



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CIVIL**

**A INSERÇÃO DO ABUSO DE DIREITO NO CÓDIGO
CIVIL DE 2002: CLÁUSULA GERAL E ESPÉCIE DE
ATO ILÍCITO**

ARTIGO CIENTÍFICO

José Carlos Almeida Júnior

**Santa Maria, RS, Brasil
2006**

A INSERÇÃO DO ABUSO DE DIREITO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: CLÁUSULA GERAL E ESPÉCIE DE ATO ILÍCITO

Por

José Carlos Almeida Júnior

Artigo Científico apresentado ao Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Civil da Universidade Federal de Santa Maria, como requisito parcial para obtenção do grau de **Especialista em Direito Civil**.

Orientadora: Prof^a. Ms. Rosane Leal da Silva

Santa Maria, RS, Brasil

2006

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Programa de Pós-Graduação em Direito Civil**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada,
aprova o Artigo Científico

**A INSERÇÃO DO ABUSO DE DIREITO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002:
CLÁUSULA GERAL E ESPÉCIE DE ATO ILÍCITO**

elaborada por
José Carlos Almeida Júnior

como requisito parcial para obtenção do grau de
Especialista em Direito Civil

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof^a. Ms. Rosane Leal da Silva
(Presidente/Orientadora)

Santa Maria, 16 de novembro de 2006.

RESUMO

O presente trabalho analisa os pontos de interligação entre os institutos do abuso de direito, do ato ilícito e da responsabilidade civil. Ao tratar de quaisquer desses temas, muito difícil, senão impossível, deixar de mencionar os demais. Dessa forma, importante referir o desencadeamento da responsabilização em âmbito cível, que se traduz no dever de reparar, a partir da efetivação de uma conduta ilícita. O ato ilícito, por sua vez, conforme restou prescrito no Código Civil de 2002, artigos 186 e 187, apresenta duas espécies. A primeira, mais tradicional, ato ilícito *stricto sensu*, implica necessariamente em indenização, já que seu conceito pode ser inferido pelos próprios elementos da responsabilidade civil. A outra, com previsão específica, na forma de cláusula geral, é o chamado abuso de direito. Este se configura pelo exercício excessivo de um direito, ultrapassando as diretrizes traçadas pelos seus fins sociais e econômicos, bem como pela boa-fé e pelos bons costumes. Todavia, embora ilícito, o ato abusivo pode vir a não acarretar danos a outrem. Tal não impede que o mesmo reste configurado, haja vista que representa violação à própria ordem jurídica. Não quer dizer igualmente que não possa gerar o dever de indenizar, para tanto basta que atinja a esfera individual de terceiro, acarretando-lhe prejuízos. Não obstante tenham sido tratados, de forma geral, também a responsabilidade civil e o ato ilícito, o enfoque do trabalho foi direcionado à questão do abuso de direito, pois mesmo que o instituto em si não represente novidade, já que tratado há muito na doutrina, a sua expressa previsão legal significa um avanço. Nesse sentido, cumpre destacar que tal instituto fundamenta-se na relativização dos direitos subjetivos. Ademais, considerando as modalidades de responsabilidade civil, destaca-se que o exercício irregular de um direito representa umas das hipóteses de responsabilidade objetiva, uma vez que desimporta a intenção daquele que praticou a conduta abusiva. Basta sejam ultrapassados os limites impostos pelos valores ético-morais, objetivamente. Por fim, de modo a ilustrar o presente estudo, foram elencadas algumas das hipóteses que se caracterizam como condutas abusivas, inclusive em diversos ramos do Direito, que não só no âmbito cível.

Palavras-chave: ato ilícito, responsabilidade civil, abuso de direito, cláusula geral.

SUMÁRIO

Introdução.....	05
1. Considerações Preliminares	07
1.1. Do Ato Ilícito	07
1.2. Da Responsabilidade Civil.....	09
1.3. Pressupostos da Responsabilidade Civil.....	10
2. Do Abuso de Direito	13
2.1. O Abuso de Direito como Cláusula Geral	14
2.2. Fundamento	16
2.3. Da Necessidade do Dano.....	19
2.4. Casos Concretos	21
Considerações Finais	24
Referências Bibliográficas	26

INTRODUÇÃO

Este estudo discute a interligação entre os institutos do abuso de direito, do ato ilícito e da responsabilidade civil, propiciando uma visão genérica sobre a relação das matérias referidas, de forma a facilitar a compreensão do assunto.

O enfoque principal será dedicado ao abuso de direito, haja vista a sua consagração no Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que o inseriu como cláusula geral. Frise-se que o assunto se traduz em um dos vértices da inserção da dimensão ética no ordenamento jurídico pátrio, tal qual a tendência mundial. Representa igualmente o abandono do ideal burguês de intangibilidade dos direitos subjetivos.

Nesse passo, cumpre dizer que embora tal concepção, em determinado momento, tenha sido sobremaneira importante em face do Estado Absolutista, já não atende às perspectivas atuais, segundo a qual, de certa forma, o coletivo sobrepõe-se ao individual.

Por meio de breves considerações a respeito dos temas apresentados, intenta-se afastar conclusões estanques, considerando que o abuso de direito está umbilicalmente ligado ao ato ilícito – em verdade, este é gênero do qual aquele é espécie; assim como tais institutos implicam conseqüências que, por vezes, acarretam o “dever de reparar”, conceito da chamada responsabilidade civil.

Dessa forma, o trabalho está estruturado em dois capítulos, tratando o primeiro de questões atinentes ao ato ilícito e à responsabilidade civil, de modo a alcançar-se o tema principal, abordado no segundo capítulo, o abuso de direito. Nesse sentido, serão feitas rápidas passagens no que pertine à origem dos assuntos abordados, bem como serão estudados desde os seus conceitos, passando pela sua evolução dentro do ordenamento jurídico brasileiro, até alcançar-se a inserção do abuso de direito como cláusula geral inserta no Código Civil de 2002.

Ao final, por meio da explanação de situações concretas, intenta-se ilustrar a perfectibilização do abuso de direito, em razão de que em determinados casos é controvertida a sua visualização, justamente por situar-se em um campo muito tênue, ou seja, em razão de configurar-se quando ultrapassado o limite do exercício

regular de um direito. Surge, então, o exercício anormal e abusivo desse mesmo direito.

Ainda no que tange à relação entre o abuso de direito, o ato ilícito e a responsabilidade civil, será indagado se o primeiro configura-se mesmo quando não causador de qualquer dano, por conseguinte, ainda que não acarrete o dever de reparar. Serão analisadas as possíveis conseqüências que não se traduzem na responsabilidade civil.

De certo que tais matérias serão abordadas de forma ampla, sem aspirações no sentido do esgotamento das disciplinas. São noções preliminares que almejam, repita-se, conferir um plano geral da interligação entre os institutos referidos.

