

A CLÁUSULA GERAL DO ABUSO DE DIREITO COMO FUNÇÃO
LONGA MANUS DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

THE GENERAL CLAUSE OF RIGHT ABUSE AS *LONGA MANUS*
FUNCTION OF CIVIL RESPONSIBILITY INSTITUTE

Franciel Munaro*

Resumo: O Novo Código Civil traz o instituto do abuso de direito erigido a uma cláusula geral. Esta, através de seus elementos estruturais, como a boa-fé, os bons costumes e os fins econômicos e sociais, determinará a responsabilidade do agente em indenizar outrem caso este ultrapassar os limites do permitido. O instituto do abuso de direito, contudo, extravasa à ordem civil, bem como ao instituto da responsabilidade, permeando por outros campos do direito, fato pelo qual abrange uma vasta gama de situações e probabilidades jurídicas, devendo ser trabalhado como um princípio de direito.

Palavras-chave: Direito Civil. Cláusulas Gerais. Responsabilidade Civil. Abuso de Direito. Princípio de Direito.

Abstract: The new Civil Code brings the institute of right abuse as a general clause. This clause, through its structural elements, as good-faith, good-customs and the social and economical aims, will find the responsibility of the agent into compensate another person who has overtook the limits of the law. The right abuse institute, however, goes further one to the civil order and the responsibility institute, coming around another fields of the law as well the institute of civil responsibility, matching with another law fields, reason that include a great situations and law probabilities, should be worked as a law principle.

Keywords: Civil Law. General Clauses. Civil Responsibility. Right Abuse. Law Principle.

* Especialista em Direito Privado pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogado e professor titular da cátedra de Direito das Obrigações na Universidade do Contestado (UNC) Afiliação: Universidade do Contestado, UNC, Campus Concórdia - SC. Professor titular da cátedra de Direito das Obrigações da UNC. email: munaro@terra.com.br

1 INTRODUÇÃO

Dentre muitas inovações trazidas pela Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), aparece aquela que foi considerada por muitos como sendo a mais importante de todas, qual seja, a cláusula geral consubstanciada no artigo 187 deste inovador compêndio legislativo, isto é, o instituto do abuso de direito (STOCO, 2002, p. 14).

Importa salientarmos que esse dispositivo não estava presente no velho Código de 1916, muito embora tenha sido aplicado pela jurisprudência brasileira durante o período de vigência do mesmo, isto em virtude da interpretação indireta do artigo 160, I do compêndio civilista (COSTA, 2002, p. 39-65).

Nosso Código Civil atual conceitua o abuso de direito através de apenas um único artigo, localizado no Título III (Dos Atos Ilícitos), Livro III (Dos Fatos Jurídicos), da Parte Geral do Estatuto Civil. Salienta essa previsão legislativa: “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”.

Inserto no capítulo da Responsabilidade Civil, matéria esta que regula os limites subjetivos da liberdade humana e ao mesmo tempo busca imputar a responsabilidade de um dano ao seu causador, obrigando-o a indenizar o lesado, o abuso de direito mostra-se como mais uma alternativa hábil para apurar a culpabilidade do agente lesante em casos de manifesto excesso no exercício de um direito legal, fundamentando assim, o dever de indenizar.

Destarte, além da inovadora cláusula trazida pelo nosso ordenamento civil, verifica-se também, como parte do conteúdo do artigo 187, a introdução de novos elementos conceituais os quais servirão *in tese*, para definir, através da interpretação feita pelo operador do direito, da ocorrência ou não de um ato abusivo.

Nossa intenção é desenvolver o estudo do abuso do direito dentro do capítulo da responsabilidade civil, definindo, através de interpretação legal, o alcance deste dispositivo, bem como a sua aplicação no âmbito do direito civil. Para isso, importa adentrarmos no conceito de abuso de direito, estudarmos sua natureza, origem e aplicação no ramo da responsabilidade civil.

2 CONCEITO DE ABUSO DE DIREITO

O Código Civil de 1916 não mencionou expressamente sobre o abuso de direito. Não obstante, o mesmo começou a ser aplicado pela doutrina através da interpretação à *contrário sensu*, do artigo 160, I do compêndio civilista, que fez menção indireta sobre este instituto jurídico.

Já o Código Civil de 2002, em seu artigo 187, conceitua plenamente o que é abuso de direito, salientando ser o mesmo uma espécie de ato ilícito.

