

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CIVIL APLICADO**

**Daniela Russomano Hentschel**

**ABUSO DO DIREITO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

**Porto Alegre**

**2011**

**Daniela Russomano Hentschel**

**ABUSO DO DIREITO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

Monografia realizada como exigência para a obtenção do título de Especialista em Direito Civil, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul – UFRGS.

Orientador: Daniel Ustárroz

**Porto Alegre**

**2011**

# **ABUSO DO DIREITO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

Daniela Russomano Hentschel

Monografia realizada como exigência para a obtenção do título de Especialista em Direito Civil, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul – UFRGS.

Aprovado por:

---

Daniel Ustárroz

**Porto Alegre, 2011**

## RESUMO

Com o advento do novo código civil privilegiou-se a utilização de técnicas baseadas em conceitos amplos, moduláveis de acordo com a situação concreta. Dentro dessa nova leitura do direito encontramos a cláusula geral do artigo 187, tema extremamente fascinante e ao mesmo tempo tão intrincado, despertando no pesquisador o desejo de vencer seus obstáculos. Desenvolver o tema consiste em um desafio hermenêutico, pois temos que abolir o antigo pensamento individualista, reinante nas codificações oitocentistas, que durante muitos anos nos serviu de paradigma, e fazer nascer uma nova visão de redimensionamento das relações intersubjetivas. Com o fim da era egoística, o Direito Subjetivo não é mais visto como absoluto, ficando adstrito aos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. A forma como proceder a essa limitação torna-se o objetivo central a ser desenvolvido no presente trabalho.

Palavras-Chaves: Abuso do Direito – Dolo – Culpa – Responsabilidade Civil Objetiva – Responsabilidade Civil Subjetiva

## **ABSTRACT**

The advent of the new civil code allowed the use of techniques based on broad concepts, modeled according to specific situations. Within this new reading of the law, we find the general clause of Article 187, a subject extremely interesting and at the same time intricate, aiding the researcher in their desire to overcome obstacles. Developing the theme consists of a hermeneutic challenge, as we have to abolish the old individualistic thinking, prevalent in nineteenth-century codifications and which for many years served as the paradigm, and bring forth a new vision resizing interpersonal relations. With the end of the liberal model, the Subjective Right is no longer seen as absolute, rather being restricted to the limits imposed by economic or social ends, good-faith or good practice. The way to act within such limitation is the central goal developed in this work.

Key Words: Abuse of the Law – Mens rea - Blame - Objective Civil Liability – Subjective Civil Liability.

*Pai e mãe, o solo; Eduardo, o plantar; Diego, o germinar.*

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>2</b>	<b>O ABUSO DO DIREITO</b> .....	<b>7</b>
2.1	Origens do Abuso do Direito (a contribuição de Louis Josserand).....	9
2.2	Fonte das obrigações e o nascimento da Teoria do Abuso do Direito no Direito Civil Brasileiro (a evolução observada na comparação entre os códigos civis).....	14
2.3	A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL (sob a ótica de Louis Josserand).....	18
<b>3</b>	<b>A QUESTÃO DA CULPA x ABUSO DO DIREITO</b> .....	<b>24</b>
3.1	A influência da culpa para a caracterização do abuso do direito. ( <i>an debeat</i> ) 26	
3.2	As cláusulas gerais do art. 187 e do parágrafo único do art. 944 do Código Civil de 2002 e a mitigação do montante indenizatório ( <i>quantum debeat</i> ).....	29
3.3	JURISPRUDÊNCIA: .....	31
<b>4</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>35</b>
<b>5</b>	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>37</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho volta-se ao estudo do que a doutrina, de um modo geral, tem debatido sobre a Teoria do Abuso do Direito.

Seu ponto central não é outro senão o de identificar o abuso do direito como instrumento limitador ao Direito Subjetivo e saber como se estabelece esse mecanismo de limitação.

Como corolários desse problema, surgem alguns questionamentos que serão debatidos através do desenvolvimento dos seguintes tópicos:

- Analisar a cláusula geral do artigo 187 do Código Civil sob uma perspectiva histórica, sua concepção, suas origens;
- Focalizar o estudo da cláusula geral como instituto próprio, sua conceituação e sua responsabilização (Teoria Objetiva ou Teoria Subjetiva);
- Por fim, correlacionar a cláusula geral do artigo 187 com a cláusula geral do parágrafo único do artigo 944.

Como se observa, o objetivo deste estudo é avaliar a problemática do Abuso do Direito, sob alguns de seus enfoques, analisando a sua evolução histórica, bem como sua interpretação doutrinária e jurisprudencial.

## 2 O ABUSO DO DIREITO

Com o advento do novo Código Civil privilegiou-se a utilização de técnicas baseadas em conceitos amplos, moduláveis de acordo com a situação concreta.

Segundo Miguel Reale, tais técnicas são informadas pelos princípios da socialidade, operabilidade e eticidade:

(...) obrigação do legislador de não legislar em abstrato, (...) mas quando possível, legislar para o indivíduo situado: para o homem enquanto marido; para a esposa enquanto esposa; para o filho enquanto um ser subordinado ao poder familiar: Quer dizer, atender às situações sociais, à vigência plena do Código, do direito subjetivo

como situação individual; não um direito subjetivo abstrato, mas uma situação subjetiva concreta.<sup>1</sup>

Dentro dessa nova leitura do direito encontramos a cláusula geral do artigo 187 do Código Civil, tema extremamente fascinante e ao mesmo tempo tão intrincado, que desperta no pesquisador o desejo de melhor elucidar o instituto.

Desenvolver o tema: “Abuso do Direito” consiste em um desafio hermenêutico, pois temos que abolir o antigo pensamento individualista, reinante nas codificações oitocentistas<sup>2</sup>, que durante muitos anos nos serviu de paradigma e fazer nascer uma nova visão de redimensionamento das relações intersubjetivas.

Com o fim do modelo liberal, o Direito Subjetivo não é mais visto como absoluto, ficando adstrito aos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, conforme preceitua o artigo 187 do Código Civil Brasileiro.

Dentro desta nova perspectiva, contextualiza Miguel Reale:

não foi mais considerada sem limites a fruição do próprio direito, reconhecendo-se que este deve ser exercido em benefício da pessoa, mas sempre respeitados os fins éticos-sociais da comunidade a que seu titular pertence. Não há em suma, direitos individuais absolutos, uma vez que o direito de cada um acaba onde o de outrem começa.<sup>3</sup>

A forma como proceder a essa limitação torna-se um dos temas mais intrigantes e de difícil solução, dependendo de estudos a respeito para iluminar o regime recém instituído pelo Código Civil, eis que inexitem, nos últimos anos, decisões judiciais que o apliquem em sua plenitude e extensão ou, ao menos, o levem em consideração.

Impõe-se, assim, como pretensão do presente, a busca de um maior entendimento sobre o tema, para uma aplicabilidade mais segura.

---

<sup>1</sup> REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 7 et seq. *Apud* Miragem, Bruno. Abuso do Direito: Ilícitude Objetiva No Direito Privado Brasileiro. RT/Fasc. Civ. Ano 94 v. 842 dez 2005 p. 12.

<sup>2</sup> REALE, Miguel. **Temas de Direito Positivo. Notas sobre o Dirigismo Contratual**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1992. p. 12.

## 2.1 Origens do Abuso do Direito (a contribuição de Louis Josserand)

Relatividade e abuso dos Direitos, assim inicia a conferência dada no Instituto “Francés de Zagreb”, na Faculdade de Direito de Lisboa, Coimbra, proferida pelo ilustre jurista Luis Josserand <sup>4</sup>.

O eminente jurista nos leva a pensar que a relatividade presente nos trabalhos de Einstein, não só influenciaram as ciências exatas, como as ciências humanas, mais precisamente, as ciências jurídicas e sociais, que é a ciência do movimento, que está em constante evolução, transformação.

Luis Josserand foi reitor honorário da Faculdade de Direito de Lyon, na França, entre 1913-1935. Nesse período, importante mencionar, há uma reação contrária ao modelo liberal, que espelhava valores individualistas, que não permitia maleabilidade ao Direito, que acabou culminando com a exclusão social de muitos e a concentração do poder econômico na mão de poucos<sup>5</sup>.

Em sua obra, o catedrático descreve bem o período, demonstrando a coexistência de duas concepções, uma que considerava o Direito como ciência exata, de contornos rígidos, de formas absolutas e outra, emergente, que o trata como ciência social por excelência, cujo poder de adaptação é infinito, in verbis:

Existen, han existido en el curso de los siglos y desde hace cientos de años, dos grandes concepciones del derecho: una, que la considera como ciencia exacta, de rígidos contornos, de formas absolutas, como ciencia dogmática; otra, que lo trata como ciencia social, ondulante y varia, que sigue paso a paso a la comunidad, de la cual es regla e imagen, marco y reflejo.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> REALE, Miguel. Visão geral do Novo Código Civil. **RT 808/14**. São Paulo: Ed. RT, fev. 2003. p. 17. *apud Clacini, Fábio Pallaretti*. Abuso do Direito e o Novo Código Civil. (RT Ano 93 v. 830 dez 2004 p. 29).

