido sua denominação²⁶. O abuso não mais aparece relacionado ao exercício irregular do direito, assumindo a função limitadora deste. A nova redação, inspirada no Código Civil português²⁷, acolhe e sintetiza as diferentes concepções do abuso de direito, impondo limites éticos ao exercício dos direitos subjetivos e de outras prerrogativas individuais. Tais limites serão estabelecidos tendo como parâmetros tanto o princípio da boa-fé objetiva, como os bons costumes e a função social e econômica dos direitos.

De acordo com a noção legal de abuso introduzida pelo Código de 2002, o exercício de cada direito deve respeitar seu espírito próprio, buscando assim a realização do ideal de justiça além da letra da lei. O critério do abuso não está apenas na intenção de causar danos, mas no desvio do direito de sua finalidade ou função social²⁸.

26. 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."

27. Art. 334 – "é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito."

28. Vale conferir sobre a questão direito/função, Mário Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 60 : "... os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função, ao mesmo tempo se alarga a esfera dos direitos que não são conferidos no interesse próprio mas no interesse de outrem ou no interesse social."

Assim como o ordenamento constitui o conjunto de regras sociais obrigatórias, o direito subjetivo, como parte da juridicidade, não poderia ter diferente natureza e finalidade, assumindo caráter social tanto na origem como na missão que se destina a desempenhar. O ato abusivo consiste na atuação anti-social.

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

A par do inquestionável mérito de introduzir clara e diretamente a figura do abuso do direito em nosso ordenamento, o que importaria sem dúvida no reconhecimento da autonomia do ato abusivo perante o ato ilegal, a primeira crítica que se faz ao novo texto é justamente a identificação das duas espécies de antijuridicidade. Quanto a este aspecto, não bastasse a localização do dispositivo, inserido no Título II do Capítulo V do Livro III — Do ato ilícito —, a norma foi expressa ao dispor que “também comete ato ilícito” aquele que age abusivamente.

A concepção do abuso de direito como espécie de ato ilícito, permita-se insistir, além de obscurecer seus contornos, caminha no sentido da responsabilidade subjetiva, sendo a culpa elemento quase indissociável do conceito de ilicitude. Trata-se de concepção absolutamente anacrônica, pois a efetiva aplicação da teoria exige que a aferição de abusividade no exercício de um direito seja objetiva, revelada no simples confronto entre o ato praticado e os valores tutelados pelo ordenamento civil-constitucional.

Mas não é só. Merece reparos também a própria redação do novo dispositivo.

Será abusivo o ato que exceda manifestamente os limites do direito em questão. Esta afirmação enseja várias objeções, a começar pela utilização do advérbio “manifestamente”, gerando de imediato a dúvida sobre seu alcance, ou seja, se diz respeito ao grau ou à quantidade. Em outras palavras, somente será abusivo o ato que excede exageradamente os limites ou basta que tal excesso seja

ostensivo, facilmente notado? A negativa se impõe em ambas as hipóteses, eis que tal circunstância não é elemento do ato abusivo e, portanto, basta a inobservância dos limites axiológicos para caracterizá-lo, sem contemplação de sua extensão ou evidência.

Também quanto à natureza do ato que pode ser tido por abusivo a lei não esclarece, tornando duvidoso o campo de aplicação da teoria. O titular poderá abusar do direito quando “exercê-lo”, dispõe o art. 187. O verbo empregado induz à conclusão – equivocada – de que a omissão não poderia ser qualificada como abusiva²⁹. Vale lembrar que até mesmo o ato de disposição ou de aquisição pode configurar o abuso, não se cuidando tampouco de exercício do direito.

Da mesma forma, não foi feliz a redação da norma ao referir apenas à titularidade de um “direito”, com isto aparentemente restringindo a aplicação da teoria. O abuso, como categoria autônoma dos atos contrários ao direito, não se limita ao exercício de certo e determinado direito subjetivo, identificando-se igualmente em outras situações jurídicas subjetivas.

Quer se trate de liberdades, faculdades, direitos potestativos ou poderes, todos constituem vantagens, cuja configuração depende, em última análise, da estrutura qualificativa da norma jurídica. Logo, em relação a qualquer situação subjetiva será admitida a figura do abuso de direito, visto que nenhuma delas será jamais desprovida de fundamento axiológico.

6. Uma interpretação constitucional do abuso do Direito

Inobstante os equívocos apontados na redação do art. 187, a nova lei civil positiva e consagra em definitivo a teoria do abuso do direito no sistema jurídico brasileiro, reconhecendo expressamen-

29. Sobre a questão, manifestou-se a doutrina portuguesa: “... exercer significa assumir um comportamento e neste tanto cabe a acção como a omissão e quer a acção que representa a directa actuação do conteúdo qualificado em termos de direito subjetivo como a sua defesa mediante o emprego das diversas formas de tutela de um direito.” (Cunha de Sá, *op. cit.* pp. 105-106).

te o elemento ético que limita o exercício de direitos subjetivos e outras prerrogativas. Cria, em última análise, “válvulas de segurança contra a aplicação rígida e cega dos esquemas abstratos da lei”, nas palavras de Cunha de Sá.³⁰

De forma mediata, o novo Código vem atribuir aos princípios jurídicos maior densidade normativa, superando a visão formalista que lhes atribuía um caráter meramente interpretativo e supletivo das normas legais, limitando sua incidência às hipóteses de lacuna.

