

## O ABUSO DE DIREITO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Mayara D'Alpino Zen (IC) e Murilo Rezende dos Santos (Orientador)

Apoio: PIBIC Mackpesquisa

### RESUMO

O presente artigo científico tem por objetivo a análise da Teoria do Abuso de Direito e a sua funcionalização no sistema de Direito Civil do ordenamento jurídico brasileiro. Aborda-se a evolução e a contextualização do instituto nos ordenamentos jurídicos anteriores ao Código Civil Brasileiro, as diferenças entre o Código Civil pátrio de 1916 e o de 2002, bem como a caracterização do abuso de direito no Código Civil de 2002, os limites que o ordenamento jurídico impõe ao seu exercício (a boa-fé, os bons costumes e o fim econômico e social do direito) e a responsabilidade civil decorrente da sua aplicação. O método utilizado é o dedutivo, com abordagem qualitativa, cuja operacionalização se dará por meio de procedimentos técnicos baseados na doutrina e na legislação selecionada. 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. Em atenção aos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002, conclui-se, ao final, que a positivação da Teoria do Abuso de Direito no Código Civil de 2002 é de suma importância como instrumento concretizador dos ideais de socialidade, efetividade e eticidade, por tratar-se de um reflexo das transformações sociais e jurídicas na sociedade.

**Palavras-chave:** Abuso de Direito. Boa-fé. Ato ilícito.

### ABSTRACT

The following article aims to analyze the Theory of Abuse of Rights and your functionalization in the Civil Law of the Brazilian legal system. The analysis discuss the evolution and the contextualization of the institute in the previus legal systems to the Brazilian Civil Code, the differences between the Brazilian Civil Code of 1916 and of 2002, as well as the characterization of abuse of rights in the Civil Code of 2002, the limits that the legal system imposes to your exercise (good faith, morality, and the economic and social purpose of rights) and civil liability arising from your application. The method used is the deductive, with a qualitative approach, whose implementation will be through technical procedures based on the doctrine and selected legislation. As a method of procedure, it was opted for historical and comparative methods, analyzing the evolution of the institute and the vicinity and distinctions between the abuse of right and illicit act. In attention to the articles 186, 187 and 927 of the Brazilian Civil Code of 2002, it is concluded, at the end, that the recognition of the theory of

abuse of rights in the Civil Code of 2002 is of paramount importance as an instrument to concretize the ideals of sociality, effectiveness and eticity, because it is a reflection of the social and juridical transformations in society.

**Keywords:** Abuse of rights. Good Faith. Illicit act.

## INTRODUÇÃO

Diante do raciocínio de que a principal regra de convivência dos indivíduos é que o direito de cada um termina onde começa o do outro, a cada dia se torna mais difícil manter o homem no âmbito de seus próprios direitos. Isso porque vivemos em uma época de grande pressão social e, por vezes, o exercício de um direito, ainda que dentro do seu próprio limite, pode vir a causar dano a outrem. Este ato ocasiona a responsabilidade do agente pelos danos causados, e a eles aplica-se a chamada Teoria do Abuso do Direito.

Para melhor compreender o tema cumpre, então, investigar o instituto do Abuso de Direito, com ênfase na sua historicidade, natureza jurídica, limitações, e consequências no mundo jurídico.

Persiste ainda certa resistência na aplicação do instituto, uma vez que a prática do ato abusivo é de difícil caracterização. Contudo, a sua existência é consensual entre os doutrinadores. Dessa forma, o estudo do tema tem relevância na medida em que o seu desenvolvimento será útil para fortalecer as hipóteses em que o agente deve ser responsabilizado quando causar dano excedendo manifestamente os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, em uma análise primária, a pesquisa pretende tratar da análise cronológica do instituto nos Códigos anteriores ao Código Civil Brasileiro, como por exemplo o Código francês, de 1804, seguido do BGB alemão de 1896. Além disso, relacionar o Código nacional com o Código Civil português de 1966, com o qual muito temos em comum no que se refere ao exercício abusivo do direito.

Nesta linha de pensamento, faz-se necessário compreender e interpretar o ambiente previamente estabelecido em que o novo Código Civil nasceu, uma vez em que o instituto já havia sido consagrado por outros aplicadores do direito, ou seja, ao invés de trazer novos paradigmas, apenas ratificou aqueles já previamente firmados.