<sup>4</sup> JOSSERAND, Louis. **Monografías Jurídicas. Del Abuso de Los Derechos Y Otros Ensaíos**. Segunda Edición. Bogotá – Colombia: Editora Themis. 2009. p. 01.

<sup>5</sup> Halperin *apud* Monte, Vanise Röhrig Título: Conceito e natureza jurídica do contrato de seguro ante o fenômeno de sua massificação e publicização no direito brasileiro Título no todo: *Ajuris*. Porto Alegre, v. 27, n. 85-1, mar. 2002, p. 363-375.

<sup>6</sup> JOSSERAND, Louis. *Ibidem* p. 01

Retrata bem a época, ao afirmar que a concepção antiga que via o Direito como ciência exata, em que os direitos subjetivos tinham um caráter rígido e absoluto, levando em si mesmos a sua finalidade, não mais se sustentava.

O espírito pós-revolução Francesa, que ecoou como um basta ao poder intervencionista, emergindo uma total autonomia aos entes privados, que passaram a interpretar o direito subjetivo como: *“armas de que los poderes públicos han dotado a los particulares y que estos pueden usar en cualquier ocasión, con cualquier fin, sin que su responsabilidad se encuentre comprometida”*<sup>7</sup>, já não mais retumbava.

Esse pensamento, segundo Josserand, não mais refletia os anseios sociais, aquela concepção implacável, frenética dos direitos individuais, não encontrava mais guarida no meio social, fazendo nascer à teoria da relatividade, em que o direito subjetivo não é mais visto como absoluto, admitindo abusos, quando desgarrados de sua finalidade precípua.

Segundo a teoria da relatividade<sup>8</sup>, o Direito é visto como produto social, o direito deriva da sociedade, e dela recebe seu espírito e finalidade. Cada direito tem um fim, sobre o qual o titular não pode se desviar, do contrário, seguirá uma direção falsa, que será vista como abusiva.

O titular do exercício de um direito, que tenha cometido uma falta, durante o exercício do direito, por não respeitar sua finalidade, incorrerá em abuso. Exatamente, esta falta, esta culpa denomina-se abuso do direito<sup>9</sup>.

Nota-se, assim, que o início do século XX, retoma a idéia da intervenção do Estado na vida privada, através da elaboração de leis, mas com um novo paradigma, com um novo viés, ao qual permite que a norma encontre sua verdadeira finalidade.

Josserand descreve essa busca, afirma que armas lícitas podem se converter em ilícitas, quando utilizadas de certa forma que confrontem sua finalidade. Os fins são suscetíveis de justificar os meios, mas importante ressaltar, que o inverso não é verdadeiro, nunca os meios empregados são suscetíveis de justificar os fins<sup>10</sup>, caso contrário, seria um campo amplamente aberto para a má-fé e para fraude.

---

<sup>7</sup> Ibidem p. 03. Tradução: Armas que o poder público outorgou aos particulares e esses podem usar em qualquer ocasião, com qualquer fim, sem que sua responsabilidade se encontre comprometida.

<sup>8</sup> Ibidem p. 01

<sup>9</sup> Ibidem p. 04

<sup>10</sup> Ibidem p. 4

Assim, um ato cumprido em conformidade com determinado direito subjetivo, pode estar em conflito com o direito em geral, com a juridicidade, a este conflito os romanos os já haviam traduzido pela máxima: *Summum ius, summa iniuria*<sup>11</sup>.

Ensina o mestre que é necessário que o direito continue sendo, como já o era, a ciência definida em Roma pelo jurisconsulto Celso: “*ars boni et aequi*”, ou seja, escola da probidade e justiça. Com efeito, Gaio já dizia que não devíamos abusar de nossos direitos (*male enim nostro iure uti non debemus*).

Ocorre que os Romanos se limitaram, em sua obra de humanização e socialização do direito, ao afirmar, como abusivas, apenas as condutas dolosas e fraudulentas, ou seja, as condutas intencionais. Para os Romanos os atos abusivos eram, apenas, aqueles que continham uma intenção nociva<sup>12</sup>.

Como evolução, segundo Josserand, a idade moderna vê o Instituto de forma muito mais ampla, compreendendo qualquer ato, que por sua mobilidade, sua finalidade, contrarie o espírito do direito; o critério puramente intencional é substituído por um critério funcional.

O direito tem seu espírito, seu objeto, sua finalidade. Quem desvirtua sua missão social, comete uma falta, delituosa (dolo) ou quase delituosa (culpa), um abuso do direito, suscetível, dependendo do caso, de indenização<sup>13</sup>.

Nota-se que pela obra do eminente Jurista, podemos concluir que:

- O Direito Subjetivo não é mais visto como absoluto, ficando adstrito aos limites impostos pelo seu fim. Cada direito tem um fim, sobre o qual o titular não pode se desviar, ao contrário, seguirá uma direção falsa, que será vista como abusiva;
- O Instituto tem sua origem através da máxima: *Summum ius, summa iniuria*, ou seja, possui raízes romanas;
- Há uma evolução do conceito romano, passando a Idade Moderna a definir como abusivo, não só os atos dolosos, compreendendo também os atos que, por sua mobilidade, sua finalidade, contrariem o espírito do direito (culpa);
- O critério puramente intencional é substituído por um critério funcional;

---

<sup>11</sup> Ibidem p. 4. Tradução: Justiça extrema, extrema injustiça.

<sup>12</sup> Ibidem p. 5

<sup>13</sup> Ibidem p. 5

- O direito tem sua finalidade, sua missão social, quem a desvirtua, comete uma falta, seja dolosa, seja culposa, ocorrendo o abuso, suscetível, dependendo do caso, de indenização.

Não obstante, particularmente, concordar com os ensinamentos do Mestre Luis Josserand, sua conferência em Lisboa não surtiu o efeito desejado, eis que não é esse o entendimento predominante ou quase maciço da doutrina, e figurando em oposição, trago à baila, por ironia, os ensinamentos do decano Lisboaeta Menezes Cordeiro<sup>14</sup>, em sua obra, “Da boa-fé no Direito Civil”<sup>15</sup>.

Em seu tratado, Menezes de Cordeiro, atribui a expressão “abuso de direito”, ao autor belga Laurent, criada para designar uma série de situações jurídicas, vividas na França, em que o réu, embora tivesse direito, restara condenado, em razão, exatamente, do desvirtuamento do exercício do Direito Subjetivo, *in verbis*:

As primeiras decisões judiciais do que, mais tarde na doutrina e na jurisprudência, viria a ser conhecido por abuso do direito, datam da fase inicial da vigência do Código de Napoleão (40). Assim, em 1808, condenou-se o proprietário duma oficina que, no fabrico de chapéus, provocara evaporações desagradáveis para a vizinhança (41). Doze anos volvidos, era condenado o construtor de um forno que, por carência de precauções, prejudicava um vizinho (42). Em 1853, numa decisão universalmente conhecida, condenou-se o proprietário que construía uma falsa chaminé, para vedar o dia a uma janela do vizinho, com quem andava desavindo (43). Um ano depois, era a vez do proprietário que bombeava, para um rio, a água do próprio poço, com o fito de fazer baixar o nível do do vizinho (44). Em 1861, foi condenado o proprietário que, ao proceder a perfuração no seu prédio, provocou, por falta de cuidado, desabamentos no do vizinho (45). Seguir-se-iam, ainda, numerosas decisões similares (46), com relevo para a condenação, em 1913, confirmada pela Cassação, em 1915, por abuso do direito, do proprietário que erguera, no seu terreno, um dispositivo dotado de espigões de ferro, destinado a danificar os dirigíveis construídos pelo vizinho (47).<sup>16</sup>

<sup>14</sup> [http://pt.wikipedia.org/wiki/Ant%C3%B3nio\\_Menezes\\_Cordeiro](http://pt.wikipedia.org/wiki/Ant%C3%B3nio_Menezes_Cordeiro) (06 de junho de 2011)

<sup>15</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2001.

<sup>16</sup> Ibidem p. 671

(40) PLANIOL, na. Douai, 7-Mai.-1902, D 1903, 2, 329-330 (329) e BONNECASE, Précis de D. Civil II (1934), 314. A expressão “abuso do direito” teve consagração judicial, apenas, em CassFr 10-Jun.-1902, D 1902, 1, 454-456 (455, 1.ª col.); cf. Merz, Von Schikaneverbot zum Rechtsmissbrauch, ZfRV 18 (1977), 163.

(41) C. Imp. Metz, 10-Nov. -1808, s 1821, 2, 154.

