



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

**A TEORIA DO ABUSO DE DIREITO
NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL:
NOVOS PARADIGMAS PARA OS CONTRATOS**

ARTIGO CIENTÍFICO DE ESPECIALIZAÇÃO

Fabício Castagna Lunardi

**Santa Maria, RS, Brasil
2006**

**A TEORIA DO ABUSO DE DIREITO
NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL:
NOVOS PARADIGMAS PARA OS CONTRATOS**

por

Fabício Castagna Lunardi

Artigo Científico apresentado ao Curso de Especialização do Programa de Pós-Graduação em Direito Civil da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Especialista em Direito Civil.**

Orientadora: Prof. 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 TEORIA DO ABUSO DE DIREITO
NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL:
NOVOS PARADIGMAS PARA OS CONTRATOS**

elaborado por
Fabício Castagna Lunardi

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

COMISSÃO EXAMINADORA:

Rosane Leal da Silva, Ms.
(Presidente/Orientadora)

José Fernando Lutz Coelho, Ms. (UFSM)

Antônio Flávio Garcez Xavier, Es. (UFSM)

Santa Maria, 22 de setembro de 2006.

RESUMO

Artigo Científico
Curso de Especialização em Direito Civil
Universidade Federal de Santa Maria

**A TEORIA DO ABUSO DE DIREITO
NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL:
NOVOS PARADIGMAS PARA OS CONTRATOS**
AUTOR: FABRÍCIO CASTAGNA LUNARDI
ORIENTADORA: ROSANE LEAL DA SILVA
Data e Local: Santa Maria, RS, 22 de setembro de 2006.

O presente artigo científico tem como objetivo precípua o estudo da Teoria do Abuso de Direito sob um viés civil-constitucional, bem como os novos paradigmas traçados para o direito contratual. Abordam-se a evolução e a contextualização da Teoria dentro dos sistemas jurídicos, os requisitos para a sua caracterização no Código Civil de 2002, a sua relação com a boa-fé objetiva e a sua aplicação nos Tribunais, sobretudo em relação aos contratos de direito privado. As críticas à Teoria do Abuso de Direito e a responsabilidade civil decorrente da sua aplicação também são analisadas. O método de abordagem utilizado é o dialético, que se afigura o mais indicado para propiciar um posicionamento lógico e coerente frente às indagações que surgem ao longo do texto. Como método de procedimento, optou-se pelos métodos histórico e comparativo, analisando a evolução do instituto e as proximidades e distinções entre o abuso de direito e o ato ilícito *stricto sensu*. Conclui-se, ao final, que a posituação da Teoria do Abuso de Direito no Código Civil de 2002 é de suprema importância como instrumento concretizador dos ideais de socialidade e eticidade.

Palavras-chaves: Teoria do Abuso de Direito, Constituição, Contratos.

ABSTRACT

Artigo Científico
Curso de Especialização em Direito Civil
Universidade Federal de Santa Maria

**A TEORIA DO ABUSO DE DIREITO
NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL:
NOVOS PARADIGMAS PARA OS CONTRATOS**
AUTOR: FABRÍCIO CASTAGNA LUNARDI
ORIENTADORA: ROSANE LEAL DA SILVA
Data e Local: Santa Maria, RS, 22 de setembro de 2006.

This scientific article has as objective to study the Theory of the Abuse of Right with a analysis civilian and constitutional with new paradigms in the contractual law. The Evolution and the Theory in Civil Code of 2002, the requirements for its characterization in this law, the relation with the objective good faith, the application in the Courts, and the contracts of private law are discussed in this article. The critics about the Theory of the Abuse of Right, the civil liability and the application are analyzed. The method used is the dialectic, because it is the most indicated to discuss this subject. Another methods used are historical and comparative, because it is necessary to analyze the evolution of the institute and the distinctions between the abuse of right and the tort law. It is concluded that the Theory of the Abuse of Right in the Civil Code of 2002 is very important to the social and ethics ideals.

Key-words: Theory of Abuse of Right, Constitution, Contracts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 O NOVO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL E A TEORIA DO ABUSO DE DIREITO: EVOLUÇÃO	07
2 A TEORIA DO ABUSO DO DIREITO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	13
3 A ADOÇÃO DA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO COMO CLÁUSULA GERAL: DIREITO E LINGUAGEM	15
4 DOS REQUISITOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DE DIREITO ..	17
4.1 Exercício de um direito	18
4.2 Violação da finalidade econômica e social, da boa-fé e dos bons costumes	18
4.2.1 Da finalidade econômica e social	18
4.2.2 Da Boa-fé	20
4.2.3 Dos Bons Costumes	22
4.3 Do Dano	23
5 A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO NOS CONTRATOS	28
6 CRÍTICAS À TEORIA DO ABUSO DO DIREITO	28
7 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABUSO DE DIREITO	30
CONSIDERAÇÕES FINAIS	32
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	34

A TEORIA DO ABUSO DE DIREITO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL: NOVOS PARADIGMAS PARA OS CONTRATOS

INTRODUÇÃO

A publicização do direito civil, caracterizada pela crescente intervenção do Estado nas relações privadas e pela interpretação das normas de direito privado sob um viés constitucional, é a tendência moderna. Esse novo direito civil tem o desiderato de acrescentar elementos éticos, socializantes e axiológicos ao direito privado, com a valorização do indivíduo. É o que a doutrina moderna tem chamado de despatrimonialização do direito civil.

A Teoria do Abuso de Direito não foge a essa tendência. Com efeito, tem o escopo de impedir que os direitos subjetivos sejam exercidos de maneira abusiva, contrariando o seu fim econômico e social, a boa-fé, os bons costumes. Constitui-se num obstáculo aos atos emulativos, ceifando intenções espúrias daqueles que se utilizam dos seus direitos com o único objetivo de prejudicar terceiros.

Com o recrudescimento dessa Teoria, passou a haver a sua positivação em legislações esparsas, até que foi prevista expressamente no art. 187 do Código Civil de 2002. Dada a sua importância, mereceu tratamento específico pelo legislador, separando o abuso de direito do ato ilícito em sentido estrito.

A par de tudo isso, o presente trabalho tem como objetivo precípua o estudo da Teoria do Abuso de Direito, abordando-se sua evolução e contextualização, os requisitos para sua caracterização, a sua relação com a boa-fé objetiva e a sua aplicação aos contratos de direito privado.

Para atingir os objetivos do trabalho, foi dividido em cinco tópicos principais, a começar pelo estudo da evolução do instituto. Após, realiza-se um delineamento da Teoria do Abuso de Direito dentro do Código Civil de 2002, o exame dos seus requisitos, a sua aplicação no direito contratual, encerrando o estudo do tema com a análise das críticas à Teoria e da responsabilidade civil decorrente do abuso de direito.

O método de abordagem utilizado é o dialético, que se afigura o mais indicado para propiciar um posicionamento lógico e coerente frente às indagações que surgem ao longo do texto. Como método de procedimento, optou-se pelos métodos histórico e comparativo,

analisando a evolução do instituto e as proximidades e distinções entre o abuso de direito e o ato ilícito *stricto sensu*.

1 O NOVO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL E A TEORIA DO ABUSO DE DIREITO: EVOLUÇÃO

O Estado de Direito e o movimento constitucionalista do séc. XVIII são resultado do descontentamento popular, pois o povo não suportava mais o modelo estamental e aristocrata, que obstaculizava, sobretudo, os interesses da burguesia emergente. Com efeito, o excesso de poderes outorgados ao governo absolutista confrontava-se com o novo modelo de sociedade que se almejava.

Em razão disso, surge a necessidade de se criar uma nova forma de governo, consubstanciada e legitimada pela participação popular e que impusesse limites ao governante. Assim, começam a surgir as repúblicas, caracterizadas pela eletividade, temporariedade do mandato e responsabilidade do governante, em que o chefe do governo e do Estado exercem o poder em nome do povo, que é o seu titular.

Há, paulatinamente, a adoção do modelo tripartite de Montesquieu, que propugna pela separação das três funções básicas do Estado em três órgãos diferentes e independentes entre si, quais sejam, Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Nesse modelo, há apenas um controle externo de legalidade de um sobre o outro (sistema de freios e contrapesos).

Assim nasce o movimento constitucionalista, que vislumbra a necessidade de se firmar, dentro de uma constituição escrita, as decisões políticas fundamentais de um Estado, tais como a forma de governo, as liberdades públicas, os direitos fundamentais do cidadão, a forma e a estrutura do Estado, a organização da administração etc.

Emerge, dentro desse modelo, uma corrente positivista,¹ que, no intuito de limitar o poder dos governantes e garantir as liberdades públicas, propugna pela positivação de todas as situações que podem ocorrer no mundo dos fatos.² Parte da premissa de que não pode haver

¹ Hans Kelsen é um dos maiores ícones dessa doutrina que propugna pelo positivismo jurídico, como se observa na sua obra *Teoria Pura do Direito* (KELSEN, 1998).

² Segundo Norberto Bobbio (1995, p. 26), “o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”.

lacunas na lei e que, se excepcionalmente existirem, devem ser preenchidas pelo intérprete por fórmulas que previamente determina (analogia, costumes e princípios gerais do direito).³

Dessa forma, tentava-se garantir que a vida em sociedade não teria a intromissão arbitrária do Estado, uma vez que este estaria balizado pela lei. Portanto, o positivismo foi de extrema relevância para o combate dos abusos que poderiam ser cometidos pelo soberano, pois era a forma de o parlamento limitar os seus poderes.

Com a rápida evolução tecnológica e social, contudo, cada vez mais surgem situações fáticas novas, que desafiam soluções jurídicas inéditas, não previstas em lei. Ou seja, o processo legislativo não consegue acompanhar as transformações sociais, criando grandes vácuos legislativos. Se não bastasse, a aplicação rigorosa da lei, sem considerar as peculiaridades do caso específico, poderia gerar injustiças ainda maiores que a ausência da garantia de um direito.

Calcado no brocardo de que “tudo o que não é proibido, é permitido,” o sistema jurídico permite que particulares pratiquem atos emulativos (*aemulatio*, do direito romano), que se constituem naqueles atos que, embora sem vedação expressa pelas leis, tem o único escopo de causar prejuízo a terceiros, sem que haja qualquer interesse legítimo para o titular do direito.

Se, antes, o que gerava injustiça era o abuso pelo poder do Estado na vida das pessoas, com o positivismo jurídico exacerbado, o que passou a preocupar é esse novo modelo hermético, que tem a pretensão falaciosa de prever todas as situações fáticas. Com efeito, o modelo oitocentista dá ensejo a abusos no exercício do direito subjetivo pelos particulares, que são encarados de forma absoluta pelo modelo individualista imposto pela classe burguesa.

O Estado Liberal, entretanto, não atendia aos interesses do proletariado, classe popular mais densa. Então, o povo passa a exigir prestações positivas do Estado, pois a “mão invisível do mercado”, cerne do liberalismo, gerava abusos pela classe burguesa em relação ao proletariado.

