

# Responsabilidade civil por abuso do direito

*Alexandre Dartanhan de Mello Guerra*<sup>1</sup>  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

“Um mestre em qualquer arte evita o excesso e a falta, buscando e preferindo o meio termo – o meio termo não em relação ao próprio objeto, mas em relação a nós”.

(Aristóteles, *Ética a Nicômacos*)

**Sumário:** Introdução. 1. Delimitação do conceito: o abuso do direito como o exercício inadmissível de posições jurídicas. 2. O critério objetivo de delimitação do abuso do direito para a fixação da responsabilidade civil dele decorrente. Proposições conclusivas. Referências bibliográficas.

## Introdução

O presente artigo visa tratar especificamente de dois pontos examinados quando de nossos estudos antes realizados a respeito da responsabilidade civil por abuso do direito. Em primeiro lugar, a sempre controversa e árdua delimitação do seu conceito. Em segundo, o critério objetivo de identificação do abuso do direito para o estabelecimento de responsabilidade civil e para a fixação do dever de reparação dos danos dele decorrentes. Conquanto expressamente apresentado e referido como uma fonte de responsabilidade civil pelo Código Civil de

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de Sorocaba. Professor dos cursos de especialização em Direito do Consumidor, Direito Civil e Direito Processual Civil da EPM. Coordenador dos cursos de especialização em Direito Civil e Direito do Consumidor da EPM/Sorocaba. Palestrante na PUC/SP-COGAE, EPM e FDSBC. Professor assistente ao Professor Doutor Renan Lotufo nos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Civil na PUC/SP (2011/2012). Coordenador e autor de obras e artigos jurídicos.

2002 no seu artigo 187, há mais de uma década de vigência, portanto, pairam ainda dúvidas no que concerne à fixação dos limites de referido conceito jurídico. Ficam registrados os nossos agradecimentos à Escola Paulista da Magistratura, na pessoa de seu Diretor Desembargador Fernando Antonio Maia da Cunha, que torna possível, uma vez mais, a produção científica e a reflexão crítica dos magistrados que compõem Grupo de Estudos de Direito Civil da EPM que ora vem a público. Sentimo-nos particularmente honrados pela confiança na coordenação do grupo de estudos de Direito Civil da EPM em parceria com o Professor Doutor Marcelo Benacchio, a quem rendemos nossas sinceras homenagens. Fica a anotação de que as ideias destacadas nessa reflexão se encontram em maior profundidade na obra monográfica publicada a respeito do título objeto do presente artigo<sup>2</sup>.

### **1. Delimitação do conceito: o abuso do direito como o exercício inadmissível de posições jurídicas**

O exame do abuso do direito, na história do próprio Direito, partiu da noção de direito subjetivo. O direito subjetivo, em linhas gerais, pode ser compreendido como o poder jurídico atribuído para a vontade do sujeito e garantido pelo ordenamento jurídico que se destina a obter a satisfação dos interesses próprios. Na sua estrutura, os elementos que compõem o conceito de direito subjetivo são o interesse e a vontade humana. É uma expressão da liberdade individual, por certo. No dizer de Francisco Amaral, o direito subjetivo “é o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento”. Cuida-se de uma permissão conferida pela ordem jurídica pela qual se está autorizado a satisfazer os interesses dos sujeitos de direito, de um lado, e, de outro, a exigir de outrem o cumprimento do seu respectivo dever sob pena de imposição da sanção previamente fixada pela ordem jurídica.<sup>3</sup> Renan Lotufo, com apoio em

<sup>2</sup> GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade civil por abuso do direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>3</sup> Segundo Francisco Amaral, “À semelhança da norma e da relação jurídica, o direito subjetivo constitui-se em categoria fundamental do direito, apresentando duas vertentes: uma técnica, outra ética. [...] O direito subjetivo é mais do que um conceito técnico usado para facilitar a aplicação do direito. Tem também reconhecido significado ético que se manifesta nas funções que desempenha, tanto na defesa das liberdades públicas ou direitos fundamentais, sob a forma de direitos subjetivos públicos nas relações entre o Estado e os cidadãos quanto na realização dos interesses da pessoa na órbita de suas relações particulares.” (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 188-189).

Garcia Maynez, leciona que o direito subjetivo é a *facultas agendi*. Trata-se do poder atribuído à vontade individual de se autossatisfazer. Os sujeitos de direito, acentua ele, têm o poder de agir no meio social para a realização dos seus próprios interesses. O direito objetivo é a *norma agendi*. Diz respeito às normas que disciplinam a conduta dos homens em sociedade. O direito subjetivo existe em razão do direito objetivo. Corresponde, diz o autor, a um dever alheio. E os deveres somente existem quando previstos em normas componentes do ordenamento jurídico, assinala.<sup>4</sup>

O direito subjetivo não assume, entretanto, a feição um direito discricionário, absoluto e incontestável. Ao revés, tem como sua pedra angular a relatividade, notadamente na concepção solidarista que lhe imprime o fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil largamente aceito no Direito contemporâneo, o qual lhe pauta, entre outros, pelos valores da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. Na verdade, há a necessidade de equilibrar os interesses individuais e os interesses da coletividade. Como refere Pedro Baptista Martins<sup>5</sup>, no momento histórico da Revolução Francesa, a missão maior do Direito consistia em salvaguardar a autonomia da vontade e a liberdade das convenções. Pretendia-se excluir o Estado o mais intensamente possível das intervenções nas relações das partes contratantes. Ocorre que a proteção extrema da autonomia da vontade e da liberdade de contratar passou a ser deletéria com o advento dos problemas sociais surgidos na Era Industrial, no início do século XX. A complexidade das relações surgidas entre o capital e o trabalho impôs soluções além da doutrina predominante de caráter puramente individualista.

