

DOSSIÊ



**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO LÍCITO E RESPONSABILIDADE CIVIL
POR ATO ILÍCITO ABUSIVO AO DIREITO. BRASIL. 1988-2020**

**RESPONSABILIDAD CIVIL POR LEY LEGAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL POR
LEY ABUSO DE LA LEY. BRASIL. 1988-2020**

**CIVIL RESPONSIBILITY FOR LAWFUL ACT AND CIVIL RESPONSIBILITY FOR
LAWFUL ABUSING THE LAW. BRAZIL. 1988-2020**

Auner Pereira Carneiro¹

Luiz Felipe Ribeiro Gomes Capaverde²

RESUMO:

O presente artigo é um convite à reflexão, onde serão abordados dois dos principais temas de responsabilidade civil na atualidade: a responsabilidade civil por ato lícito e a responsabilidade civil por ato ilícito abusivo ao direito. Após as considerações técnicas jurídicas, o jurista percebe a distinção feita entre as espécies de responsabilidade civil até que se chega ao tema da responsabilidade civil por ato

¹ Doutor USP-SP. Coordenação 2008-2016. Pesquisador no Grupo de Pesquisa Interinstitucional de Desenvolvimento Municipal Regional. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3337902004026180> . E-mail: aunerix@yahoo.com.br

² Advogado. Graduado pela Faculdade de Direito de Campos. Pós-graduado em Direito em Direito Público e Direito Privado no Curso de Especialização para a Carreira da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Estágio prático-profissional na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Pesquisador do Serviço de Pesquisas para Magistrados da Biblioteca da EMERJ. Período: julho de 2014 a julho de 2015. Desde 2011. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Interinstitucional de Desenvolvimento Municipal/Regional UENF/UNIFLU.

lícito, como forma de superação da concepção da necessidade de ilicitude para que se tenha reparação. Logo após analisa-se alguns casos em que um ato lícito, geralmente estatal, pode gerar dano e, por conseguinte, responsabilidade civil tais como: a) a obra pública que causa prejuízos aos proprietários dos prédios vizinhos, b) o exercício do direito de passagem, c) a desapropriação como intervenção legal na propriedade. Ao continuar o leitor se deparará com a conceituação do termo “abuso” e suas implicações, sem deixar de notar a diferenciação em “abuso de direito” e “abuso do direito”. Mais a frente, esmiúça-se as principais teorias do abuso do direito e os seus entusiastas. Para então, chegar a análise da teoria do abuso do direito como ato ilícito em si, sem deixar de mencionar os seus reflexos na jurisprudência, ou melhor, sua aplicação prática e os marcos legislativos internacionais e nacionais da teoria. Por fim, são feitas as considerações finais e as conclusões do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Ato lícito. Abuso do Direito. Legislação do Brasil. Jurisprudência.

RESUMEN:

Este artículo es una invitación a la reflexión, que abordará dos de los temas principales de la responsabilidad civil actual: la responsabilidad civil por un acto legal y la responsabilidad civil por un acto ilegal que es abusivo de la ley. Después de las consideraciones técnicas legales, el asesor legal percibe la distinción hecha entre los tipos de responsabilidad civil hasta que se alcanza el tema de la responsabilidad civil por un acto legal, como una forma de superar la concepción de la necesidad de ilegalidad para obtener reparación. Inmediatamente después, se analizan algunos casos en los que un acto legal, generalmente estatal, puede generar daños y, en consecuencia, responsabilidad civil, como: a) la obra pública que causa daños a los propietarios de los edificios vecinos, b) el ejercicio del derecho a c) expropiación como una intervención legal en la propiedad. A medida que el lector continúa, se encontrará con el concepto del término "abuso" y sus implicaciones, al tiempo que notará la diferencia en "abuso de derechos" y "abuso de derechos". Más adelante, se desglosan las principales teorías del abuso de la ley y sus entusiastas. Luego, analice la teoría del abuso del derecho como un acto ilegal en sí mismo, mientras menciona sus reflejos en la jurisprudencia, o mejor, su aplicación práctica y los marcos legislativos internacionales y nacionales de la teoría. Finalmente, se hacen las consideraciones finales y las conclusiones del trabajo.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad Civil. Ley Legal. Abuso de la ley. Legislación brasileña. Jurisprudencia.

