

ANOTAÇÕES SOBRE O ABUSO DE DIREITO*

Cláudio Antônio Soares Levada

1. A NEGAÇÃO DA IDÉIA DE ABUSO DE DIREITO

Após o triunfo da Revolução Francesa, a liberdade, a honra, a propriedade e a vida foram proclamadas como direitos fundamentais do homem, inalienáveis e imprescritíveis, passando tais direitos individuais a constituir permanente fonte de restrições ao poder de organização do Estado.

Conquanto a tomada do poder político pela burguesia tenha representado inequívoco passo à frente no sentido da democratização da sociedade da época, a concepção individualista das legislações de então, das quais é exemplo maior o Código Civil de Napoleão, construiu um sistema de direitos absolutos, pelo qual o exercício de um direito, ainda que dele decorressem conseqüências funestas para a sociedade, era protegido em toda e qualquer hipótese e jamais poderia configurar abuso.

Lembre-se que, historicamente, o Direito passava a ser a mais poderosa arma contra o absolutismo do Estado, representado até então na figura do Monarca “divinamente inspirado”, e sua tarefa consistia principalmente em salvaguardar a autonomia da vontade e a liberdade das convenções, excluindo o Estado, tanto quanto possível, de intervenções nas relações dos contratantes.¹

O que em princípio representou um avanço, passou com o tempo a mostrar-se de grande inconveniência em face dos novos problemas sociais surgidos com a emergência de uma era industrial em que a complexidade das relações entre capital e trabalho impunha soluções que enxergassem além daquela doutrina predominante, de caráter nitidamente individualista. As noções de Direito e abuso eram, então, antinômicas, vigendo com toda amplitude - ainda maior do que a conheceram os romanos - a máxima “nullus videtur dolo facere qui jure suo utitur”.

À sombra desse brocardo sancionaram-se os mais grosseiros abusos, assegurando-se a impunidade a tantos quantos que, sob o pretexto de exercitarem um direito reconhecido por lei, desvirtuavam sua finalidade social para causarem um dano injusto a terceiro.²

* Atualização do artigo “Anotações sobre o Abuso de Direito”, publicado na RT 667, páginas 44/50 (maio 1991). Juiz Substituto em Segundo Grau, designado junto ao 2º TACSP

Professor Titular de Direito Civil da FADIPA – Jundiá e convidado dos cursos de Especialização em contratos da PUC/SP. Mestre em Direito Civil – USP – Doutorando – PUC/SP

¹ J. Charmont, *Le Droit et L'Esprit Démocratique*, p. 67, apud Pedro Baptista Martins, *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*, 2ª ed., Rio, Freitas Bastos, 1941, p. 10.

² Pedro Baptista Martins, ob. cit., p. 24. ¹ J. Charmont, *Le Droit et L'Esprit Démocratique*, p. 67, apud Pedro Baptista Martins, *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*, 2ª ed., Rio, Freitas Bastos, 1941, p. 10.

Desconheciam-se então limitações, impostas pela finalidade da norma jurídica, enquanto regra destinada a produzir a paz e bem-estar sociais.

2. O RECONHECIMENTO DO ABUSO DE DIREITO

A partir de fins do século passado, começa a ocorrer uma reação à noção de absolutismo dos direitos individuais - que se contrapunha ao absolutismo do Estado - com o fim de se demonstrar que, não só o Poder do Estado é relativo, como também os direitos conferidos ao homem encontram limite nas regras de convívio social, nas noções de bem-estar e justiça sociais. Para tanto contribuíram, no mundo ocidental, a doutrina da Igreja Católica, a doutrina previdencialista do *Welfare State*, após a quebra de 1929 da Bolsa de Nova York, a explosão demográfica nos países do Terceiro Mundo, fortalecendo o conceito de que a propriedade deve ter um fim eminentemente social etc.

