

A CONSTRUÇÃO DO ABUSO DE DIREITO NOS DEZ ANOS DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

Flávio Tartuce¹

Ao Mestre Zeno Veloso.
Um dos meus gurus intelectuais.

1.



responsabilidade civil sofreu contundentes alterações com a emergência do Código Civil de 2002, na esteira da grande evolução pela qual passou a disciplina jurídica nos últimos séculos. Como se extrai de clássico artigo de Jossérand, ao tempo em que o jurista era estudante, a matéria era tratada pelos professores em uma única lição, como se fosse um assunto totalmente secundário; apesar da já crescente necessidade de, no mínimo, dez ou doze lições.² Ainda de acordo com o citado estudo, a responsabilidade civil passava a ser, à época, um assunto do primeiro plano da atualidade judiciária e doutrinária, tornando-se *a grande sentinela do Direito Civil mundial, a primeira entre todas*.³

2. Esse papel de *sentinela* é evidente na contemporaneidade, o que pode ser percebido pela numerosa quantidade de demandas judiciais e de estudos doutrinários a respeito da responsabilidade civil. Os próprios *manuals* relativos à disciplina

¹ Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUCSP. Professor do programa de mestrado e doutorado da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Coordenador e professor dos cursos de graduação e pós-graduação *lato sensu* da Escola Paulista de Direito. Professor da Rede de Ensino LFG. Advogado e consultor jurídico.

² JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 86, 1941, p. 51-52.

³ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 86, 1941, p. 52.

ganharam corpo substancial, seja na quantidade, seja na complexidade dos estudos. Grandes são os desafios relativos à matéria de indenizações e também à imputação do dever de reparar os prejuízos. Trata-se de um campo do Direito Civil que traz a falsa sensação de *facilidade*, pois é permeada por questões profundas e por uma imensa variedade de teorias e problemas casuísticos.

3. O presente trabalho científico pretende demonstrar a evolução sentida a respeito de um dos conceitos estruturais da responsabilidade civil: o abuso de direito. Como é notório, o Código Civil de 1916 amparava a ilicitude ou antijuridicidade em apenas uma categoria: o ato ilícito, tratado no art. 159.⁴ O Código Civil de 2002, por sua vez, traz duas modalidades de ilicitude: o *ato ilícito puro* ou *padrão*, tratado no art. 186; e o abuso de direito, *ilícito equiparado* previsto no art. 187.⁵ O que se almeja é demonstrar como se têm *construído* a estrutura e a função do instituto nesses últimos dez anos na realidade jurídica brasileira.⁶

4. Esclareça-se que o presente estudo funciona como um singelo contraponto doutrinário ao brilhante artigo de José de Oliveira Ascensão, intitulado *A desconstrução do abuso do direito*, publicado nos anos iniciais de vigência da atual codifi-

⁴ CC/1916. “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. (Vide Decreto do Poder Legislativo n. 3.725, de 1919). A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553.”

⁵ É a redação do art. 186 do atual Código Civil: “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”.

⁶ Pode-se dizer que o presente artigo constituiu *um ato continuado* de outro trabalho, escrito em 2003 e publicado no ano seguinte: TARTUCE, Flávio. Considerações sobre o abuso do direito ou ato emulativo civil. In: *Questões controvertidas no novo Código Civil*. Coord. Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Método, 2006, v. 2, p. 89-110. Esse foi o segundo artigo científico elaborado por este autor.

cação brasileira.⁷ Como uma das suas principais conclusões, deduz o mestre de Lisboa que: “Eis porque se justifica afirmar que o abuso do direito não é, apesar das aparências, um instituto da lei brasileira. Não é o conteúdo do art. 187 do novo Código Civil, que nem sequer usa a expressão do abuso do direito”.⁸ O tempo e a prática nacional já demonstraram que se trata, sim, do remoto conceito de abuso de direito, o qual sofreu um redimensionamento para a nossa tradição e cultura político-jurídico-social.

5. O art. 187 do atual Código Civil Brasileiro dispõe que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Apesar da falta de menção expressa, trata-se da consagração legal do *abuso de direito* ou *abuso do direito*, dispositivo que sofreu claras influências do art. 334º do Código Civil de Portugal.⁹ Apesar das semelhanças, pode ser percebida uma nítida diferença entre os comandos legais comparados, uma vez que o Código Civil Brasileiro acabou por equalizar o abuso de direito ao *ato ilícito puro* do art. 186 pelo uso da expressão “também comete”, ao contrário do dispositivo lusitano, que menciona a existência de um ato ilegítimo.¹⁰

⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006, v. 4, p. 33-54.

⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006, v. 4, p. 54.

⁹ Código Civil Português. “Art. 334º (Abuso do direito). 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.”

¹⁰ A respeito do tema, no Direito Português, ver: CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2005. No Direito Brasileiro: LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988; MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997; CARVALHO NETO, Inácio. *Abuso do direito*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2006 (Série Pensamento Jurídico); BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006; MIRAGEM, Bruno. *O abuso do*

6. Na opinião deste autor, é irrelevante o uso diferenciado das terminologias *abuso de direito* ou *abuso do direito*, sendo até preferível a primeira pela aplicação no Brasil sob os pontos de vista didático, metodológico e gramatical. Em outras palavras, acreditamos que a expressão *abuso de direito* não traz a falsa impressão de que se trata de um *abuso permitido pelo Direito*, ou *que integra o Direito*.¹¹ Ao contrário do que se aventa, a última expressão denota que o caso é de *abuso de um direito reconhecido pelo ordenamento jurídico*. No Direito Português, por sua notável tradição, pode até ser preferível o termo *abuso do direito*, para melhor explicar a categoria. Porém, entre os brasileiros, a citada confusão não tem o costume de ocorrer, até porque é do nosso costume jurídico o uso de termos em *duplo sentido* para explicar as categorias.

