



As Facetas Contemporâneas do Instituto do Abuso de Direito

Letícia Jorge Teixeira Souto Maior Borges

Rio de Janeiro
2014

LETÍCIA JORGE TEIXEIRA SOUTO MAIOR BORGES

As Facetas Contemporâneas do Instituto do Abuso de Direito

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2014

AS FACETAS CONTEMPORÂNEAS DO INSTITUTO DO ABUSO DE DIREITO

Letícia Jorge Teixeira Souto Maior Borges

Graduada pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-graduada em Direito Civil-Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Oficial da Marinha do Brasil no posto de Capitão-Tenente do Quadro Técnico especialidade Direito.

Resumo: O artigo ora proposto tem por exame análise da Teoria do Abuso de Direito positivada pelo Código Civil de 2002, em razão do fenômeno da “constitucionalização do direito civil”, após longos anos de aplicação da Teoria pela interpretação *a contrario sensu* do art. 160, I do Código Civil de 1916. Percebeu-se que a sociedade moderna apresenta novas situações cotidianas, que vem, pouco a pouco sendo disciplinados por este instituto, como, por exemplo: o abuso do direito de reclamar, o abuso do direito de recorrer, o abuso do direito de se reunir, recentemente manifestado pelos chamados “rolezinhos”. Para tanto, o presente artigo científico tem por objetivo precípuo a análise da Teoria do Abuso de Direito sob o enfoque dessas novas facetas da sociedade moderna.

Palavras-chave: Direito Civil. Dos Atos Ilícitos. Abuso de Direito

Sumário: Introdução. 1. O Abuso do Direito no Direito Comparado 2. Critérios para configuração do Abuso de Direito no Código Civil de 2002. 3. Novas Condutas Sociais e o Abuso do Direito. 4. Efeitos do Ato Abusivo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo enfoca a aplicação do instituto do abuso do direito, positivado no Código Civil de 2002, no artigo 187, uma vez que até então, o legislador de 1916 apenas vedava a prática de atos irregulares no artigo 160, I, sem distinguir o ato ilícito do ato abusivo. Não obstante ter sido construída ao longo do século XX pela doutrina e jurisprudência, a teoria do Abuso do Direito possui sua origem atrelada ao Direito Medieval tendo sua origem nos atos emulativos (*aemulatio*), compreendidos como os atos praticados pelos indivíduos com a intenção deliberada de causar prejuízos a terceiros.

Com a sua positivação, os atos abusivos passaram a ter aplicabilidade em situações contemporâneas do direito, em que se discute o tênue limite entre o exercício regular e constitucional de alguns direitos e o seu abuso, tendo em vista o direito do outro, como nas hipóteses que serão abordadas neste artigo, por exemplo, o direito ir e vir e o direito de reunião, direitos esses limitados por recentes episódios denominados “*rolezinhos*”. Ou ainda, o limite do exercício do direito de livre acesso a justiça, que tem como consectário lógico o direito de recorrer em contraponto ao abuso do *jus sperniandi* e seus limites legais e morais.

Pretende-se no decorrer do estudo, avaliar se de fato tais situações se caracterizam como hipóteses de abuso de tais direitos, bem como se há legislação pátria regulamentando o tema e seus efeitos na esfera da responsabilidade civil.

Desta forma, procura-se trazer à tona discussão sobre as facetas contemporâneas do instituto do abuso do direito, dentro de um contexto mudanças sociais e da sua positivação no Código Civil de 2002. A análise vai sopesar a relativização de certos direitos individuais, em prol da coletividade e da vida em sociedade, de forma a se verificar se há abuso de direito sob pena de estar configurada perturbação da ordem social. Procura-se demonstrar neste trabalho que a nova vida em sociedade impõe a limites legais, morais e éticos a serem respeitados e sopesados em face aos direitos individuais.

1. O ABUSO DO DIREITO NO DIREITO COMPARADO

Inicialmente, será contextualizado o instituto do abuso do direito no direito comparado a fim de apresentar uma breve noção do ato abusivo em outros ordenamentos jurídicos, e como tais condutas são coibidas no âmbito das relações sociais e negociais.