Sob o ideário da Revolução Francesa, como refere a doutrina, as noções de direito e de abuso eram, em princípio, noções antinômicas. É dizer, sob o argumento de que o exercício de um direito não poderia causar danos a quem o exerce, houve realmente abusos no proceder do titular dos direitos subjetivos. O Direito, nesse quadro, passou a permitir o arbítrio das partes e a impunidade de todos aqueles que, a pretexto de exercê-lo, desvirtuavam a sua finalidade social para causar um dano injusto contra terceiros. O argumento de apenas e tão só se estar a exercer um direito reconhecido por lei era invocado com frequência

<sup>4</sup> LOTUFO, Renan. *Curso avançado de direito civil: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1, p. 42.

<sup>5</sup> MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 2.

e, em princípio, era o suficiente para que se afirmasse a licitude das ações humanas. De início, é verdade, não houve limitações impostas ao exercício dos direitos pela própria finalidade da norma jurídica. Sucede que toda norma jurídica, por certo, é em si vocacionada a produzir a paz social. A partir do final do século XIX, surge então uma reação à noção de absolutismo dos direitos individuais: constata-se que não somente o poder do Estado é de ser relativizado, como também devem ser relativizados os próprios direitos conferidos para o homem. Significa dizer: o direito subjetivo passa a encontrar limites nas próprias regras de convívio social, nas noções de bem-estar e nas exigências de justiça social. A compreensão do abuso do direito permite então avaliar e equilibrar os interesses em disputa. Viabiliza ao intérprete apreciar os motivos que legitimam o exercício dos direitos, condenando como antissociais todos os atos que não se harmonizam na sua essência com o espírito e com a finalidade da lei, embora sejam praticados em uma aparente conformidade com as disposições normativas.<sup>6</sup>

A nosso ver, o conceito de direito subjetivo não é o central para a compreensão do abuso do direito. É ele substituído pelo conceito de situação jurídica. Daí dizer que o abuso de direito é, na verdade, um exercício inadmissível de situação/posição jurídica. O conceito de direito subjetivo é centrado no papel de um sujeito de direito. Visa disciplinar o contato mantido entre os titulares na autorregulamentação dos seus interesses. Os conflitos postos a solução pelo ordenamento jurídico decorrem, como regra, da atribuição de determinados objetos de direito para certas pessoas. O conceito de situação jurídica é uma evolução do conceito inicial de direito subjetivo. Encerra uma mais apropriada acomodação entre o ser e o ter com base no objeto da relação jurídica. Há uma integração entre o fato, o objeto e os sujeitos envolvidos.

Pietro Perlingieri afirma ser hoje preciso modificar a compreensão do exercício dos direitos por meio da figura situação jurídica

<sup>6</sup> De acordo com Pietro Perlingieri, como referimos em obra monográfica a respeito do tema, não se há confundir o abuso do direito com o excesso de poder. No excesso de poder, não se trata de um desvio do exercício de um poder que se tem ou de uma superação dos limites impostos pela ordem jurídica. “O abuso é exercício contrário ou de qualquer modo estranho à função da situação subjetiva. Se o comportamento concreto não for justificado pelo interesse que impregna a função da relação jurídica da qual faz parte a situação, configura-se o seu abuso. [...] Em definitivo, tem-se abuso toda vez que um comportamento ainda que coincidindo com um conteúdo do direito considerado de um ponto de vista formal, substancialmente constitui um seu desvio.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 735).

e não mais a partir da estrutura do direito subjetivo. Nas suas palavras, “a relação jurídica, sob o perfil estrutural, é uma relação entre situações complexas, que pode ser ora de simples coligação (como entre poder jurídico e interesse legítimo), ora [...] de contraposição e de conflito [...]”<sup>7</sup>. A conexão das situações subjetivas em uma relação jurídica, segundo o autor, impõe ao intérprete a necessidade de valorar o comportamento na descrição dos efeitos jurídicos e no momento de regulamentação dos interesses envolvidos, acentua, o que identifica a “realização concreta do programa predeterminado na disciplina do fato jurídico.” No seu entender, o contemporâneo conceito de situação jurídica permite que ingressem os valores sociais no ordenamento jurídico para a melhor proteção das situações de fato por ele afetadas. O Direito atua sobre os fatos sociais e procura organizá-los conforme os valores do ordenamento jurídico, por certo. Com efeito, o fenômeno da compreensão do Direito é indissociável da própria efetividade da norma jurídica na realidade social. O ordenamento jurídico, assim, no seu entender, pode ser melhor compreendido como o conjunto de valores abstratos aptos para a produção de efeitos sociais concretos a partir de sua incidência sobre os fatos sociais. Ocorre que a incidência dos valores sobre os fatos sociais não se dá por meio de uma única regra, mas, sim, por meio de um conjunto de normas incidentes sobre a realidade econômica e social. E justamente do resultado dessa incidência múltipla poder-se-á extrair o conteúdo da situação jurídica existente considerando as pessoas que a ordem envolve ou relaciona.<sup>8</sup>

Dito por outras palavras, a situação jurídica consiste em um conjunto de disposições normativas que atribuem para um sujeito determinados direitos e obrigações consistentes em comportamentos que podem ser opostos e exigidos num aspecto estrutural dinâmico, anota o autor. Há um desenvolvimento constante dos deveres e dos correlativos

<sup>7</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 734.

