

direito reconhecido, elimina da estrutura do ato a contravenção a um dever preexistente, neutralizando desta sorte os efeitos do dano causado.

Em terceiro lugar, a lei prevê o *estado de necessidade*, que se encontra na deterioração ou destruição de coisa alheia, para remover perigo iminente, desde que seja absolutamente necessária. Na “iminência do perigo” à pessoa ou aos bens, o agente defronta a alternativa de deixá-los perecer ou levar dano à coisa de outrem. Optando por este, não procede ilicitamente, desde que não exceda os limites do indispensável à remoção do perigo. Mas, não sendo embora ilícito o procedimento, haverá dever de reparação ao dono da coisa, se este não for culpado do perigo (Código Civil, arts. 929 e 930). É assegurado ao agente que tiver indenizado ao dono da coisa ressarcir-se do que despendeu agindo regressivamente contra aquela terceira pessoa, cuja culpa gerou a situação. O mesmo raciocínio, com mais extremado rigor, aplica-se ao sacrifício à pessoa de outrem, que somente deixa de ser ilícito se o agente se encontra em estado de real necessidade de o fazer.

No terreno da amenização dos efeitos do ilícito inscreve-se o problema da *concorrência de culpa*.

O agente, segundo a doutrina tradicional, somente afastada em casos excepcionais, responde pela culpa, de que decorre o fundamento da reparação. Não pode, por isso mesmo, permanecer o direito estranho à circunstância de ser o mal causado uma consequência da atuação da própria vítima. E, dela cogitando, verifica que a contribuição do lesado, na construção dos elementos do dano que sofreu, pode graduar em escala diferente a sua concorrência culposa no evento prejudicial, e, conseqüentemente, graduar-lhe também os efeitos. Assim é que, se a causa do prejuízo está toda inteira no fato da vítima, ocorre a escusativa da responsabilidade. Se a vítima apenas concorreu para o acontecimento, em cuja elaboração fática se adicionaram a falta da vítima e a falta do acusado, reduz-se a indenização, na proporção em que o lesado concorreu para o dano sofrido.³¹

118. ABUSO DO DIREITO

O problema do abuso do direito provocava a mais viva celeuma entre os escritores modernos, e até a promulgação do Código de 2002 (art. 187) não se podia afirmar a existência de uma solução satisfatória. A controvérsia começava na sustentação da teoria em si mesma, pois se havia autores

31 Colin e Capitant, *Cours*, II, nº 182.

que defendiam a sua procedência, não faltava quem (Planiol) se insurgisse contra ela, apontando na expressão mesma de sua designação uma *contradictio in adiectio*, pois que a ideia de abuso já é a negação do direito, enquanto o conceito de direito repele a noção de abuso.³² O direito moderno, vendo nesta doutrina uma necessária amenização do individualismo, tentou delinear seus extremos, mas não encontrava harmonia de pareceres entre os que dela cogitavam.

O seu germe prendia-se à noção do exercício dos direitos, que só se constituíam para proporcionar benefícios, vantagens ou utilidades ao respectivo sujeito. Conseqüentemente à ideia do direito estaria imediatamente vinculado o correspondente desfrute, situado na sua utilização, e, como esta é uma faculdade ou um poder do titular, admitir-se-ia em princípio que poderia ser levada ao último extremo, ainda que tal programa viesse a causar a ruína, a desgraça, a humilhação alheia. Quem o sustentasse poderia arrimar-se à velha parêmia que é deduzida em Gaio: “*nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*”³³ e dizer que o exercício do direito, não podendo tachar-se de ilícito, tem como limite (apenas) o próprio conteúdo do direito.

Mas, sendo articulado na definição do *ius* o princípio da convivência, uma análise mais detida do fenômeno já impunha conciliar a utilização do direito como respeito à esfera jurídica alheia, e aconselhava fixar-lhe um limite. É precisamente na ideia desta limitação que assenta a doutrina do abuso.

