

O ABUSO DE DIREITO COMO FATO GERADOR DA RESPONSABILIDADE CIVIL

ABUSE OF LAW AS A GENERATING FACT OF CIVIL LIABILITY

Amanda Ramaiane MORANDO¹

Fabiana Maria Martins Gomes de CASTRO²

ISSUE DOI: 10.21207/2675-0104.2017.651

RESUMO

O propósito do presente artigo é tratar, de forma interdisciplinar, a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito, tendo por enfoque central esclarecer se esta é tratada como objetiva ou subjetiva no direito pátrio, para a compensação do dano causado. É oportuno destacar que o abuso de direito na atual sistemática do Código Civil traduz cláusula geral e via de consequência o dever de reparar é determinado por seus elementos condicionantes. Utiliza-se, para tanto, o método

¹ Discente da Faculdade de Direito de Franca/SP. Bolsista do Programa Interno de Iniciação Científica (PIBIC 2017-2018).

² Doutora em Direito - Efetividade do Direito, subárea Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2016). Mestre em Direito das Obrigações pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - Campus Franca/SP (2003). Graduação em Ciências Sociais e Jurídicas Aplicadas - Faculdades Integradas Toledo Araçatuba (1998). Advogada. Professora Titular da disciplina Direito Civil II na Faculdade de Direito de Franca. Professor de Ensino Superior III-E da Faculdade de Tecnologia de Mococa - Fatec Mococa (desde agosto de 2008) e Diretora da Faculdade de Tecnologia de Mococa (Gestão 2017/2021). <http://lattes.cnpq.br/6692960992490531>

dedutivo, por meio de um procedimento técnico-bibliográfico sobre o tema, buscando sua análise conceitual, seus requisitos, suas modalidades, a natureza jurídica, a relação entre ato ilícito e o uso excessivo do direito, a limitação imposta pela lei acerca do exercício do direito, as específicas áreas jurídicas em que ocorre o exercício descomedido do direito, bem como as consequências advindas, sob a égide do ordenamento jurídico vigente, a doutrina, a jurisprudência e também dados secundários, como artigos e teses já publicadas acerca do assunto. Nesse contexto, a pesquisa verificará somente a conduta em sua seara objetiva, isto é, com a imprescindibilidade da consciência culposa ou dolosa do excesso aos limites impostos ensejará a reparação do dano, em razão de atingir os elementos condicionantes: a boa-fé, os bons costumes e os fins sociais e econômicos, conforme se pronuncia o Enunciado n° 37 da I Jornada de Direito Civil.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Ato ilícito. Abuso de direito.

ABSTRACT

This article aims at treating multi-disciplinarily the civil responsibility resulting from abuse of rights, focusing mainly on clarifying if it is treated as objective or subjective in Brazilian law, in order to compensate for caused damage or loss. It is opportune to mention that abuse of rights, in the current Civil Code system, consists of general clause and, consequently, the obligation to repair is determined by its conditioning elements. To accomplish this goal, this research employs the deductive method, taking advantage of a technical-bibliographical procedure on the theme. In particular, it searches for: civil responsibility conceptual analysis; its requisites; its modalities; its judicial nature; the relationship between legal act and excessive use of the law; legal constraints on the exercise of rights; the specific judicial areas in which abusive exercise of rights takes place; as well as the resulting consequences according to the current Brazilian legal order, the doctrine, and the jurisprudence. It also looks into secondary data, like journal papers and Phd monographs. In this context, the research notes that only behavior in its objective field, viz, with indispensability of guilty or malicious conscience of transgression of legal boundaries, enables damage reparation, since it affects good will, good practices and financial assets (conditioning elements), according to Statement 37 of 1st Brazilian Civil Law Conference.

Keywords: Civil Responsibility; Illicit act; Abuse of Rights.

INTRODUÇÃO

O ser humano, para atingir a realização dos seus projetos de vida, precisa atender as exigências de um condicionamento imensurável que apresenta um duplo sentido de adaptação na relação entre a sociedade e o Direito, pois, o ordenamento jurídico cria a necessidade da coletividade em adaptar seu comportamento aos padrões de convivência social impostos. Todavia, com as inúmeras transformações sociais, políticas, econômicas e tecnológicas da sociedade contemporânea surgem um maior grau de dificuldade em manter o homem no âmbito de seus próprios direitos, impondo-lhe limites que, ao ultrapassar, coloca fim ao seu direito.

Nessa ocasião, o presente trabalho apresentará a discussão acerca da responsabilidade civil decorrente do abuso de direito, de forma a demonstrar as consequências civis no ato abusivo, bem como apontar, de forma específica, as áreas do direito em que ocorre ato ilícito por meio do uso descomedido do direito e identificar a relação do ato ilícito com o ato excedente dos limites estabelecidos em lei, utilizando como metodologia a perspectiva do conhecimento através de um procedimento técnico bibliográfico, por meio de método dedutivo, o qual, de forma clara e objetiva, permite a compreensão acerca do excessivo uso de um determinado direito, bem como os resultados gerados diante disso.

Quanto à estrutura, o texto encontra-se delimitado em três partes, onde inicialmente far-se-á uma abordagem histórica da evolução do Código Civil pátrio, uma vez que o Código Civil de 1916 era essencialmente subjetivista, pois seu sistema estava fundamentado na cláusula geral constante no art. 159, o qual, expressamente, previa a prova da culpa. E, com a elaboração do Código Civil de 2002 surgiu uma considerável modificação na disciplina da responsabilidade civil, posto que, embora haja permanência da responsabilidade subjetiva, o diploma jurídico demonstrou preferência pela responsabilidade objetiva, pelas extensas e profundas cláusulas gerais que o consagram. Neste, também será apresentada a dicotomia do direito público e privado para chegar à discussão de que é inexistente a divisão entre eles, uma vez que o ordenamento jurídico realiza a interação das normas de ordem pública e privada, dando proteção tanto ao ente estatal quanto ao cidadão. Após sucinto estudo sobre cláusula geral e conceito legal indeterminado serão analisados os princípios estruturantes propostos por Miguel Reale, quais são o da socialidade, eticidade e operabilidade.

Em sequência será versado sobre o conceito legal e doutrinário, as características, as modalidades, distinções e finalidades do ato ilícito e

do abuso de direito, nessa seara, a pesquisa também relacionará ambos os institutos, uma vez que este e aquele ferem a legislação que rege a sociedade, sem, contudo que haja identidade entre o ilícito presente nos arts. 186 e 187 do Código Civil, pois, leva-se em conta a subjetividade, já que a culpa se encontra presente no primeiro e dispensável no segundo. Por fim, discorrer-se-á acerca dos limites impostos ao exercício dos direitos, quais são: a boa-fé, os bons costumes e a função social e econômica do direito, e, com isso, as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados servem como meio de controle ao julgador, a quem caberá adaptá-los a realidade coletiva e preenchê-los na análise do caso concreto.

Derradeiramente, a pesquisa focalizará na evolução dos fatos sociais para denotar o recente reconhecimento do dever de reparar o dano, bem como a etimologia, as funções e as espécies da responsabilidade civil, abrangida, depois, sob a ótica do ato ilícito e do abuso de direito, levando em consideração que todas as ações não proibidas encontram-se legalmente permitidas, momento em que se elencam de forma breve as excludentes da responsabilidade civil e sua interdisciplinaridade entre as matérias do Direito, dando realce na visão doutrinária e jurisprudencial do tema em debate.

Com a pretensão de estabelecer resposta à questão central deste trabalho: a responsabilidade civil quando ocorre o abuso de direito é de nuança subjetiva ou objetiva? a pesquisa consiste na identificação do abuso de direito e a responsabilidade oriunda deste instituto jurídico para tornar a vítima indene e via de consequência alcançar a efetividade do direito, tendo em vista que, a responsabilidade civil possui a finalidade precípua de tutelar o interesse de cada pessoa na preservação de sua esfera jurídica, através da reparação ou compensação dos danos causados por outrem, o qual, de forma objetiva, ou seja, independe de culpa, pois viola o dever geral de não lesar ninguém, o que diferentemente ocorre na responsabilidade subjetiva, a qual se examina o ato ilícito, pois o dever de indenizar repousa justamente no exame da transgressão ao dever de conduta culposa que constitui o ato.