ABSTRACT:

This article is an invitation to reflection, which will address two of the main themes of civil liability today: civil liability for a lawful act and civil liability for an illegal act that is abusive to the law. After the legal technical considerations, the legal counsel perceives the distinction made between the types of civil liability until the issue of civil liability for a lawful act is reached, as a way of overcoming the conception of the need for illegality in order to have reparation. Right after, some cases are analyzed in which a lawful act, generally state, can generate damage and, consequently, civil

liability, such as: a) the public work that causes damage to the owners of the neighboring buildings, b) the exercise of the right to c) expropriation as a legal intervention on the property. As the reader continues, he will come across the concept of the term "abuse" and its implications, while noticing the differentiation in "abuse of rights" and "abuse of rights". Further on, the main theories of abuse of the law and its enthusiasts are broken down. Then, come to the analysis of the theory of abuse of law as an illegal act in itself, while mentioning its reflexes in the jurisprudence, or better, its practical application and the international and national legislative frameworks of the theory. Finally, the final considerations and conclusions of the work are made.

KEYWORDS: Civil Liability, Lawful Act. Abuse of Law, Brazilian Legislation, Jurisprudence

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Responsabilidade Civil é fonte de obrigações, ou melhor, é o poder que a ordem jurídica vigente atribui ao credor (*accipiens*) de exigir do devedor (*tradens*) o cumprimento de uma prestação, que pode consentir em um dar, fazer ou não fazer algo.

Dessa forma, a obrigação é vista como um dever jurídico originário e a responsabilidade deriva de uma violação da obrigação, ou seja, traduz um dever jurídico sucessivo.

A origem da responsabilidade pode ser contratual, quando deriva da violação de um contrato ou extracontratual (aquiliana), se deriva da existência de um dano. Além disso, devem estar presentes os pressupostos:

- a) conduta (ativa ou omissiva),
- b) culpa em sentido amplo (dolo ou culpa em sentido estrito), este requisito somente é exigido na Responsabilidade Civil Subjetiva,
- c) dano (material (danos emergentes – aquilo que efetivamente se perdeu – e lucros cessantes – aquilo que razoavelmente se deixou de ganhar), moral (ofensa à dignidade da pessoa humana) e estético (alteração morfológica – perda física externa);
- d) nexos causal, a necessária ligação entre a conduta ativa ou omissiva e o dano provocado a terceiros.

Todavia, o objeto deste trabalho são as hipóteses excepcionais de responsabilização por atos lícitos – manifestações de vontade livre e consciente do

agente em conformidade com o sistema jurídico, isentas de qualquer ameaça ou coação, aptas a adquirir, transferir, resguardar, modificar ou extinguir direitos – que produzem todos os efeitos jurídicos, mas causam danos a terceiros e, portanto, há necessidade de reparação (Responsabilidade Civil).

O trabalho em foco, destaca na primeira parte, o ato ilícito como fator de responsabilização no ordenamento pátrio, depois, ainda no mesmo assunto, passa a tratar de algumas hipóteses de responsabilidade civil por ato lícito, dentre elas a obra pública que causa prejuízo aos proprietários dos prédios vizinhos, o direito de passagem forçada e a desapropriação.

Na sequência, segunda parte, trata da responsabilidade civil por abuso de direito, sem deixar de mencionar qual é o pensamento da doutrina sobre o tema, através do conceito de abuso de direito e suas implicações, bem assim a distinção entre “abuso de direito” e “abuso do direito”.

Em ato contínuo, ainda na segunda parte, o texto traz as Teorias do abuso do Direito, dentre elas a Teoria subjetivista do abuso do direito, a Teoria objetivista do abuso do Direito e a Teoria do abuso do Direito como ato ilícito.

Após a parte teórica são abordados os reflexos do abuso do Direito na jurisprudência.

O artigo caminha para o seu final com o surgimento da Teoria do abuso do Direito na legislação do Brasil.

2. DO ATO LÍCITO COMO FATOR DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NO ORDENAMENTO PÁTRIO

O Código Civil de 1916, no art. 81, conceituou o ato jurídico, em síntese, como o *ato lícito* que tenha por finalidade imediata a aquisição, transferência, modificação ou extinção de direitos. Francisco Amaral ensina em seus comentários ao estatuto das gentes, que “é jurídico o que está dentro do sistema”.

Dessa forma a doutrina optou por distinguir o que seja jurídico ou antijurídico, por um juízo de valor, portanto ato ilícito (antijurídico) é o estranho ao sistema.