O conceito, bastante vago e impreciso, propositalmente elaborado para conter nele uma cláusula geral, abarca inúmeras alternativas que podem ocorrer no bojo de nossa sociedade, incitando assim, a imaginação do julgador a fim de buscar a solução do caso.

Data vênua, muitas são as conceituações que bem definem o que é o abuso de direito, fato pelo qual transcreveremos algumas que entendemos ser as mais adequadas, bem como a que traduz nossa própria idéia do que seja um ato abusivo.

Aguiar Dias (1994, p. 459) define o abuso de direito como sendo todo o ato que, “autorizado em princípio, legalmente, se não conforma, ou em si mesmo ou pelo modo empregado, a essa limitação”. Na concepção de Sílvio Rodrigues (2002, p. 46), o abuso de direito “é ato que ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo e, ao utilizá-lo desconsideradamente, causa dano a outrem”.

Para Eduardo Viana Pinto (2002 p. 33), o abuso de direito é o exercício anormal de um direito, revelada a intenção, por parte de seu detentor, de prejudicar, de lesar outrem.

Dos conceitos acima expostos, podemos retirar elementos em comum a todos eles, os quais parecem compor a essência do instituto do abuso de direito. Há unanimidade, nestes casos, que o abuso de direito parte de um direito legítimo da pessoa que o exerce e geralmente está eivado de uma finalidade precípua. Quando esta finalidade extrapola sua função social, seja com conteúdo emulativo ou não do agente, adentra na esfera do ilícito, prejudicando terceiros.

Neste sentido, faz-se patente que importa considerar como sendo abuso de direito todo ato jurídico de natureza inicial lícita que maculado pelo excesso, extrapola os limites legais do direito, invadindo a esfera jurídica alheia e ingressando, contudo, na esfera do ilícito, praticado por uma pessoa física ou jurídica detentora de um direito legal.

Assim, aquele que exorbita no exercício de seu direito, causando prejuízo a outrem, pratica ato ilícito, ficando obrigado a reparar. Ele não viola os limites objetivos da lei, mas, embora lhe obedeça, desvia-se dos fins sociais a que esta norma se destina. E bem como afirma Venosa (2004, p. 604), no abuso de direito, sob a máscara de um ato legítimo, esconde-se uma ilegalidade.

3 SURGIMENTO DO INSTITUTO

O abuso de direito como instituto jurídico foi lentamente tomando forma desde o Império Romano, que o desenvolveu, principalmente, para solucionar conflitos quanto ao direito de propriedade.

Muitas são as evidências que apontam para esse entendimento, entre elas podemos citar a teoria da *aemulatio*, a Lei das Partidas e a existência da *actio injuriarum* (AMERICANO, 1932, p. 11).

A teoria da *aemulatio* buscava a responsabilização do agente que porventura viesse a praticar algum ato com a intenção maligna de lesar outrem, agindo, portanto, sem uma finalidade específica. A lei das Partidas surgiu logo após, para regular a forma pela qual a *aemulatio* era proibida; e a *actio injuriarum* tornou-se o instrumento de defesa do lesado contra a atitude prejudicial de terceiro lesante.

Muito embora haja provas consistentes do surgimento do instituto do abuso do direito durante o período romano, alguns doutrinadores acreditam que este só tomou forma realmente, no período pós-revolução francesa. As primeiras aplicações dessa teoria ocorreram em período anterior ao Código Civil francês de 1804, principalmente na relação entre proprietários, nos direitos de vizinhança (AMERICANO, 1932, p. 11).¹ Importa lembrarmos que esta construção só foi possível pelo desenvolvimento dos trabalhos doutrinários e jurisprudenciais de catedráticos e do Poder Judiciário francês.²

Muito conhecidos são os exemplos usados pela doutrina nacional e estrangeira para embasar o que alguns consideram como sendo um dos primeiros fatos que ocasionaram a construção do instituto do abuso de direito. Ambos os casos ocorreram na França. Num deles, datado de 1853, um proprietário de terras, tendo se desentendido com o vizinho, construiu uma falsa chaminé em seu terreno, com a finalidade única de vedar a luz solar sobre o lote da casa de seu desafeto. Outro caso relatado ocorreu em 1913, quando um proprietário de um terreno construiu em sua propriedade uma torre de madeira repleta de ferros pontiagudos, a fim de causar perigo aos dirigíveis de propriedade de seu vizinho, forçando-o a comprar seu terreno (COSTA, 2002, p. 52).