7. Relativamente ao conceito de abuso de direito, é precisa a construção de Rubens Limongi França, seguida desde os nossos primeiros estudos, no sentido de que o abuso de direito constitui uma categoria de conteúdo próprio, entre o ato lícito e o ilícito, ou seja, *o abuso de direito é lícito pelo conteúdo e ilícito pelas consequências*.¹² Em outras palavras, a ilicitude do ato, no abuso, está na forma de sua execução, ou seja, na sua prática; o que o diferencia do *ilícito puro* do art. 186, que é antijurídico no todo (no conteúdo e pelas consequências). Anote-se que o próprio Limongi França utiliza o termo *abuso de*

direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009; RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: RT, 2012.

¹¹ Como quer, por todos: DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Dantas. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*. Biblioteca de estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. Curitiba: Juruá, 2007, p. 254-255.

¹² “O ato ilícito (*Manual*, v. 1º, p. 211) é toda manifestação da vontade que tenha por fim criar, modificar ou extinguir uma relação de direito. O ato ilícito é uma ação ou omissão voluntária, ou que implique negligência ou imprudência, cujo resultado acarrete violação de direito ou que ocasione prejuízo a outrem. Finalmente, o abuso de direito consiste em um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito” (LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 2, p. 45).

direito, afastando a citada confusão em relação às expressões.

8. Também é interessante definir o abuso de direito como um *exercício irregular ou não regular de um direito*, como fazem Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery: “Abuso do direito. Conceito. Distinção do ato ilícito. Ocorre quando o ato é resultado do exercício *não* regular do direito (CC art. 188, I, *in fine*, a *contrario sensu*). No ato abusivo há violação da finalidade do direito, de seu espírito, violação essa aferível objetivamente, independentemente de dolo ou culpa”.¹³ Como se vê, a construção serve para distinguir o abuso do exercício regular de um direito concebido pelo sistema como um ato lícito, que não gera o dever de reparar.¹⁴

9. Nesse ínterim, quando o agente desrespeita os parâmetros previstos no art. 187 do Código Civil no exercício de algo legítimo, estará presente o ilícito equiparado. O exemplo típico de enquadramento envolve o cadastro de inadimplentes ou cadastro negativo. Como é cediço, o próprio Código de Defesa do Consumidor (CDC) reconhece a possibilidade de inscrição, no seu art. 43.¹⁵ Trata-se, em regra, de um *exercício*

¹³ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 255.

¹⁴ CC/2002. “Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I — os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido...”

¹⁵ CDC. “Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. § 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.”

regular de direito. Porém, a inscrição indevida, sem justa causa ou quando a dívida não existe, constitui um exercício irregular de direito ou abuso de direito. Cite-se a hipótese em que não há a comunicação prévia do devedor a respeito da inscrição, o que constitui um desrespeito ao dever anexo de informação, decorrente da boa-fé objetiva, a gerar o dever de reparar.¹⁶

10. A tão mencionada *equiparação dos ilícitos*, para os fins da responsabilidade civil, igualmente consta do art. 927, *caput*, do atual Código Brasileiro, que assim enuncia: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Como se pode perceber, quando o dispositivo menciona o ato ilícito, traz entre parênteses o ato ilícito propriamente dito (*ilícito puro* ou *ilícito padrão*) e o ilícito equiparado, decorrente do exercício irregular de um direito. Em ambos os casos, surge o dever de reparação, conforme prevê a parte final da norma nacional.

11. Como se depreende da leitura do art. 187, o abuso de direito está amparado em *cláusulas gerais*, conceitos abertos e indeterminados que devem ser preenchidos pelo aplicador caso a caso. Segue-se, assim, a linha filosófica *realeana*, segundo a qual o Direito deve estar estribado na tríade *fato, valor e norma*, marca da festejada teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale e do culturalismo jurídico que inspiram a codificação brasileira de 2002. Pode-se afirmar que tais limites constituem *parâmetros sociais para as condutas perante a coletividade*.

12. O primeiro conceito aberto previsto é o fim social e econômico, que tem o sentido de função coletiva dos institutos correlatos, como consta do art. 421 do próprio Código Civil ao prescrever a função social do contrato como limitadora do conteúdo das avenças.¹⁷ De imediato, já se percebe que o abuso de

¹⁶ Nos termos da Súmula n. 359 do Superior Tribunal de Justiça, “Cabe ao órgão mantenedor do cadastro de proteção ao crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição”.

¹⁷ CC/2002. “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites

direito não só pode como também deve ser aplicado à esfera contratual, ao campo da autonomia privada.¹⁸ Em um país em que prevalecem os *contratos impostos, abusivos e violadores da dignidade humana*, o art. 187 do Código Civil tem certa finalidade de controle indeclinável, como se tem percebido nesses dez anos iniciais da codificação geral privada.

13. Tornou-se corriqueira, entre nós, a incidência do conceito aos negócios jurídicos patrimoniais, aventando-se a nulidade das cláusulas, por ilicitude do objeto, que violam a função social do contrato. Nessa linha, o pertinente Enunciado n. 431, da *V Jornada de Direito Civil*, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em novembro de 2011, segundo o qual “A violação do art. 421 conduz à invalidade ou à ineficácia do contrato”. Não tem sido diferente a conclusão da jurisprudência de escol.¹⁹ Como

da função social do contrato.” Apesar da expressão *liberdade de contratar*, a limitação deve ser entendida em relação ao conteúdo dos negócios (*liberdade contratual*).

¹⁸ Ao contrário do que entende Oliveira Ascensão (ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006, v. 4, p. 39).