Para tanto, será utilizado o método de abordagem dedutivo, partindo-se de considerações gerais na busca de conclusões materiais, de forma a explicar o tema. Como métodos de procedimento, serão observados o método comparativo na análise entre os institutos, bem como o método monográfico no que tange à análise de caso concretos.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A idéia que se busca, em breve síntese, é expor as ligações existentes entre os três institutos objeto de estudo, situando-os dentro do ordenamento, de forma a facilitar o entendimento acerca desses importantes temas no âmbito do Direito das Obrigações e de todo o sistema jurídico.

Inicialmente, cumpre referir que os fatos tidos por jurídicos, por óbvio, são aqueles que implicam em repercussão jurídica, isto é, aqueles que produzem consequências jurídicas, consoante o ajustamento a alguma das hipóteses previstas em lei. Diante disso, ocorre a incidência da norma, genérica e abstrata, sobre o suporte fático, transportando-o do mundo dos fatos para o mundo jurídico.

Dentre os fatos caracterizados como jurídicos (*fatos jurídicos lato sensu*), encontram-se os atos humanos, em contrapartida aos atos naturais. Aqueles, por sua vez, subdividem-se em atos coadunados à lei, portanto, lícitos; e atos ilícitos, que são os atos humanos que afrontam e estão em descompasso com o ordenamento jurídico.

A partir da simples, para não dizer simplória, conceituação de ato ilícito é que se abre caminho para o desenvolvimento do presente trabalho. Isso porque, conforme já referido, o instituto é gênero da espécie abuso de direito. Além disso, é o fato que enseja a responsabilidade civil. Assim, passa-se à análise mais detalhada do ato ilícito.

1.1 Do Ato Ilícito

O ato ilícito é fato gerador da responsabilidade civil. Essa conclusão decorre do próprio texto legal, dispondo que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”¹

Pereira (2001, p. 415) diz que “[...] o ato lícito, pela sua submissão mesma à ordem constituída, não é lesivo ao direito alheio; o ato ilícito, em decorrência da própria iliceidade que o macula, é lesivo ao direito de outrem.”

Cabe mencionar que, por vezes, atos lícitos também acarretam direito à indenização. Isso, contudo, somente quando houver expressa previsão legal.

¹ Código Civil, art. 927.

São os casos, por exemplo, da desapropriação pelo Estado, que gera ao proprietário o direito de ser reparado, e do estado de necessidade. Neste, o dano material causado deverá ser indenizado por aquele que praticou a conduta, ainda que legítima, restando a ele o direito de regresso contra quem ocasionou a situação de necessidade.

Quanto ao ilícito, diz-se que:

Para o direito penal, o delito é um fator de desequilíbrio social, que justifica a repressão como meio de restabelecimento; para o direito civil o ilícito é um atentado contra o interesse privado de outrem, e a reparação do dano sofrido é a forma indireta de restauração do equilíbrio rompido. [...] Enquanto o direito penal vê no ilícito a razão de *punir o agente*, o direito civil nele enxerga o fundamento da *reparação do dano*. (PEREIRA, 2001, p. 416).

Consoante os ensinamentos de Cavalieri Filho (2003, p. 30/31), a melhor definição de ilícito passa pela análise do “duplo aspecto da ilicitude”, ante o seu caráter objetivo e subjetivo.

Sob o enfoque objetivo, configura-se a ilicitude pela análise pura e simples do fato (conduta) em desconformidade com o Direito. “O ilícito é a transgressão de um dever jurídico. Não há definição mais satisfatória para o ilícito civil.” (DANTAS, *apud* CAVALIERI FILHO, 2003, p. 31).

De outro lado, o aspecto subjetivo implica na imputação ao agente da conduta anti-social, ou seja, contrária à ordem jurídica. Significa dizer que a ilicitude plena demanda que o fato decorra de um ato humano voluntário e livre.

A questão relativa ao duplo aspecto da ilicitude tem importante relevância no que pertine à responsabilidade civil subjetiva, que leva em conta o nexo de imputação (dolo ou culpa *stricto sensu*), e à responsabilidade sem culpa, dita objetiva, resultante do mero descumprimento de um dever jurídico, independentemente da intenção do agente causador do dano. Necessário, nesse último caso, apenas a relação de causa e efeito entre a conduta e o dano para que seja gerado o dever de indenizar.

Reportando-se novamente às lições de Cavalieri Filho (2003, p. 33):

Em conclusão, *ato ilícito* é o conjunto de pressupostos da responsabilidade. Em sede de responsabilidade subjetiva a culpa integrará esses pressupostos, mas tratando-se de responsabilidade objetiva bastará a ilicitude em sentido amplo, a violação de um dever jurídico preexistente por conduta voluntária.

Possível perceber a íntima relação do ato ilícito com a responsabilidade civil. Os pressupostos desta constituem o próprio ilícito, numa ligação de causa e efeito. Nery Junior (2002, p. 186) tem o ato ilícito como fundamento da responsabilidade civil, no caso subjetiva, classificando como pressupostos desta os elementos daquele, quais sejam: conduta antijurídica, dano, nexo causal, imputabilidade e culpa.

Decorre que “A obrigação de indenizar é a consequência jurídica do ato ilícito [...]” consoante sentença Diniz (*apud* FIUZA, 2005, p. 184). De outro lado, demonstrando a conexão entre o ilícito e o dever de reparar, Stoco (2001, p. 91) afirma:

À responsabilidade civil só esse resultado interessa, vale dizer, só com a repercussão do ato ilícito no patrimônio de outrem é que se concretiza a responsabilidade civil e entra em funcionamento o seu mecanismo.

Há que ser feita ressalva quanto ao desinteresse referido pelo autor, no que tange à responsabilidade, quando a ação for consentânea ao regramento jurídico. Isso porque, como já referido, embora constituam exceções, existem situações nas quais a conduta lícita também gera o dever de indenizar.

A partir da conclusão de que o ato ilícito, em regra, faz surgir a obrigação de reparar, passa-se à análise do instituto da responsabilidade civil.

1.2 Da Responsabilidade Civil

Conceitua-se responsabilidade civil como sendo o dever de reparação do dano causado pela violação de outro dever jurídico. Assim, preleciona Silva (*apud* FIUZA, 2005, p. 836):

Em suma, a responsabilidade civil é verdadeira tutela privada à dignidade da pessoa humana e a seu direitos da personalidade, inclusive na família, que é centro da preservação do ser humano, antes mesmo de ser havida como núcleo essencial da nação. Conclui-se que a teoria da responsabilidade civil visa ao restabelecimento da ordem ou equilíbrio pessoal e social, inclusive em relações familiares, por meio da reparação dos danos morais e materiais oriundos da ação lesiva a interesse alheio, único meio de cumprir-se a própria finalidade do direito, que é viabilizar a vida em sociedade, dentro do conhecido ditame de *neminem laedere*.