Em contraposição a esse modelo, o *Welfare State* (Estado do Bem Estar Social) ergue suas bases, com uma visão socializadora dos direitos. Preconiza que os direitos subjetivos devem ser exercidos em benefício não só do indivíduo, senão de toda a sociedade, no afã de proteger as minorias, os hipossuficientes. Com supedâneo nesses ideais, torna-se necessário o combate aos abusos gerados pelo modelo individualista, que concebe o direito subjetivo como um direito absoluto.

³ O art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n.º 4.657/1942) assim prevê: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Com a Constituição Federal de 1988, qualificada como Constituição Cidadã, que consagra o Estado do Bem Estar Social, os direitos subjetivos e a propriedade ganham esse enfoque socializante. São positivados, como valores fundamentais do Brasil, a cidadania (art. 1º, inc. II, da CF), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF),⁴ a solidariedade social, a igualdade (art. 5º, *caput*, CF), a função social da propriedade (art. 5º, inc. XXIII, e art. 170, inc. III, da CF), dentre outros.

Observa-se, sob um viés constitucional, a valorização do indivíduo, o que reflete no direito privado. Assim, o centro de proteção passa do patrimônio para o indivíduo. A propriedade, como objeto de direitos, não pode ser exercida de forma absoluta, devendo, antes de tudo, respeitar os direitos individuais dos outros cidadãos.

Com isso, há a publicização do direito civil,⁵ percebendo-se a redução da autonomia privada,⁶ na medida em que o Estado passa a intervir cada vez mais nas relações entre particulares, a fim de evitar abusos e proteger a parte mais fraca na relação jurídica. Ocorre o fenômeno que se convencionou chamar de dirigismo contratual.

Com efeito, os princípios constitucionais determinam a relativização dos contratos, pois os particulares não podem mais dispor as cláusulas livremente, devendo obedecer à igualdade, à eticidade, à socialidade e à função social.

A função social dos contratos ganha matiz constitucional, já que a Carta Magna determina que o direito de propriedade deve ser exercido de acordo com a sua função social (art. 5º, inc. XIII, e art. 170, inc. III, CF) e o contrato é uma relação de cunho patrimonial por natureza.⁷

⁴ Conforme Jaqueline Hamester Dick (2005, p. 221), “o princípio da dignidade da pessoa humana acabou por trazer uma nova roupagem ao sentido da própria lei. O contrato, antes limitado à vontade das partes e a pouquíssimos regramentos limitadores desta vontade, passam a estar subordinados aos limites da boa-fé, da função social e do equilíbrio contratual ou justiça contratual.”

⁵ A publicização, que não se confunde com constitucionalização, “compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do século XX. Tem-se a redução do espaço de autonomia privada, para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos” (LÔBO, 2003, p. 199).

⁶ A doutrina moderna prefere chamar Princípio da Autonomia Privada, ao invés de Autonomia da Vontade, pelos seguintes motivos: 1) a autonomia é da pessoa e não da vontade; 2) a inserção de novos elementos na formação dos contratos, como o dirigismo contratual pela imposição da lei e do Estado, os contratos de adesão, a prevalência da vontade da parte economicamente mais forte, o dirigismo contratual, a imposição de regras de conduta (consumismo) pela sociedade etc.

⁷ Quando a Constituição Federal prevê a função social da propriedade, não está apenas se referindo ao termo propriedade no seu sentido leigo, como um bem imóvel urbano ou rural. Certamente, o sentido da palavra “propriedade” é o de liame jurídico entre um bem - móvel ou imóvel, material ou imaterial - e o seu titular, isto é, a relação de propriedade entre uma pessoa e o bem, utilizando-se o termo no seu sentido técnico-jurídico. Não obstante tal interpretação gramatical já seja suficiente para garantir ao termo propriedade o seu sentido amplo, é imperioso lembrar que a hermenêutica constitucional determina que aos direitos fundamentais seja sempre conferida interpretação ampliativa - jamais restritiva -, de modo que o art. 5º, inc. XXIII, da Lei Maior impõe que todos os direitos - e não somente o bem imóvel - sejam exercidos pelos seus titulares de modo a atender à

No âmbito infraconstitucional, as regras arcaicas do Código Civil de 1916, elaboradas para uma sociedade tradicionalista, agrária e sob os padrões éticos do século XIX (pois o anteprojeto é dessa época), permitiam que juízes conservadores e legalistas encontrassem supedâneo para deixar de aplicar os novos princípios éticos e socializantes que emanavam da nova ordem constitucional. Enquanto o Estado e a sociedade mudaram, o Código Civil (de 1916) continuou ideologicamente ancorado no Estado Liberal, persistindo na hegemonia ultrapassada dos valores patrimoniais absolutos e do individualismo jurídico.

Era preciso, com efeito, dentro de uma nova codificação de direito privado, conciliar os direitos subjetivos do indivíduo com os interesses superiores da sociedade, pois os direitos subjetivos⁸ não constituem um fim em si mesmos, nem são instrumentos de gozo ou de satisfação de objetivos inferiores e mesquinhos. Eles têm uma função eminentemente social. “O exercício anormal, a falta de interesse sério e legítimo, a desnaturação da finalidade social ou econômica do direito, o seu exercício antifuncional, a confiança legítima enganada, tudo isso conflui para o mesmo estuário objetivista, reduzindo-se as divergências aparentes a um simples verbalismo” (MARTINS, 2002, p. 37).

Com isso, emerge a necessidade de se introduzir no direito civil conceitos éticos, valorativos, humanísticos. É o que foi preconizado por Miguel Reale, na Teoria Tridimensionalista do Direito, segundo o qual direito é *fato, valor e norma*.⁹ Ou seja, o direito não se restringe ao conceito matemático do positivismo lógico de Pontes de Miranda. Devem ser agregados elementos éticos e valorativos ao direito, a partir da introdução nos textos legislativos de cláusulas gerais,¹⁰ a serem preenchidas caso a caso pelo intérprete.

sua função social. Vale dizer, toda a relação jurídica de propriedade entre o direito e o seu titular deve ser exercida obedecendo à sua finalidade social. Como os contratos são negócios jurídicos bilaterais tendentes a criar, modificar, transferir ou extinguir a titularidade de direitos, isto é, veiculam a relação de propriedade que existe entre a pessoa e um bem, o direito fundamental da função social da propriedade impõe que os contratos também devam atender à sua função social. Dessa forma, conclui-se que a função social dos contratos tem origem e fundamento no princípio da função social da propriedade. Por isso, no direito brasileiro, o princípio da função social dos contratos tem supedâneo constitucional, além, é claro, da previsão legal do art. 421 do Código Civil.

⁸ O direito subjetivo é, segundo Chiovenda (2002, p. 17) “a expectativa de um bem da vida garantido pela vontade da lei.” O autor classifica os direitos subjetivos em: 1) *direitos a uma prestação*, definindo-os como “direitos tendentes a um bem da vida a conseguir-se, antes de tudo, mediante a prestação positiva ou negativa de outros”; e 2) *direitos potestativos*, que são, segundo o doutrinador, “direitos tendentes à modificação do estado jurídico existente”.

⁹ O jurista ensina que “A análise fenomenológica da experiência jurídica, confirmada pelos dados históricos sucintamente lembrados, demonstra que a estrutura do Direito é tridimensional, visto como elemento *normativo*, que disciplina os comportamentos individuais e coletivos, pressupõe sempre uma dada *situação de fato*, referida a *valores* determinados” (REALE, 1993, p. 511).

¹⁰ As normas que contêm cláusulas gerais possuem especial abstração e vagueza, tornando mais complexa a subsunção do direito ao caso concreto. Elas remetem o intérprete a instâncias valorativas extrajurídicas, na análise das regras sociais. Exigem que o juiz tenha uma atividade bastante ativa na formulação da norma do caso concreto. Diferentemente, os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles que aludem a valores ou a fatos, de

O Código Civil de 2002, influenciado pela doutrina de Miguel Reale, coordenador do Anteprojeto, é impregnado com tais cláusulas gerais. Para tal, utiliza-se de técnica de linguagem peculiar, empregando-se signos que garantem um sistema aberto, que evolui de acordo com os padrões culturais e éticos da sociedade. Nesse novo sistema, os operadores do direito têm um papel ativo na determinação do sentido das normas jurídicas, havendo uma construção do direito que pode sofrer mutação de acordo com o momento histórico e a comunidade em que é aplicado. Como refere Branco (2002, p. 24), “A grande modificação na linguagem do novo Código Civil foi a sua projeção para o futuro, que pode ser vista pela edição de normas abertas, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados localizados estrategicamente”.

Com efeito, se um código é criado para ser aplicado durante um longo tempo, precisa dessa técnica de linguagem, pois assim permitirá que o hermeneuta interprete e aplique a norma de acordo com os valores do momento histórico em que é instado a fazê-lo. Num modelo hermético, como o oitocentista, seria rapidamente superado diante da constante evolução cultural por que passa a sociedade.

São positivados, assim, no Código Civil de 2002, as teorias da Boa-fé Objetiva (art. 422), da Função Social dos Direitos (art. 421, p. ex.), da Imprevisão (art. 317), da Lesão Enorme (art. 478), da Lesão Subjetiva (art. 157), do Abuso do Direito (art. 187), dentre outras cláusulas gerais, que garantem eticidade, socialidade, operabilidade e mobilidade ao sistema jurídico.

A Teoria do Abuso de Direito destaca-se dentro da concepção de relativização dos direitos, em que se limita o livre arbítrio do indivíduo em relação ao exercício dos seus direitos. Os direitos subjetivos deixam de ter caráter absoluto, devendo ser exercidos de forma a não prejudicar ilegitimamente as outras pessoas, de acordo com a sua finalidade econômica e social, a boa-fé e os bons costumes.