¹⁹ A ilustrar, três ementas, sem prejuízo de numerosos julgados que aplicam a ideia de abuso de direito para o contrato: “RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA. Contrato para desconto de títulos garantido por fiança. Nulidade da assinatura do cônjuge do fiador, reconhecida pela instituição financeira credora, que não invalida a fiança, tampouco o contrato por ela garantido, observados os postulados da boa-fé objetiva e da função social dos contratos. Quebra dos deveres anexos e abuso de direito que autorizam, força na função interpretativa da boa-fé objetiva, a manutenção da validade da fiança prestada. Responsabilidade da fiadora que também decorre da condição de coobrigada. Salvaguarda da meação do cônjuge do fiador em futura execução, observada a regra contida no art. 655-b do CPC. Apelo não provido. Unânime” (TJRS, Apelação cível n. 426207-78.2011.8.21.7000, Estrela, Décima Sétima Câmara Cível, Relª Desª Bernadete Coutinho Friedrich, julgado em 15/12/2011, *DJE* RS 18/01/2012) “SEGURO DE VIDA EM GRUPO. PRESCRIÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. REPARAÇÃO CIVIL FUNDADA EM SUPOSTO ATO ILÍCITO. INCIDÊNCIA DO PRAZO DE TRÊS ANOS PREVISTO NO ART. 206, § 3º, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, A CONTAR DA CIÊNCIA DOS AUTORES, ACERCA DA NÃO RENOVAÇÃO DA APÓLICE, POR INICIATIVA DA SEGURADORA. Presente ilegalidade e abuso diante da não renovação do contrato de seguro mantido por mais de trinta anos, frustração de justa expect

transmitido há mais de uma década por Álvaro Villaça Azevedo, não se pode admitir um contrato que gere o massacre de uma parte sobre a outra, o que representa muito bem a ideia de função social do contrato, construída até a atualidade pela civilística brasileira.

14. Em suma, os dez anos iniciais do Código Civil de 2002 demonstram que o abuso de direito não se situa apenas na órbita extracontratual. Ainda para demonstrar tal premissa, a jurisprudência superior tem entendido que a recusa injustificada ao cumprimento do contrato pode caracterizar o abuso de direito ensejador do dever de reparar. Cite-se a célebre situação de contratos que envolvem direitos fundamentais, caso a respeito de plano de saúde.²⁰ Consigne-se a aprovação de enunci-

tativa à manutenção do ajuste ofensa aos princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato incidência do Código de Defesa do Consumidor. Danos materiais inoccorrência seguradora, durante a vigência do contrato, suportou os riscos a ele inerentes. Razoável a fixação de indenização por dano moral recurso parcialmente provido” (TJSP, Apelação n. 9105398-02.2008.8.26.0000, Acórdão n. 5484046, Itapeva, Trigésima Primeira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Casconi, julgado em 18/10/2011, *DJE SP 25/10/2011*). “APELAÇÃO CÍVEL PLANO DE SAÚDE. CONTRATO COLETIVO/EMPRESARIAL AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL JULGADA PROCEDENTE SEGURADORA QUE MANIFESTOU SEU DESINTERESSE NA RENOVAÇÃO ANUAL DO CONTRATO, COM APOIO EM CLÁUSULA CONTRATUAL EXPRESSA QUE LHE PERMITE O CANCELAMENTO DO CONTRATO SE HOVER ALTERAÇÕES NO GRUPO SEGURADO QUE O TORNEM INVIÁVEL INADMISSIBILIDADE CONTRATO DE TRATO SUCESSIVO INCIDÊNCIA DA LEI Nº 9.656/98, SEM PREJUÍZO DAS NORMAS COGENTES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Abusividade e consequente nulidade de cláusula contratual que prevê a possibilidade de resilição unilateral do contrato por parte da operadora de saúde, mediante denúncia imotivada Abuso do direito de resilir. Afronta aos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Contrato que vigora há anos, gerando justa expectativa de renovação. Resolução do contrato que deve ser motivada e precedida de comunicação aos consumidores, com prazo razoável de antecedência, não se admitindo como motivo a simples inviabilidade do contrato para a Seguradora. Sentença mantida. Negado provimento ao recurso” (TJSP, Apelação n. 9064519-89.2004.8.26.0000, Acórdão n. 5034299, São Bernardo do Campo, Nona Câmara de Direito Privado, Rel^a Des^a Viviani Nicolau, julgado em 29/03/2011, *DJE SP 25/05/2011*).

²⁰ Colaciona-se uma das decisões do STJ nesse sentido: “PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PLANO DE SAÚDE.

ado doutrinário na *V Jornada de Direito Civil*, conforme proposição deste autor, prevendo que “O descumprimento de contrato pode gerar dano moral quando envolver valor fundamental protegido pela Constituição Federal de 1988” (Enunciado n. 411 CJF/STJ).

15. Além da função social, utiliza-se como parâmetro a boa-fé, aqui entendida como a boa-fé objetiva, aquela que existe no plano da conduta de lealdade dos participantes negociais. Nos termos do Enunciado n. 26, da *I Jornada de Direito Civil*, evento do ano de 2004, a cláusula geral da boa-fé objetiva “impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes”.²¹ A exemplo do que ocorre com a função social do contrato, a boa-fé objetiva tem notória função de coibir condutas movidas pela má-fé, pelo enriquecimento sem causa e por interesses egoísticos e *antifuncionais* (*função de controle*, retirada justamente do art. 187). Ao lado da função social do contrato, a boa-fé objetiva tem sido utilizada para mitigar a força obrigatória da convenção,

RECUSA INJUSTIFICADA DE COBERTURA DE TRATAMENTO MÉDICO. DESCUMPRIMENTO DE NORMA CONTRATUAL A GERAR DANO MORAL INDENIZÁVEL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO ACERCA DA NÃO APROVAÇÃO DO MEDICAMENTO PELA ANVISA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A recusa injustificada de Plano de Saúde para cobertura de procedimento médico a associado configura abuso de direito e descumprimento de norma contratual, capazes de gerar dano moral indenizável. Precedentes. 2. As cláusulas restritivas ao direito do consumidor devem ser interpretadas da forma mais benéfica a este, não sendo razoável a seguradora se recusar a prestar a cobertura solicitada. 3. Agravo regimental não provido” (STJ, AgRg no REsp 1253696/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18/08/2011, *DJe* 24/08/2011).