¹ Afirma Jorge Americano que a noção de abuso de direito já existia no Direito Romano através de pequenos dispositivos esparsos que regulavam o direito de propriedade, das fontes de água e do direito de vizinhança.

² Salienta Pedro Baptista Martins (1941) que a Revolução Francesa, impregnada pelas doutrinas filosóficas de J.J. Rousseau foi instrumento importante para o desenvolvimento da autonomia da vontade e da liberdade das convenções, proibindo a intervenção estatal nas relações entre os contratantes, trazendo à tona normas individualistas de conduta social.

Ambos esses casos foram considerados abusivos pelos tribunais franceses e são considerados como o *leading case* do abuso de direito.³

Com isso, começou-se a dar uma nova conotação aos direitos subjetivos, fazendo com que os mesmos perdessem aquele cunho nitidamente egoísta, uma vez que limitações mais ou menos extensas lhes foram impostas em nome do interesse coletivo.

O Direito alemão, a partir de 1900, também sofreu grandes modificações por causa do entendimento jurisprudencial da época. Segundo Franz Wieacker (1967, p. 544), a jurisprudência utilizou-se das “cláusulas gerais da parte geral (§§ 138, I e II), originalmente destinadas apenas à preservação da moral geral e da lealdade das regras do jogo, para a transformação da moral econômico-liberal, numa outra adequada às ideias de estado social.” Formou-se assim, os princípios de abuso de direito na Alemanha.⁴

No Brasil, o Código Civil de 1916 não dispôs diretamente sobre o abuso de direito. Contudo, o Código Civil de 2002 trouxe-o no artigo 187, localizado na parte geral como um princípio de Direito.

Portanto, o abuso de direito, sem dúvida alguma, teve suas raízes fixadas no Direito Romano, e muito embora tenha ficado um pouco esquecido por causa da política individualista de Roma, voltou ao cenário jurídico mundial no período pós-revolução francesa, pelas mãos dos juízes, que pela jurisprudência formaram um novo instituto jurídico.

4 A CLÁUSULA GERAL DO ABUSO DE DIREITO E SEUS ELEMENTOS SIGNIFICATIVOS

Procedendo-se à leitura do artigo 187 do Código Civil de 2002, salta-nos aos olhos a enorme vagueza do dispositivo, no entanto, trata-se de uma estratégia legislativa que permite ao intérprete uma maleável interpretação de seu conteúdo legal (MARTINS-COSTA, 2000, p. 274).

Denota-se que o abuso de direito está regulado por uma cláusula geral, fruto da filosofia do Código Civil de 2002 e decorrente do princípio basilar da Operabilidade (REALE, 1986, p. 14).

As cláusulas gerais são normas enunciadas pelo legislador com conteúdo propositalmente indeterminado e que têm o intuito de propiciar uma adaptação

³ No direito francês, a cláusula do abuso de direito é encontrada no direito de propriedade, artigos 526, 584, 585 e 641 do Código Civil francês.

⁴ Atualmente a cláusula geral do abuso de direito está inserida no § 226 do Código Civil Alemão.

entre o sistema legislativo e a realidade fática, proporcionando respostas mais ágeis na solução de conflitos sociais.

Permitem, do mesmo modo, o ingresso no ordenamento jurídico de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *Standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamentos, de princípios constitucionais e de preceitos econômicos, sociais e políticos, viabilizando a sua sistematização no ordenamento jurídico brasileiro, buscando, por fim, a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos (MARTINS-COSTA, 2000, p. 274).

Ainda, segundo Judith Martins-Costa (2000, p. 29), a interpretação das cláusulas gerais evidencia a função do juiz ao proferir a decisão no caso concreto e põe em relevo o papel do precedente, da jurisprudência, que confere a resposta da atividade jurisdicional a cada um e a todos os casos que são postos para a apreciação dos Tribunais.

O artigo 187 do Código Civil de 2002 é uma cláusula geral, de modo que traz alguns elementos que permitem essa abertura semântica do instituto do abuso do direito. Tais elementos estão consubstanciados nas expressões “boa-fé, fim econômico social e bons costumes”.

Mas pergunta-se: o que define estes elementos? Como devem ser interpretados pelo juiz? E como será sua aplicação prática?