Apesar disso, havia ainda quem defendesse a impossibilidade da idéia do abuso de direito, dos quais o mais célebre é sem dúvida Planiol, ao afirmar que a expressão abuso de direito configuraria uma logomaquia, antítese lógica, pois o direito cessa onde o abuso começa. Para o eminente civilista francês, não pode haver uso abusivo de um direito, porque um mesmo ato não pode ser, a um só tempo, conforme e contrário ao direito. Também Dessertaux seguiu pela mesma trilha, propondo inclusive a substituição da expressão por conflito de direitos.⁴

No entanto, a concepção contrária fortalecia-se, pois urgia reconhecer que certos atos, ainda que aparentemente conformes à lei, na verdade eram contrários à moral e aos princípios gerais de direito - ou seja, eram contrários ao ordenamento jurídico visto como um sistema não apenas de normas postas, mas, e principalmente, como um sistema dotado de valores éticos e que possui uma função teleológica em face da sociedade a que se dirige.

Lembrou-se, ademais, que o próprio Direito Romano conheceu o abuso de direito, ainda que como exceção, já que a regra era a do absolutismo dos direitos. No entanto, as conhecidas máximas "summum jus, summa injuria" e "malitii non est indulgendum" demonstram, quando menos, que hipóteses havia em que o direito encontrava um limite, o que no direito intermédio ficou definitivamente assentado, com a ajuda dos canonistas, com a doutrina da *aemulatio*, fixando o princípio da proibição dos atos praticados com *animus aemulandi*. Reconhecida a possibilidade de que um direito possa ser exercido abusivamente, passou-se a discutir em

³ Planiol, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 2ª ed., v. II, Paris, 1902, ns. 870 e ss., onde se lê: "On parle volontiers de l'usage abusif d'un droit, comme si ces deux mots avaient un sens clair et certain. Mais il ne faut pas en être dupe: le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut pas y avoir "usage abusif" d'un droit quelconque, parce qu'un même acte ne peut pas être tout à la fois conforme et contraire au droit".

⁴ Everardo da Cunha Luna, *Abuso de Direito*, Rio, Forense, 1959, p. 100; refere-se o autor que o próprio Planiol propôs uma nova expressão - uso abusivo, que não vingou por ser evidente a *contradictio in adjecto* de que é portadora.

que condições se configuraria o abuso de direito, daí surgindo as correntes básicas, objetivas e subjetivas, que até hoje se defrontam.

3. AS TEORIAS SUBJETIVAS DO ABUSO DE DIREITO

Com raízes na doutrina da emulação, que, como visto, reporta-se aos canonistas e ao próprio Direito Romano, muitas legislações passaram a aceitar o abuso de direito quando ficasse clara, na atitude do agente, a intenção de prejudicar alguém. Os indivíduos gozam de liberdade plena, desde que não se movam na exclusiva intenção de prejudicar outrem, não se indagando de culpa ou de desvio, da finalidade do direito, mas apenas da intenção do agente.

Observe-se que por essa teoria até mesmo o dolo eventual estaria excluído da caracterização da abusividade, posto que exigida a intenção, caso especial de dolo e que, critica-se com razão, restringe excessivamente a configuração do abuso, concedendo-se demais às liberdades individuais, em prejuízo da sociedade. As legislações alemã de 1900 e a austríaca de 1916 adotavam referido critério.

Outras teorias subjetivas exigem ocorra uma certa gravidade de culpa, ou seja, ter-se-á que aferir o grau de culpabilidade do agente,⁵ enquanto outras exigem culpa específica, isto é, culpa por abuso de direito, afirmando que o abuso de direito é um ato culposo mas não um ato ilícito, no que há sem dúvida uma clara contradição teórica.⁶

Tais teorias têm em comum a necessidade de demonstração de prejuízo por parte do atingido pelo ato que se quer imputar como abusivo. Não se questiona se o direito foi desviado de sua finalidade ou não, mas se vai examinar a intenção que moveu o agente, ou, quando menos, se não agiu ele de forma manifestamente negligente ou imprudente, caracterizando com a gravidade de sua culpa o abuso de direito.