²¹ Mencionado o citado enunciado doutrinário, Pablo Malheiros Cunha Frota alude que “A boa-fé é dever contratual geral que moraliza o contrato, já que devem as partes agir com honestidade, com lealdade (Enunciado CJF 26), com lisura, com probidade nas fases contratuais, sem que uma das partes obtenha com o pacto vantagens desmedidas, respeitando-se a legítima expectativa dos contratantes, mesmo que não haja previsão legal ou contratual” (FROTA, Pablo Malheiros Cunha. Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo. Curitiba: Juruá, 2011, p. 209).

afastando notórios abusos e desequilíbrios.²² Embora se sustente que tais regramentos são meros artifícios de retórica, pois *de uma boa argumentação também se constrói o bom direito*.

16. Por fim, o art. 187 do CC/2002 estabelece os *bons costumes* como parâmetros para a configuração do abuso de direito, conceito que deve ser analisado de acordo com fatores sociais, espaciais e temporais, premissa já defendida quando do nosso primeiro texto a respeito da matéria.²³ Partilhando dessa forma de pensar, enunciado doutrinário aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, de autoria de Otávio Luiz Rodrigues Jr.: “Os bons costumes previstos no art. 187 do CC possuem natureza subjetiva, destinada ao controle da moralidade social de determinada época, e objetiva, para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela função social e pela boa-fé objetiva” (Enunciado n. 413 do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça). Tal enunciado é interessante por trabalhar com dois conceitos que permeiam as ciências sociais: o subjetivo — associado à

²² Conforme recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, “A novação, conquanto modalidade de extinção de obrigação em virtude da constituição de nova obrigação substitutiva da originária, não tem o condão de impedir a revisão dos negócios jurídicos antecedentes, máxime diante da relativização do princípio do *pacta sunt servanda*, engendrada pela nova concepção do Direito Civil, que impõe o diálogo entre a autonomia privada, a boa-fé e a função social do contrato. Inteligência da Súmula 286 do STJ” (STJ, REsp 866.343/MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/06/2011, *DJe* 14/06/2011). Ou, de outra notória ementa, relacionada aos *contratos de gaveta*: “O Código Civil de 1916, de feição individualista, privilegiava a autonomia da vontade e o princípio da força obrigatória dos vínculos. Por seu turno, o Código Civil de 2002 inverteu os valores e sobrepõe o social em face do individual. Dessa sorte, por força do Código de 1916, prevalecia o elemento subjetivo, o que obrigava o juiz a identificar a intenção das partes para interpretar o contrato. Hodiernamente, prevalece na interpretação o elemento objetivo, vale dizer, o contrato deve ser interpretado segundo os padrões socialmente reconhecíveis para aquela modalidade de negócio” (STJ, AgRg no REsp 838.127/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/02/2009, *DJe* 30/03/2009).

²³ TARTUCE, Flávio. Considerações sobre o abuso do direito ou ato emulativo civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirido (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006, v. 2, p. 89-110.

razoabilidade - e o objetivo — relacionado à proporcionalidade. Ilustrando, no que concerne a *maus costumes*, a jurisprudência superior acabou por proibir atos coletivos de crueldade contra animais, como a *farra do boi* e a *rinha de galos*.²⁴ Quem

²⁴ “COSTUME. MANIFESTAÇÃO CULTURAL. ESTÍMULO. RAZOABILIDADE. PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA. ANIMAIS. CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado ‘farra do boi’”. (STF, RE 153531/SC, Segunda Turma, Rel. Desig. Min. Marco Aurélio, julgado em 03/06/1997, DJU 13/03/1998, p. 13). “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. BRIGA DE GALOS (LEI FLUMINENSE Nº 2.895/98). LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE, PERTINENTE A EXPOSIÇÕES E A COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, FAVORECE ESSA PRÁTICA CRIMINOSA. DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA GALOS DE BRIGA. CRIME AMBIENTAL (LEI Nº 9.605/98, ART. 32). MEIO AMBIENTE. DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225). PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE. DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CF, ART. 225, § 1º, VII). DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL. RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA. AÇÃO DIRETA PROCEDENTE. LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE AUTORIZA A REALIZAÇÃO DE EXPOSIÇÕES E COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES. NORMA QUE INSTITUCIONALIZA A PRÁTICA DE CRUELDADE CONTRA A FAUNA. INCONSTITUCIONALIDADE. A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da ‘farra do boi’ (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes. A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade. — Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitir todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga (*gallus-gallus*). Magis-

sabe — o que demonstra como os costumes mudaram - o próximo alvo de discussão sejam os rodeios, tão comuns no interior do Brasil.

17. Acabou por consolidar-se nos últimos dez anos o entendimento segundo o qual a responsabilidade decorrente do abuso de direito é objetiva, independente de culpa. Eis aqui outra diferença importante em relação ao art. 186 do CC/2002, que trata do *ilícito puro* ou *padrão*, eis que o último comando adotou o modelo culposo de responsabilização, pela menção à ação ou omissão voluntária, à imprudência e à negligência. A propósito da correta conclusão a respeito do abuso de direito, vejamos o Enunciado n. 37, da *I Jornada de Direito Civil*, de 2004: “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”. Não tem sido diferente a conclusão da melhor doutrina.²⁵ Como é notório, foi a partir da *teoria do risco* que a responsabilidade civil independente de culpa emergiu nos sistemas jurídicos, visando a facilitar a tutela da vítima.

18. De acordo com as lições extraídas do clássico estudo de Josserand, a culpa provada, como pressuposto da responsabilidade civil, trazia ao autor da ação um fardo muito pesado,

tério da doutrina. (...) (STF, ADI 1.856/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 26/05/2011, *DJE* 16/11/2011, p. 16).