(42) C. Imp. Metz, 16-Ago.-1820, S 1821, 2, 155.

(43) C. Imp. Colmar, 2-Mai. - 1855, D 1856, 2, 9-10.

(44) C. Imp. Lyon, 18-Abr.-1856, D 1856, 2, 199-200.

(45) C. Imp. Colmar, 25-Jul. - 1861, S 1861, 2, 578.

Menezes Cordeiro entende que a pesquisa histórica do abuso do direito que toma por base uma série de fórmulas romanas se mostra insubsistente. Para ele, a natureza do *ius romanum*, mostra-se contrária às teorizações gerais:

uma concepção do abuso do direito, como categoria omnipresente, expressa em princípios de alcance genérico, pressupõe conquistado, para a Ciência do Direito, o pensamento sistemático moderno. O que ocorreria, apenas, no séc. XVII (57)<sup>17</sup>.

Mesmo com os esclarecimentos acima, continuo a concordar com Josserand, entendo que ao afirmar que as origens do “abuso do direito” são romanas, na verdade, o mesmo quis dizer, apenas, que a preocupação, a seiva, a semente, do Instituto “abuso de um direito” já estava presente em Roma, como se percebe pela máxima: “*Summum ius, summa iniuria*”<sup>18</sup>.

Somos sabedores de que nenhuma tese, teoria ou instituto nascem prontos. Somente o tempo, proporcionando discussões, estudos, é capaz de dar contornos mais bem definidos a qualquer instituto.

Apesar de o instituto só atingir sua plenitude no século XIX, a preocupação com a finalidade, com a justiça, sem sombra de dúvida, já era sentida desde há época romana.

Corroborando, menciona-se, por fim, o posicionamento do Doutor Eugênio Facchini Neto, Doutor em Direito Comparado, pela Universidade de Florença, consoante transcrição abaixo:

Embora a teoria do abuso do direito seja relativamente recente, seus germes já estão contidos no direito romano, como deixa entrever a expressão de Paulo: non omne quod licet honestum est, (38) bem como a máxima de Cícero: summum jus summa injuria.<sup>19</sup>

---

(46) C. Ap. Paris, 2-Dez-1871, D 1873, 2, 185.

(47) Compiègne, 19-Fev. – 1913, D 1913, 2, 181 e CassFr 3-Ag.-1915, D 1917, 1, 79.

<sup>17</sup> Ibidem p. 673:

(57) Através de Hobbes e dos seus continuadores; cf. supra, n.º 28.

<sup>18</sup> JOSSERAND, Louis. Ibidem p. 04. Tradução: Justiça extrema, extrema injustiça.

<sup>19</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. A responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, 2.ª ed., p. 188.

(38) D., 50, 17, 144.

Assim, inegável que o senso de justiça que permeia toda a teoria do Abuso do Direito, percebido pela incessante busca da verdadeira finalidade da norma, é fruto da obra romana de humanização e socialização do direito.

## **2.2 Fonte das obrigações e o nascimento da Teoria do Abuso do Direito no Direito Civil Brasileiro (a evolução observada na comparação entre os códigos civis)**

Fonte de obrigação é o elemento gerador de uma prestação, de acordo com as regras do direito. Indagar sobre as fontes do direito é buscar as razões pelas as quais alguém se torna credor ou devedor de alguém.

Nesse sentido, enfatiza Sílvio de Salvo Venosa:

Assim, estudar as fontes significa investigar como nascem e se formam, de onde surgem e por que determinada pessoa passa a ter o dever de efetuar determinada prestação para outra.<sup>20</sup>

No Direito Romano, quatro eram as fontes admitidas: contrato, quase-contrato, delito e quase-delito. O contrato era o mais importante e resultava do acordo de vontade entre as partes. O quase-contrato a ele se assemelhava, entretanto lhe faltando o consenso prévio entre as partes (como a gestão de negócios e o pagamento indevido). O delito consistia no ato ilícito doloso, intencionalmente causado, assim como o quase-delito, inspirava-se na noção da culpa.<sup>21</sup>

O Código de Napoleão adotou essa classificação, mas, mesmo na França, tal divisão sofreu algumas alterações. E por influência de Pothier, acrescentou-se mais uma fonte à classificação quadripartida: a lei.<sup>22</sup>

Em nosso ordenamento, Sílvio Rodrigues classifica as obrigações em três categorias: as que têm por força imediata a vontade humana (os contratos e os atos unilaterais de vontade); as que têm por força imediata o ato ilícito (que provêm da

---

<sup>20</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Teoria Geral das obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. Volume 2. Nona edição. São Paulo: Editora Atlas S.A – 2009. p. 45.

<sup>21</sup> Ibidem p. 46.

<sup>22</sup> Ibidem p. 47

ação ou omissão culposa ou dolosa); e as que têm por fonte imediata a lei (como exemplo a obrigação de prestar alimentos).<sup>23</sup>

Esclarecendo, ainda, que as obrigações (1981a, v.2:11)

sempre têm por fonte a lei, sendo que alguns casos, embora esta apareça como fonte mediata, outros elementos despontam como causadores imediatos do vínculo. Assim, a vontade humana ou o ilícito.”<sup>24</sup>

Entretanto, frise-se que existe na doutrina uma discussão, defendida por Orlando Gomes, que afasta a lei como fonte obrigacional imediata, repele a denominação obrigações legais às situações de fato.<sup>25</sup>

Segundo tal entendimento, a obrigação legal (ex: obrigação alimentar) só existe, devido ao fato de duas ou mais pessoas estarem ligadas a uma situação fática (ex: ter vínculo de parentesco). Assim entende, portanto, que a fonte imediata é o próprio fato condicionante, refutando, em contrapartida, a obrigação ex lege.<sup>26</sup>

Mantendo a mesma orientação, o antigo código e o atual, apesar de não conterem dispositivos específicos, reconhecem como sendo três as fontes obrigacionais: os contratos, os atos unilaterais e o ato ilícito.<sup>27</sup>

Nota-se que a gestão de negócios, a promessa de recompensa, o enriquecimento sem causa e o pagamento indevido figuram, hoje, no rol dos atos unilaterais, sendo que o delito e o quase delito passaram a ser denominados, genericamente, atos ilícitos.

A violação do dever jurídico de não lesar outrem (*neminem laedere*), imposto a todos no art. 186, configura o ato ilícito jurídico civil, que gera a obrigação de indenizar.

Sendo uma das grandes inovações trazidas pelo novo diploma civil, também considerar como ilícito, a figura do Abuso do Direito, consoante se depreende de seu artigo 187, da qual ementa transcrevo:

---

<sup>23</sup> Ibidem p. 47

<sup>24</sup> Ibidem p. 47

<sup>25</sup> Ibidem p. 48

<sup>26</sup> Ibidem p. 48

<sup>27</sup> Ibidem p. 49

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

Não obstante estar inserido pela primeira vez, de forma expressa, a Teoria do Abuso do Direito, apenas no Código de 2002, pode-se dizer que a origem do instituto no Brasil teve seu início já no diploma civil de 1916.

Apesar de não conter, expressamente, um dispositivo relativo ao abuso do direito, havia no antigo diploma, uma referência que considerava como lícito os atos praticados no exercício regular de um direito:

Art. 160 - Não constituem atos ilícitos:  
I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.”

Da leitura do dispositivo, interpretava-se, a *contrário sensu*, que constituía ato ilícito, por conseguinte, gerador do dever de indenizar, o exercício irregular de um direito.<sup>28</sup>

Assim percebe-se que a teoria entrou de forma tímida no ordenamento brasileiro, ganhados, aos poucos, contornos mais bem definidos. Antes, só exercício irregular, hoje, irregular e funcional.

Ou seja, uma regularidade qualificada, que tem como parâmetros condutas que devam ficar adstritas a um fim econômico e social, serem baseadas na boa-fé e nos bons costumes, caso contrário, serão consideradas abusivas.

Essa noção que considera o *abuso* como um exercício irregular, no sentido de violar padrões, como acima referido, acaba por identificar o *abuso* a uma corrupção do uso, a um mau uso, a um mau exercício.<sup>29</sup>

Dentro deste contexto, a quem questione se a figura do “Abuso do Direito” é, realmente, um ilícito civil, como restou consagrado em nosso ordenamento civil, ou se estamos diante do uso anormal do direito.