4. AS TEORIAS OBJETIVAS DO ABUSO DE DIREITO

Duas as principais correntes dentro das teorias que procuram explicar objetivamente o abuso de direito, as que afirmam consistir o abuso no exercício anormal de um direito, da qual o principal expoente é Saleilles, e a que defende o ato abusivo quando deixe ele de atender à sua finalidade, à função para a qual o direito foi criado e justificadamente existe.

Para Saleilles, o ato abusivo é um ato anormal, porque contraria a finalidade

⁵ "L'abus du droit est-il une application de l'article 1382? Pour M. Porcherot, il n'en est pas ainsi. Il y a ici une autre théorie, construite librement. Il ne suffira pas d'avoir commis une faute quelconque. Il faut que l'imprudence ou négligence dans l'exercice du droit ait une certaine gravité. Ainsi en est-il pour le droit d'ester en justice". René Darnogué, *Traité des Obligations*, t. IV/373, Paris, 1924.

⁶ "Pour le doyen Bonnard, l'abus de droit est une notion d'une spécificité absolue; il admet cependant qu'il constitue une faute, et oppose la "faute pour abus de droit" à la "faute pour illicéité". René Chapus, *Responsabilité Pratique et Responsabilité Privée*, p. 390, nota 389, Paris, 1954.

econômica e social do direito - ato sem conteúdo jurídico, economicamente prejudicial e reprovado pela consciência pública. O critério é eminentemente econômico.⁷

Já o critério finalista tem em Josserand seu mais ilustre Defensor, na síntese perfeita de que "L'acte abusif est l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité".⁸ Para o consagrado Mestre francês, existe o abuso de direito quando o ato é exercido de acordo com o direito da pessoa e contrariamente às regras sociais; desse modo, os pretensos direitos subjetivos não passam de direitos funções, que têm finalidade a cumprir e dela não se podem desviar, sob pena de cometimento de um abuso de direito.

Observe-se que não há de se investigar o elemento subjetivo do ato, porque não é dado ao juiz penetrar o recôndito da alma humana. Não importam o dolo ou a culpa, mas o fato material, somente; causado o dano mediante a prática de um ato abusivo, está o agente obrigado a reparar o dano, é responsável pelo prejuízo ocorrido.

A origem do critério finalista está ligada em ideais e princípios que dizem respeito à finalidade social do direito, visto em seu conteúdo ético e moral. Conforme ensina Alvinho Lima, "a teoria do abuso de direito, proclamando a relatividade dos direitos, não negou a existência dos direitos subjetivos, mas exaltou a influência da moral no direito, combatendo o que Sílvio Trentin chama de "egotismo", isto é, doutrinas que defendem o indivíduo limitado em si próprio... Vence o "egotismo" dos que, sob o conceito de direito absoluto, fechado nos limites imprecisos e incompletos da norma positiva, lesam os direitos de terceiros, causando-lhes danos, sem obediência aos princípios superiores da conduta humana, os quais não podem estar consubstanciados nos preceitos da lei".⁹

Em síntese, para a teoria finalista - e, como se verá, para a nossa lei civil - o abuso de direito "é a ilicitude, a relação de contrariedade entre a conduta do homem e o fim pretendido pela ordem jurídica".¹⁰ É a condenação do que contrarie os fins sociais da lei e as exigências do bem comum, ainda que sob o manto da legalidade estrita, em combate à amoralidade e ao positivismo que a justifique em nome de um suposto império da lei.

5. O ABUSO DE DIREITO NA LEI

Além da previsão geral do art. 5º da LICC, outras hipóteses têm sido vistas pela doutrina como condenações ao abuso de direito. Inserem-se, dentre elas, o art. 100 do CC, prevendo a anormalidade do exercício de um direito a caracterizar a coação; os arts. 526 e 587 da lei civil, vedando a má utilização da propriedade; os

⁷ *Apud* Everardo da Cunha Luna, ob. cit., p. 81.

⁸ *De l'Esprit des Droits et de leur Relativité Théorie dite de l' Abus des Droits*, Paris, 1972.