²⁵ Nesse sentido, por todos: NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I, p. 371-372; DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 219; DUARTE, Nestor. *Código Civil comentado*. In: PELUSO, Cezar (Coord.). São Paulo: Manole, 2007, p. 124; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. I, p. 448; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*. Teoria geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 479; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 143; BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo Código Civil*, cit., p. 135-143; JORDÃO, Eduardo. *Abuso de direito*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 125; RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: RT, 2012, p. 170. Anote-se que outrora nos filiamos a esta corrente: TARTUCE, Flávio. Considerações sobre o abuso de direito ou ato emulativo civil. In: Delgado, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controversas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004, v. 2, p. 92.

constituindo um “considerável *handcap* para aquele sôbre cujos ombros caía”.²⁶ Nesse contexto, impor a vítima ou a seus sucessores a demonstração inequívoca da culpa equivaleria a recusar-lhes a tutela reparatória, uma vez que a teoria tradicional relativa ao tema — fundada no conceito subjetivo de culpa - já se tornava insuficiente e perempta, sendo necessário, à época, alargar os fundamentos em que se repousavam o antigo *edifício de antanho*, que não correspondia mais às necessidades sociais.²⁷ Além da preocupação com a vítima, no abuso de direito a responsabilidade objetiva acaba funcionando como uma punição ao abusador, que desrespeita os padrões sociais de conduta ditados pelo art. 187 do CC/2002.

19. Não se olvide que o abuso de direito constitui um instituto com ampla aplicação, tendente a repercussões em todos os ramos do Direito, até porque é possível fundamentar constitucionalmente a categoria. Nessa esteira, o Enunciado n. 414, da *V Jornada de Direito Civil* (2011), que preconiza com precisão: “A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança e aplica-se a todos os ramos do direito”. Em suma, o abuso de direito é multifacetário, com amplitude pluricultural e interdisciplinar. Cumpre destacar, nesse contexto, que a aplicação da categoria chegou até o Direito de Família, seja nas relações de conjugalidade, seja na de parentalidade.²⁸ Na opinião do presente autor,

²⁶ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 86, 1941, p. 55.

²⁷ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 86, 1941, p. 55-56.

²⁸ Sobre tal incidência, por todos: GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de família e princípio da boa-fé objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009; SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do V Congresso de Direito de Família do Instituto Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 125-143; ALVES, Jones Figueirêdo. Abuso de direito no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 481-505; CARVALHO NETO, Inácio. *Abuso*

o exemplo típico de abuso de direito nessa seara envolve o engano quanto à prole, tão comum na prática jurisdicional.²⁹

20. Desde os primórdios do Direito Romano e passando pelo Direito Medieval, o exemplo típico de abuso de direito está relacionado com os abusos decorrentes do exercício do direito de propriedade (*atos emulativos* ou *aemulatio*), principalmente aqueles que envolvem os direitos de vizinhança. Pode-se afirmar que um dos conceitos que mais evoluiu no Direito Privado é o de propriedade, ganhando uma nova roupagem com a promulgação do Código Civil de 2002. As atribuições da propriedade estão previstas no *caput* do art. 1.228 do CC em vigor, que repete parcialmente o que estava no art. 524 do CC/1916. O direito de propriedade é aquele que atribui ao seu titular as prerrogativas de usar, gozar, buscar ou reaver a coisa, sendo oponível contra todos (*erga omnes*). A reunião dessas quatro prerrogativas ou atributos caracteriza a propriedade plena, sendo necessário observar que esses elementos encontram limitações na própria norma civil codificada, eis que deve a propriedade ser limitada pelos direitos sociais e coletivos. Se na teoria clássica isso já era observado, é de se imaginar que agora, após as revoluções populares históricas, a concepção de propriedade ficou ainda mais restrita.³⁰ O Código Civil atual —

do direito. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 225-233; FARIAS, Cristiano Chaves. A tutela jurídica da confiança aplicada ao direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 241-271

²⁹ A esse propósito, julgado do Superior Tribunal de Justiça, com imputação de responsabilidade civil à mulher: “RESPONSABILIDADE CIVIL — DANO MORAL — MARIDO ENGANADO — ALIMENTOS. RESTITUIÇÃO. A mulher não está obrigada a restituir ao marido os alimentos por ele pagos em favor da criança que, depois se soube, era filha de outro homem. — A intervenção do Tribunal para rever o valor da indenização pelo dano moral somente ocorre quando evidente o equívoco, o que não acontece no caso dos autos. Recurso não conhecido” (STJ, REsp 412.684/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Data da publicação 25/11/2002).

³⁰ É interessante a ideia de hipoteca social que recai sobre a propriedade, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal: “O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que,

a exemplo do que fazia a codificação anterior — consagra limitações para a utilização da propriedade, principalmente a imóvel, assim como a previsão de normas relativas ao direito de vizinhança, que traz regras relacionadas com o uso indevido da propriedade, com as árvores limítrofes, com a passagem forçada, com as águas e com os limites entre prédios.³¹

21. Nesse âmbito, o art. 1.277 do CC/2002 consagra modalidade de abuso de direito, ao vedar o *uso anormal da propriedade*: “O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança”. São comuns os conflitos nas relações vicinais, notadamente nas grandes cidades. Podem ser citados, por exemplo, os litígios que envolvem animais, geralmente resolvidos pelo conceito de abuso de direito.³² Nos ter-

descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5.º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade” (STF, ADIn 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 23.04.2004).

³¹ Francisco Amaral assim elucida: “são exemplos práticos de abuso de direito os que se verificam nas relações de vizinhança” (AMARAL, Francisco. *Os atos ilícitos. O novo Código Civil*. Estudos em Homenagem a Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003, p. 162).

³² A ilustrar, três ementas, bem recentes: “Direito de vizinhança, ação de obrigação de fazer e não fazer c/c pedido cominatório e indenização por danos materiais e morais uso nocivo da propriedade. Alegação de barulho excessivo e maus odores causados por criação de animais, alegações comprovadas por certidão do oficial de justiça. Sentença de procedência mantida. Art. 252 do regimento interno do TJSP. Recurso improvido” (TJSP, Apelação n. 9185370-21.2008.8.26.0000, Acórdão n. 5552471, Campinas, Trigesima Primeira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Casconi, julgado em 22/11/2011, *DJE* SP 29/11/2011). “APELAÇÃO

mos do Enunciado n. 319, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil* (2006), a solução dessas causas que envolvem os conflitos de vizinhança deve guardar estreita sintonia com os princípios constitucionais da intimidade, da inviolabilidade da vida privada e da proteção ao meio ambiente.