Ou, ainda, se, apenas, são direitos que se confrontam, ao qual cabe ao juiz definir qual prevalece, como enfrenta Marcel Planiol e Georges Ripert, negando totalmente a Teoria do Abuso do Direito, na obra Tratado Practico de Derecho Civil

---

<sup>28</sup> MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito - Proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no Direito Privado**. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1.<sup>a</sup> edição. 2009. p. 19

<sup>29</sup> MIRAGEM, Bruno. *Ibidem* p. 20

Francês, Tomo Sexto, Lãs Obligaciones, Primeira Parte, Havana: Cultural, S. A, 1946, pg 790, da qual posição transcrevo, na íntegra, por se tratar de uma relíquia encontrada na Biblioteca do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul:

**574. Controvérsias acerca de la noción del abuso de los derechos** – La imprecisión de esta frase forzosamente tenía que llevar a no fijar como límites de esa teoría los actos realizados por espíritu de malevolencia. Podría servirde expediente para rectificarcualquir acto antijurídico.

Todo acto humano ¿ no se realiza en cumplimiento de un derecho, aun cuando sólo se trate del derecho a mover-se, actuar, defender los próprios intereses? Portanto, todo acto reprobable, aún cuando no sea inspirado en el espíritu de malevolencia puede calificarse de abuso de un derecho y, si no se ha llegado a tanto, es debido a que no hace falta en cuanto a los actos culposos clásicos y bien definidos.

Pero se há hecho a fin de justificar la condena de actos que se relacionan con el ejercicio de um derecho definido y que hasta ese momento habían sido tolerados. La expresión abuso de los derechos concreta y apoya eficazmente una tendencia a la extensión de los casos de responsabilidad por la disminución del alcance de esos derechos subjetivos.

Esa concepción debe rechazarse.

Nadie ha pretendido nunca que los derechos subjetivos, definidos o no, sean ilimitados, sino, al contrario, son limitados evidentemente por los derechos de los demás. Hablar, por tanto, de abuso de los derechos, es enunciar una fórmula inútil y aun incurrir en una logomaquia, toda vez que cuando yo hago uso de mi derechos mi acto es lícito y cuando no lo es, es porque he sobrepasado mi derecho y actúo sin derecho. Por otra parte, no se ha llegado a fijar un criterio practico del abuso de los derechos entendidos por en estós términos. El mejor que se ha propuesto, consistente en que hay abuso del derecho cuando se hace uso anormal de éste, atendidas las concepciones y necesidades del medio y de la época, no es mas que una formula sin grande valor parctico y, en definitiva, es la misma lograda al tratar de definir el carácter ilícito, como condición de la culpa. Sin duda alguna, cuando los intereses chocan, mereciendo igual protección del derecho y siendo imposible su conciliación, hay que decidir cuál de ellos debe prevalecer.

Caso típico de ello es la inclusión en una lista negra, que viola el principio de la libertad del comercio y de la industria, o el del derecho del propietario para efectuar en su casa cuanto le plazca y que choca con el derecho de los propietarios colindantes de obtener de su propiedad frutos y beneficios. Este problema se ha planteado siempre, pero es problema de determinación y limitación de cada derecho subjetivo, de fijación de sus contornos.

Cierto es que se ha afirmado que el hábito de formular las reglas jurídicas bajo la forma, no de reglas de conducta, sino que reglas que enuncian las prerogativas de los individuos, los derechos subjetivos, nos lleva naturalmente a situar éstos en el primer plano y a limitar las restricciones impuestas a su pleno desenvolvimiento: la idea de abuso de los derechos vendría a se el contrapeso de esa tendencia

instintiva, pero contrario al espíritu de solidaridad, la idea de los deberes sociales, que anima el derecho moderno. Tal ofensiva contra los derechos subjetivos que en algunos tratadistas llega a su supresión (y al propio tiempo a la supresión de la idea de abuso de los derechos, por resultar inútil) es errónea, si aceptamos que toda la vida social se deriva de la vida y de las actividades de los individuos. Sin duda, la sociedad es una realidad; pero su substancia y su fuerza están constituídas por las de sus miembros que, por tanto, no hay que combatir sistemáticamente. No debemos olvidar que las doctrinas individualistas han sido un poderoso agente en la lucha contra el despotismo. No dejamos de admitir que en muchos casos procede restringir la medida en que ciertos derechos subjetivos permiten producir un daño a otra persona; pero, tal cosa debe hacerse para cada caso, atendidos los intereses en conflicto, y no favoreciendo una tendencia, peligrosa en su imprecisión, que nos llevaría a vaciar de contenido los derechos subjetivos. La misma crítica puede formularse contra la doctrina recientemente propuesta, y que preconiza que los derechos subjetivos son, en principio, relativos. Es más atractiva porque evita toda contradicción en los términos y refleja una concepción que no es especial de la ciencia del derecho. Pero, en realidad, es igualmente peligrosa, ya que su resultado será convertir el ejercicio de los derechos en una fuente de responsabilidad.

De qualquer sorte, é claro que, sob o ponto de vista eminentemente prático, sempre teremos que os efeitos do abuso de direito, deverão ser assemelhadas às do ilícito e serão geradores de responsabilização.<sup>30</sup>

Agora que já sabemos que o abuso é fonte de obrigação e seu descumprimento gera responsabilização, importante traçarmos o desenvolvimento desta, para melhor podermos tirar nossas conclusões sobre o instituto.

### **2.3 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL (sob a ótica de Louis Josserand)**

Para compreendermos os rumos da responsabilidade civil e, particularmente, a responsabilização pelo abuso do direito, é indispensável entendermos sua evolução.

---

<sup>30</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Atos ilícitos, abuso de Direito e responsabilidade**. Direito Civil – Parte geral pg 16. Disponível em <<http://leonildoc.orgfree.com/curso/civil40.htm>>. Acesso em: 13 set. 2010.

E para melhor elucidar esse processo, Louis Josserand, em sua obra, parte da seguinte indagação: “*A que se dá à evolução constante e acelerada da responsabilidade?*”<sup>31</sup>

A era automobilística, da aviação, da grande indústria e do maquinismo, não será, de forma alguma, o século da segurança material, aduz Josserand. Citando NIETZSCHE, “vivemos perigosamente”<sup>32</sup>, referindo-se a revolução Industrial, do século XVIII.

Desprovidos de uma segurança material, por uma questão fática, passamos a aspirar, em contra-partida, uma segurança jurídica. Com o aumento da probabilidade de sérios riscos de acidentes, devido ao novo tempo, o mínimo desejado passou a ser a reparação.<sup>33</sup>

Simplesmente um movimento espontâneo de defesa, uma reação instintiva: quando mais perigoso o mundo, maior a necessidade de sentirmos protegidos, seja pelo legislador, através da elaboração de leis que busquem responsáveis, seja pelo juiz, ao sentenciar.<sup>34</sup>

Segundo Josserand, o desenvolvimento da responsabilidade encontra-se diretamente ligado ao crescimento da insegurança, a fórmula “viver perigosamente”, da qual não nos resta escapatória, traz consigo, indubitavelmente, a seguinte indagação “*quem vai responder por nossos atos?*”<sup>35</sup>

Encontrando-se aqui uma das primeiras causas sobre a necessidade de expansão da responsabilidade civil, causa de ordem social e ao mesmo tempo de ordem científica, constituindo-se o que os filósofos chamaram “razão suficiente”<sup>36</sup>

Mesmo tendo-se intensificado a responsabilidade, somente a partir do século XVIII, devido a era industrial, o “viejo”<sup>37</sup> direito romano já se preocupava em assegurar esse equilíbrio social, como se percebe pela máxima “*neminem laedere*”( não lesar).

---

<sup>31</sup> JOSSERAND, Louis. Ibidem p. 57

<sup>32</sup> JOSSERAND, Louis. Ibidem p. 59

<sup>33</sup> JOSSERAND, Louis. Ibidem p. 59

<sup>34</sup> JOSSERAND, Louis. Ibidem p. 59

<sup>35</sup> JOSSERAND, Louis. Ibidem p. 59

<sup>36</sup> Ibidem p. 59

<sup>37</sup> Ibidem p. 60

Mas claro, importante mencionar, que a teoria tradicional da responsabilidade civil, que se origina há época romana, é baseada estritamente na concepção da culpa, ou seja, não havia responsabilidade sem culpa comprovada.<sup>38</sup>

Um dogma milenar, uma verdade fundamental que as gerações de juristas se transmitiram de século em século e que a tudo resistia, até as sacudidas políticas mais violentas.<sup>39</sup>

Assim, qualquer vítima que sofresse um acidente, para obter a indenização deveria provar: o dano sofrido, a culpa (que seu adversário teria cometido uma falta) e o nexo entre o dano sofrido e a culpa. Sem produzir a tripla prova (dano, culpa e nexo) a derrota no processo era inevitável.<sup>40</sup>

Em virtude da dificuldade em se obter a indenização, o professor Francês, em sua obra, pela primeira vez, criticou veementemente a efetividade do instituto: *“Um derecho es efectivo sino cuandi su realización, su ejercicio, están asegurados. No tener derecho, o, teniéndolo, verse en la imposibilidad de hacerlo triunfar, son la misma cosa.”*<sup>41</sup>

Josserand, indubitavelmente, é um dos primeiros doutrinadores que inicia o processo crítico sobre a efetividade da Teoria Tradicional da Responsabilidade, baseada estritamente na culpa.