⁹ Alvinho Lima, *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, verb. "Abuso de direito", v. 1/348.

¹⁰ Adroaldo Leão, *O Litigante de Má-Fé*, Rio, Forense, 1982, p. 10.

arts. 584 e 585 da mesma lei, vedando a poluição da água utilizada por terceiros. Ainda na lei civil, os arts. 1.530 e 1.531 proíbem o exercício abusivo do direito de demanda, o que o Código de Processo Civil cuida de fazer, em detalhes, nos arts. 16-18, disciplinando as hipóteses e as punições à litigância de má-fé. Também na Lei de Falências está prevista a responsabilização, por perdas e danos, de quem abusou do direito de demandar o pedido de falência (art. 20 do Dec.-lei 7.661/45); e o Código de Defesa do Consumidor prevê inúmeras hipóteses de abusividade, por exemplo no rol do artigo 51, inovador à época, ao estabelecer a nulidade contratual de pleno direito, ao caracterizarem-se as situações elencadas.

No novo Código Civil, repetem-se as disposições relativas à coação, como exercício anormal de um direito (artigo 153, “a contrario sensu”), bem como as previsões vedando a má utilização da propriedade, em seção autônoma a normatizar seu uso anormal – artigos 1277 a 1281. O abuso no exercício de demandar é especialmente punido, com maior rigor, no inciso V e no parágrafo único do artigo 14 do CPC, ambos com redação dada pela lei 10.358/01, prevendo a violação aos deveres de cumprimento com exatidão dos provimentos mandamentais e de livre efetivação dos provimentos judiciais como ato atentatório ao exercício da jurisdição (“contempt of court”).

Além destas disposições, frise-se a importância, para parte expressiva da doutrina, da interpretação do art. 160, I, do CC, ao prever como ilícito, por interpretação *a contrario sensu*, o exercício irregular de um direito reconhecido. Para Clóvis, inclusive, está aí o reconhecimento do abuso de direito na lei pátria. No novo Código Civil, a regra é repetida pelo artigo 188, inciso I.

Como seja, o fato é que muitas disposições legais podem ser entendidas como reconhecedoras da teoria do abuso de direito, mormente quando visem a ajustar certas relações sociais às exigências do bem da coletividade, obstaculizando atitudes meramente emulativas ou danos injustos, injustificáveis sob o prisma social ou econômico, independentemente da intenção de lesar do agente.

6. A DOCTRINA BRASILEIRA

De modo geral, a doutrina brasileira admite o abuso de direito, bem como sua ilicitude. Entretanto, esse reconhecimento varia imensamente na forma, em face das teorias objetivas e subjetivas. Eis alguns exemplos dessas divergências:

6.1 Washington de Barros Monteiro e Carvalho Santos admitem o abuso de direito apenas quando haja a intenção maléfica do autor do ato danoso. Exigem a emulação para caracterização do ato como abusivo, filiando-se pois à teoria subjetiva.

6.2 Clóvis Beviláqua entende que a lei brasileira acolheu a doutrina de Saleilles, do abuso de direito como exercício anormal de um direito, não se indagando, pois, do elemento subjetivo. Filia-se à teoria objetiva e cita o reconhecimento do abuso, na lei civil, nos arts. 160, I, e 100 do CC.

6.3 Everardo da Cunha Luna, em sua monografia sobre a matéria, só admite o abuso de direito quando derivado de culpa ou dolo. Embora seja mais flexível do que aqueles que exigem sempre a intenção dolosa, não se filia também à teoria objetiva de conteúdo social e econômico.

6.4 Pedro Baptista Martins, igualmente em monografia sobre a matéria, demonstra tendência em aceitar o critério econômico de Brethe, filiando-se pois à teoria objetiva, posto que abusivo todo ato que contrarie os fins econômicos e sociais do direito.

6.5 Para Adroaldo Leão, e conforme a definição de Josserand, abuso de direito é a relação de contrariedade entre a conduta do homem e o fim pretendido pela ordem jurídica; filia-se à teoria objetiva.