No Direito Alemão, dois são os artigos que fazem menção ao abuso de direito. O primeiro deles, o art. 226 do BGB¹, que estabelece “o exercício de um direito é inadmissível se tiver por fim causar dano a outrem” e, o segundo, o art. 826 preceitua que “todo aquele que, de um modo chocante para os bons costumes, causa voluntariamente danos a outrem, fica obrigado perante este a indenizá-lo do prejuízo causado”.

Na França, tem-se admitido a punição ao abuso através da interpretação do art. 1.383 do Código Civil Frances que diz, “toda pessoa é responsável pelo dano que causar, não somente pelo ato seu, mas ainda por sua negligência ou por sua imprudência”². Da mesma forma, há consenso doutrinário de que na Bélgica, mesmo sem texto legal específico, o abuso de direito é adotado no seu ordenamento jurídico.

Na Espanha, dispõe o art. 7.2 do Código Civil, que: “a lei não ampara o abuso do direito ou o exercício anti-social do mesmo. Todo ato ou omissão que, pela intenção do seu autor, por seu objeto ou pelas circunstâncias em que se realize, ultrapasse manifestamente os limites normais do exercício de um direito, com dano para o terceiro, dará lugar à correspondente indenização e à adoção das medidas judiciais ou administrativas que impeçam a persistência do abuso”³.

Em Portugal, o tema é tratado no art. 334 do Código Civil que versa, “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.

¹ ALMEIDA, Cléber Lúcio. *Abuso do direito no projeto do Código Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 441.

² *Ibid.*, p. 440.

³ *Ibid.*, p. 443.

2. CRITÉRIOS PARA CONFIGURAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Foi no Código Civil de 2002 que o instituto do abuso do direito veio a ser corporizado no direito privado no art. 187⁴. Fato é que, independentemente da natureza jurídica que se dê a este fenômeno, o legislador brasileiro, seguindo a orientação doutrinária e jurisprudencial, inseriu expressamente os critérios que deverão ser observados para a configuração do abuso de direito.

Assim, para se compreender o dispositivo como um todo, buscar-se-á, em breves linhas, definir os conceitos inseridos no art. 187 do Código Civil.

2.1 DA EXPRESSÃO “EXCEDE MANIFESTAMENTE”

Entende-se como sinônimo desta expressão, o exercício que exceda os limites estabelecidos de forma evidente, flagrante, inegável, patente. Tal previsão não é meramente sugestiva, ela é obrigatória e inafastável sob pena de se tornar o abuso de direito um cerceamento ao legítimo exercício do direito subjetivo.

Desta forma, em respeito ao princípio da segurança jurídica, da autonomia privada e, principalmente, da liberdade individual, sempre que houver dúvida justificável, ou seja, sempre que controvertida a conformidade ética do exercício de determinado direito ou, ainda, a função econômica que este deve exercer, o juiz deve afastar a abusividade e não considerar o ato ilícito.

⁴BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2014. 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.”

Neste Contexto, bem dizia Pedro Baptista⁵: “[...] o juiz não aplicará mecanicamente a lei, mas não a substituirá também pelas suas convicções. O seu arbítrio estará sempre condicionado ao exame da finalidade econômica e social do instituto”.

Disto decorre que somente constituirão limites à liberdade de agir as regras de conduta repudiadas ou reclamadas pela sociedade já que, sendo a consciência coletiva quem requer tal limite cuja existência tem que ser, repita-se, manifesta, torna-se inafastável o seu conhecimento pelo indivíduo.

2.2 PELO SEU FIM ECÔNOMICO E SOCIAL

O Código Civil de 2002 trouxe para o nosso ordenamento uma nova perspectiva, em que todo direito subjetivo é funcional porque, a cada um deles, o ordenamento jurídico atribui uma finalidade específica. Têm todos eles uma função econômica - social que se apresenta como causa justificadora da respectiva atribuição ao sujeito.

A finalidade econômica deve ser observada na liberalidade conferida aos indivíduos na gestão de seus negócios, notadamente a proveniente das relações contratuais. Para que tais atos não se tornem um instrumento de repressão, deverá ser atendida a proporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular do direito e a perda que o seu exercício importará a outro membro da sociedade.