Sílvio Rodrigues (2002, p. 52) destaca a dificuldade com que o juiz, sendo o artigo 187 uma cláusula geral, terá em verificar se um ato praticado foi ou não abusivo. Por este motivo, antes de mais nada, há que se analisar seus elementos, sopesando-os e aplicando-os ao caso concreto.

Na hipótese do artigo 187, a boa-fé representa o padrão ético de confiança e lealdade indispensável para a convivência social. As partes devem agir com confiança e lealdade recíprocas. Assim, considera-se violado o princípio da boa-fé quando o titular de um direito, ao exercê-lo, não atua com lealdade e confiança esperáveis.

A boa-fé, neste caso, é a objetiva, que se preocupa com o comportamento das partes no desenvolvimento da relação social ou das etapas de realização contratual. Desta forma a mesma servirá como princípio vetor para a análise da ilegalidade do ato, que será, com isso, considerado abusivo ou não.

Já para construir a idéia de fim-econômico e social, os doutrinadores buscaram a construção científica do abuso de direito no próprio direito subjetivo do cidadão, procurando identificá-lo como sendo resultado de uma contradição com um dos elementos valorativos do direito.

Desta forma, o fim econômico a que se refere o Código é o proveito material

ou a vantagem que o exercício do direito trará a seu titular, ou pela perda que o mesmo suportará pelo seu não exercício. E o fim social é tudo aquilo que a sociedade pretende atingir, como a paz, a ordem, a harmonia, a solidariedade, o bem comum, etc, o que também deverá ser sopesado pelo juiz, quando do julgamento final (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 376).

E por fim, os costumes, que são práticas reiteradas de certos comportamentos baseados na crença e na tradição, por um período indeterminado e dentro de uma certa localidade, que os faz com que se tornem obrigatórios.

Os bons costumes compreendem as concepções ético-jurídicas dominantes na sociedade; o conjunto de regras de sobrevivência que, num dado ambiente e em certo momento, as pessoas honestas e corretas praticam. Haverá abuso neste ponto, quando o agir do titular de direito contrariar a ética dominante, atentar contra os hábitos aprovados pela sociedade, aferido por critérios objetivos aceitos pelo homem médio.

Verifica-se, através desta breve análise normativa, a vagueza do texto que traz o instituto do abuso de direito no novo Código Civil, relegando-se o trabalho de interpretá-las a todos os operadores do direito, uma vez que os valores sociais, culturais e os costumes, sopesarão sobre a análise de cada caso, determinando pela configuração ou não de um ato ilícito da parte.

Portanto, o operador do direito, ao interpretar a cláusula geral do abuso do direito, exteriorizada no artigo 187 do Código Civil, deverá analisar, por pressuposto, os elementos acima mencionados, para então decidir se há ou não um ato abusivo praticado por uma das partes da relação jurídica travada.

5 TEORIA OBJETIVA E SUBJETIVA DO ABUSO DE DIREITO

Sendo, portanto o exercício regular ou normal de um direito reconhecido modalidade de excludente da ilicitude, não se sujeitando seu exercício a qualquer responsabilidade, para que haja efetivamente um abuso de direito, é necessário, em primeiro lugar, que o agente atue em exercício irregular de direito.

Essa forma de atuar do agente, portanto, deve ser analisada com cuidado, uma vez que predominam posicionamentos diversos sobre o conteúdo do “agir humano”.

Data vênua, duas importantes teorias definem a abrangência e a aplicação do instituto do abuso de direito: a objetiva e a subjetiva.

Pela teoria subjetiva do abuso de direito, só são considerados abusivos os atos inspirados na mera intenção de prejudicar terceiros, sem que haja finalidade ou utilidade alguma a seu praticante. Aqui, leva-se em consideração a conduta culposa do agente.⁵

Essa alegada culpa deve ser provada para que haja a configuração de um ato abusivo.

Já pela teoria objetiva, certamente a mais difundida entre os autores jurídicos, o ato abusivo é aquele praticado com anormalidade, contrário à finalidade econômica e social do direito, pois é atitude sem conteúdo jurídico, que se contrapõe às regras normais de conduta. Pelo critério objetivista não se questiona a intenção do agente em praticar o ato, mas sim, apenas analisa-se o seu conteúdo emulativo.⁶

A teoria subjetiva, neste caso, parece delimitar o campo de atuação do abuso de direito, ficando o instituto restrito à prova da culpa. Ao contrário disso, a teoria objetiva procura expandir os limites da norma, abrindo caminho para que o juiz, dispensando a prova da culpa, aplique a lei atendendo aos seus fins sociais e às exigências do bem comum, ou seja, coibindo a prática de atos que desatendam essas características e que são exclusivamente egoístas, colocando-os, novamente, nos trilhos do direito e em acordo com sua finalidade social.