A situação vivida, pós-Revolução Industrial, exigia que o problema fosse enfrentado de frente, fosse abordado com um olhar mais condescendente, urgia a ampliação dos casos de responsabilização, a fim de prover uma maior segurança à sociedade.

Assim, Josserand inova, ao recorrer aos seguintes procedimentos técnicos, descritos em sua obra, que ampliam significativamente os casos de responsabilização, devido à necessidade do momento:

1. Admitir com mais facilidade a existência da culpa; ponto que abrange as teorias da culpa negativa e do Abuso do Direito;
2. Reconhecer a possibilidade de impor-se, em certos casos, a presunção da culpa;

---

<sup>38</sup> Ibidem p. 62

<sup>39</sup> Ibidem p. 62

<sup>40</sup> Ibidem p. 63

<sup>41</sup> Ibidem p. 63

3. Substituir, em certos casos, a concepção tradicional da culpa pela do risco, conseqüentemente a responsabilidade de subjetiva para objetiva;
4. Ampliar a noção da responsabilidade contratual.<sup>42</sup>

Quanto ao primeiro item: 1 - Admitir com mais facilidade a existência da culpa:

A jurisprudência passou a admitir, com mais facilidade, a existência da culpa. Indo ao encontro da tradição romana: "*in lege aquilia et culpa levissima venit*";<sup>43</sup>

Desse ponto se desmembram duas teorias: a Teoria das Culpas Negativas, a qual serei sucinta em sua exposição, e a que, particularmente, nos interessa, a teoria do Abuso do Direito.

Teoria das Culpas Negativas quando nossa omissão causa um dano, somos responsabilizados por nossa abstenção. A Teoria estabelece que certas pessoas e certas empresas têm obrigações positivas para com o público, cujo desconhecimento tem um caráter culposo, gerador de responsabilidade.<sup>44</sup>

A Teoria do Abuso do Direito, que como demonstrado, tem origens muito antigas, e segundo Josserand é aquela que veio a ampliar significativamente o domínio da culpa, ao admitir que o exercício de um direito, fora do paradigma esperado, será tido como ilícito:

La teoria del abuso de los derechos, que es muy antigua, pero que há recibido en los últimos años y en la mayor parte de los países un desarrollo rápido y considerable, há venido a ampliar el dominio de la culpa, al admitir que el ejercicio de um derecho no es de manera alguna incompatible con el concepto de culpa, y que ejercer um derecho en cierta forma, con cierto fin, sobre todo con el propósito de perjudicar a outro, es cometer un delito civil.<sup>45</sup>

Frisa-se que, em sua obra, Josserand nunca atribui a figura do Abuso do Direito à ausência da culpa, muito pelo contrário, a figura do Abuso é justamente uma extensão do conceito de culpa.

---

<sup>42</sup> JOSSERAND, Louis. *Ibidem* p. 64.

<sup>43</sup> *Ibidem* p. 65.

<sup>44</sup> *Ibidem* p. 68

Acrescenta o mestre, os direitos que nos são concedidos pelos poderes públicos não podem ser utilizados indiscriminadamente, sem ter em vista um fim determinado. Os Direitos dentro da sociedade têm um propósito, um fim, uma aplicação, um destino, sobre o qual não podemos nos desviar.<sup>46</sup>

Ao exercermos esse direito fora do modelo balizado pelo seu fim econômico e social, desviamo-nos de seu caminho, incorrendo em culpa, da qual poderemos ser responsabilizados.

Para um maior entendimento repiso, novamente, as palavras do mestre Josserand:

Em otros términos, los derechos no se nos conceden garantizados por el gobierno, sino que se nos conceden sin garantía alguna. A nosotros toca hacer de ellos un uso justo, social, legítimo. Son armas cuyo manejo es delicado. Debemos observar las reglas del juego, o, de lo contrario, incurriremos en culpa y nuestra responsabilidad se verá comprometida a causa de los perjuicios que hayamos podido causar.<sup>47</sup>

Assim, os casos de abuso cingem-se ao mau uso do direito, ao falso direcionamento dado a norma, que faz incorrer em culpa, sujeitando-se a possível responsabilização.

Finalizando, leciona o professor:

“La teoría del abuso de los derechos adquiere pues, carta de ciudadanía, en la jurisprudência, en la legislación y aun en la doctrina, y, con ella, se abre un dominio imenso a la culpa, la cual no retrocede ya ante la existencia de um derecho sino que, al contrario, se ajusta al ejercicio del derecho cuando este degenera em abuso. La falta motivada por el ejercicio de um derecho se convierte así em una noción práctica y corriente.”<sup>48</sup>

2 - Reconhecer a possibilidade de impor-se, em certos casos, a presunção da culpa:

---

<sup>45</sup> JOSSEAND, Louis. Ibidem p. 65

<sup>46</sup> Ibidem p. 65

<sup>47</sup> Ibidem p. 66

<sup>48</sup> Ibidem p. 67

Josserand fala dos casos de presunções legais, que são exatamente os mesmos casos contidos no nosso código civil de 2002, responsabilidade pelos animais e pelas coisas inanimadas, os quais observa:

Responsabilidad por hechos ajenos, responsabilidad por hechos de los animales, responsabilidad por un edificio en ruinas, responsabilidad por las cosas inanimadas, son otros tantos cargos de responsabilidad, que funcionan de pleno derecho, porque, afirma la jurisprudencia, los padres, los instructores, los artesanos, los comitentes, el dueño o el guardián son prusuntos de culpa, y esta presunción legal es absoluta, por lo menos le que pesa sobre los comitentes y los guardianes de animales o de cosas inanimadas, que excluye cualquier prueba en contrario, reserva hecha de la fuerza mayor y de la culpa de la víctima.<sup>49</sup>

3 - Substituir, em certos casos, a concepção tradicional da culpa pela do risco, conseqüentemente a responsabilidade de subjetiva para objetiva:

Ao desenvolver o tema, Josserand em sua tese menciona a nova concepção baseada na idéia do risco, citando como fundador da mesma SALEILLES, na obra “Los accidentes de trabajo y la responsabilidad civil”, publicado em 1897, onde o patrão deve suportar o prejuízo ocasionado pelo trabalhador, quando por ventura do desenvolvimento de seu ofício<sup>50</sup>, exatamente como hoje.

Percebe-se que não obstante Josserand ser adepto a responsabilização objetiva, sendo um de seus maiores defensores, depois de SALEILLES, nos casos de risco proveito manifesto, nunca a confundiu com a questão do Abuso do Direito.

4 - Ampliando a noção da responsabilidade contratual:

Por fim em sua obra Josserand, há época, fala que em certos casos a responsabilidade contratual pode se transformar em delituosa, para uma melhor indenização à vítima, não adianta apenas adimplir, tem que adimplir da forma esperada, exatamente como hoje trabalhamos com os deveres anexos:

La jurisprudência francesa há comprendido muy bien la importância del problema y há procurado resolverlo en la forma más satisfactoria

---

<sup>49</sup> Ibidem p. 71

<sup>50</sup> Ibidem p. 76

para los intereses de la víctima, haciendo producir a los contratos tan numerosas obligaciones como es posible, con la mira de que el perjuicio experimentado tenga así tanto más probabilidades de coincidir con el incumplimiento de obligaciones contractuales. Merced a este procedimiento técnico, há incorporado, en cuanto es posible, lo delectuoso en lo contractual.<sup>51</sup>

Como visto, inexorável a contribuição da obra de Josserand que, brilhantemente, redesenhou os novos rumos da responsabilidade civil na Europa, atendendo por completo as reivindicações do momento.

Agora passaremos a analisar, no próximo capítulo, qual o reflexo da obra de Josserand no ordenamento civil brasileiro, especificamente, quanto ao item Abuso do Direito.

### 3 A QUESTÃO DA CULPA x ABUSO DO DIREITO

Em princípio, o dano resultante da perda de uma coisa é suportado pelo dono respectivo, *res perit domino* (a coisa perece para o dono). Conforme lição de Noronha<sup>52</sup>, o proprietário só não suportará o dano quando houver uma razão jurídica que possibilite a responsabilização de outra pessoa.

Essa responsabilização por outrem se funda em dois grandes princípios antagônicos entre si, o princípio da culpa e o princípio do risco.

O princípio da culpa, que baseia toda a teoria tradicional da responsabilidade, protege os interesses do lesante (só haverá indenização se ficar provada a intenção dolosa ou culposa do agente causador do dano) que conduzirá a responsabilidade subjetiva.