6.6 Também Sílvio Rodrigues filia-se à teoria objetiva, em aceitação ao critério finalista defendido por Josserand, argumentando que a lei brasileira admitiu o abuso de direito no art. 5º da LICC.

6.7 Haroldo Valladão, embora condene o abuso de direito, defende que seu reconhecimento atual é de *lege ferenda*, pois não o reconhece no inc. I do art. 160 do CC e não analisa o cabimento em face do art. 5º da LICC; propõe mudanças para que seja coibido o exercício anti-social, egoísta ou excessivo do direito.

6.8 Por fim, o mestre Carlos Alberto Bittar, após frisar tratar-se de matéria muito discutida entre nós, filia-se à teoria objetiva, segundo o critério finalista, defendendo a configuração do abuso pelo excesso, no exercício de direito, aos limites impostos pelos fins econômicos ou sociais, pela boa-fé ou pelos bons costumes, consoante a redação do art. 185 do projeto de Código Civil. Afirma a aplicação da teoria jurisprudencialmente, em que pese à dissensão doutrinária existente.

Ainda professando a teoria finalista, podem ser citados Eduardo Espínola e José Olímpio de Castro Filho, este em obra clássica sobre o abuso de direito processual (*Abuso do Direito no Processo Civil*, Rio, Forense, 1960, p. 21), além de Alvino Lima, que destaca a necessidade de atendimento aos princípios superiores da moral, vencendo os limites imprecisos e incompletos da norma positiva.

Como se constata, a maior parte de nossa doutrina admite, implícita ou explicitamente, o reconhecimento do abuso de direito no ordenamento jurídico. Variam, porém, e grandemente, os critérios de aceitação da teoria, alguns baseando-se nos critérios de ordem subjetiva, outros defendendo os critérios teleológicos da norma jurídica. Como exposto, filiamo-nos a estes últimos, por considerarmos que o abuso de direito se configura na ocorrência de um dano, objetivamente injusto, decorrente de um ato praticado em contrariedade às finalidades sociais da norma jurídica.

7. O ABUSO DE DIREITO NA JURISPRUDÊNCIA

De há muito se reconhece a possibilidade de ocorrência do chamado dolo processual, ou seja, do abuso no direito de demandar, posto que já o Código de

Processo Civil de 1939 previa responder por perdas e danos aquele que intentasse demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro.

Exemplo típico de aplicação dessa regra jurídica era a decretação do despejo do locatário que obrigasse o locador a, sistematicamente, propor ações de despejo por falta de pagamento para receber os aluguéis em Juízo. Essa atitude da jurisprudência terminou por fim em direito posto, estabelecendo o §2º do art. 36 da Lei 6.649/79 limitação ao benefício legal de purgação da mora em Juízo. Outro exemplo, condenado sistematicamente pela jurisprudência, está na atitude do credor que, ao invés de se valer das vias próprias para cobrança de um débito não representado por título executivo, saca letra de câmbio, a vista, com o objetivo de coagir o devedor ao pagamento.

Também são inúmeros os exemplos de julgados restabelecendo o equilíbrio das relações de vizinhança, em respeito à utilização social da propriedade e em condenação às atitudes meramente emulativas de proprietários na construção de benfeitorias objetivando unicamente o prejuízo de terceiros.

A jurisprudência também aplica a teoria do abuso de direito quando declare a nulidade de um ato administrativo desviado de sua finalidade legal (v. g., a desapropriação de um imóvel por vingança do alcaide contra um seu desafeto político) .

Já a lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) tem sido fonte de inúmeras decisões caracterizando o abuso de direito, mormente em face de seu artigo 51 e incisos, que contêm rol expressivo de situações configuradoras da abusividade.