Por outro lado, a finalidade social está inserida em todo direito como reconhecimento e valorização da personalidade humana, ou seja, a sua observância se faz necessária para viabilizar a convivência do homem em sociedade.

⁵ MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.128.

Assim para Assad Amadeo⁶: [...] para se compreender a fundo a teoria do abuso de direito, deve-se partir da observação de Josserand de que se a sociedade garante a determinado pessoas suas prerrogativas, não para ser-lhes agradável, mas para assegurar-lhes a própria conservação. Esse é, na verdade, o mais alto atributo do direito: a sua finalidade social.”

No campo contratual, há de se atentar que o Código Civil, seguindo a orientação da doutrina moderna e reiterando o que já havia sido introduzido pelo Código de Defesa do Consumidor, exige como forma de cláusula geral, a observância dos limites da função social do contrato⁷ impondo explicitamente a exigência de um ambiente contratual ético e compatível com a ordem jurídica.

2.3 BONS COSTUMES

Nesta nova ótica do direito civil visto sob o panorama do direito constitucional, os direitos somente são exercidos e garantidos porque visam um fim social e econômico, sendo, portanto, estes limites intrínsecos a eles. Por outro lado, como bem define Ronnie Preuss⁸ “os direitos, ao contrário do que ocorre com a respectiva função econômica ou social, não nascem destinados a garantir os bons costumes. Não é uma função própria dos direitos.”

Sabe-se que a expressão “bons costumes” têm duas concepções, uma de ordem idealista orientada por um ideal divino ou humano e outra de origem sociológica obtida por um trabalho

⁶ YASSIM, Assad Amadeo. Considerações sobre o abuso de direito. In: *Revista dos Tribunais* nº 69, vol. 538, ago.1980.

⁷BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2014. Art. 421 da Lei 10.406/2002 “ A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

⁸ DUARTE, Ronnie Preuss. Boa-fé, abuso de direito e o novo Código Civil Brasileiro in *Revista dos Tribunais*, ano 92, v. 817, novembro de 2003, p. 69.

de análise lógica sob a opinião majoritária na sociedade. É Inegável que o Código Civil Pátrio, ao se referir aos bons costumes, fê-lo na sua acepção sociológica.

Destarte, deverá o juiz verificar os bons hábitos consagrados pela sociedade, delimitando-os objetivamente. Não se deve valorizar a atuação do titular de direito conforme a conduta que para o juiz se faz mais conveniente ou que para o indivíduo demonstrava-se acertado, o enfoque jurisdicional estará adstrito ao sentimento que predomina na sociedade em determinado momento histórico.

Neste passo, haverá abuso de direito quando o sujeito exerce o seu direito em afronta aos hábitos e costumes da sociedade de determinada época.

2.4 BOA FÉ

No Código Civil de 1916, os casos de boa-fé subjetiva se caracterizavam pelo cunho psicológico do agente, como por exemplo, nos artigos 221, 490, 551, 968. Logo, para verificar se o indivíduo agiu de boa ou má-fé, era necessário verificar no seu íntimo, qual foi o seu estado de espírito, de consciência em relação à determinada situação.

A despeito de tal previsão legal, a doutrina já apontava pela existência concomitante da boa-fé objetiva, notadamente, nos direitos das obrigações como forma de coibir o exercício abusivo da autonomia privada, especialmente, quando atentatória as próprias finalidades de um Estado social. Para tanto, pode-se citar a título de exemplo, o Código de Defesa do Consumidor que consagrou em seus dispositivos a boa-fé objetiva.

Com o advento do Código Civil de 2002 e da “constitucionalização do direito privado”, o instituto da boa fé passou a estar consagrado expressamente no referido diploma legal, como, por

exemplo, nos artigos 113, 422 e 187. Em razão da sua positivação surgiram questionamentos do que seria esta boa-fé? Qual seria a sua finalidade? Qual seria o seu parâmetro?

Diante de tais indagações, a doutrina sistematizou a boa fé, pela trílice função que exerce, a saber: a função interpretativa, integradora e controladora⁹.