1 A ABERTURA E MOBILIDADE DO SISTEMA JURÍDICO PRIVADO BRASILEIRO

O Direito manifestou-se juntamente com a civilização sob a forma de costumes que foram se tornando obrigatórios, em razão da necessidade de um mínimo de ordem e direção, carregando consigo a finalidade precípua de regular as relações intersubjetivas, a fim de proporcionar paz e prosperidade no seio social, de forma a impedir a desordem, o crime e o caos que seria proporcionado pela lei daqueles que detinham o poderio, principalmente o econômico.

Quando colônia de Portugal, o Brasil adotava o sistema normativo colonizador, o qual mesmo com a proclamação de sua independência continuava sendo regido pelas regras originadas da ex-metrópole Portugal que possuía falhas e contradições, desse modo, embora o Império tenha terminado em 1889, a sociedade brasileira permanecia estruturada na mesma base social dominante, com amparo na aristocracia ruralista e de baixa influência burguesa, uma vez que as interferências operantes na Europa não chegavam à América de forma robusta e célere.

Com isso, tendo em vista a modernização, naturalmente surgiu ao país a necessidade de possuir normas próprias, pois uma vez fluente em sua independência, o Direito tinha que tomar rumo próprio, de acordo com as conveniências de sua população.

Após estudos e consolidação das leis civis, no ano de 1899, o jurista Clóvis Beviláqua apresenta um projeto, o qual se transforma no Código Civil brasileiro após 16 anos de debate, sendo promulgado em 1º de janeiro de 1916 e entrando em vigor a partir de 1º de janeiro de 1917, após cumprido o período de *vacatio legis*.

No conhecimento de Limongi França, citado por Maria Helena Diniz³, o Código Civil de 1916 foi um diploma atualizado para a sua época, visto que o direito possuía cunho individualista, e, dentro da dicotomia publico-privado sempre preponderava às relações privadas, pois o contrato e a leis civis em si, se faziam suficientes para que o sistema jurídico pudesse caminhar sem oscilações.

O ano de 1940 se define pela primeira tentativa de reforma do Código de 1916, onde, mesmo frustrada tal investida, se deu o surgimento de múltiplas leis especiais que derrogaram várias normas do Código Civil e amenizavam as duras críticas à idéia de codificação do Direito, além de atender aos reclamos sociais.

³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v.1: teoria geral do direito. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 49.

É oportuno ponderar que a codificação conduz a imobilização do Direito, mas, suas vantagens superam este fato, pois, os Códigos são de grande valia para unificá-lo, de forma a consolidar a unidade política da nação, constituindo a fundamental estrutura do ordenamento jurídico de um país e um eficiente meio de padronização dos usos e costumes da população.

Apesar disso, o Código Civil de 1916, estava defasado em relação às transformações sociais ocorridas no século XX, pois tinha como base o individualismo influente. Logo, torna-se inegável a necessidade constante de adaptação e reforma às leis existentes, e, diante desse pensamento ocorre a segunda tentativa de reforma do Código de 1916 no começo da década de 1960, resultando no Projeto de Código Civil, conforme projeto de Orlando Gomes, e, no Projeto de Código das Obrigações, de que teve como relator Caio Mário da Silva Pereira, ambos em 1965 e evitados de improsperidade.

Posteriormente, no ano de 1969, reuniu-se uma Comissão para rever o Código Civil ainda vigente. Neste momento, depois de um difícil trabalho a Comissão apresentou o Anteprojeto de Código Civil em 1973, que se transformou no Projeto de Lei n.º 634 em 1975. Apenas em 1984, depois de anos de debate, foi publicada a redação final do projeto aprovada pela Câmara dos Deputados, com 1.063 emendas, por se tratar de uma lei com aproximadamente 2.040 artigos, dando, assim, origem ao Projeto de Lei n.º 634-B.

Entretanto, com a urbanização da sociedade antes eminentemente agrária e o progresso da tecnologia, modifica-se o pensar da sociedade, o que influencia diretamente nas alterações que culminarão no novo Código⁴.

O Código Civil, enquanto lei geral deve apresentar suas normas de forma suficientemente aberta, de modo a admitir a função criadora do intérprete, face às transformações sociais inevitáveis⁵.

Alguns anos mais se passaram até que o Projeto de Lei n.º 634-B foi finalmente levado a votação no ano de 2001, modificado em ambas as casas do Congresso e levado à sanção presidencial, para dar origem ao novo Código Civil, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

⁴ DONZELE, Patricia Fortes Lopes. *A codificação do Direito Civil brasileiro Do Código de 1916 ao Código de 2002*. CEPPG revista, Catalão - GO, n. ano VI, p. 123-128, 2004.

⁵ FIUZA, Ricardo. *O Novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2004.

Dentre as diretrizes observadas pela Comissão de Redação do Anteprojeto do Código Civil de 2002, capitaneada por Miguel Reale, o qual sempre que possível, valeu-se da tentativa de preservar a estrutura do Código Civil de 1916, em respeito a um patrimônio de pesquisas, de estudos e de manifestação de um universo de juristas.

O aludido autor realizou, no entanto, alterações para atender aos princípios da eticidade, da sociabilidade e da operabilidade; inseriu no código matéria já consolidada e, por outro lado, optou por não incorporar matérias que a sociedade ainda não apresentou um viés crítico definido, utilizando uma dialética da complementaridade, ontognoseologia e conhecimento conjectural; trouxe o culturalismo e também o sistema de normas abertas, ou seja, as cláusulas gerais, de forma a advertir que a estrutura do novo código é essencialmente social, ao contrário do contraste individualista do Código Civil ainda em vigor, onde o individual se coloca acima ao interesse social⁶.

As novas concepções do Direito Civil adotam princípios filosóficos com espreque na lealdade, boa-fé e funcionalização social, tendo em vista que, o Código Civil Brasileiro de 2002 apresenta uma mudança, pois valoriza o “ser” ao invés do “ter”, dando causa a substituição do viés individualista oitocentista, por um solidarista com norte culturalista, observando-se a prioridade do coletivo sobre o individual e a revisão dos cinco maiores personagens do direito civil: o proprietário, o contratante, o pai de família, o empresário e o testador.

Nesse sentido, faz-se inegável a importância da diferenciação entre o público e o privado, enquanto expressam categorias sociológicas com repercussões fortíssimas no mundo jurídico, uma vez que, a partir dessas mesmas categorias, se sistematizou uma divisão respeitante ao direito objetivo, já que, com a perspectiva dicotômica, é ocorrente o processo de “publicização do direito privado” e, de forma contrária, uma “privatização do direito público”.

Segundo Marcos de Campos Ludwig, ao realizar a visão dicotômica reconhece uma penetração do direito privado dentro de um domínio que deveria ser aquele do direito público: um exemplo é a adoção da

⁶ REALE, Miguel. *Visão geral do Projeto de Código Civil*. Revista dos Tribunais, n. 752, ano 87, jun. 1998, p. 05.

idéia de contrato, típica do direito civil em relação à prestação de serviço público por empresas privadas⁷.

Em vista disso, há fundamento da alegação pela necessidade de predomínio do direito privado, porque a ordem jurídica teria como finalidade colocar regras às relações dos homens entre si, a fim de permití- lhes viver em comum.

A expressão “privatização do público” poderia marcar uma situação de “revanche” entre os interesses privados, mediante a formação de grupos econômicos com possibilidade de influenciar o campo político, o qual se entende como representante dos interesses da sociedade.

Com o passar dos anos, verifica-se que a clássica divisão do direito em público e privado perdeu-se no tempo. Nos dias que correm, a convivência em uma sociedade extremamente mais complexa, polimorfa em suas relações intersubjetivas elevou a interdisciplinaridade dos ramos jurídicos, que já não se pode mais efetivar uma distinção.

O Direito protege os interesses do cidadão e do ente estatal no mundo dos fatos sociais, econômicos e políticos, promovendo interação entre as normas de ordem pública e privada, de tal sorte que, não mais se pode dividir o Estado da sociedade civil em sistemas diametralmente separados, estanques e fechados cada um em si.