Em contrapartida, o princípio do risco abriga o lado do lesado (é justo ver reparado os danos que outrem lhe causou), levando à responsabilidade objetiva, que será comum quando se exigir nexo de causalidade e agravada quando se prescindir dele.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> Ibidem p. 79

<sup>52</sup> NORONHA, Fernando. Desenvolvimento Contemporâneos da Responsabilidade Civil. **Revista dos Tribunais**. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 88. n.761. mar 1999. p. 31

<sup>53</sup> NORONHA, Fernando. Ibidem p. 32

Como foi visto, hodiernamente, a tendência manifesta da teoria da responsabilidade civil é no sentido de ampliar o seu espaço de incidência, a fim de possibilitar uma maior reparação do dano<sup>54</sup>.

Avançando-se em direção a um modelo misto, onde, ao lado da culpa, também possa co-existir outras vertentes, como a responsabilidade civil objetiva, fundada no risco, até aqui, exatamente como profetizou Josserand.

Entretanto, com o passar dos anos, esse modelo misto tornou-se mais complexo, surgindo um terceiro modelo de responsabilidade, não individual, mas coletivo, que tem por base a solidariedade, um movimento em direção à socialização dos prejuízos individuais.

Como ensina o Doutor Eugênio Facchini Neto: *“Nesse sistema, o Estado absorveria todos os riscos e os redistribuiria por todo corpo social, através de um imposto. Assim, o prejuízo de um seria suportado, afinal, por todos.”*<sup>55</sup>

Nota-se que somente agora, em pleno século XXI, com o maquinismo em seu ápice, estamos começando a agregar algo novo à obra de Josserand.

Ocorre que, esse terceiro modelo de responsabilidade, baseado na solidariedade, ainda encontra-se em fase incipiente no Brasil, não há legislação a respeito e pouco se fala na doutrina.

Dessa forma, a fim de preencher esse espaço, que exige, como outrora, uma nova e urgente resposta aos anseios sociais, alguns doutrinadores estão tentando buscar, em institutos já existentes, encontrar novas soluções, como dentro de uma ampliação do conceito, agora, de responsabilidade civil objetiva, principalmente, através de uma (re) leitura do instituto “Abuso do Direito”.

Nesse sentido, o entendimento de Bruno Miragem:

Ocorre que ao longo da tradição doutrinária e jurisprudencial da teoria no direito brasileiro, observou-se um sensível processo de objetivação da concepção do abuso do direito, assim como em áreas circunvizinhas, como o fenômeno da objetivação da responsabilidade civil no campo do direito das obrigações. É referido que a mitigação a culpa no âmbito da responsabilidade se dá em vista de sua insuficiência, seja como critério funcional para a atribuição da responsabilidade, ou mesmo sob a perspectiva ético-jurídica, uma vez que não mais atende às exigências ético-jurídica, uma vez que

---

<sup>54</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Op. Cit. p. 181

<sup>55</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Op. Cit. p. 182

não mais atende às exigências ético-sociais como critério de repartição de riscos da vida em sociedade.<sup>56</sup>

### **3.1 A influência da culpa para a caracterização do abuso do direito. (*an debeatur*)**

Chegamos ao ponto mais delicado do presente trabalho, o qual mais encontramos contradições, referente a prescindibilidade ou não da análise da culpa para a perfectibilização do ilícito constante no artigo 187 do Código Civil Brasileiro, ou seja, para a caracterização do Abuso do Direito.

Conforme minuciosamente já demonstrado, no decorrer deste trabalho, restou por demais consignado que Josserand, em sua obra, nunca atribui a figura do Abuso do Direito à ausência da culpa, muito pelo contrário, para ele a figura do Abuso é entendida justamente como uma extensão do próprio conceito de culpa.

Segundo o mestre, como extensivamente trabalhado, os direitos que nos são concedidos pelos poderes públicos não podem ser utilizados indiscriminadamente, sem ter em vista um fim determinado. Os Direitos dentro da sociedade têm um propósito, um fim, uma aplicação, um destino, sobre o qual não podemos nos desviar.<sup>57</sup>

Ao exercermos um direito, fora de seu fim econômico e social, desviamo-nos de seu caminho, incorrendo em culpa, da qual poderemos ser responsabilizados.

Nota-se que a culpa é exatamente esse exercício anormal, tornando-se, assim, de fácil visualização e comprovação a concreção do ilícito, mesmo que dentro da seara subjetiva.

Entretanto, esse entendimento não foi acolhido de forma plena em nosso ordenamento, muitos doutrinadores entendem que para a caracterização do ilícito inculcado no art. 187 do Código Civil, não há necessidade de se perquirir sobre a culpa, reconhecendo-se a possibilidade da ilicitude objetiva.

Sintetizando tal entendimento, transcrevo trecho do livro de Bruno Miragem, jovem intelectual do qual tenho grande admiração, mas que nesse ponto discordo:

---

<sup>56</sup> MIRAGEM, Bruno. Op. Cit. p. 86

No direito civil contemporâneo, pois, ilicitude e culpa não mais se identificam. A noção de delito civil, tal qual herdada do direito civil clássico cede espaço para uma dupla possibilidade de ilicitude, que abandona a antiga noção de culpa e passa a concentrar-se na violação do dever legal. Daí a perfeita adequação da ilicitude objetiva, sem culpa, como uma segunda cláusula geral de ilicitude no Código Civil de 2002. Essa alteração substancial é parte de um movimento de funcionalização do Direito Privado brasileiro, cujos objetivos e finalidades dos institutos jurídicos tais como previstos na legislação passam a ter precedência em relação às vontades ou culpas, o que se percebe com certa facilidade ao constatar-se o atual relevo da função social de diversos institutos o atual revelo da função social de diversos institutos como a propriedade, o contrato ou a empresa.”<sup>58</sup>

Entendo, diferentemente de Miragem, que o que se objetiva não é a ilicitude, mas sim o padrão de análise da culpa, assim a responsabilidade continua sendo caracterizada como subjetiva.

Não obstante a objetivação da noção de culpa, sua aferição continua sendo o pilar mestre da responsabilidade civil.

Nesse sentido são as palavras do professor Mauro Bussani, que com muita maestria, busca um *standard abstracto*, para a caracterização da objetivação da noção da culpa, sem deixar de levar em consideração, ainda, as peculiaridades psicofísicas dos agentes:

Em suma, na nossa perspectiva o objetivo é individualizar as ocasiões em que as qualidades pessoais possuídas pelo agente determinam, em relação a este, o surgimento de uma posição de interesse diferente da que teria sido própria do “homem médio”, no mesmo conflito. Para os fins de demonstração da culpa, e para a comparação destes interesses (com base naquelas características), por um lado, e das razões contrapostas da vítima, por outro, é que o julgador será chamado a atribuir relevo: nenhuma indagação psicológica, orientada por critérios morais, será agora consentida, e o juiz poderá limitar-se a avaliar a recorrência da culpa à luz do distanciamento reconhecido entre o comportamento manifesto em concreto pelo agente, e o modelo imposto, para aquela atividade, à categoria de sujeitos a que pertence o autor do dano.<sup>59</sup>

E, a isso, acrescenta:

---

<sup>57</sup> JOSSERAND, Louis. Op. Cit. p. 65

<sup>58</sup> MIRAGEM, Bruno. Op. Cit. p. 124-125

<sup>59</sup> BUSSANI, Mauro. **As peculiaridades da Noção de Culpa – um estudo de direito comparado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. Tradução Helena Saldanha. p. 63

Portanto, serão regras comuns da experiência – maturadas no terreno do id quod plerumque accidit<sup>60</sup> - a demonstrar que aquelas características resultam não só inseparáveis da presença de qualidades relevantes, no sujeito de que falamos, mas também que tenham podido influir na conduta deste, no curso da produção do evento danoso.<sup>61</sup>

Concluindo, por fim:

A oportunidade de refletir sobre a articulação dos níveis de conduta exigíveis de cada uma das categorias de sujeitos – distintos do “homem médio” -, coloca, em primeiro plano, a necessidade de individualizar o modelo de referência plausível, e externo ao centro de valoração subjetiva constituído pelo juiz ou pelo próprio autor do dano.

O verdadeiro objetivo desta indagação consiste, por isso (...), na proposta a) de um esquema de controle para a grande variedade de resultados teoricamente possíveis nesta direção; b) de fórmulas precisas em ordem aos dados a serem propostos como automaticamente significativos, em sede de juízo.

Em outros termos, não vale a pena promover reflexões de porte geral, ou, de qualquer modo, extensíveis a todas as possíveis conseqüências dos problemas ligados à operabilidade do critério culpa, mas indicar, no seio de um exclusivo projeto de sentença ferenda, quais são os modelos de conduta que é oportuno adotar, nos juízos em que o relevo de algumas peculiaridades dos protagonistas – i. e. a tenra idade, a enfermidade física ou psíquica, ou os conhecimentos ou as atitudes superiores à média – acabem por tornar injustificável a referência ao paradigma do homem médio.