Neste contexto, o estudo discorrerá sobre a evolução deste instituto, observando a temática do exercício abusivo do direito na doutrina nacional desde o Código Civil de 1916 (art. 160) e suas consequentes inovações. Além disso, explicar porque tal exercício viola o princípio de boa-fé e os bons costumes, bem como analisar criticamente a sua interpretação acerca do Código Civil Brasileiro de 2002, nos artigos 186 e 187, que definem os atos ilícitos, e 927, sobre a obrigação de indenizar na responsabilidade civil.

Ademais, compreender que a adoção da teoria do abuso do direito constitui um dos aspectos da reestruturação do direito civil à luz dos princípios constitucionais, tendência atual

marcante e consequência do Estado Social, possibilitando a permanente oxigenação do sistema ao permitir a adequação das normas à realidade social, em constante mudança.

Em abandono ao ideal individualista que regia o Código Civil de 1916, a nova perspectiva de exigências de condutas legítimas devido a um viés mais social, norteou a redação do novo Código, o qual passou a prever o abuso de direito como ato ilícito.

Apesar de dissenso doutrinário, para a maioria dos doutrinadores, o legislador inseriu corretamente o instituto na Parte Geral do Código, no Título referente ao ato ilícito, devido a identidade de efeitos e sanções das duas espécies.

A partir deste entendimento, este estudo tem relevância social de modo que é preciso considerar os limites da liberdade individual, que consiste no fato de que é preciso não excedê-los pelo seu fim econômico ou social, na boa-fé e nos bons costumes. Isso acontece devido aos constantes conflitos de interesses dos indivíduos de uma mesma sociedade, levando em conta a herança deste instituto em face da sua importância e evolução desde as sociedades remotas.

## **1 Análise Cronológica do Abuso do Direito**

O termo “abuso do direito” hoje possui um significado muito mais abrangente do que lhe era atribuído em outros tempos. Atualmente a expressão leva o sentido de “exercício inadmissível de posições jurídicas subjetivas” (BOULOS, 2006, p. 26).

Segundo Menezes Cordeiro, a expressão “abuso do direito”, consagrada em Doutrinas e Jurisprudências de vários países, deve-se ao autor belga LAURENT (CORDEIRO, 2015, p.670) e foi criada para nominar uma série de decisões jurisprudenciais desfavoráveis àqueles que agiam na condição de titular de um direito subjetivo. Situações nas quais o tribunal optou por não fazer prevalecer o direito alegado, muito embora reconhecendo a sua existência, perante argumento da irregularidade do seu exercício.

No século XIX, ensina Boulos, que os Tribunais Franceses também seguiam a teoria da *aemulatio* (BOULOS, 2006, p.39); o Código francês, tido como berço do abuso do direito moderno, manteve, primordialmente, o instituto ligado à culpa e ao ato ilícito, mas posteriormente atentou-se ao uso do princípio da boa-fé para explicar cláusulas que se tornaram abusivas na hora da execução do contrato. As primeiras decisões sobre o assunto tratavam de reprimir o uso abusivo do direito de propriedade. Um dos mais famosos casos, citado por

vários autores<sup>1</sup>, é do de Clément-Bayard, no qual se examinou na construção de um terreno, pelo proprietário, de ofendículas em espigões de ferro, destinado especificamente a danificar os dirigíveis do proprietário vizinho, e visando à venda forçada do imóvel. Devido ao exercício indevido por mero espírito emulativo e sem atender à sua função social, o proprietário responsável pela construção do instrumento metálico foi condenado em última instância pela Corte de Cassação, configurando típico exemplo de abuso do direito.

A legislação francesa trata do assunto em uma regra geral inscrita no art. 1.240 do Código Civil francês<sup>23</sup> trazendo o entendimento de que qualquer ato do homem que provoque um dano a outrem, obriga-o, pela culpa, a repará-lo; no qual se faz possível a comparação ao que figura nosso art. 186, do Código Civil<sup>4</sup>, assunto que será melhor discutido um pouco adiante. Ademais, a jurisprudência francesa, em atenção ao tema, aplica o instituto do abuso também aos contratos, ao direito de greve, do trabalho, direito de voto e controle societário, direito de vizinhança, etc. (LEVADA, 2005, p. 26).