Para reforçar essa ideia Rui Stoco (2014) diz que:

Mas, seja como for, cabe obtemperar que ato ilícito não é propriamente ato jurídico, na medida em que viola direito alheio e pode causar prejuízo e, ademais, apresenta-se contaminado com alguns dos mais graves vícios da vontade e do consentimento: o dolo, a coação, a fraude e a culpa *stricto sensu*. (STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência – 10 ed. ver. atual. e refom. Com acréscimo de acórdãos do STF e STJ. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.190).

Por isso, ater-se a ideia de que a Responsabilidade Civil pressupõe a ilicitude é uma visão ultrapassada, que não prevalece mais nos dias atuais. Logo, na atual sistemática o foco está no dano.

Se há dano abre-se a possibilidade e necessidade de reparação. Na conduta ilícita a reparação se funda no princípio da legalidade, ao passo que na Responsabilidade Civil por ato lícito o fundamento está no princípio da isonomia.

2.1. Algumas hipóteses de responsabilidade civil por ato lícito

2.1.1. Obra pública que causa prejuízo aos proprietários dos prédios vizinhos

A doutrina pátria abaliza esta questão, novamente, Rui Stoco, ao tratar da Responsabilidade Civil pela prática de atos lícitos, aborda a Responsabilidade do Estado por obras que realiza, ou seja, pela prática de atos *lícitos* da Administração Pública, que encontra base no art. 37, parágrafo 6.º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), ao abraçar a teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

No campo prático quando determinada obra pública, realizada no interesse da sociedade, causa prejuízos aos proprietários de prédios vizinhos, não seria justo que apenas algumas pessoas fossem prejudicadas, arcando com o ônus do empreendimento. Assim, com fundamento no princípio da isonomia o poder público possui o dever de indenizar esses indivíduos que sofreram danos.

2.1.2. Direito de passagem forçada

O direito de passagem forçada está previsto no *caput* do art. 1.285 do Código Civil de 2002 (CC/02) seção III do Capítulo V do Livro que trata do Direito das Coisas, que enuncia “O dono do prédio que não tiver acesso a via pública, nascente

ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário”.

Desse modo, o imóvel que não possui acesso pode ser denominado *imóvel encravado*, expressão prevista no art. 559 do Código Civil de 1916 (CC/1916), e para que possa ter utilidade social necessita que o *imóvel serviente* seja constrangido a lhe dar passagem, de modo menos gravoso ou oneroso ao prédio vizinho, cujo imóvel seja o mais natural para prestar a passagem (*princípio da menor onerosidade*).

A passagem forçada é um instituto afeito aos direitos de vizinhança, que na definição de Washington de Barros Monteiro: “limitações impostas pela boa convivência social, que se inspira na legalidade e na boa-fé”, dessa forma não se confunde com as servidões, em especial a servidão de passagem, que é um direito real de gozo ou fruição. Tendo em vista que nesta última, ao contrário da passagem forçada onde a indenização é obrigatória, a indenização somente será paga após um acordo entre os donos dos imóveis.

Outra diferença é que na passagem forçada a passagem é obrigatória (imóvel sem saída) e na servidão é facultativa, há outras opções.

Portanto, consta-se que o proprietário que está com a propriedade encravada ao ajuizar a ação de passagem forçada e exercer o Direito de Passagem (ato lícito e permitido) é obrigado a indenizar o proprietário do prédio encravado, tendo em vista a responsabilidade civil por ato lícito.

2.1.3. Desapropriação

A propriedade é um direito fundamental previsto no art. 5.º, XXII e XXIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

Tal fato traz a aplicação imediata dos direitos fundamentais, em especial da função social da propriedade, nas relações entre particulares – *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* – na forma do parágrafo primeiro do art. 5.º da CRFB/88.

Ainda tendo como norte as disposições constitucionais, cumpre destacar que o art. 186 da Magna Carta traz parâmetros para o atendimento da função social, são eles:

A) Aproveitamento racional e adequado da propriedade;

B) Utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

C) Observância das disposições que regulam as relações de trabalho; d) Exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

O CC/02 por seu turno foi além, visto que no parágrafo primeiro do art. 1.228 consagrou a *função socioambiental da propriedade*.

O legislador se preocupou com o meio ambiente natural (flora, fauna, recursos naturais) e cultural (patrimônio artístico-cultural).