Resumidamente, pode-se dizer que, na primeira função, a boa-fé objetiva respalda uma interpretação sempre conforme lealdade e a honestidade, na função integradora, cria deveres anexos ou acessórios ao dever principal na relação contratual, e, por fim, no terceiro caso, corresponderia a função restritiva do exercício abusivo de direitos.

Para os fins que se destina este trabalho, torna-se imprescindível estabelecer sob qual parâmetro deverá ser aplicado este limite legal e como deverá o juiz procedê-lo. Destarte, encontramos na doutrina algumas soluções como a formulada por Teresa Negreiros em sua obra “Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé”.

Em síntese, sugeri a autora que, diante dos diversos critérios utilizados pela jurisprudência como “confiança”, “probidade”, “honestidade”, a boa-fé objetiva, para revestir-se de certeza e segurança jurídica, deve encontrar o seu fundamento na Constituição Federal, em especial, na ideia da dignidade humana que requer o respeito e a solidariedade entre os homens. Assim, os indivíduos têm o dever de cooperação, ou melhor, deve agir até o limite que se considere razoável o sacrifício sofrido por outrem. Assim, a função social e econômica que deve servir de limite à incidência da boa-fé objetiva.

Sendo um dever jurídico de conduta que assumirá o seu perfil casuisticamente, a boa-fé objetiva não pode ser aferida pela convicção interna do indivíduo. Na verdade, o juiz é quem deverá, diante do caso concreto, constatar se a conduta foi exercida sem benefício para o titular e

⁹ Esta classificação é proposta por Flávio Alves Martins em sua obra *A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.p. 25

com um prejuízo extremado para outro sujeito, violando, assim, a ética material consubstanciada na máxima constitucional, a dignidade humana.

3. AS NOVAS CONDUTAS SOCIAIS E O ABUSO DO DIREITO

Com a finalidade de melhor compreender o tema teoricamente abordado até então, será feita a análise novas condutas que supostamente estariam em conflito com o instituto do Abuso do Direito nas relações cotidianas. A ideia é citar situações em que o direito ou prerrogativa individual foram exercitados em patente violação aos fundamentos valorativos morais e sociológicos inerentes aos mesmos, v.g. a boa-fé, os fins sociais ou econômicos e os bons costumes. A jurisprudência já traz bons exemplos no âmbito do direito de vizinhança, nas relações consumeristas, como na existência de cláusulas abusivas, venda casada, dentre outras.

Neste contexto, o artigo abordará comportamentos sociais, relativamente novos, denominados “rolezinhos em face de um suposto abuso no exercício dos direitos fundamentais de ir e vir e de se reunir” e o “abuso do direito de recorrer ou *jus sperniendi*” em que se questiona os limites do direito de se recorrer de uma decisão judicial, tendo em conta os novos enfoques de duração razoável do processo e a celeridade de tramitação das ações judiciais.

O primeiro comportamento coloca em discussão os limites de dois dos direitos fundamentais mais importantes do indivíduo, garantidos no artigo 5º da CRFB/88¹⁰ quais sejam:

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 nov. 2014. “Art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...) XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; e

o direito de ir e vir e o direito de se reunir. O outro *case* traz como enfoque o direito processual também questionado sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais previstos no artigo 5º, inciso XXXV e LXXVII¹¹. Com isso, pretende-se demonstrar a diversificação de situações que a teoria do abuso do direito por ser claramente aplicada em nosso dia a dia.

3.1 OS DIREITOS DE IR E VIR E SE DE REUNIÃO E OS “ROLEZINHOS”

Os direitos de circular e de reunião estão previstos no artigo 5º da Constituição da República, amparados como direito fundamental do indivíduo.

No caso do direito de locomoção, trata-se, pois, da maior manifestação do direito fundamental à liberdade prescrito no caput do artigo 5º. Nos dizeres de Canotilho¹²: “O direito à liberdade de locomoção é a mais elementar manifestação da liberdade geral de ação das pessoas”.

Desta forma, tal direito garante uma gama de faculdades e ações a pessoa, tais como o direito de se deslocar livremente (ir e vir), permanecer ou fixar residência no território nacional, em tempo de paz. Neste caso, percebe-se que não se trata de restrição, mas de expressa demarcação circunstancial da esfera de proteção. Além disso, a própria Carta Magna estabelece as restrições a sua admissibilidade, por exemplo, no art. 5º, XLVI, a, que prevê a pena de privação ou restrição à liberdade. Ocorre que não é deste tipo de restrição que trataremos neste artigo.