O *leading case* da Teoria do Abuso de Direito ocorre em 1912, quando o Tribunal de Apelação de Amiens, em acórdão de 2 de novembro de 1912, deparou com um caso em que o

modo que a atividade interpretativa é menos complexa comparativamente às cláusulas gerais, pois basta que o juiz faça uma simples análise, dizendo no caso concreto o que significam tais conceitos. Judith Martins-Costa (1999, p. 327) diferencia as cláusulas gerais dos conceitos jurídicos indeterminados, ensinando que “inobstante conter a cláusula geral, em regra, termos indeterminados, tais como os conceitos de que ora se trata (alguns destes conceitos indeterminados podendo indicar também princípios), a coincidência não é perfeita, pois a cláusula geral exige que o juiz concorra ativamente para a formulação da norma. Enquanto nos conceitos indeterminados o juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento (vago) indicado na *fattispecie* (devendo, pois, individuar os confins da hipótese abstratamente posta, cujos efeitos já foram predeterminados legislativamente), na cláusula geral a operação intelectual do juiz é mais complexa. Este deverá, além de averiguar a possibilidade de subsunção de uma série de casos-limite na *fattispecie*, averiguar a exata individuação das mutáveis regras sociais às quais o envia a metanorma jurídica”.

proprietário de um imóvel, no exercício dos direitos inerentes à propriedade, levanta duas construções de madeira, em cima das quais coloca quatro lanças de ferro, com propósito de impedir ou dificultar a subida de balões dirigíveis da propriedade vizinha, de Clement-Bayard. Com isso, tinha a finalidade de que Clement-Bayard adquirisse a sua propriedade por um bom preço. No caso, embora considerando que tinha o direito de propriedade, entendeu o Tribunal de Apelação de Amiens que tal direito subjetivo não é absoluto, e que não havia interesse legítimo que o autorizasse a utilizar sua propriedade com o único propósito especulativo ou de prejudicar o seu vizinho.¹¹

A partir de então – embora a sua origem histórica seja bem mais remota –, começa a ganhar força a Teoria do Abuso do Direito, que, em síntese, visa a corrigir as distorções causadas por aquele que, no exercício de um direito subjetivo ou de uma faculdade, extrapola os limites estabelecidos pela finalidade social do direito, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Para definir o Abuso de Direito surgem duas principais teorias: a Teoria Subjetiva e a Teoria Objetiva.¹²

A Teoria Subjetiva exige o elemento culpa para caracterizar o abuso de direito. Outros defensores dessa Teoria defendem que não basta somente a culpa, sendo necessário, ainda, que haja uma finalidade específica de prejudicar terceiros com o exercício de um direito subjetivo. Assim, em síntese, pode-se dizer que a Teoria Subjetiva preconiza que o abuso de direito precisa dos seguintes elementos: a) exercício de um direito subjetivo; b) que resulte, desse exercício, prejuízo para um terceiro; c) que haja a finalidade específica de causar prejuízo ao terceiro; d) que não haja interesse legítimo do titular do direito em exercê-lo de forma a prejudicar terceiro.¹³

Com a evolução da Teoria do Abuso de Direito, passou-se a entender que ocorria abuso de direito mesmo quando não presente o objetivo emulativo, bastando que o titular do direito excedesse a finalidade social para a qual existe. Jossierand¹⁴ introduz a idéia de culpa social, que difere da teoria clássica de culpa, preconizando que todo direito tem uma finalidade social e, caso o titular do direito a exceda, haverá abuso de direito.

Surge, então, uma Teoria Objetiva, que preconiza que haverá abuso de direito simplesmente quando, no exercício de um direito, excede-se a sua finalidade social, a boa-fé

¹¹ Para saber mais sobre o tema, vide: LACERDA MARTINS, 2002, p. 36.

¹² Essa classificação é utilizada pela doutrina que trata do tema, também sendo seguida por Pedro Martins (2002, p. 123).

¹³ Nesse sentido: Pedro Martins (2002, p.123/124).

¹⁴ Segundo relata o doutrinador Alvino Lima (1999, p. 214).

ou os bons costumes, ou seja, quando é exercido fora da normalidade. Dessa forma, observa-se que prescinde do elemento culpa para caracterizar o abuso do direito.

O Código Civil de 1916 não previa expressamente a Teoria do Abuso do Direito. Contudo, parte da doutrina, com esforço exegético, entendia que se extraía do art. 160, inc. I, segunda parte, o fundamento legal para o acolhimento dessa Teoria:

Art. 160. Não constituem atos ilícitos:
I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito.

O argumento da doutrina era de que, se não constitui ato ilícito aquele que pratica o ato no exercício regular de um direito, é ato ilícito quando o exercício do direito é irregular, abusivo, anormal.

Outros doutrinadores, como Sílvio Rodrigues (2000, p. 314), no entanto, entendiam que a Teoria do Abuso de Direito encontrava respaldo legal no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

A par dessas disposições genéricas, em que se pretendia legalmente prever a Teoria do Abuso do direito, em disciplinamentos específicos o legislador adotou o espírito da Teoria, como no art. 554 do Código Civil de 1916, que previa que “o proprietário, ou o inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam.”

Na Lei n.º 8.884/94 (Lei Antitruste), também se adotou a Teoria no seu art. 18, que prevê a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da empresa responsável pela infração à ordem econômica com fundamento no abuso de direito.

O direito civil, contudo, carecia da positivação de uma norma de caráter geral, aplicável a todos os casos de abuso de direito dentro da órbita civil.

2 A TEORIA DO ABUSO DO DIREITO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 elidiu qualquer dúvida a respeito da adoção da Teoria no ordenamento jurídico brasileiro, prevendo expressamente no art. 187 que “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 e pelos bons costumes.”

A sua redação é bastante semelhante à que consta no art. 334º do Código Civil de Portugal, o qual prevê que “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”.¹⁵

Observa-se que houve a adoção da Teoria Tridimensionalista, de Miguel Reale (1993, p. 511), pois se acrescentam insofismavelmente elementos valorativos ao direito, de modo que não se pode mais compreender o direito como um sistema hermético, senão como um sistema aberto, em que a análise da ocorrência do abuso do direito no caso concreto passa por uma aferição axiológica, devendo o hermenauta observar se, ao exercer o direito, o seu titular excedeu os fins sociais e econômicos do bem, a boa-fé ou os bons costumes, cláusulas gerais que dependem de valoração.

Nesse prisma, denota-se o estreito liame entre a Teoria do Abuso do Direito e as teorias da boa-fé, da socialidade e da eticidade, introduzidas por Miguel Reale no Código Civil de 2002.

De outro lado, se antes havia discussão¹⁶ acerca da natureza jurídica do abuso de direito – ato ilícito ou direito autônomo –, agora está expresso no Código Civil que se trata de ato ilícito (em sentido amplo, como se demonstrará a seguir).

A doutrina, no entanto, continua se digladiando em torno do tema. Segundo Sílvio Venosa (2003, p. 604), “No abuso de direito, pois, sob a máscara de ato legítimo, esconde-se uma ilegalidade. Trata-se de ato jurídico aparentemente lícito, mas que, levado a efeito sem a devida regularidade, ocasiona resultado tido como ilícito”. De outro lado, Flávio Tartuce (2004, p. 186) entende que “o abuso de direito seria um ato lícito pelo conteúdo, ilícito pelas conseqüências, tendo natureza jurídica mista – entre o ato jurídico e o ato ilícito –, situando-se no mundo dos fatos jurídicos em sentido amplo”. Heloísa Carpena (2003, p. 381) faz a diferenciação entre abuso de direito e ato ilícito, mas preconiza que ambos estão no plano da antijuridicidade.¹⁷

Com efeito, o ato ilícito – no sentido clássico do instituto – não se confunde com o instituto do abuso do direito. Contudo, ambos estão no plano da antijuridicidade, ou seja, da ilicitude, pois contrariam o direito, de forma direta ou indireta. Ao mesmo tempo em que não

¹⁵ CORDEIRO, 1991 (*apud* LACERDA MARTINS, 2002, p. 34).

¹⁶ Leedsônia de Albuquerque (2002, p. 69), em obra publicada antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, fazia crítica veemente àqueles que entendiam que abuso de direito era ato ilícito.

¹⁷ “O que diferencia as duas espécies de atos é a natureza da violação a que eles se referem. No ato ilícito, o sujeito viola diretamente o comando legal, pressupondo-se então que este contenha previsão expressa daquela conduta. No abuso, o sujeito aparentemente age no exercício de seu direito, todavia, há uma violação dos valores que justificam o reconhecimento deste mesmo direito pelo ordenamento. Diz-se, portanto, que no primeiro, há inobservância de limites lógico-formais, e, no segundo, axiológico-formais. Em ambos, o agente se encontra no plano da antijuridicidade: no ilícito, esta resulta da violação da forma, no abuso, do sentido valorativo. Em síntese, o ato abusivo está situado no plano da ilicitude, mas com o ato ilícito não se confunde, tratando-se de categoria autônoma da antijuridicidade.” (CARPENA, 2003, p. 381)

se podem negar as suas assimetrias, também é imperioso reconhecer que existem diversos pontos incomuns em relação aos institutos, sobretudo quanto aos seus efeitos.

Assim, por questões didáticas, propõe-se a seguinte classificação: ato ilícito em sentido amplo (*lato sensu*), como gênero – pois ambos os institutos estão no plano da ilicitude; e, como suas espécies, o ato ilícito em sentido estrito (*stricto sensu*) e o abuso de direito. Com efeito, o abuso de direito é contrário ao ordenamento jurídico, podendo-se afirmar que é um ilícito em sentido amplo; entretanto, o abuso de direito não afronta a lei diretamente, como certos tipos de ilícitos (e, por isso, estes devem ser chamados de atos ilícitos *stricto sensu*), senão de forma indireta, mediata, já que a pessoa possui o direito subjetivo, mas o exerce aviltando a sua finalidade econômica e social, a boa-fé ou os bons costumes.

No ato ilícito em sentido estrito, há uma ação ou omissão culposa (*culpa lato sensu*), que contraria uma norma – seja por fazer o que ela proíbe, ou por omitir-se em relação à conduta positiva que ela determina –, um dano e um nexo de causalidade. O agente, portanto, viola formalmente o conteúdo da norma, prescindindo de maior esforço valorativo.

No abuso de direito, contraria-se a finalidade social ou econômica de um instituto, a boa-fé ou os bons costumes, necessitando-se aferir, no caso concreto, se tais valores foram violados, isto é, o agente age formalmente dentro das prerrogativas do seu direito, mas axiologicamente ultrapassa os valores e as finalidades desse mesmo direito. Exerce o seu direito subjetivo dentro dos limites objetivos, mas viola os limites impostos pelos princípios gerais do direito, pela boa-fé ou por princípios de ordem moral.

3 A ADOÇÃO DA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO COMO CLÁUSULA GERAL: DIREITO E LINGUAGEM

O legislador pode utilizar, na elaboração das leis, diferentes modelos de linguagem, mais concretos ou mais abstratos, o que reflete diretamente no grau de vinculação do juiz ao arquétipo legal.

De fato, os modelos lingüísticos abstratos são capazes de atingir uma maior quantidade de casos, porém com menor intensidade vinculativa ao intérprete, exigindo maior esforço exegético para sua aplicação.

Os modelos lingüísticos concretos, ao revés, por serem casuístas, permitem a sua aplicação a menor quantidade de fatos, mas têm mais força vinculativa ao intérprete. Para sua

aplicação, não é necessário grande esforço hermenêutico, já que o seu grau de concretude permite fácil subsunção do fato à norma.¹⁸ De outro lado, caso o hermeneuta pretenda afastar a incidência de uma norma que adote este modelo, não terá de lançar mais fundamentos do que se estivesse diante de uma norma calcada em maior abstração.