O nosso Código Civil de 2002, genericamente, parece ter adotado a teoria objetiva, quando se refere ao art. 187, pois não fala da culpa para a concretização de um ato abusivo. Ademais, pela interpretação de grandes juristas, que se reuniram logo após a entrada em vigor do novo Código, especialmente para interpretá-lo, decidiu-se que a teoria mais adequada a ser trabalhada é realmente a objetiva. Com base neste entendimento surgiu o Enunciado n. 37, o qual adota este posicionamento.⁷

⁵ Cláudio Antônio Soares Levada salienta que uma ramificação desta teoria diz que o agente deve agir, obrigatoriamente com dolo, pois até mesmo o dolo eventual é afastado para a caracterização da abusividade (LEVADA, 2002, p. 70).

Rui Stoco (2002, p. 126), em posicionamento contrário, admite que a culpa, aqui, é a *lato sensu*, que inclui o dolo e a culpa, de modo que a simples conduta culposa já basta para configurar o abuso de direito.

⁶ Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho Stolze (2003, p. 119), advertem que por esta teoria o reconhecimento da culpa não é fator imprescindível à responsabilização, sendo desnecessário que o agente praticante do ato tenha a intenção de prejudicar terceiro, pois basta tão somente a contrariedade manifesta aos limites impostos pela finalidade econômica ou social do direito, pela boa-fé e pelos bons costumes.

⁷ ENUNCIADO n. 37 da CJF: A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.

6 A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO ABUSO DE DIREITO COMO *LONGA MANUS* DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A regra básica da responsabilidade civil é a que impõe àquele que, agindo culposamente causar dano a outrem, a obrigação de reparar este dano (RODRIGUES, 2002, p. 43).

Pergunta-se, contudo, se é possível emergir uma obrigação de reparar danos que surjam, porventura, da prática de um ato considerado lícito, pelo simples fato de ter ocasionado prejuízo a outrem?

Roberto Gonçalves (2003, p. 57) mostra que a lei admite, em alguns casos, que alguém cause dano a outrem, sem a obrigação de repará-lo, porém, é preciso que o autor do dano esteja autorizado por um interesse jurídico-social proeminente, tal como é o caso da legítima defesa e do exercício regular de direito. Aqui, mesmo existindo dano, por motivo legítimo estabelecido em lei, este não acarreta o dever de indenizar, porque a própria norma jurídica lhe retira a qualificação de ilícito (DINIZ, 2000, p. 477).

De outro modo, quando algum ato considerado lícito pelo ordenamento jurídico, é praticado em excesso de poder, extrapolando a órbita da legalidade e causando dano a outrem, passa a ser de inopino, considerado como irregular. Sendo o termo “regular” valorado pelo legislador como algo “lícito”, conseqüentemente a expressão “irregular”, será tido como algo “ilícito” (LUNA, 1959, p. 106). Assim, será ilícito o ato jurídico que transcender ao âmbito da norma legal permissiva ou proibitiva.

Sendo o exercício regular ou normal de um direito reconhecido modalidade de excludente da ilicitude, não se sujeitando seu exercício a qualquer responsabilidade, para que haja efetivamente um abuso de direito é necessário, em primeiro lugar, que o agente atue em exercício irregular de direito (DINIZ, 2000, p. 477).

A jurisprudência e a doutrina, bem definem o que pode ser considerado exercício irregular de um direito.⁹ A título de exemplo, consideram-se abusivas as

⁸ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CANCELAMENTO DE PROTESTO C/C PERDAS E DANOS E DANOS MORAIS.