O *neminem laedere* é princípio secular do direito natural, e significa “a ninguém se deve lesar”. A violação deste postulado acarreta a responsabilidade civil, que na definição clássica de Giorgi é a “[...] de reparar mediante indenização quase

sempre pecuniária, o dano que o nosso fato ilícito causou a outrem.” (*apud* STOCO, 2001, p. 91).

O ilícito decorre do descumprimento de um dever imposto pela ordem jurídica. Melhor dizendo, a não observância do dever jurídico dito primário é gerador do ato ilícito, que, por sua vez, geralmente acarreta um dano. Disso deriva um novo dever jurídico, qual seja o dever de reparar o prejuízo causado.

A responsabilidade civil, portanto, é um dever secundário ou sucessivo pois decorre da violação de um dever jurídico originário. Assim, embora tradicionalmente tenha-se o ato ilícito como fonte de obrigações (dever jurídico originário), em verdade trata-se de fonte da responsabilidade (obrigação sucessiva). (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 35).

Pereira (2000, p. 11) define:

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da *responsabilidade civil*, que então se enuncia como o *princípio que subordina a reparação a sua incidência na pessoa do causador do dano*. Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil (PEREIRA, 2000, p. 11).

A partir da conceituação da responsabilidade civil, pode-se inferir, como dito anteriormente, que os elementos do ato ilícito são os pressupostos da responsabilidade civil, razão pela qual se passa à sua análise.

1.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil

O conjunto de elementos que configuram a responsabilidade civil, conforme se extrai da própria legislação, compõe-se: a. fato ou conduta (qualquer acontecimento com aptidão para causar danos); b. nexa de imputação (vinculação subjetiva); c. ilicitude (contrariedade do fato ao direito); d. nexa causal (vinculação entre fato e dano); e. dano.

Nas palavras de Cavalieri Filho (2003, p. 33), já mencionadas, “[...] *ato ilícito* é o conjunto de pressupostos da responsabilidade”.

Todavia, não serão analisados um a um os componentes da responsabilidade civil, em razão de não ser este o propósito do trabalho. Releva, entretanto, discorrer

acerca da questão relativa ao chamado nexos de imputação, pois tem relação com as espécies de responsabilidade, subjetiva e objetiva.

Quando da apreciação do abuso de direito, será observado que o aspecto ora sob análise tem pertinência quanto ao instituto. Menciona-se, desde já, que o exercício de um direito ao extrapolar os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes, ou pelo seu fim social e econômico, causando dano, enseja reparação civil objetiva.

Considerando os aspectos subjetivo e objetivo do ato ilícito, tem-se que a responsabilidade civil objetiva, inserta no Código Civil de 2002, no parágrafo primeiro do artigo 927, independe de culpa, de forma que se satisfaz com o conceito *lato* (objetivo) de ato ilícito, que significa a conduta em desconformidade com o Direito. Basta a configuração do fato e do dano, sendo um conseqüência do outro (nexo causal).

Não se perquire da culpa, ou seja, não se busca imputar ao agente uma conduta culposa. Importa relevar se a conduta é nociva ou não à sociedade, saindo-se do âmbito das relações individuais para a esfera das relações entre o indivíduo e o Estado, entre o indivíduo e as empresas, entre o indivíduo e o grupo, etc. Conforme Silva “[...] a responsabilidade civil tornou-se uma concepção social, quando antes tinha caráter individual [...]” (*apud* FIUZA, 2005, p. 832)

Por outro lado, a responsabilidade civil subjetiva observa o princípio da culpa, segundo o qual somente será responsabilizado por seus atos aquele que agir com dolo ou descuidadamente, com negligência (onde há falta de cuidado por parte do autor do dano aliada à omissão), imprudência (há falta de cuidado junto a uma ação) ou imperícia (falta de qualificação para o desempenho de uma profissão). Novamente, segundo Silva “[...] examina-se o conteúdo da vontade presente na ação, se dolosa ou culposa [...]” (*apud* FIUZA, 2005, p. 832)

Nesse contexto, cabe referir que a culpa em sentido restrito, em contrapartida ao dolo, é um erro de conduta, um desvio da normalidade no agir ou abster-se. (LIMA, 1999, p. 52). A diferenciação entre dolo e culpa é assim definida por Stoco (2001, p. 97):

Quando existe intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar. Se não houve esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe culpa (*stricto sensu*)

A concepção clássica de reparação civil exige, portanto, a prova da culpa *lato sensu* do agente. Tal conceito, no entanto, não se mostra satisfatório, em grande parte das vezes, às peculiaridades da sociedade moderna. “A multiplicação das oportunidades e das causas de danos evidenciaram que a responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para cobrir todos os casos de reparação.” (STOCO, 2001, 107).

Diante disso, o CC/02 passou a adotar a teoria objetiva, fundamentada no risco da conduta ou atividade, considerada perigosa em si mesma.

Ressalva-se que na responsabilidade subjetiva, o que forma o nexo de imputação é a culpa (sentido amplo). Dias assim dispõe: “[...] é imprescindível o elemento imputabilidade, isto é, a obrigação de reparar o dano causado tem como pressuposto a existência, no agente, da livre determinação de vontade.” Posteriormente aduz: “Quem diz culpa diz imputabilidade.” (1954, p. 12)

Já na responsabilidade objetiva, o nexo é a própria previsão legal. Nesses termos, segundo Stoco (2001, p. 113):

A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro) assenta-se na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuricidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável.
[...] a responsabilidade sem culpa e decorrente de ato ilícito do agente causador do dano encontra guarida em nosso Direito apenas quando decorra de autorização expressa da lei.

O CC/2002 ampliou, para além dos casos previstos expressamente em lei, a incidência da responsabilidade objetiva. Também elencou como possível causa de imputação deste tipo de responsabilidade a atividade considerada de risco. (SILVA *apud* FIUZA, 2005, p. 834). “Haverá responsabilidade civil objetiva quando a lei assim o determinar (*v.g.*, CC 933) ou quando a atividade habitual do agente, por sua natureza, implicar risco para o direito de outrem [...]” (NERY JUNIOR, 2002, p. 91)

Ainda, dentre os pressupostos da responsabilidade, vale ressaltar nesse momento que a ilicitude reporta-se à conduta e não ao dano. Por conseguinte,

[...] se conclui que não basta, para ensejar o dever de indenizar, a prática de um ato prejudicial aos interesses de outrem; é indispensável a ilicitude – violação de dever jurídico preexistente. (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 34)

Assim, a conduta lícita, de regra, ainda que cause algum dano, não gera a responsabilização civil, salvo exceções, conforme já foi salientado.

Após o exame do ato ilícito e da responsabilidade civil, no qual foram relevados os pontos de interseção entre tais temas, apresenta-se o momento de inserir o instituto do abuso de direito, observando igualmente a sua familiaridade aos assuntos já abordados.

2 DO ABUSO DE DIREITO

Vislumbra-se da própria redação do artigo 187 do Código Civil de 2002, o qual positivou o instituto do abuso de direito, que este constitui modalidade de ato ilícito:

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.