Seria ocioso citar as inúmeras hipóteses em que, implícita ou explicitamente, os julgadores se socorrem da teoria do abuso de direito para obstar a obtenção de finalidades excusas pelo agente ou, ainda, para evitar um dano objetivamente injusto a terceiros, independentemente da intenção do agente. Pode-se afirmar, porém, com segurança, a quase unanimidade da aceitação, pela jurisprudência, do ato abusivo - e sua conseqüente condenação nas hipóteses concretas em julgamento.

8. DO NOVO CÓDIGO CIVIL

O novo Código Civil, ora em "vacatio legis" e que deverá vigorar a partir de 11 de janeiro de 2003, previu expressamente a figura do abuso de direito, em seu artigo 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"**.

Resta claro ter o novo Código abraçado a teoria objetiva, configurando a ilicitude pelo só fato da "violação da finalidade do direito, de seu espírito, violação essa aferível objetivamente, independentemente de dolo ou culpa (Alvino Lima, "Culpa e Risco", 2ª ed., nº 48, p. 252)" ("apud" NELSON NERY JR. e ROSA MARIA ANDRADE NERY, "Novo Código Civil e Legislação Extravagante", Edit. RT, 2002, p. 109).

Não haverá necessidade, pois, da prova de ter o agente, intencionalmente, desejado causar prejuízo à vítima, até porque a abusividade existirá por si só, ainda que dano concreto não tenha sido causado. Já o artigo 188, inciso I, do novo Código prevê a mesma hipótese do artigo 160, inciso I, do Código de 1916, permanecendo a possibilidade de se vislumbrar o abuso, “a contrario sensu”, no exercício irregular de um direito reconhecido – também aí objetivamente, pois somente no artigo 186 do novo Código (correspondência quase integral com o atual artigo 159) exige-se a culpa, em sentido amplo, para caracterização do ilícito.

O abuso de direito agora consagrado em nossa lei civil tem como fonte imediata o artigo 334 do Código Civil português e este, por sua vez, remete-se ao Código Civil grego, em seu artigo 281. Confirma-se a extrema similitude com a lei civil portuguesa: **“É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”**

É o reconhecimento legal, por fim, do relativismo de qualquer direito no ordenamento jurídico brasileiro, vinculado seu exercício a seus fins sociais e econômicos, à boa-fé e aos bons costumes, bem como ao exercício normal ou regular do direito.

9. O ABUSO DE DIREITO COMO ATO ILÍCITO

Conforme retro-exposto, é defendido pela teoria objetiva, finalista, a diferenciação entre o que é ilegal e o que, embora aparentemente conforme à lei, se divorcie do ordenamento jurídico enquanto sistema de valores éticos e morais, além de jurídicos. Nesse sentido, a aceitação da idéia de que do abuso de direito possa decorrer responsabilidade para o seu autor passa, necessariamente, por sua configuração como ato ilícito - e para isso se terá que entender o ilícito diferentemente do ilegal.

Com efeito, ensina o mestre Carlos Alberto Bittar que “recebe - como também assentado - o nome de “ato ilícito” (a faute, dos franceses) quando contrária a dever geral previsto na ordem jurídica observados os demais condicionamentos técnicos apontados - integrando-se, então, ao campo da responsabilidade extracontratual (CC brasileiro, art. 159) “. ¹¹ Ou seja, também será ilícito o ato que fere a ordem jurídica ainda que tenha, em princípio, obedecido à ordem legal. Ora, o exercício abusivo do direito fere justamente a ordem jurídica. ainda que conforme à lei; como visto. é no desvio de sua finalidade social que o ato se caracteriza como um abuso - ferindo o ordenamento jurídico e, por conseguinte caracterizando-se como *ato ilícito*.