Na mesma corrente de pensamento, em 1886, dispôs o Bürgerliches Gesetzbuch<sup>5</sup> (BGB) em seu §226 sobre o assunto: "o exercício de um direito é inadmissível se tiver unicamente a finalidade de causar dano a outrem"<sup>6</sup> (BOULOS, 2006, p.50), sendo possível notar a tendência na adoção da teoria subjetiva, caracterizada pelo *animus nocendi*, isto é, o critério intencional de prejudicar terceiros (espírito emulativo), e o exercício culposo do direito, ou melhor dizendo, ao exercício abusivo decorrente da existência de culpa por parte do seu respectivo titular. Dessa forma, se o titular de um direito coloca em prática as faculdades a ele inerentes com o único objetivo de prejudicar terceiros, tal exercício é abusivo e deve ser repellido pelo ordenamento jurídico.

Mais tarde, substituindo o denominado Código de Seabra de 1867, no ano de 1966, o Código Civil português, após algumas modificações em revisões ministeriais, dispôs em seu art. 334 sobre a ilegitimidade do exercício de um direito quando o titular manifestamente

<sup>1</sup> O mesmo exemplo é usado pelo autor Cunha de Sá em sua obra *Abuso do direito* (2005, p. 52-53) e por Claudio Levada em *O abuso e novo Direito Civil brasileiro*. (2005, p. 25).

<sup>2</sup> A reforma realizada no Código Civil Francês deslocou o texto que constava no artigo 1.382 para o artigo 1.240, que dispõe: "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer" Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février

<sup>3</sup> - art.2. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000032041571&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20170401&fastPos=2&fastReqId=232736659&oldAction=rechCodeArticle>. Acesso em 01/04/2017.

<sup>4</sup> CC, Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>5</sup> Código Civil da República Federal da Alemanha.

<sup>6</sup> A tradução apresentada neste artigo foi feita livremente a partir do texto original publicado no site do Ministério da Justiça da República Federal da Alemanha, em que consta: §226° BGB "Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kan, einem anderen Schaden zuzufügen". Disponível em: [https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/\\_246.html](https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_246.html). Acesso em 17/03/2017.

excede os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito. Trazendo, ainda, mais proximidade com o atual Código Civil brasileiro, cujo texto mantém o caráter de repressão antifinalístico, tão somente acrescentando a natureza ilícita do ato abusivo (LEVADA, 2005, p.28). Como é possível notar, de certo, trata-se de fonte imediata e inspiradora de nosso art. 187: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Nesse sentido, Boulos ao se aprofundar no assunto destacou que, de certo, "a fonte imediata da norma do artigo 187 do novel Código Civil pátrio é aquela inculpada no artigo 334 do Código luso", tal qual é "fonte mediata do artigo 281 do Código Civil grego de 1940 que, por sua vez, inspirou-se no artigo 2º do Código Civil suíço e na doutrina alemã" (BOULOS, 2006, p.132).

Assim, fica então mais claro notar que o novo Código Civil foi promulgado em um ambiente previamente estabelecido, em que a maioria dos institutos já haviam sido consagrados por outras legislações. Dessa forma, ao invés de trazer novos paradigmas, apenas reproduziu àqueles já previamente firmados legisladores de outros países.

Diante da evolução do instituto, Boulos explica que a realidade social atual, porém, se difere em relação à daquela época, pois hoje existem muitas mais possibilidades de abuso do que no início do século passado, aqueles os quais eram apontados pela jurisprudência francesa.

Os novos desafios que a vida coloca ao direito fizeram com que, cada vez mais, este prescindisse da intenção do agente a fim de aquilatar a juricidade de suas ações (...), as hipóteses de ilicitude estão se despreendendo cada vez mais da subjetividade de que estiveram revestidas nos últimos séculos, sendo consideradas, atualmente, no contexto de uma análise objetiva do comportamento do sujeito na sociedade a qual pertence, (...) ou seja, não há, propriamente, qualquer equívoco nas ideias defendidas pela corrente subjetiva, o que se coloca é se ela é suficiente a reprimir, de forma eficaz e socialmente desejável, o exercício maléfico de um direito, isto é, se sua essência deve ser o único critério a aferir a ilicitude do exercício de um direito (BOULOS, 2006, p.40).

## **2 A reestruturação do direito civil à luz dos princípios constitucionais**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, previu como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social (arts 1º, III e 3º da CF) – o primeiro com o propósito de proteger o ser humano, mantendo e garantindo o viver com dignidade e o respeito recíproco, em atenção não somente a sua própria felicidade, mas também a do próximo; e o segundo, mostrando que a construção de uma sociedade justa,

livre e solidária é uma busca de todos e que a sua formação depende do fato de todos se tornarem responsáveis pelo bem comum. E, conseqüentemente, deixando as normas do Código Civil de 1916 - resultado do direito liberal que carregava o prestígio do individualismo, do patrimonialismo e do positivismo – cada vez mais ultrapassadas e muitas delas mitigadas pela jurisprudência.