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 nov. 2014. Art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito e (...)LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

¹² CANOTILHO, J.J. Gomes, *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Açmedina, 2013. p. 303.

Como é sabido, nenhum direito é absoluto, nem mesmo os direitos fundamentais. Qualquer exercício de direito deve ser sopesado frente aos demais. E nesse caso concreto, questiona-se se os encontros de centenas ou milhares de pessoas, combinados previamente nas redes sociais, comprometem a segurança e lazer de demais usuários de Shopping Centers, e por via de consequência o mesmo direito de se locomover, bem como própria estrutura, e sob o ponto de vista jurídico, o direito de propriedade dos donos dos shoppings centers.

Após as manifestações populares que tomaram conta do país em junho do ano passado, jovens, em geral mais pobres do que a frequência média dos shoppings, passaram a marcar encontros pelas redes sociais o que ficou conhecido como os “rolezinhos”.

Junto com esses encontros em shopping centers alguns questionamentos sobre a liberdade de ir e vir e o limite do direito de cada indivíduo de se reunir foram levantados, mas o que mais se discutiu foi o temor de arrastões, devido à concentração desses jovens em um local que supostamente não era seu ambiente, já que por serem jovens e, em geral, de uma camada social de presença pouco habitual nos shoppings mais luxuosos, seriam automaticamente suspeitos de bandidagem. Tais conclusões acabaram por expor o puro e simples preconceito.

Destarte, em meados do ano de 2013, vários shoppings centers obtiveram na Justiça, liminares em mandado de segurança para proibirem aglomerações em suas dependências ou mesmo aplicar multas em quem participa dos atos.

Deste modo, diante da sucessão de “rolezinhos” programados nas redes sociais, passou-se a ponderar de um lado, o sagrado direito de ir e vir dos cidadãos — e os shoppings, embora privados, são locais públicos, sendo ilegal vedar o acesso a eles com base na aparência das pessoas — e, de outro, a necessidade de manter a ordem diante daquela aglomeração. A linha que

separa o exercício de um direito do abuso desse direito nem sempre é clara. Há, portanto, que haver bom senso e equilíbrio.

Analisando o conteúdo legal do artigo 187 do Código Civil e seus conceitos acima detalhados, questiona-se se no caso dos “*rolezinhos*” estaria configurado o abuso de direito, diante de um manifesto excesso aos limites impostos pelo fim social do exercício do direito, que deveria consistir na faculdade/liberdade de se entreter, passear ou realizar compras, sem acarretar qualquer dano ao direito de outrem dentro do estabelecimento comercial.

Sob o aspecto dos bons costumes e da boa fé, em que o juiz deve levar em conta o sentimento que predomina na sociedade em determinado momento histórico, será que tal manifestação de jovens, em regra da periferia, que, em regra, têm menos opções de lazer que jovens da classe média que frequentam lojas, cinemas e praças de alimentação dos shoppings — transformados em áreas de lazer por quem não sabe o que é rua, praça, parque- estaria em confronto com esse novo contexto social? Ou o preconceito das classes dominantes estaria sendo exteriorizado, com facetas de amedrontamento.

Portanto, em não havendo nenhum ato de vandalismo ou dano ao patrimônio privado, ou ainda ofensa ou ameaça de ofensa a integridade física de outrem, não há que se falar em restrição em ir a um shopping em grupo, nem tão pouco em comportamento é inadequado.