Os que vão buscar inspiração no direito romano defrontam-se, na verdade, com uma espécie de escusativa genérica para o exercício abusivo dos direitos,³⁴ a qual é atingida por tão frequentes exceções que forçam a conclusão segundo a qual, *in concreto*, aquele sistema nunca deixou de condicionar o exercício das faculdades jurídicas ao respeito pela norma abstrata de convivência.

Os modernos, encontrando várias hipóteses em que se configura o desvirtuamento do conceito de justo, na atitude do indivíduo que leva a fruição do seu direito a um grau de causar malefício a outro indivíduo, criaram a figura teórica do *abuso do direito*, que ora encontra fundamento na regra da *relatividade dos direitos*,³⁵ ora assenta na dosagem do conteúdo do exercício, admitindo que se o titular excede o limite do exercício regular de seu direito, age sem direito; ora baseia-se na configuração do

32 Planiol, *Traité Élémentaire*, vol. II, nº 871.

33 “Não se reputa agir com dolo quem usa de seu direito.”

34 Várias passagens o autorizam, como estas: *Digesto*, Livro 50, tít. 17, frs. 55 e 151.

35 Josserand, *De l'Esprit des Droits et de leur Relativité*, p. 311.

animus nocendi, e estabelece que é de se reprimir o exercício do direito, quando se inspira na intenção de causar mal a outrem.³⁶

Vê-se, portanto, que, mesmo quando se alcança uma zona de certa tranquilidade na repressão ao exercício abusivo dos direitos, ainda perdura algo *vexata* a questão do alicerce doutrinário da sua dogmática.

Não se pode, na atualidade, admitir que o indivíduo conduza a utilização de seu direito até o ponto de transformá-lo em causa de prejuízo alheio. Não é que o exercício do direito, feito com toda regularidade, não seja razão de um mal a outrem. Às vezes é, e mesmo com frequência. Não será inócua a ação de cobrança de uma dívida, o protesto de um título cambial, o interdito possessório que desaloja da gleba um ocupante. Em todos esses casos, o exercício do direito, regular, normal, é gerador de um dano, mas nem por isso deixa de ser lícito o comportamento do titular, além de moralmente defensável.³⁷ Não pode, portanto, caracterizar-se o *abuso do direito* no fato de seu exercício causar eventualmente um dano ou motivá-lo normalmente, porque o dano pode ser o resultado inevitável do exercício do direito, a tal ponto que este se esvaziaria de conteúdo se a sua utilização tivesse de fazer-se dentro do critério da inocuidade.

É por isto que todas as teorias que tentam explicar e fundamentar a doutrina do abuso do direito têm necessidade de desenhar um outro fator, que com qualquer nome que se apresente estará no propósito de causar o dano, sem qualquer outra vantagem. Abusa, pois, do seu direito o titular que dele se utiliza levando um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer mal, e sem proveito próprio. O fundamento ético da teoria pode, pois, assentar em que a lei não deve permitir que alguém se sirva de seu direito exclusivamente para causar dano a outrem.³⁸

36 Ripert, *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, nº 90 e ss.

37 Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado*, I, § 220.

38 Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité Élémentaire*, II, nº 983; Enneccerus, *loc. cit.*; Oertmann, *Introducción*, § 65. Sobre o Abuso do Direito, ver ainda: Colin e Capitant, *Cours*, II, nº 195; Bonnecase, *Supplement au Traité de Baudry Lacantinerie*, III, nº 187 e ss.; Demogue, *Obligations*, vol. VI, nº 634 e ss.; Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, vol. I, p. 266; George Ripert, *La Règle Morale*, nº 89 e ss.; Jorge Americano, *Do Abuso de Direito no Exercício da Demanda*; Tito Arantes, "Abuso de Direito", in *Revista de Direito*, vol. 114, p. 49; Henri Capitant, "Sur l'Abus des Droits", in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, vol. 27, 1928, p. 365; Paulo Dourado de Gusmão, "Abuso de Direito", in *Revista Forense*, vol. 118, p. 359, e vol. 120, p. 372; Samuel Puentes, "Abuso de Direito", in *Revista de Direito*, vol. 84, p. 203; G. Noto Sardegna, *L'Abuso del Diritto*; José Olympio de Castro Filho, *Abuso do Direito no Processo*

Expurgada a teoria de todas as suas nuances e sutilezas, resta o princípio, em virtude do qual o sujeito, que tem o poder de realizar o seu direito, deve ser contido dentro de uma limitação ética, a qual consiste em cobrir todo exercício que tenha como finalidade exclusiva causar mal a outrem, sujeitando, portanto, à reparação civil aquele que procede desta maneira.