Cheques prescritos. Protesto desnecessário. Indenização por dano material e moral indevida. Em que pese ser incontroversa a inadimplência do autor, tratando-se de cheques prescritos, não se mostra necessário o aponte dos títulos para protesto, configurando tal proceder abuso de direito por configurar meio coercitivo de cobrança. Pedido de cancelamento do protesto acolhido. De outra parte, não merece acolhida o pleito de indenização por danos materiais e morais, tendo em vista que os primeiros

seguintes condutas: a) matar o gado alheio que pasta no campo; b) requerer o credor arresto de bens que saiba não pertencer ao devedor; c) requerer busca e apreensão sem necessidade; d) requerer falência de alguém quando as circunstâncias e as relações entre ele e o requerente não o autorizam; e) provocar prejuízos que excedam os incômodos ordinários de vizinhança; f) requerer busca e apreensão preliminar de queixa-crime; por suposta contrafação de patente; g) revogação, pelo mandante, de procuração sem nenhuma razão plausível; h) esgotar o proprietário as fontes em seu terreno, por mera emulação e em detrimento dos vizinhos; i) o exercício egoístico, anormal do direito, sem motivos legítimos; j) reiteradas purgações de mora nas ações de despejo por falta de pagamento; l) oferecer queixa-crime ou *delatio criminis* contra pessoa sabidamente inocente, *etc* (STOCO, 2002, p. 424).

E quanto ao dano? É necessário que sobrevenha um dano para que surja o direito de indenizar ou basta um exercício anormal de direito? Sendo o exercício irregular de direito um ato ilícito, é sim necessário o elemento “dano” para que o dever de indenizar esteja completo e assim gere responsabilidades, seja de ordem material ou moral, pois é elemento essencial para que o agente responda pelo ato.

não foram sequer elencados e os danos morais, mesmo que sejam *in re ipsa*, sendo despicienda sua comprovação, no caso concreto não são devidos, visto que o devedor inadimplente contribuiu com o aponte dos títulos ao descumprir a obrigação. Apelo provido em parte.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação de cancelamento de protesto cumulado com perdas e danos. Relator: Victor Luiz Barcellos Lima. 21 de dezembro de 2004. (Décima Nona Câmara Cível. Apelação Cível n 70006047732. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/rpesq.php>).

CANCELAMENTO DE REGISTRO EM BANCO DE DADOS. TUTELA ANTECIPADA. TENDO EM VISTA QUE A PARTE POSSUI 90 (NOVENTA). Anotações no banco de dados, resta caracterizado o abuso de direito, não sendo caso de cancelamento em sede de tutela antecipada.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Cancelamento de registro em banco de dados. Relator: José Francisco Pellegrini. 21 de dezembro de 2004. (Décima Nona Câmara Cível. Agravo de Instrumento n 70009994823. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/rpesq.phd>).

APELAÇÃO CÍVEL. POSSE E PROPRIEDADE DE BENS MÓVEIS. DECLARATÓRIA

1. Comprador com boa-fé. Manutenção do domínio do bem. Incidente, no caso em tela, a cláusula geral de boa-fé objetiva, no sentido de conferir proteção aos contratantes diante de manobras maliciosas da outra parte ou de terceiros, como também coibir condutas desleais praticadas pelos contratantes. Consoante esse paradigma, não se

Everaldo da Cunha Luna (1959, p. 71), manifesta-se nestes termos, salientando que deve existir um dano material para que fique caracterizado o abuso de direito, pois “se o conteúdo da norma jurídica é a proteção do interesse, proteção que se transforma em bem jurídico, o conteúdo da ilicitude é a violação do bem jurídico, violação esta que se chama dano. O dano é, pois, o conteúdo, a matéria, o aspecto material, enfim, da ilicitude”. Orlando Gomes (1999, p. 135) possui o mesmo entendimento, quando afirma que o “exercício de direito que não cause dano, ainda que moral, abusivo não é”.

Ao contrário disso, manifesta-se Rui Stoco (2002), acrescentando que tão só a violação do direito basta para que haja um ilícito, independente de ocorrer qualquer tipo de dano.

Por outro lado, afirma Lúcio Flávio de Vasconcelos Naves (1999, p. 229) que o abuso de direito pode subsistir com dano ou sem dano, afirmando que o mesmo não se descaracteriza pelo fato de não ter resultado num dano indenizável. Para que ele exista basta tão somente que haja uma pretensão abusiva por parte de um agente.

E a culpa? Será necessária? Não vamos nos ater a este aspecto, pois como já vimos acima, isso irá depender do posicionamento adotado pelo intérprete da norma. Para aqueles que adotam a teoria subjetiva, sim; para os que adotam a teoria objetiva, não.