Desse modo a codificação civilista acabou por especializar a regra prevista no art. 225 da Constituição, ao criar uma hipótese de responsabilidade civil a par das já existentes na Lei n. 6.938/1981 (dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente).

Entretanto, ainda que o proprietário cumpra a função socioambiental de sua propriedade, poderá perdê-la por um ato lícito do Estado, que terá que indenizar o proprietário expropriado.

Via de regra em dinheiro e previamente, antes de ser imitado na posse do imóvel.

Como exemplo desta realidade, a jurisprudência entende que a Criação de Estação Ecológica, que limite o uso da propriedade particular, impede a exploração de recursos naturais existentes nas áreas por ela abrangidas, implica no dever indenizatório dos respectivos proprietários das propriedades, mesmo que o Estado não tenha se apossado fisicamente dos imóveis.

Tendo em vista, que essa situação, por si só, já caracteriza uma mutilação a propriedade (STJ – 2ª. T. – REsp. n. 70.412. Rel. Min. Ari Pargndler. Jul. 05/05/1998. RDA n. 213/250).

Apesar disso, deve se ter em mente que nem todo ato lícito estatal gera indenização.

Como no exemplo em que o poder público cria uma área de proteção ambiental como reserva florestal ou estação ecológica, com restrição de uso, mas sem impor a perda da propriedade.

Dessa maneira, a jurisprudência é firme no sentido inindenizabilidade pela cobertura vegetal de imóvel desapropriado se antes mesmo da desapropriação, a propriedade era considera área para fins recreativos ou estava impossibilitada de exploração econômica, como ocorre a topografia do imóvel é montanhosa (STJ – 1ª.

T. REsp n. 12.835. Rel. Min Milton Luiz Pereira. J. 06/06/2000 – DJU 01.08.2000, p. 194 e Informativo Incijur, publicação do Instituto de Ciências Jurídicas de Joinville-SC, n. 19, fev./2001).

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABUSO DO DIREITO

3.1. O pensamento abusivo na doutrina; Conceito de abuso e suas implicações

Dentre os inúmeros conceitos destaca-se a doutrina de Irineu Strenger³:

Abuso do direito é o ato realizado, com apoio em preceito legal, que causa dano a interesse não especificamente protegido pelo ordenamento positivo, manifestado pela lesão a princípios éticos e sociais, objetiva ou subjetivamente, mediante adequação entre o intencional e o sentido da lei.

Este conceito é ao mesmo tempo amplo, pois é aberto, e dinâmico, seguindo a filosofia da atual codificação civilista em consonância com a teoria tridimensional do jurista Miguel Reale, onde o *Direito é fato, valor e norma*.

Portanto, caberá ao magistrado ao analisar o caso concreto ater-se ao conteúdo valorativo da norma.

Desse modo, o juiz ao perceber que o ato do titular do direito posto em juízo excedeu os limites do seu exercício com ofensa aos atributos/princípios fundamentais do direito subjetivo da pessoa:

A) boa-fé (padrão de comportamento médio em uso de uma dada sociedade. Cláusula geral integrante dos pactos que funciona como norma de interpretação e limitação dos direitos subjetivos);

B) função social (qual é o objetivo pelo qual o legislador editou aquela norma);

C) função econômica (a busca pela realização do objetivo de ordem patrimonial na relação jurídica, de modo equilibrado sem o sacrifício de interesse ou vantagem exagerada)

e D) os bons costumes (diz respeito ao comportamento social que deve observar um complexo de regras e princípios impostos pela moral nas relações sociais e contratuais).

³ STRENGER, Irineu. *Reparação do dano em direito internacional privado*. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 1073.

3.2. “Abuso de direito” e “Abuso do direito”

Os doutrinadores clássicos, em sua maioria, adotavam a nomenclatura “abuso de direito” e são seguidos por alguns doutrinadores modernos, tais como Flávio Tartuce e Cláudio Antônio Soares Levada.

No entanto, ultimamente nos textos jurídicos é comum encontrar inúmeros autores fazendo menção ao “abuso do direito”, expressão também utilizada por Pontes de Miranda (2012) em sua obra monumental, que defendia a sua terminologia científica exata, por inexistência de “abuso de fato” ou “abuso de direito”, mas sim de abuso do direito que se tem.

Desse modo, não há um consenso acadêmico quanto à correta terminologia a ser utilizada, mas neste texto utiliza-se a expressão “abuso do direito”.