Nesse contexto, Paulo Dourado de Gusmão anota que se torna inexistente a bipartição criada pelo direito romano em ‘público’ e ‘privado’, porque, em razão da complexidade presente na sociedade moderna, mostra-se o direito misto, responsável por tutelar tanto o interesse público quanto o interesse privado⁸.

Conforme o pensamento de Pietro Perlingieri acerca do assunto ora tratado, o Estado moderno se caracteriza em uma relação com o cidadão, onde há compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse de cada pessoa e não onde um é subordinado ao poder, à soberania e, por vezes, ao arbítrio do outro⁹.

O Código Civil, estatuto maior do direito privado, deve ser aberto, móvel, entremeado por cláusulas gerais, para que seus institutos

⁷ IRMÃOS MAZEUD apud LUDWIG, Marcos de Campos *Direito publico e privado: a superação da dicotomia*, in: *A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. COSTA, Judith-Martins. São Paulo. RT. 2002. p. 103.

⁸ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do Direito*. 26.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 147.

⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p. 54.

jurídicos possam ser revestidos pelos princípios constitucionais fundamentais. Assim, a multiplicidade de funções jusprivadas alcançando manter uma unidade, ao mesmo tempo em que permite institutos civis permanecerem sempre ativos, garantindo sua continuidade no futuro¹⁰.

A Escola da Exegese defendia a respeito da literalidade dos textos legais, argumentando que nestes estariam às soluções para todos os fatos que o Direito deveria regular. Assim, utilizando o Código, o magistrado impreterivelmente resolveria o caso concreto. Contudo, após um grande processo de transformações e incertezas, os juristas começaram a perceber que a técnica da perfeição da lei revela-se inapta, visto que, a sociedade deixou de ter uma estrutura simples, passando a ser altamente complexa, aberta e de rápida transformação, de sorte que a prévia previsão dos fatos, com a consequente criação das leis que os regulamentassem tornou-se tarefa legislativa impossível¹¹.

Diante desse cenário, como alternativa subjacente, para que o Direito não fique sujeito a um rápido processo de envelhecimento, torna-se totalmente complacente a existência de normas elásticas, de modo a permitir que a lei se envolva na atmosfera social, adaptando-se, do melhor modo, à vida através da imperfeição resultante da mobilidade do seu conteúdo.

Dentro dessa perspectiva contemporânea, alvorece no sistema pátrio, em 2002, através da Lei nº 10.406, o segundo Código Civil brasileiro, perdendo sua forma rígida, fechada, e imutável frente às modificações sociais, permitindo a função criadora do intérprete, bem como proporcionando maior liberdade ao julgador na busca da justiça, contudo, sem ter uma codificação totalmente aberta. Deu-se então, o surgimento de novos instrumentos legais denominados de cláusulas gerais e conceito legal indeterminado, com capacidade para conciliar a segurança jurídica e a elasticidade do texto normativo na interpretação do direito.

Segundo os dizeres de Judith Martins-Costa, o legislador, com as transformações ocorrentes, visa idealizar a abertura do sistema, por acreditar ser um modo de, “deixar as janelas abertas para a mobilidade da vida”¹², por meio de enunciados genéricos como as cláusulas gerais, que

¹⁰ LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e privado: a superação da dicotomia*. São Paulo: RT. 2002. p.114.

¹¹ BIANCO, João Carlos. *Os princípios fundantes no direito das obrigações*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. v.8. n.1, jul. 2013. p. 90.

¹² MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um “Sistema em Construção” – As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*. RT, 1998, n. 753.

carregam conteúdo propositadamente indeterminado e não preceituam uma determinada conduta, pois são normas elásticas, cujos termos possuem significados vagos e abertos, permitindo ao magistrado dar-lhes o preenchimento através de parâmetros axiológicos e hermenêuticos, de forma a adaptar os fatos da vida que contextualizam os interesses da sociedade, além de permitir a integração das normas civilistas com as dos demais diplomas legais, de forma a viabilizar a mobilidade interna do sistema.

Assim, as cláusulas gerais atuam como verdadeiros veículos condutores de interpretação e aplicação sistemática e teleológica do direito, percorrendo os valores contidos na constituição e leis esparsas para conferir o suporte jurídico que a solução do caso exige¹³.

O sistema jurídico de uma determinada sociedade, dentro de uma visão dicotômica, pode compreender as seguintes formas: a primeira, denominada de tradicional, comporta o regime fechado que tem como característica a segurança jurídica lastreada no positivismo contido nas fontes legislativas. Na segunda, encontra-se ideia antagônica, visto que, o sistema é aberto e as normas nele contidas enseja ao jurista a possibilidade de compor o repertório legal, por meio da interpretação que confere a norma, juntamente com o legislador e o juiz¹⁴.

A vagueza semântica, dessa forma, se supre segundo os bons costumes e a moral decorrentes das relações coletivas, ou pode o enunciado ser alcançado por meio da experiência obtida com a avaliação do comportamento e a transformação social frente à realidade fática no momento de interpretação e pronunciamento da decisão.

Os conceitos legais indeterminados possuem significado equiparável às cláusulas gerais, visto que, são normas elásticas, nas quais se introduz conceitos propositadamente vagos e abertos, proporcionando ao juiz preenchê-los com valores a serem empregados no julgamento de cada caso singular, todavia, se diferem destas uma vez que conseguem prever a consequência jurídica, isto é, a solução a ser dada pelo juiz é prevista na norma¹⁵.

¹³ NUNES, Gabriel Turiano Moraes. *Clausulas gerais e o sistema jurídico brasileiro*. In: Migalhas. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI9142,71043-Clausulas+gerais+e+o+sistema+juridico+brasileiro>> acesso em 01/09/2016 às 14:00 horas.

¹⁴ Idem, ibidem.

¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson et al. *Código civil anotado e legislação extravagante*, 2 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 141.

As cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados são figuras que impedem o envelhecimento precoce das regras rígidas em uma sociedade tão dinâmica como a atual. Contudo, recebem críticas em razão de gerar incerteza ante a flexibilidade, uma vez que outorgam ao juiz grande margem discricionária ao preencher o conteúdo vazio com valores. Assim sendo, tais valores devem ser extraídos diante do caso concreto na criteriosa análise de suas circunstâncias de fato e de direito para que se encontre a solução mais conveniente sob a ótica da justiça social.

Os princípios são diretrizes maiores do ordenamento jurídico, que oferecem às normas o seu verdadeiro sentido e alcance, são normas que se caracterizam pela abstração. No intuito de materializar essa carga de valor, o aplicador do direito há de utilizar das cláusulas gerais, uma vez que são estas elaboradas através da formulação de hipótese legal que, tendo em vista seu grau de generalidade abarcante da disciplina jurídica de um grande número de casos. Dessa sorte, os princípios, sejam eles positivados ou não, de forma a surtir seus efeitos jurídicos quando reduzidos ao caso concreto, o que ocorre pela instrumentalidade conferida às cláusulas gerais.

Valendo-se, pois, das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados, o jurista Miguel Reale introduz três princípios, os quais denomina de fundantes: o da socialidade, o da eticidade e o da operabilidade.

O princípio da socialidade, de forma a respeitar os direitos fundamentais da pessoa humana, rompe com a visão exclusivamente individualista do Código Civil revogado, e conclui que, embora de grande significância para o ordenamento jurídico, jamais pode haver o prevailecimento dos valores coletivos sobre os individuais, como forma de proporcionar proteção à sociedade e impedir que a lesão individual implique na instabilidade social. Compromete-se com a busca de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, pela erradicação da pobreza e da marginalização, buscando a redução das desigualdades sociais e regionais, composta na dignidade da pessoa humana¹⁶.

O princípio da eticidade remete à ética, lealdade, sinceridade e, sobretudo, equidade. O emprego da ética nas relações privadas constitui verdadeira vedação à utilização de astúcia, deslealdade e ardis na elabora-

¹⁶ MORAES, Maria Cecília Bodin de. *O princípio da solidariedade*. In: Manoel Messias PEIXINHO, Isabela Franco GUERRA e Firlly Nascimento FILHO (orgs.) *Os princípios da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, p. 121.

ção das cláusulas obrigacionais, impondo a boa-fé e lealdade como postulado de conduta a ser observado¹⁷.