Nesse sentido, com o advento da Constituição de 1988, em decorrência da “eficácia civil dos direitos fundamentais” (NERY, 2014, p.471) isto é, a tênue divisória entre o Direito Público e o Direito Privado decorrente do princípio da utilidade preponderante, surge o direito civil constitucional, o qual propõe uma reestruturação do direito civil “à luz da teoria da constituição” (NERY, 2014, p.471), ápice do ordenamento jurídico.

De forma mediata, o Código Civil de 2002 veio “para atribuir aos princípios jurídicos maior densidade normativa, superando a visão formalista que lhes atribuía um caráter meramente interpretativo e supletivo das normas legais, limitando sua incidência às hipóteses de lacuna” (CARPENA, 2003, p. 394).

Para isso, segundo Baptista, é possível dizer que o novo Código se inspirou em três grandes paradigmas: função social do direito, efetividade ou operacionalidade e equidade ou solidariedade; fazendo surgir a efetiva preocupação com a realização da justiça concreta (BAPTISTA, 2013, p. 44-45). Abrahão e Nery<sup>7</sup> na mesma linha de pensamento, explicam esses fundamentos: a socialidade é aquela que se manifesta na preocupação de dar uma atenção social ao novo Direito Privado brasileiro, opondo-se ao individualismo do Código Civil de 1916, principalmente no campo da propriedade, das obrigações e dos contratos; a efetividade vem no sentido de que se eliminam solenidades inúteis e procura-se criar mecanismos que tornem realmente útil a prestação jurisdicional, isto é, opondo-se à ineficácia de alguns institutos do Código Civil de 1916, permitindo maior mobilidade do sistema e maior flexibilidade para o julgamento do juiz; e por fim, equidade – fundamento nomeado pela autora de eticidade – isto é, a preocupação de oxigenar tais relações jurídicas com a moral e a boa-fé, opondo-se ao formalismo jurídico do Código Civil de 1916 (ABRAHÃO, 2013, p. 275) (NERY, 2014, p. 472 a 475).

Como era possível notar, a exemplo de Abrahão, o Código Civil de 1916 não se referia nenhuma vez a boa-fé na Parte Geral dos Contratos, isso porque ela era apenas interpretada como um preceito moral, e não jurídico; ou seja, a boa-fé deveria estar no coração e na mente

---

<sup>7</sup> Rosa Nery também acredita que o Código Civil de 2002, como sistema jurídico, adotou valores considerados essenciais para se atingir a atualização normativa, compatível com os anseios da sociedade contemporânea, nomeando-os de: eticidade, socialidade e operabilidade (NERY, 2014, p. 472).

dos contratantes e não no Código Civil. Mas com o tempo esse entendimento mudou. No novo Código é possível notar que a boa-fé aparece como uma cláusula implícita dos contratos, uma cláusula obrigatória. É um dever jurídico dos contratantes e não mais uma mera evocação ética (ABRAHÃO, 2013, p. 275-276).

Dessa forma, o legislador, reconhecendo no preceito do abuso do direito uma necessidade de obediência a limites éticos com fundamento na ideia moral da solidariedade e em atenção ao princípio da boa-fé, defendeu, assim, a socialização do exercício do direito, em vista da sua função e finalidade social. O novo Código passou, então, a atender os reclamos da modernização trazendo mudanças e acréscimos - mesmo que pouco inovadores devido a evolução da jurisprudência -, dentre elas<sup>8</sup>, a previsão do abuso de direito como ato ilícito em seu artigo 187.