Em sua maioria a doutrina brasileira consagra o abuso do direito como ato ilícito. Os doutrinadores clássicos se dividem entre as teorias objetivas e subjetivas.

Dentre os que adotam a primeira teoria destaca-se Clóvis Beviláqua, leciona que o ordenamento reconheceu o abuso nos arts. 160, inciso I, e 100 do CC/1916, na vertente de *Saleilles*, em sua vertente de conteúdo social e econômico.

Ainda com relação à teoria objetiva, contudo agora segundo o critério finalista destacam-se Sílvio Rodrigues, ao argumentar que o ordenamento positivou o abuso no art. 5.º da LICC (LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) e Haroldo Valadão, apesar de condenar o abuso, não via seu reconhecimento no inciso I do art. 160 da CC/1916, muito menos analisava o art. 5.º da lei de introdução, pois defendia a criação de uma lei que coibisse o exercício antissocial, egoísta e excessivo do direito, tal como positivado no art. 187 do Código Civil em 2020.

De tal modo, não se pode deixar de mencionar que, os doutrinadores Washington de Barros Monteiro e Carvalho Santos também admitiam o abuso, entretanto vinculavam a sua aceitação apenas quando haja a má-fé do autor do ato danoso, filiando-se a teoria subjetiva (*aemulatio*).

3.2.1. Das teorias do abuso do direito

3.2.2. Da teoria subjetivista do abuso do direito

A teoria subjetivista do abuso do direito possui sustentáculo na doutrina da emulação (*aemulatio*), que, por sua vez se reporta ao Direito Romano e ao Direito Canônico.

Além disso, a teoria é centrada na demonstração da intenção de prejudicar um terceiro na atitude do agente para caracterização do abuso do direito. Visto que, nesse primeiro momento não havia lugar para discussões a cerca da culpa ou até mesmo do desvio de finalidade.

Por este motivo esse ensinamento era alvo de críticas por restringir de modo excessivo as hipóteses de abuso do direito, em prejuízo do contexto social. Nesse contexto o Doutor Cláudio Antônio Soares Levada faz a seguinte observação: “Observa-se que por essa teoria até mesmo o dolo eventual estaria excluído da caracterização da abusividade, posto que exigiria a intenção, caso especial de dolo [...]” (LEVADA, 1990).

Diante disso, os estudiosos perceberam que essa proposição conduzia a extremos, tal como o relatado acima, e a restrição da configuração do abuso. Contudo, outras teorias subjetivistas exigem certa gravidade na conduta culposa, além da demonstração de prejuízo pelo lesado para configuração do ato como abusivo.

Dessa feita, a gravidade de sua culpa estaria centrada em uma análise volitiva para caracterização do abuso.

3.2.3. Da teoria objetivista do abuso do direito

Dentre todas as teorias objetivas do abuso do direito, duas correntes se destacam. De um lado a corrente que entende o abuso como um exercício anormal de um direito, que possui como expoente Saleilles.

De outro lado a que defende o ato abusivo como algo que deixou de atender ao seu fim social, ou melhor, a finalidade precípua para o qual foi gerado e o sustenta no ordenamento jurídico.

Em apertada síntese Everardo da Cunha Lima (1959) cita que para Saleilles o ato abusivo é algo anormal, esvaziado de conteúdo jurídico, economicamente lesivo e reprovável pela consciência social.

Por sua vez, com relação a vertente finalista da teoria objetivista o mestre francês Josserand (1972) leciona que o abuso do direito está presente quando o ato é exercido de acordo com o direito material, mas contrariamente aos fins sociais.

Logo, quem possui o direito tem a função de exercê-lo de acordo com a finalidade e não é pode desviar-se dela, sob pena de cometimento de ato abusivo. Assim, em conclusão para a teoria finalista o abuso do direito “é a ilicitude, a relação de contrariedade entre a conduta do homem e o fim pretendido pela ordem jurídica”.⁴

3.2.4. Da teoria do abuso do direito como ato ilícito

Ao adotar a teoria objetiva diferencia-se o que é ilegal do que, embora aparentemente legal, se distancia do ordenamento jurídico enquanto sistema permeado de valores éticos, morais e jurídicos, do que é ilegítimo.