3.2 O ABUSO DO DIREITO DE RECORRER

Como é sabido, o processo é o meio pelo qual o Estado-Juiz judicializa o direito material para análise e decisão do magistrado. Nos dizeres de Cintra-Grinover-Dinamarco, “o processo é um instrumento posto à disposição das partes não somente para a eliminação de seus conflitos e

para que possam obter respostas às suas pretensões, mas também para a pacificação geral na sociedade e para a atuação do direito.”¹³

Por tais razões o processo é dotado de irrefutável teor ético e, sob o olhar atento do interesse público, não admite a provocação do Poder Judiciário sob o anseio de causar lesão a outrem, ou de obter proveitos ilegais através de modos censuráveis e mal intencionados. Ocorre, contudo, que recentemente o Poder Judiciário vem padecendo o dissabor de ver certos litigantes usarem abusivamente do legítimo direito ao recurso para, valendo-se da ineficiente morosidade nas soluções das demandas judiciais nas instâncias recursais, propositalmente retardar a entrega da prestação jurisdicional. Assim, com o novo aspecto constitucional das relações privadas, surgiu o que doutrina e jurisprudência identificam como abuso do direito de recorrer.

Como regra, ao buscar o Judiciário para a solução de conflitos, a parte deve observar os deveres de verdade, moralidade e probidade em todas as fases do procedimento, conforme enunciado nos princípios da lealdade processual e boa-fé, também chamado de princípio da probidade, tem sede legal no art. 14, inciso II, do CPC.

O direito de recorrer, por sua vez, não é garantia constitucional como sustentam alguns juristas fundados no texto do artigo 5º, inc. LV, da Carta da República, já que a Carta Magna não pretendeu, ao introduzir o vocábulo recursos no inciso LV, do art. 5º, elevar o duplo grau de jurisdição à garantia constitucional, o que importa afirmar a possibilidade de o legislador infraconstitucional, em certos casos e situações especiais, limitar o direito ao recurso.

Não obstante o ordenamento jurídico assegurar o direito ao recurso, esse não pode ser considerado um direito absoluto, já que deve comportar as restrições que a política legislativa e a ética impõem tendo seu exercício condicionado à necessidade da defesa de interesses legítimos.

¹³ CINTRA, Antonio Carlos Araujo, DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 12 ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 71.

A infringência aos deveres éticos no exercício de um direito caracteriza o que há muito a doutrina identificou como abuso do direito.

Nas palavras de Pedro Batista Martins, quem recorre às vias judiciais deve ter um direito a reintegrar, um interesse legítimo a proteger, sob pena de restar configurado o abuso do direito¹⁴. Logo, o direito de recorrer deve ser praticado com zelo, configurando-se o abuso quando “transpareça o dolo intenção de prejudicar, o erro grosseiro, equivalente ao dolo, ou, pelo menos, o espírito de aventura ou temeridade¹⁵”.

Assim, seria temeroso para parte provocar a atuação da instância recursal sabedor de que sua tese jurídica é insuficiente, está amplamente superada, ou é considerada inadmissível, exceto na hipótese de clara divergência doutrinária e ou jurisprudencial, sendo certo que, como regra, as partes tem amplo direito de defesa.

Ora, se restar comprovado que o litigante agiu sem motivo real e verdadeiro e divorciada do interesse jurídico que pretendia tutelar, verificada a subsunção aos elementos abuso do direito processual, caberá ao juiz cominar as sanções, como forma de humanizar o direito, a fim de torná-lo num meio preciso e seguro de realização da justiça.

Portanto, nota-se que na prática processual, a linha de distinção entre o abuso de direito e o ilícito é bastante tênue, o que dificulta ainda mais o papel do operador do direito na aplicação da doutrina do abuso de direito.

4. OS EFEITOS DO ABUSO DO DIREITO

¹⁴ Ibid., p. 75.

¹⁵ Ibid., p. 73.

Apesar do Código Civil de 1916 nada estabelecer acerca dos efeitos jurídicos do ato abusivo, tanto a doutrina quanto à jurisprudência já apontava duas consequências jurídicas do exercício abusivo do direito.

A primeira é a o dever de indenizar. A doutrina, especialmente, sempre tratou a teoria do abuso de direito como uma das causas da responsabilidade civil, apesar de existirem posicionamento defendendo sua autonomia¹⁶. Para essa corrente, uma vez preenchidos os pressupostos do dever de indenizar, o indivíduo que excedeu os limites do exercício dos seus direitos deve ressarcir aqueles que sofreram prejuízos com este abuso.

Cabe ressaltar que o Código Civil de 2002 consolidou de vez não só a existência do ato abusivo como também o consequente dever de indenizar conforme depreende-se da leitura em conjunto do art. 187 e 927. Todavia, no que diz respeito aos seus pressupostos, a sua redação não foi clara o suficiente para sanar as divergências já existentes.