### **3 Os atos ilícitos no Código Civil Brasileiro**

Na temática do exercício abusivo do direito, o Código Civil de 1916 interpretava a aceitação do abuso “a contrário sensu” (LEVADA, 2005, p.30), conforme seu texto, no art. 160, I, que dizia não constituir atos ilícitos aqueles “praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”<sup>9</sup>, nos leva a interpretar que a regra já se firmava no entendimento de que o exercício irregular, portanto, configuraria o abuso, cuja natureza, então, só poderia ser a de ato ilícito – explicação que o Código Civil de 2002 terminou de dispor em seus artigos 186 e 187:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Sobre o tema, porém, nos lembra Boulos que, é possível afirmar, justamente, que “os artigos 186 e 187 descrevem formas (distintas) pelas quais a ilicitude pode se manifestar no campo do Direito Civil. Trata-se, pois, de atos ilícitos, mas não da mesma realidade normativa”, ou, trocando em miúdos, que os pressupostos para a configuração das formas de ilicitudes neles contidas são diferentes, ou seja, não correspondem ao mesmo tipo de ato

---

<sup>8</sup> Baptista menciona minuciosamente as demais mudanças tais como no direito das obrigações, à propriedade, no direito de família, e outros acréscimos como a previsão expressa sobre o estado de perigo (art. 156) e a lesão (art. 157) como defeitos do ato jurídico (BAPTISTA, 2013, p. 45-52).

<sup>9</sup> O texto do artigo 160 do Código Civil de 1916 aparece atualmente na doutrina nacional no artigo 188.

ilícito. “De mais a mais, para a configuração da ilicitude prevista no artigo 186 do Código Civil, é necessária a comprovação da culpa *latu sensu*, elemento este absolutamente prescindível para a configuração da ilicitude descrita na norma do artigo 187” (BOULOS, 2006, p.46-47).

Ademais, os artigos supracitados versam sobre os atos ilícitos e devem ser contemplados simultaneamente ao art. 927 do Código Civil de 2002, o qual dispõe sobre a obrigação de indenizar na responsabilidade civil, a ser tratado no tópico a seguir.

### 3.1 O instituto da Responsabilidade Civil

Por tratar de um dever jurídico sucessivo que surge para recompor um dano decorrente de sua violação, o instituto da responsabilidade civil é muito discutido na atualidade. Noutras palavras, toda conduta humana que violar um dever jurídico e causar dano a outrem pode ser objeto de reparação.

A própria Constituição Feral de 1988 já consagrava em seu artigo 5º, inciso XLV que:

[...] XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

A partir desse entendimento, o Código Civil de 2002, embora mantendo a mesma estrutura do diploma anterior, passou a tratar a responsabilidade civil com mais profundidade nos artigos 927 e seguintes.

Nesse sentido, a partir da definição de ato ilícito dado pelos artigos 186 e 187 do Código Civil de 2002, o abuso de direito, dá ensejo a obrigação de reparar o dano causado a outrem, como explica o artigo 927:

Art. 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.

Além do dispositivo, o Enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil, registra que “a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe da culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”, ou seja, para fins de reparação de danos não se investiga o *animus* do agente, isto é, a intenção de causar prejuízo, bastando que o agente pratique a conduta excedendo aos limites de seu direito subjetivo.

Vê-se, ainda, que foi acrescentada a possibilidade de indenização pelo dano exclusivamente moral<sup>10</sup>, como fora apontado pela redação da Constituição de 1988, algo há muito tempo reclamado pela sociedade e pela doutrina e sistematicamente repellido até então pelos tribunais (VENOSA, 2012, p. 3).

### 3.2 O Abuso de Direito

Instaurou-se então, que, “ato ilícito é todo aquele que não encontra guarida em dado ordenamento jurídico, por frustrar um dever ou um valor nele fundados; e assim o ato abusivo é indubitavelmente ilícito. Trata-se de conduta proibida pelo ordenamento jurídico, na medida em que fere uma norma sua. Esta norma, é o princípio da boa-fé” (JORDÃO, 2006, p.101). Além disso, não decorre, portanto, somente da violação direta à lei mas também de afronta aos valores e finalidades firmados pelo Código, isto é, a violação da função social, econômica ou da boa-fé.

Nessa linha de raciocínio é que o legislador brasileiro optou, então, por inserir a disciplina do abuso do direito na Parte Geral do novo Código Civil, no Título referente ao ato ilícito. Como bem explica Boulos, dizendo que “assim o fez, sem prejuízo científico algum, já que, atualmente, o ato abusivo, embora se distancie, em seus contornos técnicos, do ato ilícito tal como classicamente considerado, não deixa de ser, por exemplo no plano dos seus efeitos, uma das formas pelas quais a ilicitude pode se manifestar” (BOULOS, 2006, p.191). Esse entendimento é também sustentado por Pontes de Miranda, para quem “o abuso do direito é ato ilícito, porque é exercício irregular” (MIRANDA, 1977, p.311), e J. M. Carvalho Santos, o qual afirma que “o abuso de direito não pode ser estudado senão como figurando dentro da teoria geral do ato ilícito” (SANTOS, 1985, p.338).