<sup>8</sup> Renan Lotufo adverte: “Diante das profundas divergências entre os doutrinadores quanto aos conceitos de direito subjetivo, dever, obrigação, relação jurídica etc., o tema situações jurídicas vai ganhando relevo em razão da análise conjunta que enseja uma visão global. Procura-se estabelecer na relação intersubjetiva, o que delimita o sujeito ativo em termos de direitos, de possibilidade de exigir comportamentos do sujeito passivo, de deveres que são imputados ao mesmo, bem como de qual a sanção aplicável na hipótese de descumprimento desses deveres prescritos na norma” (LO-TUFO, Renan. *Curso Avançado de Direito Civil*. Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1, p. 134-135)

direitos em conformidade com as relações existentes e o seu desenvolvimento perante os outros sujeitos de direito. A situação jurídica é precipuamente dinâmica, adverte a doutrina. E em virtude da funcionalização dos direitos e do seu exercício, Pietro Perlingieri<sup>9</sup> afirma que uma relação jurídica é uma relação entre as situações subjetivas. É, diz, a compatibilização de distintos centros de interesses a partir da interação estabelecida pelo ordenamento jurídico.<sup>10</sup>

Segundo Francisco Amaral, as situações jurídicas são os conjuntos de “direitos ou de deveres que se atribuem a determinados sujeitos em virtude das circunstâncias em que eles se encontram ou das atividades que eles desenvolvem”. Para o autor, surgem como efeitos dos fatos ou dos atos jurídicos. Realizam-se, diz, como a “possibilidade de ser, pretender ou fazer algo de maneira garantida, nos limites atributivos das regras de direito”. Nas suas palavras, são uma “categoria geral abrangente”. Abarcam as diversas manifestações do poder e do dever que se contém no conceito de relação jurídica. Em tais manifestações de poder, encontram-se os conceitos de direito subjetivo e de dever subjetivo. Sintetiza com acerto Francisco Amaral que:

A crítica atual à complexidade de direito subjetivo, considerado insuficiente para atender à complexidade e à variedade dos efeitos jurídicos da atividade humana, faz com que as situações jurídicas tenham hoje especial importância na doutrina jurídica.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 115-116.

<sup>10</sup> Pietro Perlingieri explica: “A doutrina prevalente detém-se na relação entre sujeitos. A relação jurídica seria relação entre sujeitos regulada pela norma, isto é, pelo ordenamento no seu complexo. [...] Na relação jurídica, a relação é entre situações subjetivas - a não ser em confluências na titularidade de um mesmo sujeito. A ligação essencial de um ponto de vista estrutural é aquela entre centros de interesses. O sujeito é somente um elemento externo à relação porque externo à situação; é somente o titular, às vezes ocasional, de uma ou de ambas as situações que compõem a relação jurídica. [...] Não se pode distinguir as situações subjetivas - a não ser em termos quantitativos - em ativas e passivas, já que aquelas ditas ativas compreendem também deveres e obrigações e aquelas ditas passivas contêm frequentemente alguns direitos e poderes. A relação não está na ligação entre direito subjetivo, de um lado, e dever ou obrigação, do outro. [...] A relação sob o perfil estrutural é relação de situações complexas, que pode ser ora de simples correlação (*collegamento*) (assim entre *potestà* e interesse legítimo), ora, e são as hipóteses mais frequentes no campo do direito civil, de contraposição e de conflito [...]” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 114-116)

<sup>11</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 186.

A situação jurídica revela a posição jurídica de uma pessoa em uma determinada situação (fato jurídico) conformada pela incidência do ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico impõe aos sujeitos direitos e deveres a partir de tal condição.<sup>12</sup>

Como acentua Pontes de Miranda<sup>13</sup>:

[...] todas as relações jurídicas são, especificamente, relações de adaptação. Não podiam, pois, ser absolutamente rígidas. Como concebemos o mundo qual conjunto de átomos que se condicionam, temos de considerar o mundo jurídico como um conjunto de relações jurídicas, de direitos. A coincidência da imagem é fecunda, porque em todo átomo há o elemento negativo e o positivo. São as relações de adaptação as relações de direito se, entre si, todas se tocam, ou podem tocar-se, não seria concebível que, sendo as relações adaptativas, não se conciliassem. [...]. O individualismo, querendo engendrar a limitação aos direitos subjetivos, a existência deles como autônomos e sós, criou o que não entrava nos seus planos: a relatividade de todos esses direitos concebidos pelo atomismo social [...].

Do exposto, devemos nos afastar, a nosso ver, da compreensão do abuso do direito a partir do conceito de direito subjetivo. Como fez Renan Lotufo<sup>14</sup>, o abuso do direito pode ser então definido como “o abuso de *situações* (jurídicas) causadas por aquele que manifestamente ultrapassa os limites da boa-fé, dos bons costumes e das próprias finalidades socioeconômicas do direito a ser exercido”.

<sup>12</sup> Nelson Rosendal enfatiza: “Comentar o abuso do direito significa abrir canais e pontos entre dois pontos de maior relevância no direito: a boa-fé e o exercício dos direitos subjetivos. Só é possível conceber um liame entre eles no contexto das obrigações complexas, nas quais a vontade livre dos contratantes perde a exclusividade, pois o nível de atuação dos direitos subjetivos é funcionalizado em vista do adimplemento da relação jurídica. A boa-fé atuará no sentido de conceder renovado perfil à autonomia privada, conduzindo os direitos subjetivos a limites equilibrados, prestigiando o princípio da solidariedade e, em última análise, a dignidade das partes.” (ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 116)

<sup>13</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. t. LIII, p. 63.

<sup>14</sup> LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*: parte geral (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 499.