22. Ainda no que diz respeito ao abuso no exercício da propriedade, o Direito Ambiental, particularmente pelo seu fundamento constitucional relacionado à função social da propriedade, também trouxe outras importantíssimas limitações, sendo razão relevante para a restrição dos direitos advindos da propriedade.³³ Seguindo essa lógica, merece destaque o que

CÍVEL. DIREITO DE VIZINHANÇA. AÇÃO DE DANO INFECTO. MAU USO DE PROPRIEDADE. Guarda de grande número de animais (cães e gatos). Geração de excessivo mau cheiro e incômodos desproporcionais aos vizinhos. Fato constitutivo do direito da parte autora devidamente comprovado. Restrições aos direitos à propriedade e à liberdade cabíveis na espécie, visando harmonizá-los com iguais direitos dos proprietários vizinhos. Exegese do art. 187 do Código Civil. Limitada a posse de animais em propriedade vizinha. Pretensão dos autores de impor à ré a proibição de posse de todo e qualquer animal na propriedade. Indeferimento. Ausência de amparo legal. Utilização, como norte da solução do litígio, dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Negado provimento a ambos os recursos. Unânime” (TJRS, Apelação cível n. 517572-19.2011.8.21.7000, Tapejara, Décima Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Pedro Celso Dal Pra, julgado em 10/11/2011, *DJE RS* 18/11/2011). “AGRAVO DE INSTRUMENTO — CONDOMÍNIO. AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. PRETENSÃO DE RETIRADA DE ANIMAIS (CÃES) DO LOCAL. Liminar deferida em primeiro grau para redução do número de animais de (15) quinze para (03) três, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de multa diária de R\$ 200,00 (duzentos reais). Aquele que possui cachorros possui o dever legal de conservá-los impedindo que causem qualquer espécie de constrangimento ou perturbação. Os documentos trazidos aos autos convergem na versão dos agravados em indicar que existe manifesta perturbação aos vizinhos. Direito de vizinhança. Uso anormal da propriedade. Decisão monocrática mantida. Recurso improvido” (TJSP, Agravo de instrumento n. 0334465-16.2010.8.26.0000, Acórdão n. 4916790, Valinhos, Vigésima Oitava Câmara de Direito Privado, Rel^a Des^a Mello Pinto, julgado em 20/01/2011, *DJE SP*, julgado em 18/02/2011).

³³ O amparo constitucional do Direito Ambiental está na proteção do Bem Ambiental, retirada principalmente do art. 225, *caput*, da Constituição da República: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. A

está previsto no § 1.º do art. 1.228 da atual codificação, cujo teor de redação é o seguinte: “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico, artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”. Assim, a norma jurídica, ao fixar os contornos do conceito de propriedade, determina algumas limitações no interesse da coletividade. Na defesa do interesse público, há restrições relacionadas com a segurança e a defesa nacional, com a economia, com a higiene e a saúde pública, com o interesse urbanístico, com a cultura nacional e o patrimônio cultural e artístico. Existem também outras restrições, em defesa do interesse particular, previstas no Código Civil. Tudo isso estribado no que prescreve o Texto Maior, em seu art. 5.º, XXIII, ao consagrar a *função social da propriedade*. Por tudo isso, e pela concepção de um direito de propriedade relativizado, constitui abuso de direito a situação em que o proprietário se excede no exercício de qualquer um dos atributos decorrentes do domínio, de forma a causar prejuízo a outrem, como ocorre, por exemplo, no caso de danos ambientais e ecológicos.

23. O ato emulativo no exercício do direito de propriedade está vedado expressamente no § 2.º, do art. 1.228, do CC, pelo qual: “são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”. Fica a ressalva de que igualmente pode estar configurado o ato emulativo se o proprietário tiver vantagens com o prejuízo alheio. A previsão codificada é meramente exemplificativa, e não taxativa. De qualquer forma, surge aqui uma polêmica, relacionada a uma aparente contradição entre o art. 187 do CC e o último dispositivo citado. Isso

preocupação com as futuras gerações consagra o que é denominado *direitos transgeracionais* ou *intergeracionais*.

porque o art. 1.228, § 2.º, do CC, faz referência ao *dolo*, ao mencionar a intenção de prejudicar outrem. Assim, o dispositivo estaria a exigir tal elemento para a caracterização do ato emulativo no exercício da propriedade, o que conduziria à responsabilidade subjetiva. Por outra via, como aqui demonstrado, o art. 187 do CC/2002 consolida a responsabilidade objetiva (sem culpa), no caso de abuso de direito.

24. Tal contradição foi muito bem observada por Rodrigo Reis Mazzei, que assim conclui: “A melhor solução para o problema é a reforma legislativa, com a retirada do disposto no § 2.º do art. 1.228 do Código Civil, pois se eliminará a norma conflituosa, sendo o art. 187 do mesmo diploma suficiente para regular o abuso de direito, em qualquer relação ou figura privada, abrangendo os atos decorrentes do exercício dos poderes inerentes à propriedade. Até que se faça a (reclamada) reforma legislativa, o intérprete e o aplicador do Código Civil devem implementar interpretação restritiva ao § 2.º do art. 1.228, afastando do dispositivo a intenção (ou qualquer elemento da culpa) para a aferição do abuso de direito por aquele que exerce os poderes inerentes à propriedade”.³⁴ Tem razão o doutrinador, sendo certo que esse é o raciocínio que consta do Enunciado n. 49 CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*: “a regra do art. 1.228, § 2.º, do novo Código Civil interpreta-se restritivamente, em harmonia com o princípio da função social da propriedade e com o disposto no art. 187”. Em síntese, deve prevalecer a responsabilidade objetiva retirada do art. 187 do CC/2002, que serve como *leme orientador obrigatório* para os efeitos jurídicos do ato emulativo.