Em dissenso doutrinário, porém, Carpena, interpreta o ato abusivo como “categoria jurídica autônoma”, explicando que o diferencia o abuso de direito do ato ilícito é a natureza da violação a que eles se referem, ou seja, que o ato abusivo esta situado no plano da ilicitude, mas com ato ilícito não se confunde.

Para a autora, isso ocorre, pois, no primeiro, o indivíduo aparentemente está agindo no exercício do seu direito, porém, na configuração de tal hipótese, o mesmo se encontra violando os valores que justificam o reconhecimento deste direito pelo ordenamento jurídico, tornando-o antijurídico, ou seja, "no abuso não há limites definidos e fixados aprioristicamente,

---

<sup>10</sup> Segundo Yussef Said Cahali, dano moral é “tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado” (“Dano Moral”, 2ª ed., Revista dos Tribunais, 1998, p. 20).

pois estes serão dados pelos princípios que regem o ordenamento, os quais contêm seus valores fundamentais"; enquanto que, na segunda espécie, "o sujeito viola diretamente o comando legal, pressupondo-se então que este contenha previsão expressa daquela conduta" (CARPENA, 2003, p. 381-382). Por isso, segundo ela, não há necessidade de um dispositivo expresso que proíba a realização de tais atos abusivos, pois tratam-se de produto da interpretação de dispositivos contrários a boa-fé; independe, portanto, de qualquer prescrição positiva, pois trata-se de um princípio normativo<sup>11</sup>. Assim, o ato abusivo deve ser sancionado pura e simplesmente por se tratar de um ato ilícito (abusivo).

Em síntese, a doutrina, em sua maioria, entende que o ato abusivo equipara-se ao ilícito devido a identidade de efeitos e sanções, uma vez em que, em ambos os casos, o agente atua sem direito e conseqüentemente dá ensejo a sua responsabilidade civil.

#### **4 O *Venire contra factum proprium* como modalidade de abuso de direito**

No que diz respeito à violação da função social, econômica ou da boa-fé, entende-se que, o indivíduo que atua em afronta aos preceitos de lealdade e confiança comete ato ilícito em decorrência do instituto do abuso de direito. É necessário que exista uma confiança minimamente recíproca para o bom desenvolvimento do tráfego do negócio jurídico, pois em contrapartida, o sujeito que pratica conduta que frustra a expectativa do outro, em contrassenso a um comportamento objetivo assumido anteriormente, viola a confiança como fundamento essencial do *venire contra factum proprium*.

A proibição de *venire contra factum proprium* traduz a vocação ética, psicológica e social da regra *pacta sunt servanda* para a juspositividade (CORDEIRO, 2015, p. 751). Noutras palavras, significa a proibição de comportamento contraditório, modalidade abusiva decorrente de violação do princípio da confiança – princípio este fundamental de concretização da boa-fé em situações em que o direito protege o investimento de confiança feito pelos indivíduos.

O *venire contra factum proprium* não se encontra assegurado expressamente em nosso Direito<sup>12</sup>, mas é amplamente aceito na doutrina e jurisprudência, inclusive existem

---

<sup>11</sup> Princípios normativos são "como expressões que são da própria ideia de Direito, como postulados axiológico-normativos do direito positivo, não tem de ser traduzidos em lei para vigorarem" (CASTANHEIRA NEVES apud JORDÃO 2006, p. 101).

<sup>12</sup> A exemplo e herança da doutrina e jurisprudência portuguesas, o comportamento contraditório é identificado como caso típico de abuso do direito, vedado, assim, pela norma do artigo 334 do Código daquele país.

julgados acolhendo a sua teoria, como é possível observar nos trechos das seguintes ementas:

(...)13. Assim é que o titular do direito subjetivo que se desvia do sentido teleológico (finalidade ou função social) da norma que lhe ampara (excedendo aos limites do razoável) e, após ter produzido em outrem uma determinada expectativa, contradiz seu próprio comportamento, incorre em abuso de direito encartado na máxima *nemo potest venire contra factum proprium* (STJ - EDcl no REsp: 1143216 RS 2009/0106075-0, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 09/08/2010, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 25/08/2010).