Comumente os princípios da socialidade e da eticidade se entrelaçam, de modo a se completar. O primeiro nasce de um dever ético, que obriga o titular de um direito subjetivo harmonizar o seu interesse ao interesse social. O segundo, tento por proposta o comprometimento do Direito com ideais de alta estima de uma comunidade, está intimamente ligada ao paradigma socialidade, pois somente assim poderá ter um significado realmente edificante. É certo que ambos princípios proporcionaram ao Código Civil uma quebra de paradigmas que rompem com o formalismo técnico-jurídico próprio do individualismo que antecede as normas escritas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, visto que, em seu artigo 4º atribui maior valoração à analogia, aos costumes e princípios gerais do Direito, juntamente com o artigo 5º, onde o juiz deve assegurar a liberdade de distribuir, em cada caso singular, o julgamento mais equânime que conduz ao justo anseio dos jurisdicionados¹⁸.

O princípio da operabilidade estabelece clareza redacional de modo a facilitar a aplicação do direito para buscar a solução do caso concreto da maneira mais efetiva possível. Para tanto, o Código vigente abandona a redação esmerada e clássica do Código revogado com sua linguagem menos rebuscada e mais inteligível ao alcance do jurisdicionado, isto porque a realização da entrega jurisdicional está intimamente ligada à idéia de equilíbrio e este deve ser buscado nas relações geradoras do conflito¹⁹.

Ademais, o direito material e o direito processual devem manter um diálogo infundável, de forma que o segundo facilite com normas claras e de fácil operabilidade o primeiro, desburocratizando o processo que deve contemplar a verdade material.

2 A ESTRUTURA CONCEITUAL E NORMATIVA DO ATO ILÍCITO E DO ABUSO DE DIREITO

¹⁷ TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal Cruz e. *Teoria Geral da Boa-fé Objetiva*. In Revista do Advogado. Ano 22. n. 68. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo. Dez. 2002.p. 102

¹⁸ BIANCO, João Carlos. Os princípios fundantes no direito das obrigações. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*. v.8. n.1, jul. 2013. p.100.

¹⁹ Idem, p.102.

O Código Civil brasileiro de 2002 possui como traço característico sua codificação totalmente aberta, composta por inúmeros conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais presentes em seu conteúdo e que altera estruturalmente seus comandos, os quais repercutem de forma direta para o tema do ato ilícito e da responsabilidade civil.

O ato jurídico ilícito é toda ação humana, omissiva ou comissiva, contrária ao Direito, isto é, que descumpre o mandamento de uma norma, causando dano a outrem.

O aspecto objetivo configura como ilicitude a conduta ou o fato em si mesmo, sua materialidade ou exterioridade em desconformidade com o que a lei prescreve, ou seja, a contrariedade ao direito. Em seu aspecto subjetivo, a qualificação de uma conduta como ilícita implica no juízo de valoração a seu respeito, quando a conduta resultar de ato humano consciente e livre²⁰.

Desse modo, a violação de um dever jurídico possibilita a verificação de dois juízos de valor: um juízo de valor sobre o ato e um juízo de valor sobre seu agente.

Nota-se então que, enquanto a responsabilidade do ato ilícito puro se dá por um ato que nasce eivado de ilicitude, a versão equiparada surge de um ato completamente lícito, mas que, pelo *modus operandi* adotado pelo agente excede manifestamente os limites da probidade e da boa-fé, chegando ao ponto de realizar a conversão de uma conduta legal em um ato ilícito²¹.

A teoria do abuso de direito efetivou-se no Código Civil de 2002, em seu art. 187, que dispõe: “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”.

O abuso de direito se caracteriza mediante o uso excessivo do exercício ou constituição desleal de direito, ou seja, o homem possui o direito, mas transcede manifestamente os limites estabelecidos pelas regras de convivência em sociedade ou pelos mandamentos dogmáticos fundamentais da ordem jurídica acerca de seu exercício.

Para a perfeita caracterização como ato ilícito, não é necessário que haja a existência de culpa, seja levíssima, leve ou grave, tendo em

²⁰ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. P. 254.

²¹ LIMA, Mario Rodrigues de. Responsabilidade civil: ato ilícito puro e equiparado. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29300/responsabilidade-civil-ato-ilicito-puro-e-equiparado>>. Acesso em 14/12/2016 às 17:00horas.

vista que, segundo a compreensão de Aguiar Dias, o abuso de direito não pode ser assimilado à noção de culpa, uma vez que, por invocação aos princípios da culpa se teria a reparação do dano por ele causado, inócua, ou de fundo simplesmente especulativo, seria a distinção²².

Uma corrente doutrinária enquadra o abuso de direito como categoria autônoma, com características próprias, quer para outra corrente, o abuso de direito é uma modalidade que se situa na zona intermediária entre o ato lícito e o ato ilícito²³.

Entre os defensores do entendimento que o abuso se trata de categoria independente, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery afirmam que diferentemente do ato ilícito que exige a prova do dano para sua caracterização, para que se dê o ato abusivo, aferível de forma objetiva, pode existir ou não o prejuízo²⁴.

Em semelhante linha de pensamento, Heloísa Carpena, citada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald os quais assinalam que o ato abusivo, situado no plano da ilicitude não pode ser considerado ilícito, mas sim classificado como forma autônoma de antijuricidade²⁵.

Paulo Nader, em sentido contrário, entende que o abuso de direito é espécie de ato ilícito, pois pressupõe a violação de direito alheio mediante conduta intencional que exorbita o regular exercício de direito subjetivo. Acreditando ser equivocada a situação do abuso de direito entre o ato lícito e o ilícito, tendo em consideração que, ou o ato é permitido no *iuspositum* e nos pactos, quando é ato lícito ou a sua prática é vedada, quando então se reveste de ilicitude. Ao passo que, ao se tratar do abuso de direito, tem-se, no ponto inercial, aquele que imediatamente antecede a conduta e até quando esta não se complete, a esfera do direito, mas à medida que a ação se desenrola no iter, a conduta desdobra-se no âmbito da licitude para transformar-se em ato ilícito²⁶.

Importante, ainda, também frisar que a doutrina apresenta duas teorias acerca do abuso de direito: uma subjetiva e outra objetiva, cujo critério diferenciados reside na inserção do elemento culpa.

²² MARTINS, Pedro Batista. *O abuso de direito e o ato ilícito*. 2 ed., Rio de Janeiro, 1941, p. 239.

²³ FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 173.

²⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*: atualizado até 2 de Maio de 2003/ 2. ed.rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 256.

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*, 10^a ed. revista, ampliada e atualizada, 2012, Editora Juspodivm, p. 682.

²⁶ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil. Parte Geral* – vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 552.

O ato ilícito, cujo contorno encontra-se no art. 186 do CC, possui uma concepção subjetivista, ou seja, a culpa é um dos requisitos para a sua configuração, o que diferentemente ocorre em relação ao abuso de direito, pois, embora o legislador o tenha qualificado como ato ilícito, a doutrina e a jurisprudência entendem tratar-se de um instituto de caráter objetivo e, portanto, o elemento culpa é dispensável.

Assim, na I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal, o desembargador João Maria Lós, ao formular o Enunciado 37, acerca do art. 187 do Código Civil, o qual expressa que a responsabilidade civil que decorre do abuso de direito independe de culpa, e se fundamenta no critério subjetivo-finalístico. Com isso, é de notória percepção que a obrigação de reparar o dano prescinde da noção de culpa, ou seja, não se indaga se o agente agiu intencionalmente, ou se foi imprudente ou negligente ou imperito, nos casos especificados em lei, bem como a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, em riscos para o direito de outrem²⁷.

Isto posto, de forma majoritária, a doutrina e a jurisprudência seguem o entendimento acima exposto de para se configurar o abuso de direito é dispensável o elemento culpa, porque, o abuso de direito é um instituto autônomo e, por isso, seus efeitos não se restringem à obrigação de indenizar, tal como ocorre na hipótese de ato ilícito, mas, se espalham para diversos campos do Direito, com a possibilidade de aplicação de outras espécies de sanção.

Ao se deparar com abuso de direito nas relações jurídicas, as consequências deste tipo de ato, com observação da lei e das medidas de culpabilidade do agente, podendo este ser obrigado a restituir o bem lesado por meio da indenização que reestabelece e deixa o bem jurídico ao qual houve dano de forma intacta, como anteriormente se encontrava.