Contudo, ante a inexistência de regulação expressa no Estatuto de 1916, entendiam alguns que se constituía em instituto autônomo, sem relação com o ato ilícito. Como visto, tal controvérsia já não tem qualquer razão de ser, consoante o disposto na nova lei civil.

O Código de 1916 (art. 159) enumerou os elementos do ilícito em sobreposição à idéia de responsabilidade civil, tachando de ilícitas tão-somente condutas que, ao violar direito de outrem, trouxesse-lhe algum dano. Não havia, na codificação anterior, reprovação ao ato que não gerasse conseqüências nas relações privadas.

Como se pôde ver, o novo Estatuto Civil estendeu para além do âmbito particular a abrangência da acepção de ato ilícito. Assentou como ilícita também a conduta que, embora não atinja a esfera de direitos de terceiro, representa afronta aos fins sociais, as diretivas da boa-fé ou bons costumes.

De toda sorte, aqueles que pregavam a autonomia do abuso de direito buscavam evitar sua restrição ao âmbito da responsabilidade civil, o que restringiria suas conseqüências unicamente à reparação do dano causado, consoante o ilícito cível genuíno. (FERNANDES NETO *apud* NERY JUNIOR, 2002, p. 110).

Percebe-se de logo a inter-relação entre os temas sob estudo. O abuso de direito é espécie do gênero ato ilícito, que por sua vez configura o fato gerador da responsabilidade civil.

Nada obstante, não se pode concluir apressadamente que o excesso no exercício de um direito acarrete sempre o dever de reparar, considerando que poderá configurar-se mesmo que não gere danos diretos a outrem. Esse o entendimento firmado por Nery Junior (2002, p. 110), quando refere que “[...] diferentemente do ato ilícito, que exige prova do dano para ser caracterizado, o abuso de direito é aferível objetivamente, podendo não existir dano e existir ato abusivo.” Tal questão, no entanto, será analisada mais detalhadamente em ocasião posterior.

Importante, nesse momento, discorrer brevemente acerca das origens e fundamentos do abuso de direito, objeto central do presente trabalho.

2.1 O Abuso de Direito como Cláusula Geral

Como referido, até o Código de 2002 não havia norma expressa a regular o abuso de direito. Os doutrinadores faziam então uma construção, a *contrario sensu*, a partir do que dispunha o art. 160, inciso I, *in fine*, do *Codex* anterior:

Art. 160. Não constituem atos ilícitos:

I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito;

Se o exercício regular de um direito não constituía ato ilícito, em contrapartida, o exercício com excesso, abusivo, seria contrário à lei. (ALVES, 2005, p. 16).

Dessa forma, verifica-se que o abuso de direito não é matéria nova no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que há muito ele é reconhecido pela doutrina. Contudo, a precisão de se recorrer a artigos que não dispunham diretamente ao tema, dificultava a aplicação do instituto na jurisprudência, por isso a importância da previsão expressa na nova legislação.

A positivação do abuso de direito no Código Civil de 2002 deu-se na forma de cláusula geral:

[...] nosso sistema do CC optou por ser *móvel* e não fechado, adotando as *cláusulas gerais*, os *conceitos legais indeterminados* e os *conceitos determinados pela função*, como elementos integradores da unidade e da ordenação do sistema.

[...] Em pleno século XXI não seria mais admissível legislar-se por normas que definissem precisamente certos pressupostos e indicassem, também de forma precisa, suas conseqüências, formando uma espécie de *sistema fechado*. A técnica legislativa moderna se faz por meio de conceitos legais

indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema. (NERY JUNIOR, 2002, p. 04)

Portanto, valeu-se o legislador de fórmula a qual evita a necessidade de regulamentação para cada caso concreto, diante da impossibilidade de tipificação da totalidade das situações jurídicas. Corroborando o afirmado, Martins-Costa (1991, p. 18):

Com efeito, na tarefa incessantemente exercida pela Ciência Jurídica desde pelo menos o século XII, de adaptar o Direito ao dinamismo das relações sociais, se leva em conta, agora, que o sistema jurídico deve considerar também, ao lado da norma de direito escrito, princípios, máximas, regras da experiência, usos, diretivas reveladoras da cultura.

Além de possibilitar a mobilidade do sistema, as cláusulas gerais tem função instrumental, no sentido de concretizar os princípios, “[...] porque vivificam o que se encontra contido, abstrata e genericamente, nos princípios gerais de direito e nos conceitos legais indeterminados [...]” (NERY JUNIOR, 2002, p. 06) permitindo a sua efetiva aplicação ao caso concreto.

Daí a importância de ter sido previsto o abuso de direito sob a fórmula de cláusula geral. Em razão, justamente, de o art. 187 do CC/2002 trazer em seu bojo quatro princípios de extrema valoração ética dentro do ordenamento jurídico: o próprio abuso de direito, o fim social, a boa-fé e os bons costume. Os quais, a partir da concreção decorrente da expressa previsão através de cláusula geral, podem ser mais facilmente aplicados pelo julgador.

Dessa forma, “[...] O juiz exerce papel de suma importância no exercício dos poderes que derivam das cláusulas gerais, porque ele instrumentaliza, preenchendo com valores, o que se encontra abstratamente contido nas referidas cláusulas gerais.” (LARENZ *apud* NERY JUNIOR, 2002, p. 06)

Assim:

A cultura jurídica contemporânea saberá definir o conteúdo de tais cláusulas, mais e mais utilizadas. Assim como a cultura jurídica do passado soube definir os *standards* de tolerabilidade para efeito de solução dos conflitos de vizinhança, que eram também uma cláusula geral, assim como a doutrina soube definir uma série de conceitos indeterminados com os quais estávamos acostumados a conviver, hoje cabe ao intérprete dar conteúdo aos princípios e cláusulas gerais tão presentes na técnica legislativa. (TEPEDINO, 2003, 126)

O abuso de direito, assim, de maneira a facilitar sua efetivação, é norma genérica, exigindo a adequação pelo magistrado quando da aplicação às situações concretas.

2.2 Fundamento

O instituto está assentado na simples e popular ilação que prega que “o direito de alguém termina quando começa o de outro”. Decorre, todavia, do intento dos ordenamentos jurídicos de todo o mundo no sentido de robustecer sua dimensão ética, agregando princípios valorativos essenciais à consagração de um Estado de Justiça.