Com efeito, ao condicionar o seu exercício a parâmetros de boa-fé, bons costumes e à finalidade sócio-econômica, o legislador submeteu os direitos – individuais e coletivos – aos valores sociais que estes conceitos exprimem. Ao magistrado, impôs o desafio de harmonizar a autonomia individual e a solidariedade social, somente merecendo tutela a atividade econômica privada que “atende concretamente aos valores constitucionais”³¹. Todo e qualquer ato jurídico que despreste tais valores, ainda que não seja ilícito por falta de previsão legal, pode ser qualificado como abusivo, ensejando a correspondente responsabilização.

A adoção da teoria do abuso do direito constitui um dos aspectos da constitucionalização do Direito Civil, tendência marcante do nosso tempo e característica do Estado Social, possibilitando a permanente oxigenação do sistema ao permitir a adequação das normas à realidade social, em constante mutação.

As normas constitucionais contêm os fundamentos e os princípios da República e descrevem um projeto de sociedade³², a ser realizado através dos valores por ela mesmos escolhidos como pre-

30. *Op. cit.*, p. 111.

31. Gustavo Tepedino, *Relações de consumo e a nova teoria contratual*, Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 211.

32. Sobre o projeto de sociedade contido nas constituições e a aplicabilidade destas normas, observa com precisão Orlando de Carvalho que “...esse paradigma só pode achar-se no projeto de sociedade que toda a sociedade incorpora ...projeto que corresponde ao modelo de convivência que ela realiza...” pois, arremata, “as constituições modernas, já não são, ingênua ou hipocritamente, simples constituições ‘políticas’, mas verdadeiros atos de fundação da *polis*.” *Para um novo paradigma interpretativo: o projecto social global*. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 73 v. LXXIII, 1997, p. 1-17.

valentes, num dado momento histórico. Tais normas incidem diretamente sobre as relações interpretadas, somente legitimando os atos praticados em conformidade com os valores fundamentais do ordenamento, contidos na própria Carta.

Resta agora aos estudiosos e operadores do Direito dar vida ao instituto, compreendendo seu verdadeiro sentido e alcance a partir da história de sua formulação pela ciência jurídica, dando efetividade à norma do Código de 2002 que o acolheu, de olhos postos na realidade que reclama sua aplicação.

7. Bibliografia

- AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. São Paulo, 1932.
- Carpene, Heloisa. *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CARVALHO, Orlando de. *Para um novo paradigma interpretativo: o projecto social global*. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 73 v. LXXIII, 1997, p. 1-17.
- CARVALHO SANTOS, J. M. *Código civil brasileiro interpretado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1936 (Ed. Histórica).
- COSTA, Mario Almeida. *Cláusulas contratuais gerais*, Coimbra: Almedina, 1991.
- CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997.
- GIORGIANI, Virgilio. *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*. Milano, 1963.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 12. ed. Atualizador: Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. Théorie dite de l'abus des droits. Paris: Librairie Dalloz, 2.ed., 1939.

- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Análisis crítico de la autonomía privada contractual*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, p. 5-19, abr/jun, 1995.
- MARTINS, Pedro Batista. *O abuso do direito e o ato ilícito*; 3. ed. Atualizador José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. Revista de Direito Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 65, p. 21-32.
- RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925.
- TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, p. 199-215, 1999.

As Excludentes de Ilícitude no Novo Código Civil

Gisela Sampaio da Cruz

O perigo adoça tudo.
(A. Smith)

1. Considerações iniciais – 2. Legítima defesa – 2. Exercício regular de um direito – 4. Estado de necessidade – 5. As excludentes de ilicitude e a responsabilidade civil por ato lícito – 6. Conclusão

I. Considerações iniciais

Em princípio, toda ação ou omissão voluntária que viola dever jurídico e causa dano a outrem — em sua pessoa ou bens — é contrária ao Direito e, portanto, ilícita. Do ato ilícito (ou melhor, do dano injusto¹) deflui, como consequência, a responsabilidade civil;

1. Na busca da reparação mais ampla possível, que melhor atendesse à vítima, a noção de ato ilícito cedeu lugar à idéia de injustiça do dano, com vistas a proteger a dignidade humana. Conforme explica Maria Celina Bodin de Moraes, “a responsabilidade civil tem hoje, reconhecidamente, um propósito novo: deslocou-se o seu eixo da obrigação do ofensor de responder por suas culpas para o direito da vítima de ter reparadas as suas perdas. Assim, o foco, antes posto na