Daí a necessidade de encontrar um *standard* adequado ao quadro de interesses e de valores (com relevo normativo) em que se insere a hipótese concreta; e, na mesma perspectiva, a exigência de individualizar, para categoria de sujeitos e segundo a atividade por eles exercida, um parâmetro – capaz de inspirar e, em seguida, controlar a valoração da conduta de todo o indivíduo pertencente à categoria dada.”<sup>62</sup>

Nota-se, assim, que o artigo 187 do Código Civil, vem exatamente a se amoldar a esse modelo de conduta, a esse quadro de interesses e de valores (com relevo normativo) procurado por Bussani.

Assim, de encontro à tendência moderna de se privilegiar a responsabilidade objetiva, acredito que o que se objetiva é o padrão de análise da culpa.

<sup>60</sup> Isso significa: “É o que geralmente acontece”. Disponível em [http://www.hkocher.info/minha\\_pagina/dicionario/q12.htm](http://www.hkocher.info/minha_pagina/dicionario/q12.htm) Acesso em: 05/10/2011.

<sup>61</sup> BUSSANI, Mauro. Op. Cit. p. 71-72

<sup>62</sup> BUSSANI, Mauro. Op. Cit. p. 160-163

Pois, ao estarmos eximindo a comprovação da culpa – fato indubitavelmente sempre muito difícil de prova - e imputando a responsabilidade objetivamente à outra parte, estaremos apenas tirando o peso de uma ponta e colocando sobre a outra.

Se ocorrer apenas essa mudança de espectro, os novos significados continuarão a ter os antigos significantes.

Dentro de uma perspectiva civilista, em que se supõe igualdade entre as partes, não parece ser essa a solução mais correta.

A melhor alternativa, ao meu ver, será a busca de comportamentos previamente individualizamos, *standard de conduta*, cujo desvio, amolda-se à noção de culpa, havendo responsabilização de forma mais evidente, mesmo que dentro da seara subjetiva, como defendido por Mauro Bussani.

Dessa forma, conseguiremos atingir o equilíbrio entre as relações, ou pelo menos, chegar mais perto dele, pois de um lado a prova da culpa ficará mais fácil de ser provada (devido a objetivação da noção de culpa) e, de outro, será dada à possibilidade da análise de sua culpabilidade (assim a parte não se sobrecarregará com um ônus maior que sua culpa).

### **3.2 As cláusulas gerais do art. 187 e do parágrafo único do art. 944 do Código Civil de 2002 e a mitigação do montante indenizatório (*quantum debeat*)**

A questão da culpa dentro da responsabilidade civil, para ser bem entendida, deve ser vista sob dois campos distintos.

Temos que distinguir a culpa como elemento determinante para a caracterização da responsabilidade (*an debeat*), como exaustivamente trabalhado no item 2.1, da culpa como elemento determinante da fixação do montante indenizatório a ser pago pelo causador do dano (*quantum debeat*).<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> CAHALI, YUSSEF SAID. Indenização segundo a gravidade da culpa. Revista da Escola Paulista de Magistratura. n. 1, 1996 *apud* MENDONÇA, Diogo Naves. Doutrina - Indenização por Equidade: Desproporção entre a Culpa e o Dano. Revistas Magister de Direito Civil e Processual Civil – Edição 28 – Jan/Fev – 2009. Disponível em <[www.magisteronline.com.br](http://www.magisteronline.com.br)>. Acesso em 6 set 2010.

Grande parte da doutrina sempre entendeu não existir em nosso ordenamento lugar para a apreciação da gravidade da culpa a fim de se avaliar o valor da indenização.<sup>64</sup>

De encontro ao entendimento dominante, Yussef Said Cahali<sup>65</sup> elaborou detalhado estudo, ainda na vigência do Código de 1916, demonstrando exatamente o contrário, citando uma série de passagens, na legislação brasileira, que mostram a influência da gravidade da culpa para configuração da responsabilidade. Como por exemplo, no caso de mora do credor, em que o devedor não responde pela perda da coisa quando tiver agido com culpa, mas somente com dolo.

Nessa esteira, inova mais uma vez o Código de 2002, com a inclusão no parágrafo único do artigo 944, de mais uma cláusula geral: “a da equidade como instrumento a ser utilizado pelo juiz na solução do caso concreto”<sup>66</sup>, *in verbis*:

Art. 944 – A indenização mede-se pela extensão do dano.  
*Parágrafo único: Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”*

Como se observa referida regra permite, agora, ao juiz, reduzir de forma ampla (e não apenas em casos específicos como previa o diploma de 1916) a indenização quando houver excessiva desproporção entre a culpa do lesante e o dano provocado ao lesado.

Dentro dessa nova perspectiva, fazemos a seguinte ilação: Nos casos reputados como abusivos, poderá o juiz aplicar o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, reduzindo-se equitativamente a indenização?

Teremos duas respostas, veremos:

Se o abuso do direito for resolvido dentro da responsabilidade objetiva, não se poderá aplicar o instituto da indenização por equidade (parágrafo único do artigo 944), eis que diametralmente opostos os institutos.

O pressuposto fático de aplicação da regra do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil é a “desproporção culpa-dano”, elidindo a culpa, prejudicada estará sua análise para mitigação do dano.

---

<sup>64</sup> MENDONÇA, Diogo Naves. Op. Cit.

<sup>65</sup> MENDONÇA, Diogo Naves. Op. Cit.

<sup>66</sup> MENDONÇA, Diogo Naves. Op. Cit.

Isso significa dizer que ainda mais injustos e até mesmo abusivos poderão vir a ser os julgamentos dentro da seara do direito privado que julga os iguais.

Mas se entendermos, como já trabalhado, que o que se objetiva não é a ilicitude, mas sim o padrão de análise da culpa, a responsabilidade continuará sendo aferida subjetivamente, sendo possível a aplicação do parágrafo único do artigo 944.

Ao encontro do argumentado, fechando a colcha de retalhos, cabe repisar, mais uma vez, o artigo 187 do Código Civil: *“Também comete ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”*

Nota-se, por fim, que a expressão: *excede manifestadamente*, contida no artigo 187 do Código, traz consigo, inexoravelmente, não só uma idéia de medida, típico das relações subjetivas, bem como a exigência de se balancear a “desproporção culpa-dano”.

### 3.3 JURISPRUDÊNCIA:

Agora, importante ilustrar, como o Superior Tribunal de Justiça está lidando com o tema “Abuso do Direito”.

Para iniciar, repiso excelente acórdão o qual vê a Teria como instituto próprio, um ilícito que tem como parâmetros condutas que devam ficar adstritas a um fim econômico e social, serem baseadas na boa-fé e nos bons costumes, *in verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. OBRA JURÍDICO-INFORMATIVA QUE FAZ ILAÇÕES SOBRE A AUTORIA DE CRIME DE REPERCUSSÃO NACIONAL. ASSERTIVAS ADSTRITAS AO ÂMBITO DAS COGITAÇÕES. PRUDÊNCIA DO AUTOR EVIDENCIADA. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

1. Com exceção das hipóteses de responsabilidade objetiva previstas no sistema de responsabilidade civil, não se concebe o dever de indenização se ausente o dolo, a culpa ou o abuso de direito.

2. No caso, as "conclusões" a que chegou o réu, no âmbito de obra jurídica intitulada "Crimes Famosos", acerca do "Crime da Rua Cuba", encontram-se no âmbito das incertezas razoáveis, das ilações plausíveis, as quais, aliás, podem estimular o estudo e a formação acadêmica do profissional do direito - a quem, principalmente, era dirigida a obra. O recorrido não se descuroou, antes de proclamar as assertivas ora acoimadas por ofensivas pelos recorrentes, de ressaltar que se tratava de "conclusão possível", de

inclinação à "versão por muitos abraçada", de "cenário, por muitos vislumbrado", no qual não haveria imperfeição lógica.

3. É evidente que não se permite a leviandade por parte de quem informa e a publicação absolutamente inverídica que possa atingir a honra de qualquer pessoa, porém não é menos certo, por outro lado, que da atividade informativa não são exigidas verdades absolutas, provadas previamente em sede de investigações no âmbito administrativo, policial ou judicial. Exige-se, em realidade, uma diligência séria que vai além de meros rumores, mas que não atinge, todavia, o rigor judicial ou pericial, mesmo porque os meios de informação não possuem aparato técnico ou coercitivo para tal desiderato.

4. Ademais, ressalte-se que a educação e o ensino são regidos pelo princípio da "liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber" (art. 205, inciso II, da CF/88 e art. 3º, inciso II, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - Lei n.º 9.394/96), positivamente esta que protege e garante a máxima, por todos conhecida, de que os espaços acadêmicos - e, por consequência, a literatura a estes direcionada - são ambientes propícios à liberdade de expressão e genuinamente vocacionados a pesquisas e conjecturas.