Em discordância com a teoria dos direitos absolutos, a doutrina dos relativistas alega a existência de uma missão social do direito. (LIMA, 1999, p. 216). Os direitos subjetivos passam a ser limitados, relativizados, por princípios gerais de direito, elevados a nível constitucional (CARPENA, 2000, p. 314), em contrapartida à concepção anterior:

O Código Civil, como se sabe, quando entrou em vigor em 1917, refletia o pensamento dominante das elites europeias do século XIX, consubstanciado no individualismo e no liberalismo jurídico. O indivíduo, considerado sujeito de direito por sua capacidade de ser titular de relações patrimoniais, deveria ter plena liberdade para a apropriação, de tal sorte que o direito civil se estruturava a partir de dois grandes alicerces, o contrato e a propriedade, instrumentos que asseguravam o tráfego jurídico com vistas à aquisição e à manutenção do patrimônio. (TEPEDINO, 2003, 115)

No influxo gerado pela nova postura intervencionista estatal, em busca de igualdade material, o direito civil, até então impregnado da ideologia liberal, e com pretensões centralizadoras e totalizantes de codificação (completude), não apresentava mais soluções de molde a regular em contento as novas exigências sociais. [...] (FINGER, 2000, p. 91)

Nesse contexto, o sistema aproxima-se ao modelo dito aberto, dando espaço, junto ao direito positivado, aos postulados e princípios, de indiscutível importância como critério orientador para a solução dos conflitos. Seu conceito:

Princípios jurídicos são os pensamentos diretores de uma regulação jurídica *existente* ou *possível*, não constituindo, por si mesmos, regras suscetíveis de aplicação, embora possam transformar-se posteriormente em regras jurídicas, por via de interpretação. (LARENZ *apud* MARTINS-COSTA, 1991, p. 19)

Ávila (2005, p. 72) define princípios “[...] como normas finalísticas, que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários a essas realização [...]”.²

² Pelo seu próprio conceito e por serem complementares, à medida que, inicialmente, não apresentam soluções específicas aos conflitos, diferenciam-se das regras. Estas são descritivas e

São exemplos a função social da propriedade, função social do contrato, teoria da imprevisão, dentre outros.

A aplicação dos referidos princípios, no entanto, encontra obstáculo na sociedade de consumo, na qual o anseio por satisfação pode fazer com que os interesses do grupo sejam subjugados por intenções individuais. Assim a descreve Zygmunt (2001, p. 90):

[...] A vida organizada em torno do consumo, por outro lado, deve se bastar sem normas: ela é orientada pela sedução, por desejos sempre crescentes e quereres voláteis – não mais por regulação normativa. Nenhum vizinho em particular oferece um ponto de referência para uma vida de sucesso; uma vida de sucesso; uma sociedade de consumidores se baseia na comparação universal – e o céu é o único limite. A idéia de “luxo” não faz muito sentido, pois a idéia é fazer dos luxos de hoje necessidade de amanhã, e reduzir a distância entre o “hoje” e o “amanhã” ao mínimo – tirar a espera da vontade.

Enquadra-se no contexto descrito o próprio abuso de direito, sob a égide da relativização dos direitos subjetivos. A teoria do abuso de direito, ou da relatividade dos direitos conforme Lima (1999, p. 213), surgiu em contraponto à idéia de direitos subjetivos absolutos. Estes deixam de ser direito-poder do indivíduo, passando a ótica de um direito-função, do qual são extraídos os proventos que a lei confere sem, no entanto, ofender os interesses sociais. Tal teoria regula as relações entre os direitos individuais, sem lecionar a total negação dos direitos subjetivos. (DIAS, 1954, p. 486).

A partir do exposto, o abuso de direito pode ser conceituado como a extrapolação no exercício de um direito subjetivo, num primeiro momento legitimado pela lei, mas que ultrapassa os limites impostos pelo conteúdo axiológico da norma jurídica, transpassando, assim, os contornos definidos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Como dito, ressalta o caráter ético e social atrelado ao instituto.

Nesses termos:

preliminarmente decisivas, definindo condutas a serem seguidas e aspirando trazer resoluções concretas às situações que se apresentam. (Ávila, 2005, p. 138/139). Por outro lado, os princípios são instrumentalizados pelas cláusulas gerais, que não são, portanto, princípios, porém normas, criadoras de direitos e obrigações (MARTINS-COSTA, 1991, p. 21). Também não se confundem com conceitos indeterminados, os quais são “[...] expressões vagas indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos [...]” (NERI JUNIOR, 2002, p. 05). Integram a descrição do fato a ser abrangido pela norma, restringindo a liberdade do aplicador à fixação da premissa e apresentando uma solução predeterminada a partir do preenchimento dos conceitos vagos. (MARTINS-COSTA, 2002, p. 22).

O fundamento principal do abuso de direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela a que se destina. O ato é formalmente legal, mas o titular do direito se desvia da finalidade da norma, transformando-a em ato substancialmente ilícito. (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 159).

Da própria definição legal do abuso de direito, deduz-se seus elementos: 1. o direito deve ser protegido pelo ordenamento; 2. o seu exercício deve ultrapassar os limites de sua função social, da boa-fé e dos bons costumes; e 3. tal excesso há de ser perceptível, manifesto. (NERY JÚNIOR, 2002, p. 110).

Entretanto, dividiam-se as correntes de opinião em duas Teorias, a Subjetiva e a Objetiva. Nesta, para o ato configurar-se abusivo, bastava a irregularidade no exercício do direito, pelo desvio de sua finalidade social ou pela inexistência de interesse legítimo na sua realização. Quanto àquela, a intenção de causar prejuízos a terceiros era elemento essencial para configurar o abuso no exercício de um direito. Essa teoria tinha como impreterível como pressuposto para caracterizar o exercício abusivo que a conduta levada a efeito pelo agente lhe fosse inútil.

Ressalta a partir de tal exigência traços do pensamento pertinente ao ideal burguês ou individualista, segundo o qual os direitos subjetivos eram absolutos. Ou seja, o direito conferido pela lei ao cidadão era soberano perante o Estado, perante os outros indivíduos e perante a sociedade, independentemente de suas conseqüências serem nocivas ou não ao grupo, à coletividade, desde que trouxesse benefício ao titular.

Ocorre que na modernidade

[...] ao forjar suas auto-identidades, independente de quão locais sejam os contextos específicos da ação, os indivíduos contribuem para (e promovem diretamente) as influências sociais que são globais em suas conseqüências e implicações. (GIDDENS, 2001, p. 09)

O critério subjetivo parte do princípio de que se deve investigar o elemento intencional que determinou o ato. Nesse sentido, Carpena afirma que o ato abusivo enseja as mesmas condições que o ato ilícito, existindo os mesmos pressupostos, dentre eles, a culpa. (CARPENA, *apud*. MELO, 2005, p. 08). Todavia, nem mesmo a ilicitude pode basear-se estritamente na culpa, haja vista ser dispensável em algumas situações referentes à responsabilização por dano causado.

Ocorre que, conquanto o CC/02 tenha mantido no artigo 186 a culpa como fundamento de responsabilidade subjetiva, não ficou avesso aos avanços da responsabilidade dita objetiva, desenvolvida a partir da Teoria do Risco. Esta

modalidade dispensa o elemento culpa, irrelevante na espécie para a configuração do dever de indenizar.

Desse modo, em contrapartida à vertente subjetiva, a Teoria Objetiva entende como desnecessário perquirir-se a culpa do agente quando da transgressão dos limites legais de seu direito. Dispensa-se a intenção de causar dano, bastando o exercício irregular do direito, ou o desvio da sua finalidade social, ou ainda a ausência de um interesse legítimo para a sua efetivação.