25 Sem prejuízo de sua incidência no campo dos direitos reais, no plano jurisprudencial os últimos dez anos trouxeram interessantes aplicações do abuso de direito para os casos

³⁴ MAZZEI, Rodrigo Reis. Abuso de direito: contradição entre o § 2.º do art. 1.228 e o art. 187 do Código Civil. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 356.

que envolvem a veiculação de notícias jornalísticas. De fato, com a declaração de inconstitucionalidade — por não recepção —, da Lei de Imprensa pelo Supremo Tribunal Federal (ver: *Informativo n. 544* daquela Corte), as questões relativas ao tema devem ser resolvidas com a incidência da Constituição Federal e do Código Civil de 2002. Como primeira decisão do Superior Tribunal de Justiça, cumpre destacar acórdão que condenou jornal mineiro pela veiculação de notícia utilizando apelido com menção à opção sexual do retratado (“bicha”). A correta conclusão foi pela presença do abuso de direito jornalístico e também da lesão à opção sexual, direito que deve ser reconhecido como componente da personalidade.³⁵

26. Igualmente lidando com a liberdade de imprensa, outra ementa do Superior Tribunal de Justiça que acabou por concluir pelo exercício regular do direito de informar, diante da veracidade dos fatos e pelos interesses coletivos que permeavam as notícias de que um funcionário público estaria embriagado.³⁶ Como se extrai do acórdão — e de outros daquela Cor-

³⁵ “Direito civil. Indenização por danos morais. Publicação em jornal. Reprodução de cognome relatado em boletim de ocorrências. Liberdade de imprensa. Violação do direito ao segredo da vida privada. Abuso de direito. — A simples reprodução, por empresa jornalística, de informações constantes na denúncia feita pelo Ministério Público ou no boletim policial de ocorrência consiste em exercício do direito de informar. — Na espécie, contudo, a empresa jornalística, ao reproduzir na manchete do jornal o cognome — ‘apelido’ — do autor, com manifesto proveito econômico, feriu o direito dele ao segredo da vida privada, e atuou com abuso de direito, motivo pelo qual deve reparar os consequentes danos morais.

Recurso especial provido” (STJ, REsp 613.374/MG, Rel. Min. Nancy Andri ghi, Terceira Turma, julgado em 17/05/2005, DJ 12/09/2005, p. 321).

³⁶ “RESPONSABILIDADE CIVIL. NOTÍCIA JORNALÍSTICA QUE IRROGA A MOTORISTA DE CÂMARA MUNICIPAL O PREDICADO DE ‘BÊBADO’. INFORMAÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO QUE, ADEMAIS, NÃO SE DISTANCIA DA REALIDADE DOS FATOS. NÃO COMPROVAÇÃO, EM SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA, DO ESTADO DE EMBRIAGUEZ. IRRELEVÂNCIA. LIBERDADE DE IMPRENSA. AUSÊNCIA DE ABUSO DE DIREITO. 1. É fato incontroverso que o autor, motorista de Câmara Municipal, ingeriu bebida alcoólica em festa na qual se encontravam membros do Poder Legislativo local e que, em seguida, conduziu o veículo oficial para sua residência. Segundo noticiado, dormiu no interior do automóvel e acordou com o abalroamento no muro ou no

te Superior -, deve-se fazer a correta e precisa ponderação de valores e de direitos para a resolução dos problemas relativos à imprensa em nosso país, para daí se retirar o dever ou não de reparar os prejuízos de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Tal ponderação envolve — na maioria das situações concretas - o direito à informação (art. 5º, incs. IV, IX e XIV, da CF/1988) e o direito à imagem e à intimidade (art. 5º, incs. V e X, da CF/1988).³⁷

portão de sua casa. Constan da notícia relatos da vizinhança, no sentido de que o motorista da Câmara ostentava nítido estado de embriaguez. 2. Se, por um lado, não se permite a leviandade por parte da imprensa e a publicação de informações absolutamente inverídicas que possam atingir a honra da pessoa, não é menos certo, por outro lado, que da atividade jornalística não são exigidas verdades absolutas, provadas previamente em sede de investigações no âmbito administrativo, policial ou judicial.

3. O dever de veracidade ao qual estão vinculados os órgãos de imprensa não deve consubstanciar-se dogma absoluto, ou condição peremptoriamente necessária à liberdade de imprensa, mas um compromisso ético com a informação verossímil, o que pode, eventualmente, abarcar informações não totalmente precisas. 4. Não se exige a prova inequívoca da má-fé da publicação ('actual malice'), para ensejar a indenização. 5. Contudo, dos fatos incontroversos, conclui-se que, ao irrogar ao autor o predicado de 'bêbado', o jornal agiu segundo essa margem tolerável de inexatidão, orientado, ademais, por legítimo juízo de aparência acerca dos fatos e por interesse público extreme de dúvidas, respeitando, por outro lado, o dever de diligência mínima que lhe é imposto. 6. A pedra de toque para aferir-se legitimidade na crítica jornalística é o interesse público, observada a razoabilidade dos meios e formas de divulgação da notícia. 7. A não comprovação do estado de embriaguez, no âmbito de processo disciplinar, apenas socorre o autor na esfera administrativa, não condiciona a atividade da imprensa, tampouco suaviza o desvalor da conduta do agente público, a qual, quando evidentemente desviante da moralidade administrativa, pode e deve estar sob as vistas dos órgãos de controle social, notadamente, os órgãos de imprensa. 8. Com efeito, na reportagem objeto do dissenso entre as partes, vislumbra-se simples e regular exercício de direito, consubstanciado em crítica jornalística própria de estados democráticos, razão pela qual o autor deve, como preço módico a ser pago pelas benesses da democracia, conformar-se com os dissabores eventualmente experimentados. 9. Recurso especial provido" (STJ, REsp 680.794/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/06/2010, *DJe* 29/06/2010).

³⁷ No âmbito doutrinário, a ponderação de valores é reconhecida pelo Enunciado n. 279, da *IV Jornada de Direito*, que traz alguns critérios a solução: "A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de

27. Dessa forma, “a responsabilidade civil decorrente de abusos perpetrados por meio da imprensa abrange a colisão de dois direitos fundamentais: a liberdade de informação e a tutela dos direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada). A atividade jornalística deve ser livre para informar a sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito; contudo, o direito de informação não é absoluto, vedando-se a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. (...)”.³⁸

28. Outro aresto do Tribunal da Cidadania aplicou a construção em estudo à concessionária de serviço público, que interrompeu o seu fornecimento diante de uma dívida de valor menor a um real (R\$ 0,85). Lamenta-se apenas a fixação da indenização por danos morais em módicos R\$ 1.000,00 (mil reais), o que está totalmente distante do caráter pedagógico ou educativo que deve ser dado à indenização, mormente quando o agente causador do dano age em abuso de direito, desrespeitando os parâmetros sociológicos que constam do art. 187 do CC/2002.³⁹

imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações”.