## Nas palavras de Pontes de Miranda:

[...] O estudo do abuso do direito é a pesquisa dos encontros e dos ferimentos que os direitos se fazem. Se pudessem ser exercidos sem outros limites que os da lei escrita, com indiferença, senão desprezo, da missão social das relações jurídicas, os absolutistas teriam razão. Mas a despeito da intransigência deles, fruto da crença a que se aludiu, a vida sempre obrigou que os direitos se adaptassem entre si no exercício do direito. Conceptualmente, os seus limites, os seus contornos, são os que a lei dá, como quem põe objetos na mesma maleta ou no mesmo saco. Na realidade, quer dizer, quando se lançam na vida, quando se exercitam, têm de coexistir, têm de conformar-se uns com os outros.<sup>15,16</sup>

Fernando Augusto Cunha de Sá, autor de excelente obra monográfica a respeito do abuso do direito a partir do teor do art. 334º do Código Civil de Portugal, afirma ser o abuso do direito um ato ilegítimo que se revela pelo excesso no exercício de um determinado direito subjetivo, assim ultrapassando os lindes impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelos fins sociais e econômicos do direito.<sup>17</sup> Jorge Manuel Coutinho de Abreu<sup>18</sup>, ainda em Portugal, destaca acertadamente que os direitos subjetivos são os instrumentos para que se prossigam determinados interesses. São os meios de satisfação das necessidades pessoais. Afirma que, em sendo invocado um determinado direito para legitimar um comportamento inadequado àquela funcionalidade

<sup>15</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. t. LIII, p. 67.

<sup>16</sup> Pontes de Miranda leciona: “[...] repugna a consciência moderna a ilimitabilidade no exercício do direito; não nos servem mais as fórmulas absolutas no direito romano. Ao *neminem laedit qui suo iure utitur* consagrou a jurisprudência européia limitações importantes, já que chegaram ao conceito final do abuso do direito. Já a doutrina alemã, firmada na concepção germânica, declarava que todos os direitos implicavam deveres e continham, pois, algo de *indilatável*; donde o limite moral inerente a todos” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. t. LIII, p. 62).

<sup>17</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 103.

<sup>18</sup> ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso do direito*: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Coimbra: Almedina, 1999. p. 43-45.

social, tal invocação de direito deve ser considerada espúria justamente porque tal comportamento não pode traduzir as faculdades em que o direito se sustenta precisamente naquele contexto de fato. Assim se comportando o agente em uma determinada situação jurídica, não se pode falar no exercício de um direito propriamente dito, pois se está apenas diante da aparência de existência de um direito<sup>19</sup>. Em arremate, destacando a disfuncionalidade própria do abuso do direito, tira-se António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro<sup>20</sup>:

A conduta contrária ao sistema é *disfuncional*. A disfuncionalidade intrassubjetiva constitui a base ontológica do abuso do direito [...]. Um sistema jurídico postula um conjunto de normas e princípios de direito ordenados em função de um ou mais pontos de vista. Esse comportamento projecta um sistema de acções jurídicas – portanto, de comportamentos que, por se colocarem como actuações juridicamente permitidas ou impostas, revelam para o sistema. O não acatamento de imposições e o ultrapassar do âmbito posto às permissões contraria o sistema: *há disfunção*. [...] <sup>21</sup>

## 2. O critério objetivo de delimitação do abuso do direito para a fixação da responsabilidade civil dele decorrente

Estabelece o artigo 187 do Código Civil: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifesta-

<sup>19</sup> Ana Prata destaca: “O exercício de um direito subjectivo deve situar-se dentro dos limites da regra de boa-fé, dos bons costumes e ser conforme com o fim social e económico para que a lei conferiu esse direito: sempre que se excedam tais limites, há abuso do direito. A ilegitimidade (do abuso do direito) não resulta da violação formal de qualquer preceito legal concreto, mas da utilização manifestamente anormal, excessiva, do direito” (PRATA, Ana. *Vocabulário jurídico*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2008. v. I, p. 14-15).

<sup>20</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa ‘in agendo’*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 66. Ainda: “[...] a natureza funcional de uma acção jurídica afere-se, simplificando, pela sua conformidade com uma norma. [...] O abuso do direito reside na disfuncionalidade de comportamentos jurídico-subjectivos por, embora consentâneos com normas jurídicas permissivas concretamente em causa, não confluírem no sistema da materialidade subjacente apontaria para limitações externas” (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa ‘in agendo’*. Coimbra: Almedina. p. 506-507).

<sup>21</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa ‘in agendo’*. Coimbra: Almedina. p. 506-507.

mente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Não há mais dúvidas, no estágio atual do desenvolvimento da ciência jurídica, que o dano injusto proveniente do ato praticado em abuso do direito deva ser objeto de indenização. Segundo Silvio de Salvo Venosa, sendo o abuso o direito a transgressão de um direito no seu exercício e (e não na sua existência), diz, as suas consequências devem ser as mesmas do ato ilícito. O ato é contrário ao direito no modo de exercer. Como tal, ocasiona responsabilidade do agente pelos danos causados a outrem.<sup>22</sup> Importa no momento presente analisar como aferir a ocorrência do abuso do direito para a imputação da responsabilidade civil do agente. É dizer, importa perquirir se há a necessidade ou não de comprovação de que incorreu o agente em culpa ao exceder os limites impostos pelo artigo 187 do Código Civil para somente assim responsabilizá-lo civilmente. A nosso ver, adiantemos, o Código Civil de 2002 prescinde da noção de culpa no seu artigo 187. Adota, acertadamente, o chamado critério objetivo-finalístico para a configuração da responsabilidade civil por abuso do direito.