Esse o entendimento consagrado pelo Código Civil em vigor, segundo o qual a culpa não figura como elemento integrante do instituto do abuso de direito. Por outro lado, são indispensáveis os limites impostos por valores ético-sociais, traduzidos pelos bons costumes, pela boa-fé, e pelo fim social e econômico do direito.

Posteriormente, no enunciado nº 37 do Conselho da Justiça Federal, confirmou-se o enfoque dado pelo Estatuto da Lei Civil:

Enunciado nº 37/CJF: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico

Mais uma vez destaca-se que o abuso de direito, ato ilícito que é, ao gerar um dano, enseja o dever de indenizar. Para tanto, não se faz necessária a culpa, sentido lato, pois se trata de um dos casos de responsabilidade civil objetiva. O abuso de direito é aferido objetivamente, não sendo imperativo a consciência de se excederem os seus limites (impostos pela boa-fé, bons costumes e fim social e econômico), bastando simplesmente que tais limites sejam excedidos. (NERY JÚNIOR, 2002, p. 110).

Não se perquire, portanto, de dolo ou culpa, ou ainda da consciência do agente ao transgredir os limites legais para a efetivação do seu direito.

Por outro lado, nem sempre o exercício abusivo do direito acarreta prejuízos específicos a alguém. Mesmo assim poderá configurar-se.

2.3 Da necessidade do dano

Por estarem sobrepostas as idéias de ilicitude e responsabilidade civil, pode-se concluir que para restar caracterizado o ato ilícito, necessário o dano. Ocorre, entretanto, que o Código Civil de 2002, consagrou duas espécies de ato ilícito. O

ilícito em sentido estrito (art. 186), o qual exige para sua perfectibilização a ocorrência de um dano; e o abuso de direito (art. 187), que faz repercutir seus efeitos para além da indenização, uma vez que, não obstante a inoccorrência de prejuízo a terceiro, estará configurado quando o exercício de um direito extrapolar os limites da boa-fé, dos bons costumes e dos fins sociais e econômicos a que se propõe tal direito, considerados esses aspectos de forma objetiva.

A nova opção legal, ao afastar a autonomia do abuso de direito, não reduziu seu abrangência ao campo da responsabilidade civil. Ao comentar o art. 187 do CC/2002, Nery Junior (2002, p. 109) assim esclarece:

Abuso de direito. Ilícito objetivo. A norma comentada imputa ao ato abusivo a natureza de ilícito. Tendo em vista suas próprias peculiaridades, não se assemelha ao ato ilícito do CC 186, assim considerado pela lei para fins de reparação do dano por ele causado. O ato abusivo pode, até, não causar dano e nem por isso deixa de ser abusivo.

Dessa forma, infere-se que a exigência do dano restringe-se a uma das espécies de ato ilícito, aquela dirigida à reparação civil, prevista no artigo 186 do Código Civil. No âmbito do abuso de direito, suas conseqüências não se reduzem ao dever de indenizar. Portanto, pode não existir o dano e mesmo assim haver ato abusivo, desde que não adequado aos limites impostos pelas cláusulas gerais constantes no artigo 187 do atual Código Civil.

A conduta que extrapola seus fins, bem como a boa-fé e os bons costumes, ainda que não implique na violação da esfera individual de outrem, causando-lhe prejuízos, viola a ordem jurídica, gerando conseqüências que não se circunscrevem à indenização, tais como a nulidade do ato abusivo, a cominação de sanções e o impedimento ou restrição de outros direitos.

Entretanto, não significa dizer que o abuso de direito não acarreta o dever de indenizar. Pelo contrário, ato ilícito que é, quando gerador de dano a outrem, tem como conseqüência a responsabilidade civil. Tanto que o artigo 927 do Estatuto de 2002 faz expressa referência ao artigo 187 do mesmo Diploma.

Sua aplicação é que pode, por vezes, restar prejudicada ante a dificuldade de identificação em situações concretas, razão pela qual se refere alguns exemplos de modo a ilustrar o tema.

2.4 Casos concretos

Pela dificuldade de identificar-se o momento no qual o exercício de um direito deixa de ser regular e passa a ser abusivo, isto é, quando o uso de um direito deixa de atender a seu fim ou a sua função, importante trazer à baila algumas situações caracterizadas como abusivas, de forma a ilustrar o presente trabalho.

Desde já, destaca-se interessante julgado do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa se transcreve:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO-DEMONSTRADO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. SUSPENSÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 186 E 188, I, DO CC. NÃO-OCORRÊNCIA. ABUSO DE DIREITO. CONFIGURAÇÃO DE ATO ILÍCITO (CC, ART. 187). RESSARCIMENTO DEVIDO. DOCTRINA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO.

1. A divergência jurisprudencial deve ser devidamente demonstrada, conforme as exigências do parágrafo único do art. 541 do CPC, c/c o art. 255 e seus parágrafos, do RISTJ, não bastando, para tanto, a simples transcrição de ementas.

2. A questão controvertida neste recurso especial não se restringe à possibilidade/impossibilidade do corte no fornecimento de energia elétrica em face de inadimplemento do usuário. O que se discute é a existência ou não de ato ilícito praticado pela concessionária de serviço público, cujo reconhecimento implica a responsabilidade civil de indenizar os transtornos sofridos pela consumidora.

3. 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 costumes (art. 187 do Código Civil).

4. A recorrente, ao suspender o fornecimento de energia elétrica em razão de um débito de R\$ 0,85, não agiu no exercício regular de direito, e sim com flagrante abuso de direito. Aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

5. A indenização por danos morais foi fixada em valor razoável pelo Tribunal a quo (R\$ 1.000,00), e atendeu sua finalidade sem implicar enriquecimento ilícito à indenizada.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (Superior Tribunal de Justiça, 2006)

Nessa via, cumpre referir que o instituto do abuso de direito não está adstrito ao âmbito apenas do Direito Civil. Aplica-se a todos os ramos do Direito.

No direito de vizinhança, o proprietário não poderá valer-se de seu imóvel de forma a prejudicar e interferir na segurança, saúde ou sossego dos vizinhos. Na esfera do Direito Contratual, verifica-se que o abuso de direito pode ocorrer em todos os seus períodos, conforme evidenciam os exemplos: na fase pré-contratual, pela recusa em se vender produtos, não obstante tenha sido fixado o respectivo preço; na fase de execução, pela rescisão unilateral imotivada; e no período pós-

contratual³, pela concorrência desleal, quando há o restabelecimento daquele empresário que cedeu sua clientela (MARTINS, 2002, p. 38/62).

No Direito Econômico, consoante a previsão do art. 18 da Lei 8.884 de 13 de junho de 1994⁴, na qual é possibilitada a desconsideração da personalidade jurídica do responsável por infração à ordem econômica. O Código de Defesa do Consumidor também reprime o abuso de direito, quando positiva que a cobrança de dívida não pode ser vexatória ao devedor (art. 42).