Desse modo, nos casos em que não há dano, fica afastado o dever de indenizar, mas, subsiste outra consequência jurídica, defendida pela doutrina, qual seja a nulidade do ato abusivo, posto que, se tratando de uma conduta contrária ao ordenamento jurídico, não há como admitir a sua validade ante a sociedade na qual surtirá efeitos.

Tal consequência infere-se da interpretação do artigo 187 com os artigos 12 e 21, todos do Código Civil 2002, na medida em que implicam restrição ao direito da personalidade, dentre eles, ao princípio da dignidade humana, que conforme já comentado, é o limite para a atuação do indivíduo.

¹⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, Vol 4. Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003, p. 46.

Outro exemplo diz respeito à interpretação sistemática do contido nos artigos 104, II, 166, II e III e do artigo 182, todos do Diploma Civil Pátrio, no que diz respeito aos abusos provenientes dos negócios jurídicos.

Pode-se, portanto, afirmar que a obrigação de indenizar é a principal consequência do abuso de direito; mas com ou sem dano a reparar, o exercício abusivo do direito resulta numa ilicitude que, entre os efeitos possíveis, produz sempre a invalidade do ato jurídico.

Além desses dois efeitos mais frequentes, a doutrina aponta também para a possibilidade de surgimento de um dever de ação ou abstenção configurado pela possibilidade de propositura de uma ação de obrigação de fazer ou não fazer, passível de tutela específica prevista no artigo 461 do Código de Processo Civil.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, percebe-se que o abuso de direito é um fenômeno social que nasceu com a indignação causada pelo mau uso dos direitos individuais cujo absolutismo pregado pela Revolução Francesa confrontava com o próprio espírito democrático, liberal e fraterno que se perquiria com a vida em sociedade.

Como demonstrado ao longo deste estudo, o instituto do abuso de direito no Brasil, teve sua sede embrionária no art. 160, I do Código Civil de 1916, cuja redação obscura e imprecisa garantiu-lhe um campo de pouca aplicabilidade e, por consequência, de estudos. Entretanto, com a promulgação da Carta Magna de 1988, que estabelecendo novos paradigmas, tais como direitos esculpidos no artigo 5º da referida norma, constituiu novos fundamentos do Estado e de novos valores e princípios cujo respeito só seria possível através da relativização dos direitos individuais.

Com a entrada em vigor o Código Civil de 2002, enfatiza-se o comportamento moral e ético nas relações sociais, prioriza a boa-fé, tutela a função social da norma. E é, sobretudo, neste contexto, que se deve vislumbrar a aplicabilidade do abuso de direito nas suas três funções: interpretativa, repressiva e educadora, sendo que, nas duas últimas, só serão alcançadas pela Responsabilidade Civil.

Deste modo, o indivíduo quando exerce o seu direito deve fazê-lo dentro dos limites objetivos da boa-fé objetiva, dos bons costumes e dos fins econômicos e sociais do direito que se está utilizando, tendo o Código Civil consagrando-os no art. 187.

Conclui-se, portanto, que se no exercício de um direito este não atendeu a função social do direito e nem estava de acordo com a boa-fé objetiva e com os bons costumes da sociedade. Logo, poderá o indivíduo prejudicado requerer a reparação do dano fundado no abuso de direito e, para tanto, não há como exigir a prova de que o agente agiu com a intenção de prejudicar e nem que foi imprudente, negligente ou imperito, pois não há como entrar no íntimo do agente e saber se, de fato, o agente tinha noção e respeito por tais limites.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 nov. 2014.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 mai. 2012.

ALMEIDA, Cléber Lúcio. *Abuso do direito no projeto do Código Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes, *Comentários à Constituição do Brasil*, 1.ed. São Paulo: Saraiva/Açmedina, 2013, p. 303.

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

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 71.

DUARTE, Ronnie Preuss. Boa-fé, abuso de direito e o novo Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*. ano 92. v. 817. 2003.

LAUTENSCHLÄNGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Abuso de Direito*. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, Vol. 4. Responsabilidade Civil*, 20.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003, p 46.