Por conseguinte, para que a ato ilegítimo permeado da ideia de abuso de direito seja passivo de responsabilização, necessariamente, deve-se configurar como um ato ilícito, tendo em vista a ofensa ao sistema como um todo, ainda que aparentemente se revista de legalidade, diferentemente do ato ilegal, que ofende uma regra ordinária (comum).

Desse modo, para que o profissional do direito defina um ato como abusivo precisa ser atento, principalmente, aos princípios gerais do direito, e principalmente, aos previstos na Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que antigamente era chamada de Lei de Introdução ao Código Civil (LICC).

Mas, graças aos esforços de vários doutrinadores, tais como Haroldo Valladão, e dos congressistas a nomenclatura legislativa foi alterada, atualmente sendo digna de sua importância.

Visto que, trata-se de uma “Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas”⁵ de acordo com esses princípios universais, previstos nos arts. 4.º e 5.º da LINDB, quando a lei for omissa o magistrado decidirá de acordo com a analogia, os

⁴ Definição de Adroaldo Leão na obra *O litigante de má-fé*, Forense, 1982, p.10.

⁵ Expressão cunhada por Haroldo Valladão, artigo em *Estudios de Derecho Civil – em Honor dei Prof. Castan Tobeñas*, Pamplona, ed. Universidad de Navarra, 1969. pp. 637-643.

costumes e os princípios gerais do direito, sem deixar de atender, na aplicação da lei, aos fins sociais e às exigências do bem comum.

Por esta razão, na análise do caso concreto, é que restará caracterizado o abuso do direito, o ilícito e a obrigação de indenizar pelas consequências danosas do ato abusivo.

Dessa forma, Levada, mais uma vez, lembra o seguinte:

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 do direito subjetivo. (LEVADA, 1990).

De tal modo, caberá ao magistrado a árdua tarefa de interpretar o alcance da norma em face ao caso submetido ao Judiciário e, no exercício da função judicante, utilizará esta margem de liberdade decisória para analisar qual é o fim social da lei, naquele contexto social, cultural e econômico.

Por conseguinte, o fruto desse exercício atenderá justamente a regra prevista no art. 5.º da LINDB.

3.3. Os reflexos do abuso do direito na jurisprudência

Com base na teoria da emulação a codificação processualista civil de 1939 já previa o dolo processual como forma de abuso no direito de demandar.

Como isso, a jurisprudência passou a coibir certas atitudes em juízo, a título de exemplo a atitude dos locatários que obrigavam os locadores a propor ações de despejo por falta de pagamento modo sucessivo como modo de receber os aluguéis atrasados somente em juízo.

Outra conduta, coibida pela jurisprudência, foi do credor que, ao invés de se valer das instâncias ordinárias para cobrança de dívida não representada por título executivo, sacava letra de câmbio, a vista, com único objetivo de coagir o devedor ao pagamento da dívida.

Presentemente, os julgadores recorrem a teoria do abuso do direito para obstar os intentos escusos de um dos jurisdicionados.

Por exemplo, quando o credor de um título demonstra interesse em receber o seu crédito, ao apresentar um cheque a protesto antes do prazo prescricional, não se manteve inerte e o devedor mesmo se possui inequívoca ciência desta intenção, não pagou o débito.

Contudo, o credor após se defender de ação cautelar de sustação e ação declaratória de nulidade do título, promoveu o processo de execução, momento em que o devedor alegou prescrição da exequibilidade do título.

Neste sentido, segue abaixo um trecho da ementa do AREsp 1.011.915-RS, de relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, publicado em 10/03/2017, julgado em 09/03/2017 pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

2."A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper" (art. 202, p. u., do Código Civil). 3. Aplicação ao caso do disposto no art. 202, segunda parte, do Código Civil. 4. Inocorrência de prescrição na espécie. Com efeito, se esta Corte reconhece que a defesa do credor, nas ações promovidas pelo devedor para contestar o débito, inibe a continuidade do prazo prescricional, com muito mais razão é de se atribuir o mesmo efeito à ação intentada para anular a sustação do cheque e viabilizar o recebimento do crédito. Se a prescrição é instituto jurídico destinado a sancionar a inércia do detentor de um direito, reconhecendo o desinteresse no exercício de sua posição jurídica, não pode incidir no caso como o dos autos, em que o credor foi diligente a ponto de procurar remover qualquer obstáculo ao recebimento do seu crédito, antes de ajuizar a execução do cheque.