Configurado o ilícito, pode-se então falar em responsabilidade derivada do abuso de direito. É ainda Bittar quem ensina, frisando tratar-se de orientação universal, que nas atividades não perigosas o princípio fundamental é o da responsabi-

¹¹ Carlos Alberto Bittar, *Responsabilidade Civil nas Atividades Nucleares*, São Paulo, Ed. RT, 1985, p. 61.

lidade com culpa, originando-se, pois, somente de ato ilícito à vista do disposto nos arts. 159 e 1.057 do CC.¹²

Qual o critério, porém, na análise do ato como abusivo, que permitirá ao juiz definir um ato como tal, já que precisará ele definir o ilícito praticado em face do ordenamento jurídico e não, estritamente, em face da lei? É nesse ponto que, a nosso ver, devam ser aplicados, coercitivamente, os princípios gerais de direito, e principalmente - na hipótese - aqueles definidos na Lei de Introdução ao Código Civil, que melhormente seria chamada como Haroldo Valladão projetou, “Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas”.¹³

Embora se trate de discussão inesgotável, e em cuja raiz se debatem positivistas e naturalistas de há muito, temos que os princípios gerais de direito configuram regras normativas, a serem aplicadas na omissão da lei posta, conforme ensina o mestre Limongi França;¹⁴ e, muitas vezes, quando postos como regras de aplicação da própria lei posta dão ao juiz a necessária margem de flexibilidade para interpretar a norma jurídica, bem como determinar sua aplicação, de acordo com esses princípios universais, entre nós previstos expressamente nos arts. 4º e 5º da LICC.

Ora, dispõe o citado art. 5º da LICC que o juiz, ao aplicar a lei, “atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. A explícita menção, como regra de aplicação da lei pelo juiz, do atendimento aos fins sociais da norma, configura claramente o reconhecimento de que deve ser coibida a prática de atos que desatendam a esses mesmos fins sociais - por interpretação lógica do referido dispositivo - ou seja, deve ser coibido o abuso de direito, que, como visto, se caracteriza justamente pelo ato praticado em desatenção à finalidade da lei e do Direito enquanto sistema ético e moral.

Já para quem defende a configuração do abuso de direito na regra do inc. I do art. 160 do CC, e dentre eles o grande Clóvis Beviláqua, estamos com Haroldo Valladão, para quem a citada norma visa simplesmente a algum defeito legal no exercício irregular de um direito e não o seu exercício de modo egoísta, excessivo ou anti-social, que conforme a teoria finalista já exposta é o que caracteriza o abuso de direito.¹⁵

Temos, em suma, que o critério da própria lei é o de prever, coercitivamente, que se atenda aos seus fins sociais. Desatendidos esses fins, e dependendo de cada caso concreto, poderá estar caracterizado o abuso de direito, e com ele o

¹² Idem, p. 71.

¹³ Haroldo Valladão, artigo em *Estudios de Derecho Civil -En Honor dei Prol. Castan Tobeñas, Pamplona, ed. Universidad de Navarra*, 1969, pp. 637-643. O texto proposto para configuração do abuso na projetada Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, sob a rubrica “Condenação do Abuso de Direito”, é o seguinte: “Art. 11. Não será protegido o direito que for ou deixar de ser exercido em prejuízo do próximo ou de modo egoísta, excessivo ou anti-social”.

¹⁴ R. Limongi França, *Princípios Gerais de Direito*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1971, p. 240. Ensina o mestre das Arcadas que “os princípios essenciais, não obstante, constituem o fanal que deve iluminar o aplicador, mesmo quando lhe seja dado resolver a controvérsia, logo nos degraus primeiros da matéria”.

¹⁵ Haroldo Valladão, artigo cit., p. 641.

ilícito e a responsabilidade pelas conseqüências danosas do ato abusivo, posto que aquele que causa dano injusto a outrem pode ser compelido a repará-lo. Lembre-se que a reparação será possível não só quando o causador do dano tenha agido em desacordo com a lei e com a intenção manifesta de prejudicar terceiros, como também quando tenha desatendido aos fins sociais da lei, ainda que a atuação do agente se tenha adstrito aos limites aparentes de seu direito subjetivo.

Quanto à definição do que é finalidade social, não falta quem entenda, como os irmãos Mazeaud e Ripert,¹⁶ que esse critério é por demais abstrato e, se acolhido, deixaria perplexo o julgador, por não se ter onde buscá-lo à luz de um critério técnico.