No Direito do Trabalho, configura-se na demissão sob falsa alegação de prática ilícita pelo empregado. Também quando a dispensa tem o fito de impedir seja alcançado o tempo de serviço necessário para a obtenção de certos direitos. No Direito Penal, pelo uso de ofendículos, quando ultrapassados determinados limites⁵.

Na seara do Direito Processual Civil, tem-se que abusa do seu direito de recorrer aquele que apenas o faz com fim procrastinatório, configurando-se a litigância de má-fé. A consequência é a imposição de multa, consoante o disposto no artigo 18 do Código de Processo Civil. A exemplificar o que foi afirmado, a seguinte decisão:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO INTEMPESTIVO.

1. Não se conhece de agravo regimental interposto após o decurso do prazo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, c/c o art. 258 do RISTJ.
2. Por outro lado, o direito de acesso à via judicial não é ilimitado, exigindo-se da parte que mantenha dentro do âmbito da razoabilidade a sua irresignação. Inibindo o abuso do direito de recorrer, o atual Código de Processo Civil municia o órgão julgador de mecanismos aptos a coibir, por exemplo, a interposição de recurso manifestamente protelatório (art. 17,

³ A responsabilidade pós-contratual é possibilitada pela teoria da *culpa post pactum finitum* que foi elaborada pela jurisprudência alemã, e dispõe que mesmo após o cumprimento do contrato, há deveres (como de informação e lealdade) que persistem para as partes. (DONNINI, 2004).

⁴ Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

⁵ O uso de ofendículos pode vir a configurar o abuso de direito, além de outros casos, no campo do Direito Penal. Em sentido jurídico, ofendículo significa aparato para defender o patrimônio, o domicílio ou qualquer bem jurídico de ataque ou ameaça. (JESUS, 2001, p. 397). São ofendículos os cacos de vidros em cima de muros, as cercas elétricas, os arames-farpados, as plantas espinhosas perto de portões etc. Quanto à sua natureza, entendem alguns que se trata de exercício regular de um direito. (MIRABETE, 2000, p. 191). Nesse passo, forçoso que o agente observe, ao instalá-lo, os limites de seu direito, não podendo extrapolá-lo. Caso o faça, estará a agir abusivamente, podendo ser responsabilizado tanto penal como civilmente. Pode-se dizer, ilustrativamente, que age excessivamente aquele que eletrifica a maçaneta da porta da frente de sua casa, que está em contato direto com a calçada. Dessa forma, o uso de ofendículos deve observar moderação e proporcionalidade, de modo a evitar prejuízo a terceiros inocentes. Só assim a conduta restará acobertada pelo exercício regular de direito.

VII). No caso específico do agravo regimental, destaca-se a previsão do art. 557, § 2º, que permite a incidência de multa entre 1% e 10% do valor corrigido da causa, quando "manifestamente inadmissível ou infundado" o recurso.

3. No caso concreto, contra a decisão que não conheceu do agravo de instrumento, a ora agravante apresentou, após o decurso do prazo para qualquer recurso, pedido de reconsideração, o qual não foi conhecido pelo órgão colegiado. Contra o respectivo acórdão, apresentou agravo regimental e petição inominada, os quais, por manifestamente incabíveis, também não foram conhecidos pelo acórdão de fls. 176/180. Ainda contrariada, formulou novo requerimento, o qual, por ausência de amparo jurídico, foi indeferido pela decisão de que ora se agrava.

4. Desse modo, tratando-se de pretensão manifestamente inadmissível e infundada, formulada por meio de sucessivos recursos que sequer mereceram conhecimento, mostra-se cabível a aplicação da penalidade prevista no art. 557, § 2º, do CPC, fixada em cinco por cento (5%) sobre o valor corrigido da causa, sujeitando-se a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do respectivo valor.

5. Agravo regimental não-conhecido. (Superior Tribunal de Justiça, 2006)

Por sua vez, o Direito Administrativo traz na teoria do abuso de poder fundamentos do instituto do abuso de direito. Nesse sentido:

O abuso do poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas.

[...] A teoria do abuso de poder – afirma Ripert – foi inteiramente inspirada na moral e a sua penetração no domínio jurídico obedeceu a propósito determinado. Trata-se, com efeito, de desarmar o pretense titular de um direito subjetivo, por conseguinte, de encarar de modo diverso direitos objetivamente iguais, pronunciando uma espécie de juízo de caducidade contra o direito que tiver sido imoralmente exercido. (Meirelles, 2004, p. 108/109)

Assim como no abuso de direito em âmbito civil, no Direito Administrativo configura-se abusiva a conduta em princípio lícita, porém que não atende aos fins previstos na norma que a regula. Dias (1954, p. 611) refere, especificamente, que a doutrina do abuso de direito é aplicável ao Estado, configurando-se quando do desvio ou excesso no chamado poder de polícia.

Entende-se que as hipóteses mencionadas facilitam a visualização do abuso de direito, objeto principal do presente trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta breve explanação acerca do abuso de direito, do ato ilícito e da responsabilidade civil, procurou informar e situar o leitor quanto às relações existentes entre os institutos, com certa prevalência na abordagem do primeiro assunto, haja vista a sua positivação somente agora, no atual Estatuto Civil.

Ainda, destacou-se a opção do legislador por um sistema aberto quando da previsão do abuso de direito, diferindo ao caso concreto a sua verificação e perfectibilização. Dessa forma, possível ao magistrado valer-se da maleabilidade e flexibilidade que caracterizam as cláusulas gerais.

Decorre disso que, com a positivação do abuso de direito, cai por terra o brocardo jurídico de que “tudo que não é proibido é permitido”, vez que os direitos subjetivos devem ser exercidos de acordo com a finalidade social a que se destinam. Este o fundamento do abuso de direito, qual seja a relativização dos direitos individuais, visão mais adequada ao almejado Estado de Justiça, caracterizado pela inserção de valores éticos nos ordenamentos de todo o mundo.

Por outro lado, restou claro que no âmbito do Direito Civil, em vista do Código de 2002, há duas espécies de ato ilícito, que não se confundem. No ilícito em sentido estrito há um desacordo com a ordem legal, que implica necessariamente no dever de reparar o prejuízo impreterivelmente causado, ante o não cumprimento de um dever jurídico. Enquanto no caso do abuso de direito não há contrariedade à lei em si, mas à sua finalidade social ou econômica, à boa-fé ou aos bons costumes.

Observou-se que o exercício irregular de um direito configura sim, repita-se, ato ilícito, consoante ficou assentado na própria legislação. Dessa forma, quando acarretar danos, afigura como fato gerador do dever de reparar. Todavia, diferentemente do que ocorre com o ato ilícito propriamente dito, mostrou-se desnecessário o resultado dano para a configuração do abuso de direito. Basta o exagero do ato no que diz com os limites impostos pelos seus respectivos fins sociais e econômicos, pela boa-fé e bons costumes, independentemente da intenção do agente em fazer de sua conduta excessiva.