E quais serão os efeitos legais quanto ao ofensor, portanto, em caso de ficar provado o manifesto abuso de direito? O nosso Direito Civil, numa reação contra o exercício irregular de direitos subjetivos, segundo a doutrina, comina para o agente que causou o ato ilícito, as seguintes obrigações: a) obrigação de ressarcir os danos causados por outrem; b) anulabilidade do negócio jurídico se constitui na ameaça do exercício anormal de um direito para extorquir do ameaçado certa declaração de vontade (art. 153 e 171, II); c) consideração da condição como

podem admitir intervenções na relação contratual no sentido de prejudicar a boa conclusão dos negócios jurídicos. Incumbia ao demandante, a despeito da conduta maliciosa de terceiro, colaborar para o resultado útil da avença. 2. Exercício irregular de Direito. Indenização. Não tendo o recorrente certificado-se junto ao terceiro de que os cheques com contra-ordem foram emitidos ou entregues pelo autor, obrou com imprudência e até má-fé, causando danos a quem sofreu com a privação do bem durante boa parte do processo. **APELO DESPROVIDO. BRASIL.** Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Posse e Propriedade de bens imóveis. Relator: José Francisco Pellegrini. 14 de dezembro de 2004. (Décima Terceira Câmara Cível. Apelação Cível n 70006047732. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/rpesq.php>).

verificada se o abuso consistir no impedimento malicioso da condição desfavorável ou consideração da condição preenchida como não verificada se o abuso consistiu na provocação maliciosa da condição favorável (art. 129); d) inoponibilidade da menoridade e convalidação de um negócio que, normalmente, seria anulável se o abuso resultasse do fato de o menor com mais de 16 anos invocar sua incapacidade para anular negócio, depois de se ter feito passar, dolosamente, como maior (art. 180); e) demolição de obra construída se esta for nociva à propriedade vizinha, caso em que se terá uma restauração natural da situação anterior (1.312), (DINIZ, 2000, p. 480).

Apesar desses casos expressamente previstos na norma, as demais sanções aplicáveis a outros casos de abuso de direito terão idênticas conseqüências àqueles aplicáveis aos atos ilícitos em geral: o dever de indenizar (CARPENA, 2001, p. 64).

O ato abusivo, nessas situações, ensejará responsabilidade civil nas mesmas condições que o ato ilícito, submetendo-os aos requisitos e pressupostos do dever de indenizar, segundo a própria teoria do abuso (CARPENA, 2001, p. 65). Assim, o pagamento da reparação será, por conseqüência, resultado do ato abusivo que causar um dano material ou moral reparável, se a lei não cominar outra pena.

Entretanto, uma característica do abuso de direito escapa à órbita da responsabilidade civil e faz com que o mesmo se prolongue para outros campos do direito, campeando plenamente pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Podemos chamar tal característica como sendo um *longa manus* da responsabilidade civil, capaz de buscar em outros campos do direito, o dever de reparar.

Para Cavalieri Filho (2007, p. 144), o abuso de direito não se restringe apenas à responsabilidade civil. Muito embora esteja alocado no Código Civil Brasileiro, dentro do capítulo destinado à responsabilidade civil, o mesmo extrapola a esta esfera, saudando outros institutos de direito.

Dessa forma, salienta o nobre doutrinador:

A terceira conclusão que se tira da redação do artigo 187 é a de que o abuso de direito, que não era estranho ao Código de 1916, foi agora erigido a princípio geral, podendo ocorrer em todas as áreas do direito (obrigações, contratos, propriedade, família), pois a expressão “o titular de um direito” abrange todo e qualquer direito cujos limites foram excedidos (CALVALIERI FILHO, 2007, p. 144).

Importante lembrar, portanto, que a teoria do abuso de direito também tem se infiltrado por outros diplomas legais, sendo utilizado principalmente para fundamentar a desconsideração da personalidade jurídica das empresas na esfera tributária, trabalhista, do consumidor e ambiental.

Assim, o abuso de direito configurado na cláusula geral do artigo 189, é um instituto que volta às origens do Código Civil, confirmando seus princípios criadores, da eticidade, operabilidade e sociabilidade, mas que, como um *longa manus* da responsabilidade civil, resta presente por todo o sistema jurídico brasileiro.

É de importante valia, contudo, não esquecermos de proceder à análise dos elementos exigidos pelo artigo 187 do Código Civil, verificando se restou ou não configurado o abuso de direito, procedendo-se a verificação da boa-fé, dos bons costumes e os limites impostos pelo seu fim econômico ou social. Nestes termos, não há dúvidas de que devemos considerar o abuso de direito como sendo um ato ilícito, pois pelo menos será como consequência para a reparação do dano.