Dessa maneira, percebe-se que "a presunção de aplicação da lei não conduza ao absurdo", como é de trivial regra de hermenêutica (J. M. Carvalho Santos, Código Civil, p. 444), deve-se levar em consideração que a inexistência de inércia, requisito essencial do instituto em foco, por quanto está provado o interesse em receber o crédito.

O processo não deve servir a meios escusos, nem mesmo se distanciar de sua função de pacificação social, sob pena de ofensa aos seguintes princípios processuais previstos no capítulo I – Das normas fundamentais do Código de Processo Civil de 2015 (da primazia da decisão de mérito, da duração razoável do processo, da atividade satisfativa, da cooperação, do devido processo processual (legal), do comportamento legal e ético das partes).

3.4. O surgimento da teoria do abuso do direito na legislação do Brasil

A Constituição vigente inovou ao adotar, em seu art. 1.º, caput, o Estado de direito Democrático, como transição entre um momento de exceção para o momento de Democracia (2ª. Redemocratização), e de Direito, uma vez que deve ser respeitado o Ordenamento Jurídico.

Como comparativo a carta portuguesa, em vigor, adotou o Estado de Direito Democrático, pois lá, deu-se mais ênfase ao Direito do que a Democracia.

Ao mesmo tempo, a CRFB/88 adotou a Teoria do Abuso de Direito, seja no art. 5.º, LXIX, que trata do Mandado de Segurança, ao coibir o abuso de poder, ou no art. 170, caput e parágrafo único, ao assegurar o livre exercício da atividade econômica, de modo a proibir o abuso de Poder Econômico, corolário da supracitada teoria.

A título de curiosidade, no direito comparado tal teoria possui os seguintes marcos temporais em ordem cronológica de surgimento:

- 1- Direito Romano;
- 2- Doutrina Canônica;
- 3- Direito Francês (Declaração Universal do Homem (Revolução Francesa) e Código Napoleônico);
- 4- Código suíço;
- 5- Código Polonês;
- 6- Código Grego;
- 7- Código Civil Português de 1966;
- 8- Código Civil Italiano;
- 9- Código Civil Espanhol;
- 10 – Código Civil Alemão.

Por sua vez no Brasil, a sua origem possui a seguinte ordem sucessiva:

- 1- Ordenações Filipinas (Império);
- 2- Interpretação a contrário sensu do disposto no art. 160, I, do Código Civil de 1916;
- 3- Lei n. 6.404 de 1976 – Lei de Sociedades Anônimas – LSA –;
- 4- Lei n. 8.078 de 1990 – Código de Defesa do Consumidor – CODECON –;
- 5- Art. 187, do Código Civil de 2002 – CC/02 –.

Um exemplo de legislativo de aplicação de Abuso de Direito, é a positivação Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica previstas nos seguintes dispositivos legais do ordenamento pátrio:

A) art. 50 do CC/02 – Teoria Maior – tem que comprovar o abuso de personalidade caracterizado pelo desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva) ou pela confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva);

B) art. 28, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor – CDC – Teoria Maior – tem que comprovar a caracterização de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social, falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica todos provocados por má administração;

C) art. 28, parágrafo 5.º, do CDC – Teoria Menor – quando a personalidade for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores;

D) art. 4.º da Lei n. 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais) – Teoria Menor – quando a personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente;

E) art. 34 da Lei n. 12.529/2011 – Lei Antitruste (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) – Teoria Maior – tem que comprovar a caracterização de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social, falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica todos provocados por má administração.

Dessa forma, constata-se que a teoria do abuso do direito está presente na ordem jurídica vigente no Brasil.

Portanto, antes mesmo da promulgação da Constituição em vigor, em verdadeira atitude heroica, vários doutrinadores e juristas lutavam para aplicar a teoria do abuso do direito.

Nesse sentido, seja por meio da interpretação a contrário sensu do disposto no art. 160, inciso I, do CC/1916, ou até pela aplicação dos arts. 4.º e 5.º da LINDB, quando ainda era chamada de LICC.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho objetivou tratar, sem intenção de esgotar os assuntos abordados, de alguns dos mais importantes temas da responsabilidade civil na atualidade. Por mais amplo que pareça o texto, no caso concreto são infinitas as possibilidades de responsabilização tanto por atos lícitos, quanto por atos ilícitos.