No regime do Código Civil de 1916, como refere Agostinho Alvim<sup>23</sup>, a culpa era a regra à responsabilidade civil. Inspirou por séculos as legislações e foi adequada para resolver os problemas relativos ao ressarcimento de danos no passado. No entanto, o desenvolvimento da indústria e dos meios de transporte revelou a insuficiência de tal critério para a solução de expressivas hipóteses de danos. Passa a culpa, então, justamente por isso, a ser um elemento dispensável em vários diplomas normativos. Por certo, uma das maiores dificuldades que a teoria da culpa oferece é a caracterização precisa do seu elemento objetivo: a infração de um dever jurídico. A infração de um

<sup>22</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1, p. 587. Na lição de Giselda Hironaka, a responsabilidade civil é um tema que guarda relação com a proteção do ser humano consagrada em termos constitucionais. Revela a proteção aos princípios da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. No seu dizer, “há algo de intrínseco, de anterior, de pressuposto, na concepção do dever de reparar o dano causado; algo que está antes da essência do homem, ou mais que isso, está na essência da Humanidade, da qual ele faz parte. A este algo - dentro de nós há alguma coisa que não tem nome, essa coisa é o que somos - se dá o nome de dignidade da pessoa humana. Assim, indissociável da qualidade de pertença da Humanidade, este algo de pressuposto, reconhecido pela razão, consagra-se pela expressão da norma que assegura a sua concreção, a sua efetividade” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 348).

<sup>23</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 269-279.

dever jurídico não se confunde com a infração da lei propriamente dita. Como assinalado, o desenvolvimento do comércio jurídico no mundo contemporâneo revelou ser a teoria da culpa insuficiente para que as vítimas não restassem irresarcidas, mormente nos casos que diziam respeito aos acidentes nas indústrias e nos transportes de passageiros. Neles, a vítima remanesce ao desamparo do sistema jurídico justamente diante da inviabilidade (por força da extrema dificuldade) de produzir a prova da culpa do agente causador do dano. Passa-se então o Direito a afirmar que, por vezes, o fato em si valeria como a culpa. O fundamento da objetivação da responsabilidade civil reside, num primeiro estágio da evolução, justamente em eliminar a culpa como um requisito do dano indenizável (responsabilidade civil sem culpa). Ou seja, admitindo-se a responsabilidade sem culpa, afirma-se que cada homem deve responder pelo risco de seus atos. Surge, então, o embrião da teoria do risco.

A nosso viso, em se tratando de responsabilidade civil por abuso do direito, a culpa é meramente acidental para a configuração do dever de indenizar. Por conseguinte, a prova da culpa do agente no exceder dos limites fixados pelo artigo 187 do Código Civil não é ser exigida pelo intérprete, como adverte Silvio de Salvo Venosa<sup>24</sup>. O enunciado 37 da 1ª Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, realizada em Brasília/DF, no ano de 2002 afirma: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”. Segundo Giovanni Ettore Nanni<sup>25</sup>, o artigo 187 do Código Civil consagra a teoria objetiva do abuso do direito. Há abuso do direito, no seu entender, sempre que forem desrespeitados os limites impostos pela regra jurídica independentemente da prova da intenção do agente ou da consciência de que se excedem os limites delimitados pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social e econômico do direito. É suficiente, acentua o autor, que tais limites sejam ultrapassados em uma análise objetiva dos fatos. Nada mais<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1, p. 592.

<sup>25</sup> NANNI, Giovanni Ettore. Abuso do direito. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.) *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 751.

<sup>26</sup> Nas palavras de Giovanni Ettore Nanni, “sendo o abuso do direito orientado pela concepção objetiva, ele dispensa o aspecto subjetivo para a sua caracterização, pelo que não será necessária a apreciação de conduta culposa ou dolosa do agente, desprezando-se, conseqüentemente, a análise do

## Como acentua Judith Martins-Costa:

[...] foi só na década da virada para o século XXI que a jurisprudência passou a caminhar [...] no sentido da objetivação do abuso. Seja em razão das grandes mudanças legislativas ocorridas desde 1988 [...] e em especial nos anos 90 [...]; seja, enfim, por força da criação e do papel desempenhados desde então pelo Superior Tribunal de Justiça, o fato é que começam a pipocar arestos a invocar o abuso prescindido dos elementos subjetivos, sendo digno de especial nota o acolhimento jurisprudencial da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no caso de abuso da personalidade. Mas, mesmo então, nenhuma referência há aos elementos de concreção do abuso que viriam a ser consagrados no Código Civil de 2002, quais sejam, a boa-fé, os bons costumes e o fim econômico ou social do direito, situação que até hoje perdura, invocando-se o art. 187, mas fundamentando-se o decidido nos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade a rejeição do abuso”.<sup>27</sup>

Na realidade anterior ao Código Civil de 2002, Judith Martins-Costa refere que o abuso do direito era uma “figura tímida”, acentua,

---

espírito intencional do comportamento do sujeito. Será relevante o manifesto excesso – elemento objetivo – na ação ou omissão praticada pelo agente, em desacordo com o direito, que exceder os limites de sua finalidade econômica ou social, e, ainda, da boa-fé e dos bons costumes.” (NANNI, Giovanni Ettore. Abuso do direito. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.) *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 751). No Direito italiano, sustenta Virgilio Giorgianni, em tradução livre: “O elemento pelo qual se conforma o dano causado pelo exercício abusivo do direito se apresenta como o pressuposto suficiente para surgir a responsabilidade individualizado na deformidade do interesse ou do valor que está no critério da qualificação normativa em termos de direito subjetivo que por ele se faz justamente o exercício do direito, assim como por uma atitude subjetiva que se configura pelo menos como imprudência ou imprevidência das consequências: atitude coexistente com a realização do exercício do direito de modo valorativamente disforme. Assim, no caso da responsabilidade por exercício abusivo do direito, a perda deve ser imputada não a quem a suporta, mas a quem a causa, porque o ato causador do dano é caracterizado por um elemento subjetivo solidário com o elemento objetivo de deformidade valorativa” (GIORGIANNI, Virgilio. *L’abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*. Milano: Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Genova; Giuffrè, 1963. p. 245).