Ao realizar uma análise de forma conjunta aos arts. 186 e 187 do Código Civil é possível perceber que exprimem ou encerram verdadeiras cláusulas gerais, no sentido de que, em virtude de sua ampla generalidade e abstração, podem disciplinar diversos casos, em contraposição à

²⁷ JUSTIÇA FEDERAL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Direito Federal. Enunciados aprovados. Disponível em <file:///D:/Bibliotecas/Downloads/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf>. Acesso em 01.10.2015

casuística típica das *fatispecies* determinadas, o que leva ao problema da identificação dos ilícitos²⁸.

Francisco Amaral, assevera que os atos ilícitos são praticados com infração a um dever advindo da lei ou do contrato, o que gera resultado danoso para outrem e conseqüentemente a obrigação de indenizar. Nesses casos, verifica-se que a compensação ocorre de acordo com a natureza do dever infringido, isto é, no primeiro caso enseja a responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana; e no segundo a responsabilidade contratual²⁹.

O ato ilícito pressupõe lesão a direitos personalíssimos ou reais ou a violação de preceitos gerais de tutela de interesses privados. Já, o abuso de direito consiste na forma imoderada da utilização do direito subjetivo, de modo a lesar outrem. No entanto, em princípio aquele que age dentro de seu direito, a ninguém causa prejuízos. Mas, o titular de certa posição jurídica, no uso do direito que o ordenamento lhe confere, pode vir a prejudicar terceiros, configurando ato ilícito e sendo obrigado a reparar o dano³⁰.

Posto isso, a relação de ato ilícito e abuso de direito se dá porque ambos ferem o ordenamento jurídico que rege a sociedade, já que para configurar o abuso tem que haver lesão danosa ao bem de outrem, que é considerado antijurídico acerca de sua previsibilidade normativa, a qual deve organizar e limitar as ações face a utilização do direito.

Entretanto, não há que se afirmar a identidade entre o ilícito dos arts. 186 e 187 do Código Civil, visto que o legislador não pretendeu igualar as duas categorias. A diferença está presente na subjetividade, melhor dizendo, no art. 186 há um ilícito subjetivo, que exige os pressupostos clássicos da responsabilidade civil aquiliana subjetiva, quais sejam, conduta culposa, nexo de causalidade e dano, que possui, como efeito, a indenização dos danos decorrentes do ato violador. No art. 187, verifica-se um ilícito objetivo, que dispensa a culpa como elemento para a sua configuração, adotando um critério objetivo-finalístico, que se evidencia

²⁸ AMARAL, Francisco. *Os atos ilícitos*. O novo Código Civil. Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coords.). São Paulo: LTr, 2003, p. 150.152.

²⁹ AMARAL, Francisco. *Os atos ilícitos*. O novo Código Civil. Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coords.). São Paulo: LTr, 2003, p. 150.

³⁰ GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade Civil por abuso de direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 266.

quando uma conduta não é adequada aos limites axiológicos impostos no diploma legal.

O exercício dos direitos se limita pela teoria do abuso de direito. Alexandre Guerra compreende que há três momentos distintos que se interligam no que diz respeito a limitação do conteúdo ou do exercício de um direito. O primeiro momento é o desenho legal do direito pelo legislador, necessariamente geral e abstrato. O segundo momento é a ligação de um direito a um sujeito com sua aquisição originária ou derivada. O terceiro momento corresponde àquele em que o titular de um direito já adquirido resolve exercê-lo de forma efetiva. Dessa maneira é possível concluir que, possuir um direito não significa o mesmo que efetivamente exercer um direito, pois, exercer um direito envolve um ato comissivo por parte de seu titular assumindo comportamentos, mesmo que estes se destinem só a defender o direito³¹.

Por isso, os limites de exercício são os postos no momento em que genericamente se descrevem seus respectivos conteúdos, haja visto que, nem a lei e nem o negócio jurídico podem, ao concederem um direito, fazer a enunciação exaustiva de todos os comportamentos facultados ao respectivo titular.

Francisco Amaral preconiza que se deve entender como fim econômico ou social a função instrumental própria de cada direito subjetivo, pois considera que os direitos subjetivos são instrumentos jurídicos para a realização de interesses. A boa-fé entende-se do ponto de vista psicológico e do ponto de vista ético, do primeiro, é a convicção de proceder com lealdade, ou seja, na certeza da existência do próprio direito, enquanto que, do segundo ponto de vista, se trata da consideração que o agente possui em vista dos interesses alheios, ou a imposição de consideração pelos interesses legítimos da contraparte como dever de comportamento. E, bons costumes significam o conjunto das regras morais aceitas pela consciência social, correspondendo à moral objetiva, ao sentido ético imperante na comunidade social³².

Para Renan Lotufo, o exercício de direitos não é algo sem limite, ou seja, um comportamento sem freios. Basta notar a boa-fé e os bons costumes que são limites impostos pela lei a todo e qualquer direito, tanto

³¹ GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade Civil por abuso de direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 162

³² AMARAL, Francisco. *Os atos ilícitos*. O novo Código Civil. Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coords.). São Paulo: LTr, 2003, p. 163-164.

quanto o fim econômico ou social também se apresenta como um limite ao exercício³³.

A respeito dos limites para o exercício dos direitos, de forma expressa, a lei fornece fronteiras, quais são: a boa-fé, os bons costumes e a função social e econômica do direito. As limitações são conhecidas também como condicionantes, assim, o exercício de um direito somente é legítimo e exclui a incidência de sanções advindas da configuração de um ato ilícito se tal exercício se der em desconformidade com os ditames impostos pelo ordenamento jurídico.

À vista disso, por força da norma do art. 187 do Código Civil, ficou positivado que os princípios gerais do direito passam a servir como limites ao exercício dos direitos subjetivos, ou melhor, às situações jurídicas. São as clausulas gerais e os conceitos legais indeterminados, os quais servem como meio permanente de controle à disposição do julgador, a quem caberá adaptá-los à realidade social e preenchê-los na análise do caso concreto³⁴.

E, como o abuso de direito é matéria de ordem pública pode ser alegada em qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, sendo suscitada como uma forma de defesa de mérito pela parte interessada, pelo Ministério Público ou até mesmo declarada *ex officio* pelo juiz.

3 A DINÂMICA DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E OS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABUSO DE DIREITO

O mero dever de reagir à injusta agressão sofrida tem dado nascimento à obrigação de ressarcir o dano, porque, impossível se faz viver em sociedade sem causar danos, tendo em vista que, nas esferas jurídicas dos vários cidadãos inevitavelmente se chocam, e, assim, não há como conciliar as necessidades e interesses dos diversos cidadãos.

A responsabilidade civil possui três funções: a de punir o ofensor, a de compensar a vítima e a desmotivadora social da conduta lesada. A primeira tem ideia de atribuir punição ao ofensor, com o objetivo de

³³ Idem, *ibidem*.

³⁴ GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade Civil por abuso de direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 164-165.

vedar a reiteração de atos, bem como, puni-lo pela falta de atenção na prática de seus atos, pretendendo que, o mesmo passe a tomar condutas mais cautelosas na vivência em sociedade, de maneira a se policiar a fim de evitar causar danos a terceiros, entretanto, esta não é considerada a função primordial da reparação civil, visto que é admissível a sua não incidência nos casos em que se faz presente a possibilidade de realizar a restituição integral do bem lesionado, permitindo à vítima ser recolocada no *status quo ante*. Na segunda, busca-se restabelecer o estado em que a vítima se colocava anteriormente à lesão, de forma a repor o bem perdido, ou, se em razão da natureza seja impossível fazê-lo, indeniza-se na importância equivalente ao valor do bem prejudicado. E, na terceira, a responsabilidade civil torna pública a toda a sociedade a proibição de prática de condutas análogas àquelas que ensejam dano, de forma a inibir que demais pessoas venham a praticar tais condutas lesivas³⁵.

O anseio de obrigar o agente causador do dano a repará-lo se traduz no mais elementar sentimento de justiça, tendo em vista que o ordenamento jurídico visa proteger o ato lícito e reprimir o ilícito, pois, o dano causado pelo ato segundo rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima.