As normas que compreendem em seu texto cláusulas gerais possuem, insofismavelmente, maior grau de abstração, aplicando-se a um maior número de casos. Assim, propiciam ao juiz mais liberdade para criar a norma do caso concreto. Não se pense, com isso, que o juiz não tem limites para a interpretação da lei, os quais são traçados pelos critérios interpretativos, geralmente ditados pela doutrina: interpretação gramatical, histórica, sistemática, teleológica, interpretação conforme a Constituição. Tais regras de hermenêutica determinam uma maior vinculação do juiz à lei.¹⁹

As cláusulas gerais, em razão da vagueza que seus termos apresentam, geralmente impõem que o intérprete busque o seu sentido fora do direito positivo, nas regras sociais. No entanto, isso não conduz o juiz ao livre arbítrio, pois a doutrina e a jurisprudência, diante da análise de casos concretos, têm a importante função de traçar os contornos de tais cláusulas. Assim, mesmo diante da abstração da cláusula geral, a interpretação da doutrina e da jurisprudência culmina também por vincular o juiz, embora com menor intensidade que um dispositivo legal que trata especificamente de um determinado fato. Vale dizer, para que se afaste da interpretação ditada pela doutrina e jurisprudência, tem de se utilizar um maior esforço argumentativo.²⁰

Com a adoção de cláusulas gerais pelo Código Civil de 2002, como a Boa-Fé Objetiva, o juiz não pode se olvidar, em sua decisão, da incidência das normas que a contêm, impregnadas pelos valores eticidade e socialidade. Isto é, não se admite a aplicação de determinada norma isoladamente, senão a sua incidência com base nos valores que foram

¹⁸ A esse respeito, irreparável a lição de Fritjof Haft: “*Tem-se pura e simplesmente a escolha entre a utilização de modelos linguísticos mais concretos ou mais abstractos, isto é, pode optar-se, por exemplo, por dizer ‘livro’ ou ‘coisa’.* Os modelos linguísticos abstractos concentram uma grande quantidade de realidade (têm uma grande extensão conceptual), mas são relativamente vazios do ponto de vista do conteúdo (a sua intensidade é fraca). Com os modelos linguísticos concretos passa-se exactamente o contrário. Se se almejar tanto uma grande extensão como uma forte intensidade, está-se perante um dilema. A saída a que constantemente se recorre consiste na associação de cláusulas gerais a exemplos.” (In: KAUFMANN, 2002, p. 309)

¹⁹ Segundo Hassemer (In: KAUFMANN, 2002, p. 294-297), “*Com o propósito de vincular a actuação decisória do juiz a regras, que, mais do que a observação da letra da lei, prescrevam também a forma de lidar com a própria lei, a metodologia jurídica desenvolveu os chamados métodos ou cânones de interpretação: a vinculação ao sentido literal da norma legal (gramatical), ao contexto de significado dos preceitos legais pertinentes (sistemática), às finalidades da regulamentação prosseguido pelo legislador histórico com a norma em questão (histórica), às finalidades da regulamentação, tal como ele se exprime, hoje, objectivamente, na norma em questão (teleológica) e às opções fundamentais quanto aos valores contidos na Constituição (interpretação conforme à Constituição).* Um tratamento da lei assim guiado por regras garante que, possivelmente, as hipóteses de escolha do juiz diminuam e que, com isso, seja reforçada a sua vinculação à lei.”

²⁰ Nesse sentido: Ibid., p. 296/297.

introduzidos no Código Civil pelos novos princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Logo, mesmo que exista uma norma que garanta determinado direito, o juiz não poderá aplicá-la para dar guarida a condutas malévolas do seu titular, que extrapolem a finalidade social, a boa-fé e os bons costumes. É esse o fundamento da Teoria do Abuso do Direito.²¹

Entretanto, não se pode aplicar essa Teoria indiscriminadamente a todos os casos em que haja excesso no exercício de um direito, pois possui requisitos próprios que deverão ser sempre analisados, sob pena de desvirtuamento do instituto.

4 DOS REQUISITOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DE DIREITO

Para a ocorrência do abuso de direito, nos termos do art. 187 do Código Civil, é imprescindível que a pessoa esteja no exercício de um direito, mas que este uso seja anormal, por não atender à finalidade econômica e social do direito, à boa-fé ou aos bons costumes, causando um dano a outrem.

Portanto, são requisitos para a caracterização do abuso de direito: 1) o exercício de um direito; 2) que tal exercício ofenda a finalidade econômica e social, a boa-fé ou os bons costumes; 3) que haja um dano a outrem; 4) que haja nexo causal entre o dano e o exercício anormal do direito.

Como se observa, o art. 187 do Código Civil não exige como requisito, que tenha o sujeito intenção de prejudicar terceiro ou causar dano. Dessa sorte, resta insofismável que o direito brasileiro adotou a Teoria Objetiva, que prescinde do elemento subjetivo culpa ou da finalidade de causar prejuízo para que ocorra o abuso do direito e as conseqüências que dele advêm.²² Assim, para caracterização do abuso do direito, são necessários os seguintes requisitos: exercício de um direito, violação da sua finalidade econômica ou social, da boa-fé ou dos bons costumes e dano.

²¹ Além de conferirem essa abertura ao sistema jurídico, as cláusulas gerais também lhe garantem mobilidade, pois permitem que a incidência da norma ao caso concreto ocorra conforme o momento histórico e o contexto cultural do lugar onde os fatos ocorrem. Dessa forma, garantem longa vida às normas positivadas.

²² Aliás, esse foi o entendimento do Conselho Superior da Justiça Federal, no Enunciado 37, ao interpretar o art. 187 do Código Civil: “a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”

4.1 Exercício de um direito

Como primeiro requisito para a caracterização do abuso de direito, consta o exercício de um direito. Assim, se o dano se originar de um ato prejudicial que não se consubstancia em um direito, não haverá abuso de direito, pois não há como abusar daquilo que não se tem.

Por exemplo, se um dos contratantes engana o outro sobre determinada circunstância essencial do contrato, não está cometendo abuso de direito, pois não tinha o direito de enganar. Vale dizer, como inexistente o direito de enganar, não há abuso de direito. O que está presente é o dolo, um vício do consentimento que constitui um ilícito civil (ato ilícito em sentido estrito), vedado pelo ordenamento jurídico civil e que tem como consequência a anulação do negócio jurídico.

Assim, pode-se dizer que somente haverá abuso de direito quando não houver ilícito civil (em sentido estrito), vale dizer, quando não houver uma ação ou omissão culposa ou dolosa que cause dano a outrem (art. 186 do Código Civil).

Portanto, no abuso de direito, há o exercício de um direito, embora anormal, e não a mera violação de um dever jurídico.

4.2 Violação da finalidade econômica e social, da boa-fé e dos bons costumes

Embora muitas vezes possa haver violação simultânea de um ou mais desses preceitos – o que comumente acontece –, haverá casos em que o agente, no exercício do seu direito, afronta apenas um deles. Portanto, mister analisá-los separadamente.

4.2.1 Da finalidade econômica e social

A todo direito corresponde um fundamento ideológico, vale dizer, uma razão para existir. Aferi-lo sobre o prisma da finalidade econômica e social, portanto, implica sair do direito positivo, da dogmática jurídica, e buscar elementos na filosofia do direito.

Com efeito, a dogmática jurídica leva em consideração o direito a partir de uma norma posta, de um axioma, não questionando a ideologia que está por trás do instituto.

Analisar a finalidade econômica e social de um direito, assim, é buscar aquilo que antecede ao próprio direito, vale dizer, o que motivou a sua criação.

Por exemplo, o direito de propriedade sobre determinado bem existe para satisfazer as necessidades humanas, sendo esta a sua finalidade econômica e social. Logo, se o seu titular utiliza o direito de propriedade com fins apenas espúrios, sem que tenha proveito, estará

abusando do seu direito de propriedade. Assim, quando o proprietário, no exercício dos atributos da propriedade, desrespeita a política de defesa do meio ambiente, também age em abuso de direito, porque desrespeita a finalidade social do direito à propriedade.

Nesta hipótese, poder-se-ia questionar se não teria aplicação o princípio da função social da propriedade ao invés da Teoria do Abuso de Direito. Observa-se, entretanto, que, no caso, os institutos não se repelem, senão complementam-se.²³

O direito à greve é um direito social fundamental dos trabalhadores, utilizado como instrumento de pressão para que reivindiquem direitos trabalhistas. No entanto, se alguns grevistas não deixarem os funcionários não-grevistas entrar no estabelecimento da empresa para trabalhar, haverá abuso do direito de greve, por se estar desvirtuando a sua finalidade social.

No tocante às pessoas jurídicas, o art. 50 do Código Civil acolhe a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica (*Disregard of Legal Entity*), dispondo que haverá abuso da personalidade jurídica caso haja desvio da finalidade ou confusão patrimonial. Nesse caso, o abuso de direito resta caracterizado em razão da violação da finalidade econômica do direito (de constituir uma pessoa jurídica diferente da pessoa dos sócios), que é, na empresa, a produção e circulação de bens e serviços. Como sanção ao abuso de direito (abuso da personalidade jurídica), há a responsabilização pessoal dos sócios.

Dentro do direito contratual, também se encontram vários casos de desvio da finalidade econômica e social. O contrato tem a finalidade econômica de fazer circular riquezas, pois é um negócio jurídico bilateral que tem por escopo criar, transmitir, extinguir

²³ Assim, caso, no exercício do direito à propriedade, seja violada a sua função social, estará caracterizado o abuso de direito. Isso faz com que a Teoria do Abuso de Direito ganhe matiz constitucional. Imprimir um caráter social à propriedade, abandonando o conceito absolutista e individualista, é uma tendência mundial, em razão do crescimento populacional e empobrecimento das nações, conforme ensina Sílvio Venosa (2003, p. 153/154). A partir do momento que se concebe que as necessidades humanas são ilimitadas e que os bens são limitados, passa a ser imprescindível que os bens sejam utilizados adequadamente, de modo a suprir tais necessidades. Atendendo a esses ideais, o art. 5º, inc. XXIII, da Constituição Federal prevê que “a propriedade atenderá a sua função social.” A própria Constituição conceitua função social da propriedade, prevendo no art. 182, § 2º, que a propriedade urbana atende a sua função social quando obedece às normas do plano diretor, e, no art. 186, que a função social da propriedade rural é atendida quando há o aproveitamento adequado e racional do solo e dos recursos naturais disponíveis, a preservação do meio ambiente, a obediência das normas do direito do trabalho e a exploração da propriedade favoreça o bem estar do proprietário e dos trabalhadores. Em conformidade com as diretrizes constitucionais, o Código Civil também previu, no art. 1228, § 1º, que a propriedade deve ser exercida de acordo com “suas finalidades econômicas e sociais”. Dessa forma, caso seja desatendida a função social da propriedade urbana ou rural, estará configurado o abuso de direito, de forma a gerar responsabilização. Ainda no direito das coisas, observa-se que o art. 1228, § 2º, do Código Civil adotou a Teoria Subjetiva do abuso de direito, prevendo que “São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.” Com efeito, trata-se de proibição aos atos emulativos, em que o proprietário se utiliza da propriedade com o fim de prejudicar outrem sem que tenha qualquer proveito ou interesse legítimo para si. Exige, portanto, a intenção de causar prejuízo a outrem, requisito de que se prescinde para a caracterização do abuso de direito previsto no art. 187 do Código Civil.

ou modificar direitos. Logo, se determinada pessoa utiliza o contrato, por exemplo, como instrumento de opressão à contraparte, exigindo desta outras prestações espúrias sob pena de executar o contrato, estará abusando do direito de ter o contrato cumprido, o direito de adimplemento, caracterizando, assim, abuso do direito de contratar.