Nada vemos, porém, de inatingível nessa tarefa de buscar em cada caso concreto o que seja a finalidade social da norma jurídica, posto que também é o juiz quem define, caso a caso, o que seja negligência, imprudência e imperícia; posto que é justamente ao juiz que cabe interpretar o alcance, a abrangência da norma em face da hipótese em julgamento; posto que em inúmeros casos a própria lei fixa, como parâmetro de decisão da causa, o prudente arbítrio do juiz.

Não se há de esconder que em toda decisão existe forte carga de subjetivismo, próprio da formação, da ideologia, dos ideais de cada julgador. Mas nenhuma lei jamais conseguirá tirar do juiz sua individualidade, e os reflexos dela no momento da decisão. Ademais, lembra o abalizado Sílvio Rodrigues que a decisão do juiz inferior será revista pelos órgãos recursais, o que tornará extremamente provável que a sentença final atenda aos ditames da justiça;¹⁷ o fato é que a margem de liberdade para fixar o que seja o fim social da lei nada mais é do que função própria do Poder Judiciário, nunca sendo demais lembrar que é a própria Lei de Introdução ao Código Civil que impõe ao juiz a observância dessa finalidade quando da aplicação da norma jurídica.

Posta a questão nesses termos, é possível concluir que é tarefa da jurisprudência, dinâmica por natureza e necessariamente atenta a seu tempo, definir a finalidade social da lei em cada caso concreto, em face da realidade social, cultural e econômica vivida em cada momento histórico. Nada se estará fazendo além de dar cabal atendimento à regra do art. 5º da LICC, dado ser coercitiva a regra que manda ao juiz atender às finalidades sociais da lei quando de sua aplicação.

¹⁶ *Apud* Everardo da Cunha Luna, ob. cit., pp. 84-87.

¹⁷ Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*, v. 4, *Responsabilidade Civil*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1982, pp. 56 e 57. As objeções de Mazeaud e Mazeaud são assim traduzidas pelo mestre paulista: "Não que tenhamos demais o arbítrio do juiz; confiamos nele; é indispensável não o prender a regras fixas. Ao menos é preciso que ele saiba o que se lhe pede. Ora, o que se lhe pede? Pede-se-lhe de determinar a função social de um direito, de dizer com que escopo o legislador reconhece a existência do direito de propriedade, do pátrio poder etc. Uma tal questão não comporta solução sobre o terreno jurídico, porque é imensa. O juiz, compelido a respondê-la, deverá sair do domínio do Direito; ele cairá no domínio da política. Eis o perigo do critério: um socialista terá o mesmo conceito sobre o fim para o qual é conferido o direito de propriedade, ou o direito de associação, que um adversário da doutrina de Karl Marx? Evidentemente não. Defender a doutrina da finalidade social dos direitos, não é absolutamente cair no socialismo, mas é compelir o juiz a encarar o problema da responsabilidade sob o ângulo da política".

10. CONCLUSÕES

Sem qualquer intenção de haver esgotado o assunto que é por demais amplo e que tem matizes que escapam ao objetivo deste trabalho, que é apenas o de demonstrar o cabimento do abuso de direito e a responsabilidade de quem tenha lesado terceiros na prática desse abuso, pode-se concluir, a respeito do aqui exposto:

10.1 O exercício abusivo de um direito fere frontalmente o ordenamento jurídico, ainda que aparentemente conforme à lei; caracteriza-se, aí, como um ato ilícito.

10.2 Por ser ilícito, o ato abusivo gera a responsabilidade do agente ao ressarcimento dos danos que injustamente tenha causado a terceiros.

10.3 A configuração do abuso de direito dependerá da análise judicial, em cada caso concreto, de haver o ato sido praticado em desconformidade com a finalidade social da lei e às exigências do bem comum, independentemente da intenção do agente em criar o prejuízo.

10.4 *Em síntese*: do abuso de direito decorre a responsabilidade pela reparação do dano, objetivamente injusto, causado a terceiros por desvio de finalidade quando da prática do ato lesivo.