Dessa forma, há uma necessidade fundamental de colocar o prejudicado no *statu quo ante*, logo, o princípio que domina a responsabilidade civil na era contemporânea é o da *restitutio in integrum*, ou seja, da reposição completa da vítima à situação anterior à lesão, a uma situação material correspondente ou de indenização que represente do modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento e seu ressarcimento, de forma a reestabelecer o equilíbrio abalado, seja na esfera moral, patrimonial ou estética³⁶.

Tudo o que não está proibido está legalmente permitido, isto é, nem as regras, nem a moral, nem o conceito de bons costumes e nem outros igualmente superiores podem obrigar o ser humano a fazer aquilo que a lei não exige, e nem impedir que se faça aquilo que a lei autoriza³⁷.

³⁵ GILIO, Amanda Nalevaiki. *Responsabilidade Civil e Suas Funções no Direito Brasileiro*. Disponível em: < <https://juridicocerto.com/p/amandanalevaikigilio/artigos/responsabilidade-civil-e-suas-funcoes-no-direito-brasileiro-2361> > Acesso em 07/05/ 2017 às 10:00horas.

³⁶ FILHO. Sérgio Cavaliere. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 14.

³⁷ NETO, Martinho Garcez. *Responsabilidade Civil no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 134.

A incidência do ato ilícito gera responsabilidade ao causador do dano, isto posto, em seu art. 927 o Código Civil estabelece que “aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” e em seu parágrafo único: “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Tratando-se de responsabilidade civil subjetiva, o ato ilícito em sentido estrito se caracteriza com a ocorrência de outros quatro elementos: conduta, culpabilidade, dano e nexos de causalidade. Assim sendo, não basta a verificação da antijuricidade, também conhecida como ilicitude objetiva. Na ação reparatória cabe a vítima o ônus de comprovar de tais elementos, tendo em vista o obstáculo da dificuldade probatória para o ressarcimento do dano ocasionado, o legislador protege a vítima garantindo a inversão do ônus da prova. Não há o que falar em indenização se não houver dolo ou culpa.

Como o indivíduo convive em sociedade, seus direitos devem ser respeitados possuindo a obrigação de limitar suas condutas para que não incorra prejuízo a terceiros. Então, pelo instituto da responsabilidade civil há possibilidade do causador de um dano reparar sua conduta lesiva através da indenização.

A primeira das conseqüências advindas do ato ilícito é o dever de reparar, pois, a conduta em desconformidade com o ordenamento jurídico gera ao lesado o direito de requerer no Poder Judiciário que o autor seja responsabilizado pelos fatos praticados, sendo, dessa forma, o ato ilícito uma parte integrante do Direito Obrigacional, posto que gera uma obrigação ao autor da conduta não lícita. Todavia, não se faz única a conseqüência aludida, visto que, dentre outras, o ato contrário à lei pode dar causa para a invalidade ou cessação do ato, por exemplo.

O artigo 187 do mesmo diploma civil, diferentemente da responsabilidade “pura”, lecionada no artigo anterior trata do chamado ato ilícito equiparado, ou simplesmente abuso de direito. Nesta espécie, o causador do dano é sujeito de direito e, via de regra, pode exercer seus atos sem qualquer empecilho, pois está acobertado pelas normas jurídicas.

Exemplo claro disso é aquele em que o sujeito que ouve músicas em sua residência, com isso, não comete nenhuma ilicitude, muito pelo contrário, ele tem legitimidade para exercer tal ato, pois não é uma atividade proibida. Tem-se, portanto, um ato plenamente lícito. Contudo,

este mesmo sujeito aumenta o som em um volume exageradamente alto, em horário impróprio, ele deixa de exercer o ato lícito, pois o ato o torna inadequado pelo modo o qual está sendo executado³⁸.

Assim, a situação mencionada se amolda ao ato ilícito equiparado, dado que o agente pratica seu direito de maneira manifestamente abusiva, tornando-se intolerável à vizinhança no que diz respeito à harmonia nas relações entre sujeitos.

Os efeitos do exercício abusivo de direito equiparam-se ao de qualquer ato ilícito, ou seja, possuem a finalidade reparadora, atingindo neste caso o direito subjetivo sempre que houver um dano.

O abuso de direito se caracteriza na inserção de conflito entre o interesse individual e social, uma vez que, para fins de responsabilidade civil, todo o ser humano que extrapola os limites aceitáveis de um direito de forma a ocasionar determinado prejuízo, fica a ele imposto o dever de indenizar como forma de reprimenda por ser o causador da violação a princípios da finalidade da lei e da equidade, é o que preconiza Silvio de Salvo Venosa³⁹.

Ao examinar o art. 187 do Código Civil é notória a existência de três limites ao exercício do direito subjetivo, os quais são inconfundíveis por se tratar de três conceitos jurídicos diferentes em uma mesma regra, ou melhor, são três cláusulas gerais diferentes e que limitam a conduta do titular do direito⁴⁰.

Destarte, com base na teoria da responsabilidade civil objetiva, o requisito para que haja indenização do dano prescinde de culpa, devendo cada qual responder pelo risco de seus atos, que não se trata de ilicitude na atividade de indústria e transporte, mas sim no risco da atividade em si considerada, que é o fundamento da responsabilidade ora tratada⁴¹.

Ao realizar a análise do regime revogado Código Civil de 1916, Judith Martins-Costa afirma que, a jurisprudência, ao rejeitar a concepção objetiva do abuso de direito efetivamente estampada no art. 160, I do

³⁸ LIMA, Mario Rodrigues de. Responsabilidade civil: ato ilícito puro e equiparado. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29300/responsabilidade-civil-ato-ilicito-puro-e-equiparado>>. Acesso em 14/12/2016 às 17:00horas.

³⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral, 5.ed., São Paulo: Atlas, 2005, v.1, p. 585-592.

⁴⁰ LOPEZ, Tereza Ancona. *Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo*. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. TÓRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coords.) *Princípios do Novo Código Civil brasileiro e outros temas. Homenagem a Tulio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 665-666.

⁴¹ GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade Civil por abuso de direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 318.

Código Civil, que acolhe diversamente uma concepção eivada de subjetivismo, onde exige-se a intenção emulativa, malícia e culpa, como elementos integrantes do abuso de direito. Todavia, na década de virada para o século XXI a jurisprudência, ainda que em instáveis passos começa a caminhar de forma a invocar o abuso prescindido de elemento subjetivo, onde mesmo sem nenhuma referencia os elementos materiais do abuso, consagrados posteriormente no Código Civil de 2002, quais são a boa-fé, os bons costumes e o fim econômico ou social do direito que, nos dias atuais é invocado no art. 187 do Código vigente, fundamentando-se a decisão com base nos postulados normativos de proporcionalidade e razoabilidade ao abuso⁴².

Em conformidade com Giovanni Ettore Nanni, ocorre a consagração da teoria objetiva do abuso do direito, razão pela qual, sempre que desobedecidos os limites impostos pela regra normativa há abuso, independentemente da intenção ou consciência do agente em praticar a conduta em desarmonia com a boa-fé, os bons costumes, fim social e econômico do direito, sendo suficiente que tais limites sejam de forma objetiva e efetiva ultrapassados⁴³.

Tereza Ancona Lopez ensina que, não há como criar confusão sobre o conceito de ilicitude e a noção de culpa, porque, ilícito é aquilo que contraria o Direito, verificado sobre o ato em si, sem qualquer ligação à intenção do agente; e o abuso de direito, por ter caráter ilegítimo, para ser constatado independe da aferição de culpa do sujeito, de forma a ser suficiente a prática do ato excedente aos limites do direito. Desse modo, para ela: A concepção do abuso de direito é objetiva. Não é necessária a consciência de se atingir, com seu exercício, a boa-fé, os bons costumes ou o fim social ou econômico do direito conferido, basta que os atinja. A sanção ao uso abusivo de um direito subjetivo é a reparação do dano, pois se trata de ato ilícito de natureza objetiva. Repita-se, independentemente de dolo ou culpa. A avaliação do caráter abusivo fica a cargo do juiz que deve observar se o exercício desse direito excedeu manifestamente os

⁴² COSTA, Judith-Martins. *Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé* <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Costa-Judith-Os-avatares-do-Abuso-do-direito-e-o-rumo-indicado-pela-Boa-Fe.pdf>> Acesso em 18/05/2017 às 14:00horas.