4.2.2 Da Boa-fé

Como adota a Teoria Objetiva do Abuso de Direito, quando o Código Civil, no art. 187, se refere a “boa-fé”, está tratando da boa-fé objetiva, relacionada com conduta, e não de boa-fé subjetiva, relacionada à intenção do agente, já que esta é despicienda para caracterizar o abuso de direito.

Com isso, ganha relevância a análise da Teoria da Boa-Fé Objetiva no Código Civil de 2002. A boa-fé objetiva está intimamente relacionada com o ideal de eticidade, o qual serviu de princípio orientador para a elaboração de todo o Código Civil.

Judith Martins-Costa (2002, p. 199) propõe sistematizar os casos de aplicação da boa-fé em três grandes grupos: função de otimização do comportamento contratual, função de reequilíbrio do contrato e função de limite do exercício dos direitos subjetivos. Conforme a mesma autora, a aplicação da boa-fé objetiva no direito civil ocorre em três grandes áreas de abrangência: 1) como fonte de integração da norma; 2) como vetor interpretativo; 3) pela imposição de um dever geral de conduta.

Havendo lacuna na norma, vale dizer, a não regulação de determinada situação fática que merece ser juridicizada, será imperiosa a sua integração. Para tal mister, o operador do direito pode se valer da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, conforme prevê o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n.º 44.657/1942). Assim, como a boa-fé objetiva é um princípio geral do direito – pois lealdade, probidade, proteção à confiança são deveres que estão na consciência dos povos –, sequer precisaria estar positivada. Assim, ao se preencher a lacuna da norma, deve-se dar uma solução ética para o caso concreto, que atenda aos ditames da lealdade, da honestidade e da probidade.

A boa-fé objetiva também tem grande importância como vetor interpretativo, pois, dentro das interpretações possíveis, deve se buscar aquela que esteja de acordo com a eticidade.

No tocante à conduta, a boa-fé objetiva impõe, a par dos deveres principais expressos no contrato, deveres anexos, como lealdade, probidade, eticidade, auxílio no cumprimento da obrigação, dever de informação, de confiança, dentre outros.

Como determinante do equilíbrio contratual, a boa-fé objetiva informa que o equilíbrio nos contratos bilaterais e sinalagmáticos é quebrado com a lesão subjetiva ou pela desproporção entre as prestações decorrentes de fato imprevisto e imprevisível.

A lesão subjetiva, nos termos do art. 157 do Código Civil, ocorre quando “uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.” A lesão ocorre na formação do contrato, desde o seu princípio, em razão de circunstâncias subjetivas, quais sejam, premente necessidade ou inexperiência.

A Teoria da Imprevisão foi adotada expressamente no art. 478 do Código Civil, ao dispor que “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.” Exige-se, portanto, além da onerosidade excessiva, que o acontecimento posterior seja imprevisível, razão pela qual a maioria da doutrina entende que o dispositivo não adotou a Teoria da Onerosidade Excessiva, senão a Teoria da Imprevisão.²⁴

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, adota a Teoria do Equilíbrio da Base do Contrato, ao prever no art. 6º, inc. V, que é direito básico do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.” Logo, tratando-se de relação de consumo, não se exige que tais fatos sejam imprevisíveis para que ocorra a revisão do contrato de consumo.

Além das duas funções acima elencadas, a boa-fé objetiva também atua como limite ao exercício de direitos. É a adoção das teorias – com origem no direito português – do *venire contra factum proprium non potest*, da *supressio* e da *surrectio*.

Segundo o *venire contra factum proprium*, não se pode exercer posição jurídica em contradição com comportamento exercido anteriormente.

A *supressio* é a limitação ao exercício de um direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão do decurso de prazo sem exercício do direito com indícios subjetivos de que não mais seria exercido e do desequilíbrio gerado entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor. A *supressio* não se confunde com prescrição, pois, enquanto esta exige apenas o decurso do prazo legal e tem fundamento na segurança jurídica, aquela exige que, além do

²⁴ No entanto, diante da boa-fé objetiva imposta pelo art. 422 do Código Civil - que impõe lealdade, honestidade, probidade, eticidade, dever de cooperação na execução do contrato -, deve-se admitir a adoção da Teoria da Onerosidade Excessiva pela simples quebra do equilíbrio do contrato, pois o novo direito civil repudia o odioso enriquecimento de uma parte em detrimento do prejuízo suportado pela outra.

decurso do tempo, surja a confiança gerada na outra parte pela inatividade do exercício de determinado direito, encontrando supedâneo, portanto, no Princípio da Confiança, corolário da boa-fé objetiva.

A *surrectio*, por sua vez, é o nascimento de um direito como efeito, no tempo, da confiança legitimamente despertada na outra parte por determinada ação ou comportamento.²⁵

Observa-se, assim, que a boa-fé objetiva tem ampla aplicação no direito contratual.

Não obstante o art. 422 do Código Civil prescreva apenas que a boa-fé objetiva aplica-se à fase contratual, a doutrina é pacífica em dizer que tem incidência também na fase pré e pós-contratual.

Logo, havendo desobediência à boa-fé objetiva no exercício de determinado direito em tese conferido pelo ordenamento jurídico, poderá estar caracterizado o abuso de direito, tendo como decorrência a responsabilização civil do agente.

Nem sempre, entretanto, pela violação da boa-fé objetiva, haverá abuso de direito. Primeiro, é preciso que o agente tenha o direito; ademais, é imprescindível que a violação da boa-fé cause dano.

4.2.3 Dos Bons Costumes

A exigência do art. 187 do Código Civil de que, no exercício de um direito, se obedeça aos bons costumes é o ponto culminante na orografia da influência da moral sobre o direito. Nesse tocante, há a maior coincidência entre moral e direito, pois, quando, no exercício do direito, avilta os bons costumes, haverá o abuso de direito, um não direito e, portanto, um ato ilícito (em sentido amplo).

Bons costumes, portanto, diz respeito à moral de uma determinada sociedade. Não se confunde com costumes, que diz respeito ao direito consuetudinário, ligado à idéia de uso reiterado por determinada comunidade acreditando ele ser obrigatório. A idéia de bons costumes está atrelada às convicções morais de uma sociedade.²⁶

²⁵ Nesse sentido, Judith Martins-Costa (2002, p. 218).

²⁶ Conforme Marcos de Campos Ludwig (2005, p.149-151), “é imprópria a confusão entre a expressão bons costumes e a noção até aqui estudada de usos e costumes: enquanto estes remetem a um fundamento empírico, ou seja, à real constatação da normatividade espontânea, aquela expressão invoca dimensão da moralidade. (...) A fluidez da noção de bons costumes atrela-se intrinsecamente à dificuldade enfrentada pelo juiz ao ter de identificar, num determinado caso, a consciência social dominante – ‘essencialmente produto ideológico’. Aqui não tem maior valia, para o aplicador do direito, o dado empírico, uma vez que não se trata de fazer remissões a usos efetivamente observados por um agrupamento social definido, ou num local específico: quando se fala em bons costumes, o que está em jogo é todo o complexo de idéias e convicções morais dominantes numa determinada sociedade”.

No âmbito contratual, se o objeto do contrato ofender aos bons costumes, o mesmo será ilícito (em sentido estrito) e, por conseguinte, eivado de nulidade. Assim, se um homem contrata prostituta para prestação de serviços de natureza sexual, o objeto é ilícito, pois ofende aos bons costumes. Implica dizer que tal contrato é nulo, não gerando obrigações jurídicas para as partes, de modo que os fatos não recebem amparo do direito.

Não se pode confundir, assim, o objeto do contrato com as condutas realizadas pelas partes no exercício dos direitos que decorrem desse mesmo contrato. Ou seja, a violação dos bons costumes que caracteriza o abuso de direito deve ser analisada em relação ao exercício de direitos que decorrem do contrato, e não em relação ao seu objeto. Assim, haverá abuso de direito quando, por exemplo, ao cobrar o devedor (no exercício do direito de exigir que a prestação seja cumprida), o credor pratica atos ofensivos aos bons costumes, ridicularizando o devedor.

O abuso do direito por violação aos bons costumes também pode ocorrer em quaisquer outros ramos do direito civil. Por exemplo, quando a mãe impõe, como castigo ao filho, que este fique para o lado de fora de casa nu, ou que vá à escola vestido com roupas femininas, a fim de que não torne a mexer nos seus objetos pessoais. A mãe tem o direito-dever de educar seus filhos, impondo inclusive castigos, mas estes não podem ser imoderados ou violar os bons costumes. Há, assim, o exercício irregular de um direito, um abuso do direito de educar seu filho por afronta aos bons costumes, que, aliás, pode ter como consequência a perda do poder familiar, sanção prevista no art. 1638, inc. I, do Código Civil.

4.3 Do Dano

Para que ocorra o abuso de direito, imprescindível que ocorra dano a outrem. Logo, se o titular do direito excede seus fins sociais, por exemplo, mas não causa dano a terceiro, não terá havido abuso de direito, para fins jurídicos.²⁷ O abuso de direito (espécie de ato ilícito em sentido amplo), que gera efeitos jurídicos, portanto, não se confunde com o excesso, com a extravagância, pois se isto houver sem que ocorra dano, não incidirá a norma do art. 187 do Código Civil, mas, no máximo, haverá mau exercício do direito.

De outro lado, mesmo que o prejuízo não tenha sido à pessoa determinada, pode restar caracterizado o abuso de direito quando houver dano à coletividade, isto é, os prejudicados

²⁷ No mesmo sentido: DUARTE, 2003, p. 69.

podem ser indeterminados, mas o dano tem de ser certo, pois um dano eventual não constitui supedâneo para caracterizar o abuso de direito.

Isso não implica dizer, no entanto, que, no exercício de um direito, o dano causado a terceiro caracterize o abuso de direito. Quando, ao exercer normalmente um direito subjetivo, dentro de suas prerrogativas e da sua finalidade, o sujeito causa dano a outrem, não há qualquer abuso de direito e, por conseguinte, não surgirá dever de reparação. Assim, é imprescindível, além do dano, o uso anormal de um direito subjetivo.