(...)1. A teoria dos atos próprios (*venire contra factum proprium*) especifica que a confiança despertada pelas contrapartes em razão de seu comportamento não pode ser quebrada por atos que resultem em prejuízos à parte contrária, cometendo "ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187, CC) (TJ-PR - AC: 3183917 PR 0318391-7, Relator: Wilde de Lima Pugliese, Data de Julgamento: 15/12/2005, 10ª Câmara Cível, Data de Publicação: 7037).

Nesse sentido, é preciso entender que as limitações se dão toda vez que existirem prerrogativas e situações jurídicas que estão a exigir esse controle. Como bem explica Menezes Cordeiro, essas limitações têm a ver com o "exercício inadmissível de posições jurídicas", o que se aplica especialmente aos casos de abuso de direito.

Com efeito, essa teoria significa que ninguém pode destruir os efeitos jurídicos que criou com seus próprios atos, sem que para tanto possua uma justa causa. Caracteriza-se pela existência de dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro - *factum proprium* - é, porém, contrariado pelo segundo, externando, assim, a violação do princípio da boa-fé e resultando em abuso de direito.

## **5 Os limites que o ordenamento jurídico impõe ao exercício do direito**

Como foi possível notar ao longo do estudo, o Código Civil, em seu art. 187, elegeu e positivou a boa-fé, os bons costumes, e a função econômica e social do direito como sendo os limites dentro dos quais o exercício do direito, para ser legítimo/lícito, deve se dar. Como bem explica Boulos (2006), o exercício só será legítimo e isentará o titular das sanções potencialmente advindas da configuração de um ato ilícito se tal ato se der dentro desses limites impostos pelo ordenamento jurídico" (BOULOS, 2006, p.178-179).

Cabe, ainda, atentar ao fato de que o artigo – "(...) excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes" - utiliza-se

da palavra “ou” para estabelecer que basta que o agente exceda qualquer um dos limites para que o exercício do direito seja caracterizado como abuso.

### **5.1 A boa-fé**

Advinda da preocupação acentuada no âmbito do direito das obrigações, a boa-fé, como regra de conduta traz ao direito uma forte noção ética. Para Jordão, os atos ilícitos que deram azo a criação a teoria do abuso de direito deveriam ser reprimidos simplesmente por serem atos ilícitos, já que contrariavam uma específica norma do direito objetivo, isto é, o próprio princípio da boa-fé (JORDÃO, 2006, p.104-105).

Do teor de seu significado, o sujeito de direito deve agir com lisura e honestidade, sem intuito de prejudicar. Não o fazendo, isto é, havendo inobservância de um dever de correção e lealdade no exercício dos direitos, viola-se a boa-fé.

Nesse sentido, explica Lopez que a sua função dentro da cláusula geral do abuso do direito é de correção ou limitação de condutas tendo em vista os valores e a justiça que preside o ordenamento jurídico (LOPEZ, 2009, p.58). No mesmo sentido, Boulos explica que dentre as diversas funções que a boa-fé objetiva desempenha no Direito, a boa-fé deve, aqui, servir de limite para o exercício dos direitos (BOULOS, 2006, p.182).

Ademais, sempre que o uso de determinados direitos se der fora dos lindes do princípio em questão, o ato inicialmente lícito ganha a mácula da ilicitude, estando vedada a sua prática e resultando, então, o dever de indenizar.

Como bem acentua Duarte, na maioria dos casos de abuso de direito configura-se a violação da boa-fé. Quem age com deslealdade, com intenção de prejudicar e ainda que encoberto pelo exercício de um aparente direito, age de má-fé. Ferindo-se, assim, sempre de maneira manifesta, os limites impostos pela boa-fé, sendo ilícita a conduta (DUARTE, 2003, p. 62-63).

### **5.2 Os bons costumes**

A redação do Código Civil de 2002 positivou a necessidade de respeito aos bons costumes, os quais, consagrados no art. 187 do Código Civil, representam a expressão máxima da concretização da moral no direito. Tido como fator que vincula e condiciona o escorreito exercício de direito.

Ofende este limite aquele que não observa os deveres ético-sociais de conduta de acordo com a moral social vigente na sociedade ao tempo da apreciação do caso concreto. Isso acontece, como explica Duarte, pois o entendimento de bons costumes varia conforme critérios espaciais ou temporais. O que antes era moralmente aceitável, hoje pode não ser mais. Assim, o exercício de qualquer situação jurídica subjetiva em manifesta violação aos bons costumes é considerado ilícito (DUARTE, 2003, p.62). Cabendo, então, ao intérprete “preencher” esse conceito em atenção a moral social genericamente aceita na sociedade ao tempo da apreciação de cada caso concreto.