⁴³ NANNI, Giovanni Ettore. *Abuso de direito*. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 751.

limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes⁴⁴.

Para que haja incidência na responsabilidade civil decorrente do abuso de direito, a partir da interpretação do artigo 187 do Código Civil pátrio, é fundamental a titularidade do direito subjetivo, amparado pela lei, o qual desvia sua finalidade com o exercício irregular do direito, de modo a tomar a conduta ilícita, causando o rompimento dos limites expressamente impostos, que são ditados pelos fins econômicos ou sociais, incidindo na violação do direito alheio que gera a ocorrência de prejuízo por meio do liame causal entre a lesão ao direito e o ato do sujeito.

Por fim, é possível perceber que a norma em referência no direito brasileiro é objetivista, de modo a consagrar a teoria objetiva da ilicitude, pois o juízo de valor provém da antijuricidade do ato, o qual não se considera o espírito ou a efetiva consciência do sujeito que o praticou, basta a prova de que este ultrapassa os limites legais impostos.

Nas lides forenses, verifica-se a incidência da responsabilidade civil por abuso de direito, sob a égide do Código Civil, embora notável o extrapolamento do ato abusivo em diversos ramos do Direito, por se tratar de matéria multidisciplinar.

Rui Stoco, em um rol exemplificativo, enumera os casos de comportamento abusivo:

Matar gado alheio que pasta no campo; requerer o credor o arresto de bens que sabia não pertencer ao devedor; requerer busca e apreensão sem necessidade; requerer a decretação de falência quando as circunstâncias e relações entre ele e o requerente não a autorizam; provocar prejuízos que excedam os incômodos ordinários de vizinhança; requerer busca e apreensão preliminar de queixa-crime por suposta contrafacção de parente, visando eliminar a concorrência; revogar o mandato, sem nenhuma razão plausível; esgotar o proprietário as fontes em seu terreno, por mera emulação e em detrimento dos vizinhos; exercer em direito, de forma egoística e anormal, sem motivos legítimos; purgar reiteradamente a mo-

⁴⁴ LOPEZ, Tereza Ancona. *Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo*. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. TÓRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coords.) *Princípios do Novo Código Civil brasileiro e outros temas. Homenagem a Tulio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 666.

ra em ações de despejo por falta de pagamento, oferecer queixa-crime ou *delatio criminis* contra pessoa sabidamente inocente, dentre outros⁴⁵.

Com sua visão expressa do abuso de direito perante a jurisprudência nacional, Sérgio Cavalieri Filho denota que, na área do direito contratual é muito comum atos que envolvem a rescisão, de forma unilateral, de contratos de representação comercial, prestação de serviços por prazo indeterminado, dispensa de empregado para evitar que se complete o tempo de serviço necessário à obtenção de direitos, recusa de estabelecimento de ensino em conceder a documentação necessária à transferência do aluno com mensalidades escolares atrasadas⁴⁶.

O transcrito a seguir se trata de um acórdão do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, publicado no processo n° 599/96, cujo relato pertence ao autor acima mencionado:

Ensino - Mensalidades escolares atrasadas - Retenção da documentação necessária à transferência do aluno - Abuso do direito. Constitui abuso do direito reter o estabelecimento de ensino a documentação necessária à transferência do aluno, a título de compelir os responsáveis a pagarem as mensalidades escolares atrasadas. A ordem jurídica vigente não autoriza fazer justiça com as próprias mãos a pretexto do eventual exercício do direito de cobrança, nem permite causar dano irreparável a outrem, como no caso ocorreria se ficasse o aluno impedido de continuar os seus estudos em outro colégio. Desprovemento do recurso⁴⁷.

Da análise é possível perceber a existência de uma relação jurídica contratual, geradora de obrigação para a contratada de prestar serviços educacionais e para a parte contratante de dar quantia certa. De modo a praticar a autotutela, a instituição de ensino nega-se a entregar os documentos que possuía do aluno moroso, ou seja, inadimplente. Com tal

⁴⁵ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*, 10. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 605.

⁴⁶ FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 177.

⁴⁷ Idem, p. 178.

conduta causa a usurpação da finalidade social do contrato, de forma a transgredir os limites do direito de cobrar, dando nascer a uma conduta ilícita, mas que anteriormente se fazia lícita.

Na esfera do direito trabalhista, a 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região opta pela configuração do abuso de direito quando há interposição de reclamação trabalhista de forma a pleitear indenização decorrente da garantia de emprego após doze meses da extinção do contrato, é o relato do magistrado Luiz Ronan Neves Koury:

ABUSO DE DIREITO - FINALIDADE DA NORMA - Configura-se como uso abusivo do direito, a interposição de reclamação trabalhista mais de 12 meses após a extinção do contrato de trabalho, pleiteando indenização decorrente de garantia de emprego. Nestas circunstâncias, o deferimento da pretensão importa consagrar verdadeiro enriquecimento ilícito, eis que o pagamento de salário sem o correspondente trabalho contraria as finalidades da norma (art. 18 da Lei no. 8213/91), que visa garantir a integração do empregado à empresa e a recuperação de sua capacidade de trabalho. Deve-se sempre ter presente que os direitos reconhecidos na lei não podem submeter-se ao capricho das partes, mas, sim, devem cumprir a sua função eminentemente social, o que não pode ser esquecido pelo titular no momento de invocá-los.⁴⁸

No momento em que versa sobre o abuso do direito na informação, ao não dar acolhimento ao Agravo Regimental interposto no Agravo em Recurso Especial nº 606415, o Ministro Marco Buzzi da 4ª Turma do STJ defende a inexistência de ato ilícito na conduta que enseja o dano moral pleiteado, conforme se verifica no relato:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. MATÉRIA JORNALÍSTICA. ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RE-

⁴⁸ TRT – 3ª Região – RO n. 12.601/97 – 4ª T. – Rel. Juiz Luiz Ronan Neves Koury – DJMG, de 14-2-1998.

CURSO PROVIDO. 1. Nas hipóteses em que os fatos vêm descritos no acórdão e na sentença, mostra-se viável que se faça a valoração da situação posta para verificar-se a existência ou não de ofensa à honra, não sendo de aplicar-se o entendimento anunciado na Súmula 7/STJ. Precedentes. 2. O aparente confronto entre o direito à informação e à crítica jornalística e os direitos à imagem, à honra e à vida privada somente pode ser harmonizado levando-se em consideração as premissas fáticas do caso. 3. A liberdade de expressão, compreendendo a informação, a opinião e a crítica jornalística, por não ser absoluta, encontra algumas limitações ao seu exercício, compatíveis com o regime democrático, quais sejam: (I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*) - (REsp 801.109/DF). 4. A utilização de qualificativo, per se, objetivamente ofensivo à honra descaracteriza o "*animus narrandi*" e o "*animus criticandi*", pois extrapola os limites da crítica para ingressar no ataque à honra. 5. O fato de as matérias desabonadoras terem sido reiteradas em diversos meios de comunicação não atenua a gravidade da conduta, ao contrário, a aumenta, pois sua maior repercussão amplia o dano injusto causado. 6. A fixação do valor da reparação decorrente do abuso do direito de informar e criticar deve ter como parâmetros o grau de culpa do ofensor, a gravidade de sua conduta, o nível socioeconômico das partes, o veículo em que a matéria foi difundida, a necessidade de restaurar o bem-estar da vítima, bem como desestimular a repetição de comportamento semelhante. 7. Agravo regimental provido, para conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial.⁴⁹

⁴⁹ STJ - AgRg no AREsp: 606415 RJ 2014/0278520-6, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 07/04/2015, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2015

Com isso, ao preencher os requisitos de interesse coletivo noticiado, a veracidade do fato ocorrido e a continência da narração, a comunicação jornalística é legitimada, o que afasta, portanto, a obrigação de indenizar.