A título de exemplo, se o proprietário de um imóvel locado, pretendendo tê-lo de volta em razão do não-pagamento dos valores locatícios pelo locatário, propõe ação de despejo contra este, a fim de tirar a família que ali reside. Certamente há um dano enorme para os locatários com o despejo, mas tal dano decorre do exercício normal do direito.

Observa-se, pelos exemplos acima, que a linguagem utilizada na redação do art. 187, dada sua abstração, permite ampla aplicação a uma infinidade de casos, o que permite ao juiz a concretização dos valores e dos princípios introduzidos pelo Código Civil de 2002, sobretudo da boa-fé objetiva.

5 A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO NOS CONTRATOS

O direito contratual, no decorrer da evolução do direito civil, passou a ter cada vez mais ingerência do Estado, que, através de normas cogentes, limita a autonomia privada, a fim de evitar abusos que outrora eram cometidos.

Dentre as mudanças operadas nas relações negociais, observa-se a utilização em larga escala dos contratos de adesão – que constituem a maior parcela dos contratos hodiernamente –, o aprimoramento das estratégias de marketing, os novos padrões sociais e econômicos no modelo neoliberal que impõem o consumo de novas utilidades, a disparidade econômica e de conhecimentos técnicos entre as partes. Tais fatores culminam na redução da liberdade contratual, vale dizer, de as partes avençarem livremente as cláusulas contratuais, pois, na maioria dos casos, não há ampla discussão na sua elaboração, tendo apenas o oblato a liberdade de contratar ou não contratar.

A partir do reconhecimento de que as partes num contrato geralmente não estão em condição de igualdade (econômica, técnica etc.), as legislações passaram a limitar o conteúdo dos contratos, fenômeno que é conhecido mundialmente como dirigismo contratual.

O Código Civil de 2002 não foge a essa tendência, pois determina que os contratos devem atender à sua função social (art. 421), à probidade e à boa-fé objetiva (art. 422). Com isso, introduz novos paradigmas para o direito contratual.

Observa-se que, muitas vezes, sobretudo na seara contratual, há perfeita intersecção da Teoria do Abuso de Direito com a Teoria da Boa-Fé Objetiva,²⁸ a qual está relacionada com os deveres anexos de lealdade, proteção da confiança, de informação, de cooperação para a execução do contrato etc. Essa integração das duas Teorias decorre do fato de que ambas surgem com os mesmos propósitos: evitar abusos pelo titular de um direito (relativizando-o) e impingir eticidade e elementos valorativos ao direito.

Diante de tais considerações, denota-se que o direito contratual é um campo fértil para a aplicação da Teoria do Abuso de Direito.

Como primeiro exemplo, pode-se citar o caso da empresa de industrialização de tomates que, anualmente, no tempo de plantio, distribuía sementes de tomate a agricultores e, na época de colheita, comprava tais produtos, mas que, num determinado ano, depois de distribuir as sementes, não adquiriu os tomates, frustrando a legítima expectativa dos agricultores. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao apreciar o caso, entendeu que, por violar a boa-fé objetiva, a empresa teria que indenizar os agricultores, ainda que o dano tivesse ocorrido na fase pré-negocial.²⁹

Sabe-se que as negociações preliminares, como regra, não obrigam as partes enquanto não houver a aceitação da proposta. No entanto, no caso, houve o abuso do direito de contratar, pois, embora ainda não tivesse ocorrido a contratação, a conduta da empresa gerou legítima expectativa em relação aos produtores. Pode-se dizer que esteve presente a regra do *venire contra factum proprium non potest*, pois, não tinha a empresa o direito de cair em

²⁸ Nesse sentido, é o Enunciado 25 do Conselho Superior da Justiça Federal: “o art. 422 do Código Civil na inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”. Com o mesmo entendimento, Flávio Tartuce (2004, p. 177). Em razão da debilidade do art. 422, o Projeto 6.960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, prevê a modificação de tal dispositivo, que passaria a ter a seguinte redação: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade.”

²⁹ “Contrato. Tratativas. Culpa *in contrahendo*. Responsabilidade civil. Responsabilidade da empresa alimentícia, industrializadora de tomates, que distribui sementes, no tempo de plantio, e então manifesta a intenção de adquirir o produto, mas depois resolve, por sua conveniência, não mais industrializá-lo naquele ano, assim causando o prejuízo do agricultor, que sofre a frustração da expectativa da venda da safra, uma vez que o produto ficou sem possibilidade de colocação. Provimento, em parte, do apelo, para reduzir a indenização à metade da produção, pois uma parte da colheita foi absorvida por empresa congênere, às instâncias da ré. Voto vencido, julgando improcedente a ação.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Quinta Câmara Cível. Ação de indenização – Caso dos Tomates. Apelação cível nº 591028295. Relator: Rui Rosado de Aguiar Jr. Porto Alegre, 6 jun. 1991. In: MARTINS-COSTA, 1999, p. 473)

contradição por conduta. Se gerou conscientemente expectativa aos produtores, teria de atendê-la.

Da mesma forma, pode se qualificar como abuso do direito a hipótese em que o proponente, após gerar uma legítima expectativa para o oblato de que alienará determinado bem, volta atrás, e afirma que não mais o fará, causando prejuízo a este. As partes, na fase das negociações preliminares, têm o livre arbítrio de discutirem as condições do contrato a ser celebrado, sem que haja o surgimento de qualquer obrigação de contratar, contudo não podem abusar dessa prerrogativa. Assim, pela teoria do abuso de direito, se uma das partes gerar uma legítima expectativa para a outra parte, poderá responder pelos danos que causou.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já aplicou a teoria da boa-fé objetiva em caso de instituição bancária que opera cessão a outro banco de um crédito que possui em relação ao seu cliente, sem comunicar tal contratação a este, sendo que o cessionário cadastra o cliente em órgãos de proteção ao crédito por essa dívida. No caso, houve violação da boa-fé objetiva, haja vista que desrespeitou dever de lealdade e a confiança que tinha o cliente, pois, de acordo com o art. 290 do Código Civil, o devedor deve ser notificado da cessão de crédito. Logo, houve abuso do direito de cobrar, pois deveria antes ter notificado extrajudicialmente o devedor da operação, a fim de que pagasse o débito, ao invés de macular a sua honra inscrevendo-o em cadastro de inadimplentes. Por conta do abuso de direito, a instituição bancária foi condenada a pagar indenização pelos danos morais sofridos pelo cliente.³⁰

No caso de protesto cambial de cheque prescrito também há abuso de direito, em razão da violação da finalidade econômica de tal título de crédito. De fato, quando se constitui um

³⁰ “APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. CESSÃO DE CRÉDITO. DEVER DE BOA-FÉ OBJETIVA E LEALDADE. Considerando que o contrato de cessão de bens e direitos, firmado quando da incorporação do BCN, pelo Banco Bradesco, previa expressamente, como, aliás, impõe o art. 290 do Código Civil, que os devedores daquele deveriam ser previamente notificados da cessão dos créditos para efeito de obrigá-los ao pagamento perante a cessionária, e não havendo provas de que essa comunicação tenha sido efetivamente realizada - cujo ônus competia ao réu, na forma do inciso II do art. 333 do CPC -, não tinha a Instituição Financeira o direito de exigir o débito do demandante e, conseqüentemente, de cadastrá-lo nos órgãos de proteção ao crédito por essa dívida. Atitude da instituição bancária que ofende a boa-fé objetiva esperada na relação negocial, desvelando abuso de direito e fugindo do padrão ético de confiança e lealdade exigido na relação de consumo. Responsabilidade civil objetiva da instituição financeira, cuja condição de prestadora de serviços lhe impõe dever de zelar pela perfeita qualidade do serviço prestado, incluindo neste o dever de informação, proteção e boa-fé objetiva para com o consumidor, consoante se deduz das disposições constantes no art. 14, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Dever de indenizar demonstrado. DANO MORAL PURO. PROVA DO PREJUÍZO. A inscrição (formal e/ou materialmente) indevida nos órgãos de proteção ao crédito gera, por si, o dever de indenizar, sendo desnecessária prova de efetivo prejuízo. RECURSO PROVIDO. UNÂNIME.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Décima Oitava Câmara Cível. Ação de indenização por danos morais. Apelação cível nº 70013842661. Capotas CPM e Banco Bradesco S/A. Relator: Pedro Celso Dal Pra. Porto Alegre, 16 mar. 2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/exibe_documento.php?ano=2006&codigo=170560>. Acesso em 30 jun. 2006)

título de crédito, este, por ter como características a carturalidade, a literalidade, a autonomia e a abstração, desvincula-se do negócio jurídico causal e pode circular livremente, valendo aquilo que consta no título. Em razão de tais características, uma vez vencido e não pago, pode ser levado a protesto. No entanto, uma vez prescrito o título de crédito, pode subsistir apenas o negócio jurídico causal, de modo que não há mais instrumento hábil para ser protestado. É óbvio que o titular de um direito de crédito tem direito de cobrá-lo, mas tentar forçar o devedor a adimplir a obrigação pelo protesto do título é abusar desse direito, pois desrespeita a finalidade econômica para a qual o título de crédito foi criado.³¹

Outro caso comum de abuso de direito no âmbito contratual é o dos planos de saúde que estipulam que, em caso de o segurado necessitar de internação hospitalar, esta somente ocorrerá por tempo limitado. Com efeito, as partes têm o direito de estipular as prestações que estarão compreendidas no plano de saúde, mas limitar o número de dias em que haverá cobertura dos custos da internação hospitalar afronta a boa-fé objetiva, pois ofende a eticidade. Também avilta a finalidade social dos planos de saúde, que é prestar assistência à saúde do segurado quando este precise. Vale dizer, determinar a desinternação ou não cobrir os gastos hospitalares depois de decorrido determinado tempo afronta a própria finalidade social do plano de saúde, que é amparar o segurado quando este necessite de tratamento de saúde. Assim, resta caracterizado o abuso do direito de livremente contratar, em razão da violação da boa-fé objetiva e da finalidade social dos planos de saúde.³²

³¹ “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CANCELAMENTO DE APONTE DE CHEQUES. AÇÃO CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. EXTINÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL, SOB O ARGUMENTO DE QUE NÃO TERIA FINALIDADE ECONÔMICA OU JURÍDICA. INVIABILIDADE. A tutela cautelar exerce apenas a função de instrumento que assegura a realização dos direitos subjetivos. Assegura, mas não satisfaz o direito substancial, o que somente irá ocorrer com a propositura e julgamento final da demanda principal. Hipótese em que se apresenta imprescindível o julgamento do mérito da demanda principal, a fim de concretizar o direito assegurado pela via cautelar, consubstanciado no cancelamento em definitivo do protesto. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 515, § 3º DO CPC. APRECIACÃO DO MÉRITO. TÍTULOS PRESCRITOS. Estando prescritos os cheques é inviável seu protesto, por constituir-se em abuso de direito do credor. Entendimento pacífico na jurisprudência desta Corte. Recurso de apelação ao qual se dá provimento. Maioria.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Décima Oitava Câmara Cível. Ação declaratória de cancelamento de aponte de cheques e Ação cautelar de sustação de protesto. Apelação cível nº 70008636334. Fabiano Nogueira Mombach e Adelfo Gobbi. Relator: Pedro Celso Dal Pra. Porto Alegre, 23 out. 2004. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/exibe_documento.php?ano=2004&codigo=553222>. Acesso em 30 jun. 2006.)

³² Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça manifestou a sua posição: “Plano de saúde. Limite temporal da internação. Cláusula abusiva. 1. É abusiva a cláusula que limita no tempo a internação do segurado, o qual prorroga a sua presença em unidade de tratamento intensivo ou é novamente internado em decorrência do mesmo fato médico, fruto de complicações da doença, coberto pelo plano de saúde. 2. O consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com o risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em uma determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade, e se o faz, comete abusividade vedada pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do

Menos comuns são os casos de abuso de direito no direito contratual por violação dos bons costumes no exercício de um direito. Pode-se citar como exemplo o caso da mulher que divulga publicamente na rede mundial de computadores fotos em que seu amante está nu, dizendo que somente as retirará da Internet quando este cumprir determinado contrato pactuado entre as partes. Nesse caso, estará caracterizado o abuso do direito, pela violação aos bons costumes. Há o direito de exigir que determinada prestação vencida seja cumprida, mas não se pode abusar desse direito, utilizando-se de meios espúrios para obter o adimplemento da prestação. Nesse caso, há, concomitantemente, afronta à boa-fé objetiva, pois esta impõe, além de outros deveres anexos de conduta, um dever de proteção de uma parte em relação à outra, bem como o auxílio no cumprimento da prestação.

Dessa forma, quando uma das partes expõe a outra ao ridículo no momento em que vai exigir que esta cumpra sua prestação – o que sempre ocorrerá quando houver violação dos bons costumes no âmbito contratual –, há o abuso do direito de exigir o adimplemento do contrato, por violação à boa-fé objetiva. Aliás, dentro do microsistema de proteção ao consumidor, há vedação expressa dessa conduta – de o fornecedor, ao cobrar um débito, expor o consumidor ao ridículo –, consoante art. 42 e art. 71 do Código de Defesa do Consumidor.³³

6 CRÍTICAS À TEORIA DO ABUSO DO DIREITO

Algumas críticas são apontadas pela doutrina à teoria do abuso de direito por juristas e filósofos de escol. Dentre eles, destacam-se Mazeud, Bartin, Savatier, Ripert e Duguit.³⁴ No presente trabalho, apenas traçam-se as principais, que ainda poderiam, de alguma forma, ser levantadas no estágio atual de evolução da teoria do abuso de direito.

Consumidor. Anote-se que a regra protetiva, expressamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a boa-fé e a equidade. 3. Recurso especial conhecido e provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. Ação cautelar inominada, ação declaratória de nulidade de cláusula e ação de cobrança de despesas. Recurso Especial nº 158.728-RJ. Érica de Castro Nogueira e Mauro Bumashny. Relator: Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 16 mar. 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 17 mar. 1999, p. 197)

³³ Dentro do direito do consumidor, não se pode confundir abuso de direito com cláusulas abusivas. A cláusula somente pode ser considerada abusiva se houver vantagem excessiva, sendo esta a sua característica precípua. Conforme Plínio Lacerda Martins (2002, p. 36), a cláusula é abusiva quando houver o concurso dos seguintes requisitos: “a) predisposição unilateral; b) inserção de condições gerais; c) atribuição de vantagens excessivas ao predisponente; d) atribuição de onerosidade e desvantagem excessivas ao aderente; e) incompatibilidade com as hipóteses da lista legal ou com a boa-fé e a equidade.” O abuso de direito, ao contrário, está relacionado com conduta, com exercício de um direito. Ademais, geralmente, no abuso de direito, inexistente interesse legítimo ou benefício para o titular do direito, enquanto, na cláusula abusiva, a vantagem excessiva é condição para sua configuração.

³⁴ Conforme aponta Alvino Lima (1999, p. 230/231).

Segundo tais juristas, a teoria do abuso de direito, bem como as demais cláusulas gerais, ao dar ao juiz a função de dizer o que é ou não abusivo, concede-lhe um poder que torna inseguro todo e qualquer direito. Entretanto, como aponta Lima (1999, p. 234), “A objeção só poderia proceder se fosse possível a existência de leis perfeitas e a ausência de lacunas da própria lei;” contudo, restam superados os dogmas da escola da exegese, da infalibilidade e onisciência do legislador. De fato, a imperfeição das normas jurídicas, a superação do dogma da completude e a atecnia do legislador já impõem ao juiz o papel de integração da ordem jurídica, para dizer o direito no caso concreto. Assim, um sistema hermético, sem mobilidade, é muito mais gravoso, à medida que o juiz muitas vezes tinha de proferir uma decisão injusta, por apego a uma norma vetusta, que não acompanhava a evolução social, como se observou ao longo do século passado, já que o Código Civil de 1916 permitia pouca mobilidade ao sistema.

Outra crítica que é feita diz com a imprecisão e vagueza da linguagem nos conceitos jurídicos “fins econômicos e sociais”, “boa-fé” e “bons costumes” – cuja infringência caracteriza abuso de direito –, que podem atribuir a cada julgador uma interpretação diferente na definição desses termos, o que geraria insegurança.

Tais conceitos, entretanto, se prestam exatamente a permitir que o julgador considere as peculiaridades do caso concreto, à medida que o sistema hermético, a par de não conseguir prever todas as hipóteses fáticas – deterioração do dogma da completude –, dá ensejo a abusos pelo titular do direito, pois permite que se contrarie a finalidade do direito. As cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, ao revés, permitem que se introduza um contexto ético e socializante no direito.

Os críticos ainda ponderam que, caso se determine o abuso de direito por valores morais, supraleais, haverá confusão da moral com o direito, dando à culpa moral os mesmos efeitos decorrentes da culpa jurídica. Tal crítica deve ser afastada de plano, à medida que o que se pretende hodiernamente é impregnar o direito de conceitos éticos, morais e socializantes, opondo-se a um sistema jurídico individualista, que conduzia à arbitrariedades pelo titular do direito e que atendia aos interesses de uma minoria privilegiada.

Observa-se, assim, que, a par das críticas, o acolhimento da Teoria do Abuso do Direito pelo Código Civil de 2002 representa um importante instrumento para a moralização e socialização do direito civil, em consonância com os ditames constitucionais da igualdade substancial, da dignidade da pessoa humana e da função social dos direitos, obstando os abusos que eram permitidos no antigo Código.

7 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABUSO DE DIREITO

Na dogmática, a noção de responsabilidade implica sempre a violação de um dever, com a ofensa a um bem jurídico,³⁵ exprimindo a idéia de obrigação, encargo, contraprestação. A doutrina de direito civil costuma definir a responsabilidade civil com base numa conduta causadora de um dano,³⁶ com fundamento na obrigação de indenizar,³⁷ e com supedâneo no inadimplemento contratual ou na violação de um dever.

Com o passar do tempo, entretanto, o elemento sanção ou retribuição foi mitigado. Na nova definição de responsabilidade, não se pode mais dizer que a responsabilidade jurídica está “essencialmente ligada à retribuição.”³⁸ O elemento central passa a ser a reparação ou prevenção do dano ou prejuízo, e não mais a punição do responsável.

Em um conceito sintético e geral, pode-se definir a responsabilidade civil como “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário” (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 24).

Esse conceito, no entanto, não abrange todas as modalidades de responsabilidade civil, pois haverá casos em que surge a responsabilização sem a violação a um dever jurídico. Por razões como essa, dizer-se que não existe um conceito unitário que abranja todas as modalidades de responsabilidade civil. De qualquer sorte, é verdadeira a premissa de que, para haver responsabilidade civil, deverá sempre haver o dano jurídico, do qual exsurge o dever de reparação.³⁹

De outro lado, não se pode confundir as noções de obrigação (*Schuld*) e de responsabilidade civil (*Haftung*). Obrigação é sempre um dever jurídico originário, enquanto a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, corolário da violação do primeiro, como ensina Sérgio Cavalieri Filho (2003, p. 24).

Na dogmática, a responsabilidade civil é classificada em contratual e extracontratual. Responsabilidade contratual é aquela que decorre diretamente e em função de um contrato, ou seja, de uma obrigação contratual originária, de modo que será responsabilizado civilmente aquele que inadimplir essa obrigação. A responsabilidade extracontratual, também chamada

³⁵ De acordo com o bem jurídico tutelado e a gravidade da lesão, surgirá a responsabilidade civil ou penal. Embora seja prevista a responsabilidade penal dos fornecedores, em determinados casos, tal questão não será tratada no presente trabalho.

³⁶ Nesse sentido: PEREIRA (2003, p. 242).

³⁷ Nesse sentido: VENOSA (2003, p. 12).

³⁸ Como preconizava Hans Kelsen (1998, p. 103).

³⁹ Para aprofundar o tema, vide: LUNARDI, 2006.

de aquiliana, deriva, geralmente, de um ato ilícito, de uma obrigação jurídica que decorre de uma norma legal, e não do contrato.

Com a positivação da Teoria do Abuso de Direito, a responsabilidade civil ganha novos contornos, pela especificidade do disciplinamento da matéria. Com efeito, ocorrendo abuso de direito, exsurge a responsabilidade civil para aquele que excedeu o fim econômico e social, a boa-fé ou os bons costumes, como se depreende do art. 187, causando dano a outrem. Observa-se, assim, que, diferentemente do que ocorre com a regra da responsabilidade civil por ato ilícito, prescinde-se do elemento culpa para que surja a responsabilidade civil por abuso de direito.

Assim, nos moldes do art. 187 do Código Civil, são elementos essenciais da responsabilidade civil por abuso de direito: a) que o titular do direito exceda os seus fins econômicos e sociais, a boa-fé ou os bons costumes; b) que cause dano (ainda que jurídico) a terceiro; c) nexos de causalidade.

Há doutrina que distingue as sanções decorrentes do ato ilícito e do abuso de direito. Carvalho Neto (2002, p. 193-198) advoga que, de regra, o ato ilegal somente admite reparação do dano causado, enquanto o ato abusivo comporta, sempre que possível, além da reparação do dano, o desfazimento do ato. No entanto, essa diferenciação parece não se sustentar, haja vista que hodiernamente se dá preferência, em qualquer violação a direito, à tutela inibitória e ao desfazimento do ato. A título de exemplo, na seara contratual, quando tiver o contrato objeto ilícito, haverá o desfazimento do contrato, pela sua nulidade; no direito das coisas, quando o proprietário constrói ultrapassando os limites da sua propriedade, atingindo a propriedade vizinha, terá, em regra, que desfazer tal construção. Portanto, não parece vigorar tal diferenciação.