### **5.3 O fim econômico e social do direito**

O fim econômico e social se refere, de modo específico, a cada direito isoladamente considerado, ao contrário da boa-fé e dos bons costumes que, como analisado anteriormente, constituem limites gerais a todos os direitos. Trocando em miúdos, diante de cada direito subjetivo, é preciso indagar quais são os seus fins econômico-sociais, para que então, sempre que o seu exercício exceder de maneira clara os limites por ele impostos, será considerado ilícito.

Assim, como explica Boulos, a liberdade contratual possui um fim social específico, que é permitir que os integrantes da sociedade livremente estabeleçam relações jurídicas por meio das quais haverá a troca, segura e justa, dos bens e serviços na sociedade. Já a função social por trás do direito de propriedade, é a de o respectivo titular utilizar-se da coisa em proveito próprio, mas também fazer com que seu terreno produza aumento e distribuição mais equitativa da riqueza socialmente útil, isto é, em benefício da sociedade (BOULOS, 2006, p.189).

Dessa forma, cabe, então, mais uma vez, ao juiz analisar cada situação concreta, verificando qual é a função social e econômica do direito que estiver sob o juízo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em abandono ao modelo liberal e individualista do Código Civil de 1916, a Constituição Federal de 1988, ao prever como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, contribuiu para reestruturação de um novo direito civil.

Com os reclamos por modernização, a boa-fé deixou de ser meramente interpretada como um preceito moral e ético, ganhando sentido de dever jurídico e servindo de limite para o exercício dos direitos.

Nesse sentido, devido a preocupação com a realização da justiça concreta, a positivação do abuso de direito como ato ilícito no Código Civil de 2002 serviu como instrumento para concretizar as ideias de eticidade, socialidade e operabilidade, por tratar-se de um reflexo das transformações sociais e jurídicas na sociedade.

Apesar do ambiente previamente estabelecido em que o novo Código foi promulgado, visto que o instituto do abuso de direito já havia sido firmado por legisladores de outros países - como os da França, Alemanha e Portugal -, a adoção do instituto foi de suma importância. Possibilitou a sua aplicação 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.

Dessa forma, na busca pelo justo, o abuso de direito configura responsabilidade civil. Em outras palavras, o ato abusivo do agente dá ensejo a obrigação de reparar o dano causado a outrem. Responsabilidade esta que independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.

Se faz possível notar que a necessidade da positivação do instituto é resultado da evolução do sistema de controle social, fruto das novas contingências das relações entre os indivíduos dentro de uma mesma sociedade e os desafios delas advindos. Dentro do novo sistema jurídico, a Teoria do Abuso de Direito apresenta-se como uma grande conquista, em prol da moralidade, dignidade e lealdade, somada a permanente necessidade de preservar o bem comum.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHÃO, Viviane Tovar de Mattos. Os 10 Anos do Código Civil. In: *10 anos do Código Civil: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. v.2. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 13). p. 273-277.

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

BAPTISTA, Mariana Moreira Tangari. Dez Anos do Código Civil. In: *10 anos do Código Civil: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. v.2. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 13). p. 44-53.

BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. Tradução: Luiz João Baraúna. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

CARPENA, Heloisa. O Abuso de Direito no Código de 2002: Relativização de Direitos Na Ótica Civil Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo [coord.]. *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudo na Perspectiva Civil-Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 377-396.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DUARTE, Ronnie Preuss. Boa-fé, abuso de direito e o novo Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, Recife, v. 817, n. 9, p.50-78, nov. /2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a Teoria do Abuso de Direito*, Salvador: Juspodivm, 2006. p. 99-135.

LEVADA, Claudio Antônio Soares. *O abuso e novo Direito Civil brasileiro*. 2005. 200 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício de Direito e suas limitações: Abuso do Direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 885, n. 10, p.49-68, jul. /2009.

MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium* *Revista da AJURIS*. v. 32, n. 97, p. 144 – 169, mar./2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral o Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1984.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. A identidade das consequências sancionatórias do acto abusivo e do acto ilícito como questão preclusiva da autonomia dogmática do abuso do direito. In: SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 2005. Cap. 74. p. 625-650.

SANTOS, João Manoel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985. v. 3.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 4.

**Contatos:** mayarazen@uol.com.br (IC) e murilo.santos@mackenzie.br (Orientador)