No campo legislativo, encontrou a teoria do abuso do direito acolhida no § 226 do Código Civil alemão, como no art. 2º do Código Civil suíço, este com referência apenas ao enunciado genérico: “*O abuso manifesto de um direito não é protegido pela lei.*”

No Código brasileiro de 1916 não fora, e nem nas leis posteriores, enunciada uma regra consagradora da teoria do abuso de direito, tal como foi consignada no § 226 do BGB ou no art. 2º do Código suíço. Não faltou, entretanto, quem a visse no art. 160, por uma interpretação *a contrario sensu*, sob o argumento de que, se não é ato ilícito o dano causado no exercício regular de um direito, é abusivo o exercício irregular.³⁹

Assinalam-se, contudo, algumas hipóteses legais em que se vislumbra a aplicação dela. Era assim que o art. 554 do Código Civil de 1916, reprimindo o uso nocivo da propriedade, consignava um exemplo de abuso do direito, pois permitia ao proprietário ou inquilino impedir que a utilização do direito de propriedade, pelo seu vizinho, lhe prejudicasse a segurança, o sossego ou a saúde. É bem de ver que não há aqui os extremos do ato ilícito, porém de exercício abusivo do direito de propriedade, e tanto assim que o mesmo comportamento do indivíduo será tolerado, ou não, conforme a casa seja em lugar ermo ou afastada de outras, ou, ao revés, apropinquada de outras edificações. O art. 101 da Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005) erige o pedido abusivo de falência em ato sujeito à indenização, permitindo que se funde aí uma caracterização típica de abuso de direito.⁴⁰ O art. 17 do Código de Processo Civil fornece os elementos definidores do abuso de direito no exercício da demanda. E, assim, outros casos podem ser isolados em várias leis.

Civil; Caio Mário da Silva Pereira, “Abuso de Direito”, in *Revista Forense*, vol. 159. *Idem*, *Responsabilidade Civil*, nº 238 e ss.

39 Clóvis Beviláqua, em comentário ao art. 160 do Código de 1916, defendia a presença da teoria no referido dispositivo.

40 Caio Mário da Silva Pereira, “Abuso de Direito”, in *Revista Forense*, vol. 159, p. 106.

No campo jurisprudencial, a doutrina já encontrava viva repercussão, sendo hoje aplicada por todos os tribunais, como disto dão testemunho todos os repertórios.

Atendendo a tais circunstâncias e à necessidade de conter o sujeito da relação jurídica nos lindes morais de seu exercício, o Código Civil de 2002 consagra, no art. 187, a teoria do *abuso do direito*, qualificando-o na conceituação genérica do ato ilícito.

O dispositivo oferece os extremos da caracterização do abuso do direito, assentando que o exercício dele há de ser limitado. O parâmetro instituído no novo Código está em que o sujeito de um direito subjetivo não o pode exercer em afronta à finalidade econômica ou social dele, ou contrariando o princípio da boa-fé ou os bons costumes. Não importa, na caracterização do uso ilícito do direito a deliberação de malfazer – *animus nocendi*. É suficiente determinar que, sem esta indagação extremamente subjetiva, abusa de seu direito aquele que leva o seu exercício ao extremo de convertê-lo em prejuízo para outrem. O propósito de causar dano não requer apuração de intenção íntima do titular. Induz-se o abuso da circunstância de se servir dele o titular, excedendo manifestamente o seu fim econômico ou social, atentando contra a boa-fé ou os bons costumes.