Dessa feita pode-se concluir que:

- 1- Atos lícitos podem sim gerar danos e, portanto, necessidade de reparação (responsabilidade civil);
- 2- O fundamento para a responsabilidade civil por ato lícito é o princípio da proporcionalidade, por seu turno o fundamento para a responsabilidade civil por ato ilícito é o princípio da legalidade;
- 3- As condutas lícitas do Estado no exercício de seu poder de império e justificadas pela supremacia do interesse público podem sim gerar responsabilização no caso concreto;
- 4- O exercício abusivo de um direito fere o ordenamento jurídico e, ainda que aparente legalidade, na verdade é um ato ilícito;
- 5- A responsabilização por ato abusivo deriva de sua natureza ilícita, ou seja, de sua prática não conforme ao fim social legal e às exigências do bem comum. Nesta análise, pelo entendimento doutrinário, legal e jurisprudencial, não é levada em conta a vontade danosa do agente prejuízo a terceiros.

Por fim, vê-se que a responsabilidade civil apesar de alvo de grande produção doutrinária ainda carece de debates para que seja determinada o seu alcance, principalmente na em 2020, onde ocorre o fenômeno da judicialização dos conflitos, para dar subsídios aos ampliadores da lei para exercer no caso concreto a análise da carga valorativa aplicando em sua atividade ideológica de julgador.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico.2016.

BRASIL. LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm . Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. CÓDIGO CIVIL DE 1916. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm . Acesso em: 24 jul. 2017.

BRASIL. CÓDIGO CIVIL. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm . Acesso: em 15 dez. 2017.

BRASIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm . Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm . Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impresao.htm . Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm . Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. Lei n. 6.938/1981 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm . Acesso em 15 dez. 2017.

BRASIL. Lei n. 6.404 de 1976 - Lei de Sociedades Anônimas - Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm . Acesso em 15 dez. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.605/1998 – Lei de Crimes Ambientais. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm . Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. Lei n. 12.529/2011 – Lei Antitruste (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm . Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão. Recurso Especial n. 70.412. 2.^a Turma. Administrativo. Criação de estação ecológica. Mutilação da propriedade dos imóveis nela situados. Direito à indenização. Relator Ministro Ari Pargndler. Julgamento em 05/05/1998. RDA n. 213/250. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199500362481&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> . Acesso em: 1 jan. 2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão. Recurso Especial n. REsp n. 12.835. 1.^a Turma. Indevida indenização pela cobertura vegetal do imóvel desapropriado. Impossibilidade de exploração econômica anterior a expropriação. Relator Min Milton Luiz Pereira. Julgamento em 06/06/2000. Disponível em DJU 01.08.200, p. 194, Informativo Incijur, publicação do Instituto de Ciências Jurídicas de Joinville-SC, n. 19, fev./2001 e no *Tratado de Responsabilidade Civil*, Título III – *Responsabilidade extracontratual*, Capítulo VIII – *Responsabilidade por ato próprio*. P.1133 de Rui Stoco 10.^a edição. Acesso em 13/12/2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão. Agravo em Recurso Especial n. 1.011.915-RS. 4.^a Turma. Direito Privado. Execução de título extrajudicial. Cheque. Prescrição. Interrupção do prazo pelo ajuizamento de ação desconstitutiva de contra-ordem. Nulidade da citação afastada. Termo inicial dos juros de mora e correção monetária. Agiotagem. Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Publicado em 10/03/2017. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201602935599&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 15 dez. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional n.º 19/98)*. Apud MORAES, Alexandre. Os 10 anos da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 1999, p.166.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. revista, atualizada de acordo com o código Civil de 2002, e aumentada por Rui Belford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GONÇALVES. Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 10. ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

LEÃO, Adroaldo. *O litigante de má-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. *Responsabilidade civil por abuso de direito*. RT 661/1990 – nov.1990

LIMA, Everardo da Cunha. *Abuso do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1959..

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do Direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 85-113.

NERY, Júnior. NERY, Rosa Maria de Andrade. Organizadores. *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil, v.1 – Teoria Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SANTOS, J. M. de Carvalho (João Manoel de Carvalho). *Código Civil Brasileiro Interpretado: principalmente do ponto de vista prático*. 16 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

STOCO, RUI. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. ver. atual. e reform. Com acréscimo de acórdãos do STF e STJ. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

STRENGER, Irineu. *O ressarcimento do dano no direito internacional*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1973.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

VALADÃO, Haroldo. *Estudios de Derecho Civil – em Honor dei Prof. Castan Tobeñas*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1969. p. 637-643.