Assim, a partir da breve análise do ato ilícito e seu conceito, bem como da responsabilidade civil, modalidades e pressupostos, foi possível situar o abuso de

direito dentro do ordenamento jurídico, bem como as conseqüências decorrentes do mesmo, inclusive em diversos ramos do Direito.

Exalta-se, por fim, o intento dos ordenamentos modernos no sentido de exigir que as condutas humanas além de coadunadas com a legislação, sejam também legitimadas por princípios de justiça, conquanto o abuso de direito representa um passo em direção a tal objetivo.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Igor Nóbrega. **Fontes do direito obrigacional**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=398>>. Acesso em: 11 nov. 2005.

ALVES, Isabela Sampaio. **Regime jurídico do abuso de direito à luz do novo código civil**. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/isabelasampaioalves/regimejuridico.htm>>. Acesso em : 10 nov. 2005.

BALBINO, Renata Domingues Barbosa. **O princípio da boa-fé objetiva no novo código civil**. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/tex041.htm>>. Acesso em: 11 nov. 2005.

BITTAR, Eduardo C. B. **Os déficits metodológicos no ensino e na pesquisa jurídicos**. In: Metodologia da pesquisa jurídica. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. **Código Civil**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Código de Processo Civil**. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil. Agravo Regimental no agravo de instrumento. Recurso intempestivo. 1. Não se conhece de agravo regimental interposto após o decurso do prazo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, c/c o art. 258 do RISTJ. 2. Por outro lado, o direito de acesso à via judicial não é ilimitado, exigindo-se da parte que mantenha dentro do âmbito da razoabilidade a sua irresignação. Inibindo o abuso do direito de recorrer, o atual Código de Processo Civil municia o órgão julgador de mecanismos aptos a coibir, por exemplo, a interposição de recurso manifestamente protelatório (art. 17, VII). No caso específico do agravo regimental, destaca-se a previsão do art. 557, § 2º, que permite a incidência de multa entre 1% e 10% do valor corrigido da causa, quando "manifestamente inadmissível ou infundado" o recurso. 3. No caso concreto, contra a decisão que não conheceu do agravo de instrumento, a ora agravante apresentou, após o decurso do prazo para qualquer recurso, pedido de reconsideração, o qual não foi conhecido pelo órgão colegiado. Contra o respectivo acórdão, apresentou agravo regimental e petição nominada, os quais, por manifestamente incabíveis, também não foram conhecidos pelo acórdão de fls. 176/180. Ainda contrariada, formulou novo requerimento, o qual, por ausência de amparo jurídico, foi indeferido pela decisão de que ora se agrava. 4. Desse modo, tratando-se de pretensão manifestamente inadmissível e infundada, formulada por meio de sucessivos recursos que sequer mereceram conhecimento, mostra-se cabível a aplicação da penalidade prevista no art. 557, § 2º, do CPC, fixada em cinco por cento (5%) sobre o valor corrigido da causa, sujeitando-se a interposição de qualquer outro recurso ao

depósito do respectivo valor. 5. Agravo regimental não-conhecido. Ag – 740.181. Indústria e Comércio de Doces São Bartolomeu LTDA. e Estado de Minas Gerais. Relator(a) Ministra Denise Arruda. 23 de outubro de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600152432&dt_publicacao=23/10/2006>. Acesso em: 01 de novembro de 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil. Processual civil e Administrativo. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais. Concessionária de serviço público. Dissídio pretoriano não-demonstrado. Fornecimento de energia elétrica. Suspensão. alegada violação dos arts. 186 e 188, i, do CC. Não-ocorrência. Abuso de direito. Configuração de ato ilícito (CC, art. 187). Ressarcimento Devido. Doutrina. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. 1. A divergência jurisprudencial deve ser devidamente demonstrada, conforme as exigências do parágrafo único do art. 541 do CPC, c/c o art. 255 e seus parágrafos, do RISTJ, não bastando, para tanto, a simples transcrição de ementas. 2. A questão controvertida neste recurso especial não se restringe à possibilidade/impossibilidade do corte no fornecimento de energia elétrica em face de inadimplemento do usuário. O que se discute é a existência ou não de ato ilícito praticado pela concessionária de serviço público, cujo reconhecimento implica a responsabilidade civil de indenizar os transtornos sofridos pela consumidora. 3. 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 costumes (art. 187 do Código Civil). 4. A recorrente, ao suspender o fornecimento de energia elétrica em razão de um débito de R\$ 0,85, não agiu no exercício regular de direito, e sim com flagrante abuso de direito. Aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 5. A indenização por danos morais foi fixada em valor razoável pelo Tribunal a quo (R\$ 1.000,00), e atendeu sua finalidade sem implicar enriquecimento ilícito à indenizada. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. REsp – 811.690. Boa Vista Energia S/A e Maria da Conceição Spindola do Nascimento.. Relator(a) Ministra Denise Arruda. 19 de junho de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600131554&dt_publicacao=19/06/2006>. Acesso em: 01 de novembro de 2006.

CARPENA, Heloísa. **O abuso de direito no código civil de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional**. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). A parte geral do código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual**. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5 ed. rev. e aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Tomo II. 3 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954.

DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade pós-contratual no novo código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FINGER, Julio César. **Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado*.

FIUZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil Comentado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FELIPE, J. Franklin Alves. **Indenização nas obrigações por ato ilícito**. 3 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário Aurélio: língua portuguesa**. 2 ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989. p. 516.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Jurisprudência da responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Traduzido por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., (2002). Título original: *Self and society in the late modern age*.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal. Parte Geral**. v. 1. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

LEWICKI, Bruno. **Panorama da boa-fé objetiva**. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2 ed. rev. e ampl. Pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MATTIETTO, Leonardo. **Abuso de direito: perfil histórico da teoria**. Disponível em:
<http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/do_abuso_de_direito.html>. Acesso em: 10 nov. 2005.

MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso de direito e o ato ilícito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico**. In: *Revista de informação legislativa*. Brasília, ano 28, nº. 112, p. 13-32, out.-dez., 1991.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por abuso de direito**. Disponível em:
<http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=16462>. Acesso em: 11 nov. 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal. Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP.** v. 1. 16 ed. rev. a atual até dezembro de 1999. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson; e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e legislação extravagante anotados.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 19 ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Responsabilidade civil.** 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SOUZA, Gilson Sidney Amancio de. **O tratamento das ofendículas na doutrina brasileira.** Jus Navigandi, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2260>>. Acesso em: 10 nov. 2005.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** 3 ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do Novo Código.** In: FIUZA, César (Coord.). **Direito Civil: Atualidades.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **O código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa.** In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ZYGMUNT, Bauman. **Modernidade líquida.** Traduzido por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., (2001). Título original: Liquid Modernity.