<sup>27</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 63.

“ainda subjetivada e fundamentalmente assistemática”. A sistematização que se podia reconhecer encontrava-se na interpretação que se realizava do quanto dispunha no inciso I do artigo 160 do Código Beviláqua. Naquele contexto legislativo, pontua, “talvez por conta de seus próprios limites estruturais”, o abuso do direito era “posto quase como um apêndice da cláusula geral de responsabilidade civil aquiliana do art. 159 do Código Civil”. No antigo regime, é cediço, o artigo 159 ensinava o conceito da ilicitude civil a partir da consequência patrimonial que se estabelecia com a fixação do dever de indenizar. E pelo fato de se estabelecer no sistema do Código Civil de 1916 uma vinculação pelo intérprete entre os conceitos de culpa, de ilicitude e de responsabilidade civil, o abuso do direito era reduzido a uma acepção “mais subjetiva e geradora de uma única medida de eficácia, qual seja: a eficácia indenizatória, se do abuso resultasse dano patrimonial”<sup>28</sup>. A regra do artigo 187 do Código Civil de 2002 não estabelece qualquer vinculação expressa ao conceito de culpa como elemento para o reconhecimento do abuso do direito. Se o legislador não alude à culpa (como fez no artigo 186 do Código Civil de 2002) ao tratar do abuso do direito, não compete ao intérprete exigí-la.

Pontifica Judith Martins-Costa:

[...] o modo de exercerem -se os direitos, faculdade, poderes, pode levar à contrariedade ao Direito compreendido como ordenamento. Essa contrariedade, porém, não precisa ser culposa. Basta que seja imputável, isto é, atribuível a alguém, segundo a ordem jurídica, compreendendo-se o verbo *imputar* no sentido corrente na língua portuguesa de *atribuir algo a alguém* e não, restritamente, como atribuição de poderes referentes à capacidade de fato: imputar, em suma, significa determinar se alguém deverá arcar com as consequências do ato ou fato, e quem deverá arcar, e em medida, tendo Hans Kelsen precisado que o *modo específico de imputação do direito* está em ligar ao ato praticado por uma pessoa uma consequência

<sup>28</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 68.

jurídica. Essa ligação entre a ação (ou omissão) e a sua consequência é informada por *critérios normativos*, sendo o mais corriqueiro, no Direito Civil, o critério da culpa. Porém, ainda que no terreno civil seja quantitativamente prevalecente a imputação informada pelo critério culpa, esse não é o único critério. Também há essa atribuição segundo outros critérios [...]. Como consequência admite-se uma *complexa dimensão da ilicitude* que engloba a chamada ilicitude subjetiva e objetiva: é subjetiva quando a norma determina seja o nexo de imputação balizado pela culpa, impondo-se a verificação da negligência ou da imprudência ou, ainda, no caso do dolo, também da intencionalidade; é objetiva quando não é necessário averiguar se subjacente ao ato ou conduta, houve ato negligente ou imprudente, pois a ilicitude estará caracterizada pelo desvio ou pela contrariedade à norma de dever-ser imposta pelo Ordenamento, compreendido – como acima se explicitou – como o conjunto de princípios e regras derivadas das quatro fontes de normatividade e destinadas em última instância, a assegurar a coexistência de liberdades.<sup>29</sup>

No mesmo sentido são as lições de Teresa Ancona Lopez<sup>30</sup>. Segundo a autora, o conceito de ilicitude não se confunde com o conceito de

<sup>29</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 70-71.

<sup>30</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). *Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 666. Anota: “Na doutrina francesa há duas correntes principais sobre a teoria do abuso do direito: a subjetiva, na qual o que se tem como abusivo é a intenção de prejudicar terceiro mesmo quando não há nenhum interesse para seu autor. Podemos dizer que essa vertente consagra a teoria dos atos emulativos. É a mera intenção de prejudicar. Por outro lado, no critério objetivo, não se indaga a intenção, mas examina-se o ato e o dano causado pelo abuso. A concepção objetiva alcançou seu auge com Josserand para quem haverá abuso do direito quando seu titular utilizá-la em desacordo com a finalidade social para qual os direitos subjetivos foram concedidos, ou seja, devem ser usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição. Essa visão objetiva dos atos em abuso do direito se distancia da antiga proibição dos atos de emulação que vinha com carga de subjetivismo” (LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). *Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 667).

culpa. O ato ilícito é o ato contrário ao direito, assinala. O ilícito concerne ao ato em si, isto é, ao ato objetivamente considerado e como tal desligado do que anima a intenção do agente. O ato praticado em abuso do direito tem, no seu sentir, um conteúdo ilegítimo em si. A sua aferição salienta, independe da culpa justamente porque basta que o ato, nesse *exceder da situação jurídica*, exceda aos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico para o seu exercício. A culpa pode ser um pressuposto da responsabilidade civil, é certo, mas não é um requisito da ilicitude que diga respeito ao próprio ato, anota a autora. A concepção do abuso do direito é objetiva, salienta Lopez, não sendo necessária a consciência de que se atinge com o seu exercício a boa-fé, os bons costumes ou o fim social ou econômico do direito conferido. Basta que concretamente os fira, acentua. Nas suas palavras:

A sanção ao uso abusivo de um direito subjetivo é a reparação do dano, pois se trata de ato ilícito e de natureza objetiva. *Repita-se, independentemente de dolo ou culpa*. A avaliação do caráter abusivo do ato fica a cargo do juiz que deverá observar se o exercício desse direito excedeu manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons-costumes.<sup>31</sup>

Também José de Aguiar Dias afirma que o abuso do direito prescinde da prova de culpa para a conformação da responsabilidade civil que dele decorre, sob pena de se “desfazer (o abuso) em mera expressão da fantasia”<sup>32</sup>.