No que diz respeito a relação de consumo, a Ministra Maria Isabel Gallotti da 4ª Turma do STJ, ao relatar o Agravo Regimental em Recurso Especial nº 811240 aduz que não há cabimento do recurso interposto, tendo em vista a desnecessidade de reexame do valor arbitrado na indenização, por não ser ele considerado excessivo ou irrisório, conforme segue a ementa:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COMPRA E VENDA. ABUSO DO DIREITO DE COBRANÇA PELO COMPRADOR. EXPOSIÇÃO DA VENDEDORA A SITUAÇÃO VEXATÓRIA. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. REEXAME DE PROVA. 1. Inviável a análise do recurso especial quando dependente de reexame de matéria fática da lide (Súmula 7 do STJ). 2. Agravo regimental a que se nega provimento.⁵⁰

Diante do exposto, mantém-se a indenização sentenciada pela ocorrência do abuso no direito de cobrança, bem como pela exposição a situação vexatória por meio de expressões ofensivas, comprovada a conduta ilícita.

No âmbito do direito administrativo, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nota que, como os cargos de confiança são de livre provimento e dispensa, não há o alcance de proibição de exoneração no período de gravidez, sendo, ainda assim, devida a indenização pelo respectivo período, em consideração aos princípios da moralidade pública, conforme expressa em seu julgado à Apelação Cível nº 1.0024.03.091488-1, a relatora desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade:

⁵⁰ STJ - AgRg no AREsp: 811240 SP 2015/0269264-7, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 15/12/2015, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJE 18/12/2015

DIREITO ADMINISTRATIVO - CARGOS DE CONFIANÇA - EXONERAÇÃO "AD NUTUM" - GESTANTE - GRAVIDEZ CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDA - LIVRE EXONERAÇÃO QUE NÃO DISPENSA A INDENIZAÇÃO - PRINCÍPIOS - MORALIDADE PÚBLICA - DIGNIDADE HUMANA - ÓBICE A ATOS ABUSIVOS E INJUSTOS - PERÍODO PROTEGIDO - INDENIZAÇÃO DEVIDA. Os cargos de confiança são de livre provimento e dispensa, não sendo alcançados pela proibição de exoneração no período de gravidez, mas a indenização pelo respectivo período é devida, em face dos princípios maiores da moralidade pública, do respeito à gravidez, à personalidade e à dignidade humana, que impedem o ato arbitrário e injusto, pois o abuso é contrário a toda forma de direito⁵¹.

Pelo exposto, nota-se o desprezo frente às condutas que contrariam ao direito, fazendo jus à indenização por respeito à gravidez, à personalidade e também à dignidade humana, os quais impedem o ato arbitrário e injusto.

Findo o pensamento, a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito não necessariamente precisa estar inserida no Direito Civil, mas em qualquer outro que, por si resultar alguma ação ou omissão danosa a outrem, tendo em vista o possível ingresso com ação de indenização, afim de restituição do bem lesado. Sendo assim, o titular de qualquer direito pode exercê-lo livremente desde que de forma lícita, respeitando os limites legais existentes acerca da utilização do direito.

CONCLUSÃO

Tratando-se de matéria multidisciplinar, uma vez que se pode verificar sua aplicação em diversos ramos do Direito, o abuso de direito é caracterizado pelo exercício excessivo ou pela constituição desleal de direito, ou seja, inicialmente o ato é formalmente legal, entretanto o titu-

⁵¹ TJ-MG 100240309148810011 MG 1.0024.03.091488-1/001(1), Relator: VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE, Data de Julgamento: 14/12/2004, Data de Publicação: 04/02/2005

lar do direito, ao transcender manifestamente os limites estabelecidos pelas regras de convivência em sociedade ou pelos mandamentos fundamentais da ordem jurídica, transformando-o em ato substancialmente ilícito.

Para isso, a distinção entre os atos ilícitos e os atos abusivos se faz importante para garantir a autonomia dogmática do abuso de direito, tendo em vista que o art. 186 do Código Civil descreve o ato ilícito como aquele praticado a partir da ausência de qualquer direito ou de prerrogativa em favor daquele que viola a norma nele contida, já o abuso de direito, expresso no art. 187 do Código Civil se caracteriza pelo exercício excessivo aos limites impostos pelo fim econômico ou social, boa-fé e bons costumes.

O entendimento majoritário da doutrina brasileira sustenta que a responsabilidade civil e a obrigação de reparar ou compensar o dano causado por abuso de direito é objetiva, ou seja, se faz irrelevante a averiguação da culpabilidade, tendo apenas de provar a atitude comissiva ou omissiva do agente, o dano experimentado pela vítima e a relação de causalidade entre um e outro, conforme disposto no art. 187 do Código Civil Privado.

Nesse sentido, como basta somente a conduta, sem a imprescindibilidade da consciência do excesso aos limites impostos o Enunciado nº 37 da Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de estudos do Conselho da Justiça Federal estabelece que: “a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa e fundamenta-se somente com base no critério objetivo-finalístico” sob a justificativa de que o abuso de direito é considerado pelo artigo supramencionado como ato ilícito objetivo, ensejando a reparação do dano independentemente da demonstração de culpa ou dolo do agente causador, sendo fundamental a presença dos elementos condicionantes.

Diante do exposto, é notável que o objetivo da questão proposta nesta pesquisa foi atingido, uma vez que esta pesquisa responde claramente ao problema proposto, pois sustenta-se através de argumentos legais, doutrinários e jurisprudenciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. Os atos ilícitos. O novo Código Civil. Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coords.). São Paulo: LTr, 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coords.) Princípios do Novo Código Civil brasileiro e outros temas. Homenagem a Tulio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BIANCO, João Carlos. Os princípios fundantes no direito das obrigações. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. v.8. n.1, jul. 2013.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. v.1: teoria geral do direito. São Paulo: Saraiva, 2003.

DONZELE, Patricia Fortes Lopes. A codificação do Direito Civil brasileiro do Código de 1916 ao Código de 2002. CEPPG revista, Catalão - GO, n. ano VI, p. 123-128, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Parte Geral. 10ª ed. revista, ampliada e atualizada, Editora Juspodivm, 2012.

FILHO. Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FIUZA, Ricardo. O Novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento. São Paulo: Saraiva, 2004.

GILIO, Amanda Nalevaiki. Responsabilidade Civil e Suas Funções no Direito Brasileiro. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/amandanalevaikigilio/artigos/responsabilidade-civil-e-suas-funcoes-no-direito-brasileiro-2361>> Acesso em 07/05/ 2017 às 10:00horas.

GOMES, Orlando. Obrigações. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GUERRA. Alexandre. Responsabilidade Civil por abuso de direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do Direito. 26.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JUSTIÇA FEDERAL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Direito Federal. Enunciados aprovados. Disponível em file:///D:/Bibliotecas/Downloads/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf. Acesso em 01/10/2015 às 10:00 horas.

LIMA, Mario Rodrigues de. Responsabilidade civil: ato ilícito puro e equiparado. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29300/responsabilidade-civil-ato-ilicito-puro-e-equiparado>> Acesso em 14/12/2016 às 17:00horas.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). Teoria geral do direito civil. São Paulo: Atlas, 2008.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito publico e privado: a superação da dicotomia. São Paulo: RT. 2002.

MARTINS, Pedro Batista. O abuso de direito e o ato ilícito. 2 ed., Rio de Janeiro, 1941, p. 239.

MARTINS-COSTA, Judith. A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo. RT. 2002. p. 103.

_____. O Direito Privado como um “Sistema em Construção” – As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. RT, n. 753, 1998.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. Parte Geral – vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Anotado e Legislação Extravagante: atualizado até 2 de Maio de 2003/ 2. ed.rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NETO, Martinho Garcez. Responsabilidade Civil no Direito Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NUNES, Gabriel Turiano Moraes. Clausulas gerais e o sistema jurídico brasileiro. In: Migalhas. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI9142,71043-Clausulas+gerais+e+o+sistema+juridico+brasileiro>> acesso em 01/09/2016 às 14:00 horas.

PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; FILHO Firly Nascimento (orgs.) Os princípios da constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. Revista dos Tribunais, n. 752, ano 87, jun. 1998, p. 05.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial, 10. ed. São Paulo: RT, 2014.

TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal Cruz e. Teoria Geral da Boa-fé Objetiva. In Revista do Advogado. Ano 22. n. 68. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo. Dez. 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: parte geral, v.1, 5.ed., São Paulo: Atlas, 2005.