7 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil, como instituto do direito privado que se presta à apuração da responsabilidade do indivíduo por dano ao patrimônio alheio, certamente continuará sendo campo de profundas inquietações. Doutrinadores, juristas e profissionais do direito em geral, sempre questionarão os métodos empregados para definir quem é o responsável pelo desequilíbrio da esfera patrimonial alheia, isso, certamente, com o intuito de melhorá-los.

O abuso de direito é um instituto que adveio ao Código Civil em virtude dessa contínua preocupação dos operadores do direito em evoluir os institutos de direito civil.

Essa tendência evolutiva é irreversível e o abuso de direito faz parte dela.

Trazendo uma norma que se caracteriza como sendo uma cláusula geral e que fomenta a interpretação do jurista para gerar capacidade de entendimento entre o fato e o valor protegido pela norma, principalmente pela maleabilidade dos elementos genéricos da boa-fé, bons costumes e dos fins econômicos e sociais, o abuso de direito é mais uma ferramenta à disposição do Direito para sanar conflitos subjetivos.

Por fim, inserto o instituto do abuso de direito na parte concernente à responsabilidade civil, não podemos nos esquecer de que o mesmo extravasa o campo da mesma, como um *longa manus*, atuando também em outros ramos do direito.

Assim, nos parece que o artigo 187 do Código Civil de 2002 veio para trazer mais harmonia social à coletividade, sendo um elemento que ajudará o aplicador da lei a decidir conflitos reais entre indivíduos em sociedade.

REFERÊNCIAS

- AMERICANO, Jorge. *O abuso de direito no exercício da demanda*. 2. ed. São Paulo: Livraria acadêmica, 1932.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2.
- BARROS, Washington Monteiro de. *Curso de Direito Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1.
- BRASIL. *Código Civil: confrontado com o Código Civil de 1916*. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2002.
- CARPENA, Heloisa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Programa de responsabilidade civil*, 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. *Programa de responsabilidade civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. Lisboa: Almedina, 1997.
- COSTA, Dilvanir José da. Inovações principais do Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 796, p. 39-65, fev. 2002.
- DEMO, Wilson. *Manual de história do direito*. Florianópolis: OAB, 2000.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9.ed. Rio de Janeiro:Forense, 1994. v. 2.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 7.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 5.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.
- FIÚZA, Ricardo. Parecer do relator-geral ao novo Código Civil. In: BRASIL. *Código Civil. Confrontado com o Código Civil de 1916*. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2002.

GAGLIANO, Pablo; STOLZE, Rodolfo Pamplona Filho. *Novo curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

GOMES, Orlando. *Introdução do Direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
_____. *Obrigações*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 357p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 940 p.

LEITÃO, Adelaide Menezes. *Estudo de direito privado sobre a cláusula geral de concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 2000.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. Anotações sobre o abuso de direito. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 3, n. 11, p 69-78, jul./set. 2002.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LIMA, Iran de. *Introdução do estudo do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luis; FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Nuevas Fronteras del Abuso de Derecho (Situaciones Jurídicas Lesivas de Libertades. Tutela del Mercado y amparo). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 723, p. 53-65, jan. 1996.

LUNA, Everaldo da Cunha. *O Abuso, que lesa o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso de Direito e o ato ilícito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

MARTINS-COSTA, Judith. As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 28, n. 112, p. 13-32, out./dez. 1991.

_____. O Direito Privado como um “Sistema em Construção” – As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 753, p. 25-48, jul. 1998.

_____. *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2000.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NAVES, Lúcio Flávio de Vasconcellos. *Abuso no exercício do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PINTO, Eduardo Viana. *Responsabilidade civil*. Porto Alegre: Síntese, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954-1969. Tomo II.

REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *O Direito como Experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

RODRIGUES, Sílvio Paulo Brabo. *Direito Civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.

SANTOS, Eduardo Sens dos. O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: exame da função social do contrato. *Revista de Direito Privado*, v. 3, n. 10, p. 9-37, abr./jun. 2002.

SARLETE, Ingo Wolfgang (Org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Clóvis do Couto. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, 225p.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Tratado de Responsabilidade Civil. Responsabilidade Civil e sua Interpretação Doutrinária e Jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Responsabilidade civil. Doutrina e Jurisprudência*. 4. ed. Rio de Janeiro: 1997. v. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Direito civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WIEACKER, Franz. *A história do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.