Em Portugal, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada<sup>33</sup> afirma que o reconhecimento do abuso do direito prende-se à tutela da confiança despertada pela parte no meio social. A regra de conduta de boa-fé representa, no seu entender, uma prescrição de

<sup>31</sup> Sintetiza Teresa Ancona Lopez: “O abuso do direito como previsto no Direito Brasileiro atual e que tem como fonte o artigo 334º do Código Civil Português vem dessa interpretação objetiva, do uso do direito subjetivo, com vistas à finalidade e função dos institutos jurídicos e ainda o prestígio à boa-fé objetiva quando se tratar de relações contratuais” (LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 668)

<sup>32</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 539.

comportamento dos indivíduos em sociedade. O abuso do direito apresenta, assim, uma eficácia inibitória no exercício dos direitos. O abuso do direito, portanto, traduz a “preclusão do exercício de certa posição jurídica”. Revela-se por meio de uma função balizadora (“sindicadora”), diz, da atuação das posições jurídicas em si mesmas, conforme as normas que formalmente as atribuem. Acena o autor no sentido de que o ato abusivo deve ser objetivamente compreendido, como ora se adverte. No seu dizer, “é precisamente o que ocorre no *venire*, que frustra a confiança alheia: através do abuso, a ordem jurídica reage aí [...] à injustiça da situação de facto que se produziria em virtude de um comportamento inconsequente”<sup>34</sup>. A invocação do abuso do direito por desrespeito à boa-fé alicerça a responsabilidade civil pelo rompimento da confiança.<sup>35</sup>

Em síntese de todo o exposto, o conceito legal de abuso do direito previsto no artigo 187 do Código Civil (e da responsabilidade civil que dele pode surgir) não alude hoje ao elemento culpa para a sua caracterização. O Código Civil de 2002 promoveu uma distinção nítida entre o ato ilícito e a responsabilidade civil que dele pode advir. É dizer, os artigos 186 a 188 do Código Civil brasileiro estabelecem o tratamento do ato ilícito propriamente dito e nada mais. O artigo 927<sup>36</sup>, por sua vez, refere então à responsabilidade civil de tais dispositivos decorrente. Cria o legislador uma nova forma de manifestação da ilicitude no artigo 187 do Código Civil ao consagrar expressamente como ato ilícito o exercício de posições jurídicas fora dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. O artigo 187 do Código Civil é uma fonte de

<sup>33</sup> FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 853-856.

<sup>34</sup> FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina. p. 857.

<sup>35</sup> Segundo Carlos Alberto da Mota Pinto, a preocupação manifestada em relação ao princípio da confiança decorrente do princípio da boa-fé “trata-se, no fundo, de acolher a idéia de que, em certos casos, deve relevar juridicamente a confiança justificada de alguém no comportamento de outrem, quando este tiver contribuído para fundar essa confiança e ela se justifique igualmente em face das circunstâncias do caso concreto. Essa relevância jurídica pode levar a atribuir efeitos jurídicos a uma situação tão-só aparente, ou ficar-se, como sucederá normalmente, por criar a obrigação de indemnização pela frustração das legítimas expectativas” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 127).

<sup>36</sup> Código Civil. Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

obrigação civil, não há dúvidas. Preocupa-se em disciplinar a conduta ilícita gerada por uma restrição da liberdade imposta pelo caso concreto ao exercício de situações jurídicas, a qual é aferível após a solução que resulta da análise do conflito de interesses e de liberdades posto a desate. Nas palavras de Cláudia Maria Cachapuz:

[...] É um ato ilícito, no caso, não identificado a partir de um elemento subjetivo relacionado ao agente, a culpa, mas configurado por uma situação objetiva e concreta decorrente do exame da conduta humana a partir das condições fáticas e jurídicas impostas pela realidade do caso tendente à configuração de uma restrição à liberdade do homem.<sup>37</sup>

Exemplifica com nitidez o caráter objetivo da aferição do abuso do direito para identificação da responsabilidade civil o julgado tirado do Superior Tribunal de Justiça assim ementado e referido em obra monográfica de nossa autoria a respeito do tema, com os nossos destaques:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais. Concessionária de serviço público. Dissídio pretoriano não-demonstrado. Fornecimento de energia elétrica. Suspensão. Alegada violação dos artigos 186 e 188, I do CC. Não-ocorrência. Abuso de

<sup>37</sup> CACHAPUZ, Maria Cláudia. A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do artigo 187 do novo Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 94, v. 838, p. 121-122, ago. 2005. Daniel M. Boulos afirma: “ao contrário do que alguns poucos autores brasileiros de renome vêm defendendo, norma contida no artigo ora comentado traz a concepção objetiva do abuso do direito. Trata-se da consagração legislativa da teoria objetiva da ilicitude que, como visto, defende que o juízo de valor que redunde na antijuridicidade do ato não leve em conta o espírito e sequer a consciência do sujeito que o praticou. Portanto, a fim de caracterizar o abuso do direito, ou, mais amplamente, o exercício abusivo de posições jurídicas subjetivas, não é necessária a prova da intenção ou sequer da consciência do agente de que se está ultrapassando tais limites impostos pela lei. [...] Nesse plano, não se há falar, quer em dolo, quer em culpa stricto sensu, sob qualquer de suas modalidades, negligência, imprudência e imperícia. Para caracterizar-se a hipótese normativa do artigo 187, e, consequentemente, o abuso qualificado pela lei de ilícito, é mister apenas que o titular de um direito, ao exercê-lo, exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do referido direito” (BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. p. 135).

direito. Configuração de ato ilícito (CC, art. 187). Ressarcimento devido. Doutrina. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

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

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

3. Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos costumes (art. 187 do CC).