³⁸ STJ, REsp 719.592/AL, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 12/12/2005, DJ 01/02/2006, p. 567.

³⁹ “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO DEMONSTRADO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. SUSPENSÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 186 E 188, I, DO CC. NÃO OCORRÊNCIA. ABUSO DE DIREITO. CONFIGURAÇÃO DE ATO ILÍCITO (CC, ART. 187). RESSARCIMENTO DEVIDO. DOUTRINA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO. 1. A divergência jurisprudencial deve ser devidamente demonstrada, conforme as exigências do parágrafo único do art. 541 do CPC, c/c o art. 255 e seus parágrafos, do RISTJ, não bastando, para tanto, a simples transcrição de emen-

29. Por derradeiro quanto às suas concretizações, o abuso de direito tem ampla incidência no âmbito processual, surgindo a ideia de *abuso no processo*. Cumpre destacar que, também nessa órbita, a doutrina especializada processual entende pela responsabilização objetiva daquele que comete o ilícito. Nessa esteira, as palavras de Helena Abdo, no sentido de que “Acredita-se que a posição mais coerente a ser adotada relativamente ao abuso do processo seja, realmente, aquele que se harmoniza com a clara precisão contida no art. 187 do CC. Assim, uma vez que se chegou à conclusão de que o ordenamento jurídico optou pelo critério objetivo-finalístico no âmbito do abuso do direito, o mesmo critério deverá ser adotado para o abuso cometido no âmbito de uma relação jurídica processual”.⁴⁰ A título de exemplo, nos termos de relevante decisão do Superior Tribunal de Justiça, “Por ser abusivo, deve ser reprimido o comportamento do credor que esgrime contra terceiro o instituto do bem de família, sabedor que contra ele próprio não será possível articular a mesma objeção, vendo-se livre, portanto, para excutir o mesmo imóvel que deveria estar a salvo, servindo de proteção ao direito de moradia constitucionalmente garantido. ‘O processo não é um jogo de esperteza, mas instrumento ético da jurisdição para efetivação dos direitos

tas. 2. A questão controvertida neste recurso especial não se restringe à possibilidade/impossibilidade do corte no fornecimento de energia elétrica em face de inadimplemento do usuário. O que se discute é a existência ou não de ato ilícito praticado pela concessionária de serviço público, cujo reconhecimento implica a responsabilidade civil de indenizar os transtornos sofridos pela consumidora. 3. Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos costumes (art. 187 do Código Civil). 4. A recorrente, ao suspender o fornecimento de energia elétrica em razão de um débito de R\$ 0,85, não agiu no exercício regular de direito, e sim com flagrante abuso de direito. Aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 5. A indenização por danos morais foi fixada em valor razoável pelo Tribunal *a quo* (R\$ 1.000,00), e atendeu sua finalidade sem implicar enriquecimento ilícito à indenizada. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido” (STJ, REsp 811.690/RR, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 18/05/2006, DJ 19/06/2006, p. 123).

⁴⁰ ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007, p. 120.

de cidadania”⁴¹. E ainda: “Dispondo de outros meios para a satisfação de seu crédito, tal como a habilitação na execução alheia, comete abuso processual o credor que impede que terceiro execute imóvel, sob a alegação de constituir-se bem de família, para depois, em futura execução, frustrar, ele próprio, a finalidade do instituto, executando o mesmo bem pretensamente defendido”⁴².

30. Como se percebe deste breve estudo, no que diz respeito ao abuso de direito a civilística nacional já construiu fortes alicerces e um piso na realidade jurídica nacional. Mais do que isso, alguns tijolos já foram alçados para a efetiva modificação social que se espera do Direito Privado. Espera-se que, nos próximos dez anos, a categoria receba peças ainda mais importantes e que, quem sabe, haja o devido acabamento que uma obra finalizada deve receber, efetivamente construída para ser usufruída por todos.



REFERÊNCIAS

- ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007.
- ALVES, Jones Figueirêdo. Abuso de direito no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo

⁴¹ STJ, ARg no REsp 709.372/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 24/05/2011, *DJe* 03/06/2011.

⁴² STJ, ARg no REsp 709.372/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 24/05/2011, *DJe* 03/06/2011.

- Horizonte: IBDFAM, 2006.
- AMARAL, Francisco. Os atos ilícitos. *O novo Código Civil. Estudos em Homenagem a Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. v. 4.
- BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006.
- CARVALHO NETO, Inácio. *Abuso do direito*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2006 (Série Pensamento Jurídico).
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2005.
- DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Dantas. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*. Biblioteca de estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. Curitiba: Juruá, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DUARTE, Nestor. *Código Civil comentado*. In: PELUSO, Cezar (Coord.). São Paulo: Manole, 2007.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil. Teoria geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves. A tutela jurídica da confiança aplicada ao direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.
- FROTA, Pablo Malheiros Cunha. *Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo*. Curitiba: Juruá, 2011.

- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I.
- GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de família e princípio da boa-fé objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009.
- JORDÃO, Eduardo. *Abuso de direito*. Salvador: Juspodivm, 2006.
- JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 86, 1941.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2.
- LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. Abuso de direito: contradição entre o § 2.º do art. 1.228 e o art. 187 do Código Civil. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MIRAGEM, Bruno. *O abuso do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. 2. ed. *Código Civil anotado*. São Paulo: RT, 2003.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.
- RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: RT, 2012.
- SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do V Congresso de Direito de Família*

do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

TARTUCE, Flávio. Considerações sobre o abuso do direito ou ato emulativo civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. v. 2.