Imperioso aferir que existem casos de exercício de direito que causa danos a terceiros, mas que não constituem abuso de direito, como se observa nos exemplos a seguir, apontados por Lucio Naves (1999, p. 227-233): a) exercício moderado da legítima defesa; b) direito de greve, nos limites previstos em lei; c) o proprietário que, mesmo obedecendo à lei e o Código de Posturas Municipal, ergue uma construção em seu terreno e termina por prejudicar a vista do seu vizinho; d) o proprietário de um terreno que constrói uma casa e causa ruído constante, poeira e transtornos para os proprietários vizinhos.

Nesses casos, embora haja dano, o exercício do direito não excede os fins econômicos e sociais, a boa-fé ou os bons costumes, de modo que não há abuso de direito e, por conseguinte, não há responsabilidade civil.

De outro lado, também se observa que pode ocorrer abuso de direito sem dano à pessoa determinada. É o caso, por exemplo, do proprietário de imóvel rural de extensa área produtiva que não utiliza adequadamente o seu solo. Nesse caso, observa-se que o proprietário tem o direito de uso (*jus utendi*) e gozo (*jus fruendi*) da propriedade, mas não atende ao seu fim econômico e social, havendo um abuso do direito de propriedade, sem que ocorra dano a uma determinada pessoa. Entretanto, mesmo nesse caso, observa-se um dano à coletividade, em razão da violação da função social da propriedade e da não utilização da propriedade para produção de alimentos em prol da coletividade.⁴⁰

Há, portanto, certas peculiaridades que diferenciam a responsabilidade civil por abuso de direito e por ato ilícito, tanto na sua formação quanto nos seus efeitos, o que confere à Teoria do Abuso de Direito relevância e autonomia dentro da teoria da responsabilidade civil.

Dessume-se, assim, que havendo o descumprimento de determinada cláusula contratual expressa, a parte inadimplente estará sujeita à responsabilidade civil contratual. Caso se violem deveres anexos aos contratos, abusando a parte do direito que lhe é conferido, de modo a exceder a sua finalidade social e econômica, a boa-fé ou os bons costumes, estará caracterizada a responsabilidade civil por abuso de direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em contraposição ao modelo liberal, individualista, em que os direitos subjetivos eram encarados de forma absoluta, surge um novo direito civil, com matiz constitucional, alicerçado na eticidade, no solidarismo social, na igualdade substancial, na valorização do indivíduo e na dignidade da pessoa humana.

Dentro desse novo sistema, ganha relevância a Teoria do Abuso de Direito, que tem supedâneo na idéia de relativização dos direitos subjetivos, de que os direitos não podem ser exercidos de forma abusiva, devendo atender à sua finalidade econômica e social, à boa-fé objetiva e aos bons costumes. Por terem a mesma gênese, as teorias do Abuso de Direito, da Boa-fé Objetiva, da Imprevisão e da Função Social completam-se, sendo, por vezes, aplicadas simultaneamente no caso concreto, haja vista que uma está imbricada na outra.

⁴⁰ Leedsônia de Albuquerque (2002, p. 68/69) entende que, caso o agente exerça um direito subjetivo de modo irregular, se esse exercício não gerar dano, ainda que moral, o que há é ato realizado sem direito, e não abuso de direito.

A positivação da Teoria do Abuso de Direito no Código Civil de 2002, após longo processo de recrudescimento, representa um grande avanço, já que, por vezes, deixava-se de aplicá-la por apego a um legalismo exacerbado, resquício do modelo oitocentista baseado no dogma da completude. A sua adoção como cláusula geral no do direito positivo possibilita que seja aplicada em todos os casos em que o direito for exercido de forma abusiva, desrespeitando a sua finalidade econômica e social, a boa-fé e os bons costumes. Da mesma forma, não impede que haja disposições específicas sobre abuso de direito, como no art. 1228, § 2º, do Código Civil, que acrescenta outros requisitos para a hipótese de exercício do direito de propriedade.

No direito contratual, se a parte contratante, no exercício de um direito que lhe confere a lei ou a própria avença, desrespeitar a finalidade econômica ou social do contrato, a boa-fé objetiva ou os bons costumes, estará caracterizado o abuso de direito. Assim, se uma das partes desrespeitar os deveres anexos dos contratos – tais como lealdade, confiança, eticidade, informação etc. –, ou quando houver excessiva onerosidade para um dos contratantes, em prejuízo do outro, também poderá estar caracterizado o abuso de direito. Diante da autonomia que é conferida aos particulares pelo direito contratual, esse ramo do direito apresenta-se como campo fértil para a ocorrência do abuso de direito.

O instituto, a par da sua importância, não foi imune a críticas. As objeções são apresentadas sobretudo por aqueles que estão arraigados a um modelo hermético, baseado no dogma da completude, que, hodiernamente, resta superado. Dentro do novo sistema jurídico e do conceito atual de direito, a Teoria do Abuso de Direito apresenta-se como uma grande conquista, em prol da eticidade e da socialização.

Como principal consequência do abuso do direito, surge a responsabilidade civil, com requisitos diferentes da responsabilidade civil por ato ilícito. Com efeito, adota-se, na responsabilidade civil por abuso de direito, a Teoria Objetiva, prescindindo de culpa ou de uma finalidade específica do agente na prática do ato. Logo, quando uma parte descumpra os deveres anexos dos contratos, não se perquire se agiu com culpa, senão se inadimpliu tais obrigações e se causou prejuízo à outra parte.

A aplicação da Teoria do Abuso de Direito, pragmaticamente, dependerá muito dos operadores do direito, que deverão traçar, considerando as peculiaridades do caso concreto, os contornos dos conceitos jurídicos “finalidade econômica e social”, “boa-fé” e “bons costumes.” Pouca utilidade teria a sua positivação, entretanto, se não fosse alterada a mentalidade daqueles que dizem o direito no caso concreto, os quais devem atentar para as novas diretrizes do direito civil constitucional. As ferramentas para a aplicação do instituto

foram dadas com a sua positivação. Agora, é necessário trabalhar para efetivar a Teoria do Abuso de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Leedsônia Campos Ranieri. *O abuso do direito no processo de conhecimento*. São Paulo : Ltr , 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo : Método, 2004, p. 9-29.

BANHOZ, Rodrigo Pelais; FACHIN, Luiz Edson. Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: ensaio para um exercício de diálogo entre a história e o direito, na perspectiva do direito civil contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira, TEPEDINO, Gustavo et. al. (Org.). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro : Renovar, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito Civil na Constituição de 1988*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi et. al. São Paulo : Ícone, 1995.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. Ação cautelar inominada, ação declaratória de nulidade de cláusula e ação de cobrança de despesas. Recurso Especial nº 158.728-RJ. Érica de Castro Nogueira e Mauro Bumashny. Relator: Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 16 mar. 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 17 mar. 1999, p. 197

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Décima Oitava Câmara Cível. Ação de indenização por danos morais. Apelação cível nº 70013842661. Capotas CPM e Banco Bradesco S/A. Relator: Pedro Celso Dal Pra. Porto Alegre, 16 mar. 2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/exibe_documento.php?ano=2006&codigo=170560>. Acesso em 30 jun. 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Décima Oitava Câmara Cível. Ação declaratória de cancelamento de aponte de cheques e Ação cautelar de sustação de protesto. Apelação cível nº 70008636334. Fabiano Nogueira Mombach e Adelfo Gobbi. Relator: Pedro Celso Dal Pra. Porto Alegre, 23 out. 2004. Disponível em:

<http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/exibe_documento.php?ano=2004&codigo=553222>. Acesso em 30 jun. 2006.

CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 30. ed. atual. São Paulo : Saraiva, 2005.

CARVALHO NETO, Inacio de. *Abuso do direito*. Curitiba : Juruá, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. rev. aum. e atual. São Paulo : Malheiros, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1. Trad. Paolo Capitanio. 3. ed. Campinas, SP : Bookseller, 2002.

COMPIANI, María Fabiana. Responsabilidad por daños colectivos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, SP, ano 9, n. 36, p. 185-198, out.-dez. 2000.

DELGADO, Mário Luiz. Ética e boa-fé: novos requisitos de validade dos contratos – estado de perigo, lesão e onerosidade excessiva – diferenças tópicas entre os três institutos. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, a. 7, n.º 149, p. 48-49, 31 mar. 2003.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. 1. 4. ed. rev. aum. Rio de Janeiro : Forense, 1997.

DICK, Jaqueline Hamester Dick. A dignidade humana como fundamento da interpretação contratual. In: GORCZESKI, Cbvis; REIS, Jorge Renato dos. *Constitucionalismo contemporâneo: direitos fundamentais em debate*. Porto Alegre : Norton, 2005.

DUARTE, Ronnie Preus. Boa-fé, abuso de direito e o novo Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 817, p. 50-78, nov. 2003.

FINGER, Júlio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontos com o público e o privado*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. v. 1. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2004.

KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcol Keel, Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. São Paulo : Saraiva, 1987.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e costumes no processo obrigacional: fundamentos e aplicação em face do novo Código Civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

LUNARDI, Fabrício Castagna. A responsabilidade civil do fornecedor por vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor. In *Consulex*, Brasília, DF, ano 20, n. 18, p. 5-7, 8 mai. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4 .ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

MARMITT, Arnaldo. *Perdas e danos*. 4. ed., rev. e atual. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

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

MARTINS, Plínio Lacerda. *O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale). In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 2002.

_____. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

MENAGED, Marcelo. Aplicação da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 239-249, 1998.

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

OLVEIRA, Elpídio Sabino de. Boa-fé objetiva e a função social dos contratos à luz do novo Código Civil e Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Repertório de Jurisprudência IOB*, Belo Horizonte, MG, v. 3, n. 3, 101-99, 1ª quinzena fev. 2006.

PADOIN, Luciane Maria. Os princípios da boa-fé objetiva, da função social e da equivalência das prestações no novo Código Civil: uma (re)leitura do contrato. *Revista da Faculdade de Direito - Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, RS, v. 23, p. 123-144, 2003.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Abuso do poder econômico-contratual e boa-fé. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, SP, n. 11, p. 138-153, jul.-set. 2002.

PEREIRA, Agotinho Oli Koppe. *Responsabilidade civil por danos ao consumidor causados por defeitos dos produtos: a teoria da ação social e o direito do consumidor*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1. Rio de Janeiro : Forense, 2000.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 15. ed. São Paulo : Saraiva, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro : Forense, 2000.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral*. v. 1. 30. ed. São Paulo : Saraiva, 2000.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo : Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo : Malheiros, 2002.

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

TAFARO, Sebastiano. Riflessioni su buona fede e contratti. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, RJ, p. 53-95, 2004.

TARTUCE, Flávio. *A função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil*. São Paulo : Método, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 2003.

_____. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 2003.