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

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

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(STJ, RESP n. 811.690/RR, 2006/0013155-4, Rel. Min. DENISE ARRUDA, j. 18.05.2006).

Do corpo do voto da ministra relatora Denise Arruda infere-se que a concessionária não agiu no exercício regular de direito ao deliberar suspender o fornecimento de energia elétrica em face de inadimplência mínima do usuário/consumidor (R\$ 0,85). No seu correto entender, houve flagrante abuso do direito no caso, o que constitui ato ilícito a teor do que estabelece o artigo 187 do Código Civil, destaca no voto. Valendo-se das lições de Sérgio Cavalieri Filho, sustenta que se deve

adotar, diante da redação da regra em foco, uma concepção objetiva do abuso do direito. Com efeito, diz ela, o legislador não exige “a consciência de se excederem, com o seu exercício, os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do direito; basta que se excedam esses limites”.

Nas palavras da ministra Denise Arruda:

Filiou-se nosso Código à doutrina de Saleilles, a quem coube definir o abuso do direito como exercício anormal do direito, contrário à destinação econômica ou social do direito subjetivo que, reprovado pela consciência pública ou social, excede, por conseqüência, o conteúdo do direito.

Destaca no corpo de seu voto, por fim, que o abuso do direito (e a responsabilidade civil que surge, por conseguinte) não tem como gênese uma ofensa frontal a um direito de outrem ou a violação de uma norma que tutela um interesse alheio, mas, sim, um exercício anormal (isto é, *disfuncional*) de um direito próprio. Segundo ela, como acertadamente acentua, no abuso do direito, “a conduta é respaldada em lei, mas [...] fere ostensivamente o seu espírito”. E bem destaca, na passagem final de seu voto, que o exercício abusivo caracteriza-se pelo “uso anormal ou antifuncional do direito independentemente do interesse de prejudicar alguém”, assim adotando a chamada teoria objetiva do abuso do direito para fins de responsabilização civil do agente.

### Proposições conclusivas

A nosso ver, o exercício dos direitos, como a vida em si, pressupõe a moderação. Notadamente em uma perspectiva contemporânea da compreensão do fenômeno jurídico, deve-se compreender que o Direito foi criado pelo homem para ser respeitado pelos próprios membros de um determinado grupo social. A tradicional visão repressiva/sancionatória do Direito é hoje substituída por uma perspectiva funcional/promocional da Ciência jurídica. A ordem social e jurídica, como já se observou em estudo monográfico a respeito, deseja, afinal, que os comportamentos sejam conformes as suas prescrições e não a elas dissonantes. Não deseja a ordem jurídica à sanção por si, entendida

como uma reação contrária e necessária aos comportamentos humanos contrários às regras de conduta preestabelecidas, como é próprio da responsabilidade civil, de índole notadamente repressiva e sujeita às limitações indenitárias. A origem do abuso do direito reside, assim, na repulsa de defesa do titular de um direito contra todo aquele que se excede em uma determinada situação jurídica. É, por assim dizer, a reação contra o desrespeito ao limite axiológico na aplicação concreta do Direito. No abuso, a nosso ver, como se disse no início, o que ocorre é a perda do sentido de proporcionalidade e de moderação próprios dos comportamentos de todos os titulares de posições jurídicas em relação aos demais membros da coletividade.

O que se deseja deixar salientado nessa reflexão é, em primeiro lugar, o necessário afastamento do apego excessivo ao conceito de direito subjetivo para a compreensão da figura do abuso do direito. O abuso do direito é, a nosso ver, o abuso de situações jurídicas causado por todo aquele que ultrapassa os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelas finalidades socioeconômicas do direito, como estabelece o artigo 187 do Código Civil de 2002. Pretende-se, ademais disso, em se tratando de responsabilidade civil por abuso do direito, deixar vincado que a culpa é de ser considerado um critério acidental para a configuração do dever de indenizar nessas hipóteses. O Direito Civil contemporâneo, nomeadamente no que interessa à responsabilidade civil, adota a teoria objetiva do abuso do direito, como se afirma no enunciado 37 da 1ª Jornada de Direito Civil do (CEJ-CJF), segundo o qual “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”. Há abuso do direito sempre que forem desrespeitados os limites impostos pela regra jurídica em referência independentemente da prova da intenção do agente ou da própria consciência de que se excedem os lindes do artigo 187 do Código Civil (a boa-fé, os bons costumes ou o fim social e econômico do direito).

### Referências bibliográficas

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso do direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 1999.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do artigo 187 do novo Código Civil brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 94, v. 838, ago. 2005.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa 'in agendo'*. Coimbra: Almedina, 2005.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

GIORGIANI, Virgilio. *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*. Milano: Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova; Giuffrè, 1963.

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

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas*. Homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LOTUFO, Renan. *Curso avançado de direito civil: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 1.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

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

MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. Parte Especial, t. LIII.

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

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra, 2005.

PRATA, Ana. *Vocabulário jurídico*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2008. v. I.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2005.