5. Recurso especial improvido.<sup>67</sup>

Transcrevo, ainda, parte do Julgado:

4. Para a caracterização de ato ilícito, é imprescindível ofensa a normas de conduta preexistentes, de sorte não haver ilícito se inexistente procedimento contrário ao direito.

Não por acaso o art. 188, I, do atual Código Civil (que corresponde parcialmente ao art. 160 do CC/16), proclama não constituir ato ilícito "os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido".

Porém - não é menos verdade -, o exercício de qualquer direito deve-se adstringir ao âmbito da proporcionalidade, de sorte que aquele que, conquanto exercendo um direito reconhecido, atinge injustamente bem jurídico de outrem, causando-lhe mal desnecessário, comete abuso de direito, indenizável o dano também em resposta aos excessos do causador.

SILVIO RODRIGUES considera que:

"o abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo, e, ao utilizá-lo desconsideradamente, causa dano a outrem. Aquele que exorbita no exercício do seu direito, causando prejuízo a outrem, pratica ato ilícito, ficando obrigado a reparar. Ele não viola os limites objetivos da lei, mas, embora os obedeça, desvia-se dos fins sociais a que esta

<sup>67</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade Civil. Recurso Especial. Abuso do Direito. Recurso Especial nº 1.193.886 - SP (2010/0085554-5) Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 09 nov. 2010. Publicado no DJe de 07 fev 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 10 out 2011.

se destina, do espírito que a norteia" (Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1.975, p. 49).

Portanto, com exceção das hipóteses de responsabilidade objetiva previstas no sistema de responsabilidade civil, não se concebe o dever de indenização se ausente o dolo, a culpa ou o abuso de direito. Precisamente no que concerne aos ilícitos atentatórios contra a honra, mostra-se lapidar o magistério de RUI STOCO, que, dissertando acerca do elemento subjetivo de condutas desse jaez - por parte da doutrina chamado de dolo específico -, aduz que "há de emergir clara a intensão de beneficiar-se ofendendo, de enaltecer-se diminuindo ou ridicularizando o outro, ou de ofender, seja por mera emulação, retorsão, vingança, rancor ou maldade" (Tratado de Responsabilidade Civil. 6ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 781).

Menciono, outra ementa, de autoria do mesmo relator, o Ministro Luis Felipe Salomão, que em caso análogo, exatamente, por ter analisado a medida do abuso (leia-se abuso +culpa), decidiu de forma diversa:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÕES OFENSIVAS RELATIVAS A PREFEITA MUNICIPAL VEICULADAS EM RÁDIO LOCAL. ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR. INDENIZAÇÃO DEVIDA. CONDENAÇÃO EM VALOR INFERIOR AO PRETENDIDO PELA AUTORA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NÃO CARACTERIZADA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. É incontroverso o fato de a recorrente ter programas de rádio em que imputou à recorrida, então prefeita municipal, atos cuja reprovabilidade é manifesta, quais sejam: furar poços em propriedades de fazendeiros ricos em troca de votos e utilizar-se de propaganda mentirosa. Ademais, a afirmação de que o Município possui Prefeita eleita pelo povo, mas quem governa é o marido, mostra-se ultrajante, além de patentear preconceito em relação a administradoras do sexo feminino.

2. As pessoas públicas, malgrado mais suscetíveis a críticas, não perdem o direito à honra. Alguns aspectos da vida particular de pessoas notórias podem ser noticiados. No entanto, o limite para a informação é o da honra da pessoa. Com efeito, as notícias que têm como objeto pessoas de notoriedade não podem refletir críticas indiscriminadas e levianas, pois existe uma esfera íntima do indivíduo, como pessoa humana, que não pode ser ultrapassada.

3. Por outro lado, não prospera o argumento de que inexistia o *animus* de ofender a vítima. O exame das declarações difundidas nos programas de rádio revela evidente a vontade consciente de atingir a honra da ora recorrida, mediante imputação de atos tipificados como crime, como corrupção passiva, ou de atos que simplesmente a desmoralizam perante a sociedade. Com efeito, estando evidente o abuso do direito de informar, a indenização por danos morais é medida que se impõe.

4. Não é o só fato de a autora ter pleiteado indenização em valor superior ao deferido nas instâncias ordinárias que caracteriza

sucumbência recíproca, uma vez que o valor da indenização deduzido na inicial é meramente estimativo.  
5. Recurso especial não conhecido.<sup>68</sup>

O confronto entre essas ementas traduzem, claramente, o papel das cláusulas gerais, e em especial a do artigo 187 do Código Civil Brasileiro, nota-se que cada caso é visto como único, exigindo dos lidadores do direito uma atenção especial e um bom desenvolvimento argumentativo.

Por fim, um último acórdão que demonstra as imprecisões, ainda existentes, relativas ao tema. No acórdão abaixo, diferentemente do citado acórdão Resp nº 1.193.886, o relator não considera o abuso um ilícito, mas como já desenvolvido, o atribui os mesmos efeitos:

PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL NA NARRAÇÃO CONTIDA NA PETIÇÃO VESTIBULAR – CONDIÇÕES DA AÇÃO – LIMITES RAZOÁVEIS E PROPORCIONAIS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO ENTE ESTATAL.

1. A teoria da asserção estabelece direito potestativo para o autor do recurso de que sejam consideradas as suas alegações em abstrato para a verificação das condições da ação, entretanto essa potestade deve ser limitada pela proporcionalidade e pela razoabilidade, a fim de que seja evitado abuso do direito.

2. O momento de verificação das condições da ação, nos termos daquela teoria, dar-se-á no primeiro contato que o julgador tem com a petição inicial, ou seja, no instante da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. Logo, a verificação da legitimidade passiva ad causam independe de dilação probatória na instância de origem e de reexame fático-probatório na esfera extraordinária.

3. Não se há falar em legitimidade passiva ad causam quando as alegações da peça vestibular ilustrarem de maneira cristalina que o réu não figura na relação jurídica de direito material nem em qualquer relação de causalidade.

Agravo regimental provido.

E continua:

---

<sup>68</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil. Recurso Especial. Abuso do Direito. Recurso Especial nº 706.769 - RN (2004/0168993-6) Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 14 abril 2009. Publicado no DJe de 27 abril 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 10 out 2011.

Entretanto, o abuso do direito não ocorre apenas nas relações jurídicas de direito material; tal conduta pode existir também nas relações jurídicas de direito processual, ou seja, apesar da petição inicial, *in casu*, apresentar ao magistrado abstratamente os réus na ação, esse direito potestativo deve ser exercido dentro dos limites aceitáveis pelo Direito.

O direito potestativo pressupõe sujeição de uma das partes à determinada ação ou omissão, independentemente da sua vontade ou anuência.

Assim, os direitos potestativos devem apresentar uma confrontação ainda mais rígida com a lei, para evitar, em face da sua própria natureza, abusos no seu exercício.

A *prospettazione* outorga ao autor um direito claramente potestativo que deve ser, na forma do art. 187 do Código Civil/2002, exercido dentro dos limites da lealdade.

Eis o artigo:

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

Ressalte-se que a verificação do exercício regular deste direito pode ser feita com a mera leitura da inicial, sem necessidade de dilação probatória para o magistrado de primeiro grau e sem reexame de matéria fático-probatória para os Tribunais extraordinários.

Os limites do bom exercício da potestade podem ser checados na confrontação lógica da legitimidade passiva alegada pelo autor com a própria lei.

Observe-se que o abuso do direito e o ato ilícito não se confundem apesar de terem os mesmos efeitos; portanto, não se trata aqui da litigância de má-fé - ilícito descrito nos arts. 16 e 17 do Código de Processo Civil. O abuso do direito pressupõe um agir dentro da legalidade, porém despido de razoabilidade e proporcionalidade.<sup>69</sup>

Como visto, apesar de não ter um tratamento uníssono dentro da jurisprudência, inúmeras são as hipóteses de incidência da cláusula geral do artigo 187 do Código Civil, tanto que começa a ganhar relevo até mesmo dentro da seara processual, dependendo que cada caso seja analisado de forma singular para que se subsume a norma.

#### 4 CONCLUSÃO

---

<sup>69</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil. Agravo Regimental no Recurso Especial. Abuso do Direito. Ag Rg no Recurso Especial nº 1.095.276 - MG (2008/0225287-8) Segunda Turma. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 25 de maio 2010. Publicado no DJe de 11 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 10 out 2011.

O presente trabalho voltou-se ao estudo do que a doutrina e jurisprudência, de um modo geral, tem debatido sobre o tema abuso do direito.

O ponto central não foi outro senão o de identificar o abuso do direito como o instrumento limitador ao Direito Subjetivo.

Limite esse estabelecido, como demonstrado, por parâmetros de condutas que devam ficar adstritas a um fim econômico e social, serem baseadas na boa-fé e nos bons costumes, caso contrário, geradoras de responsabilização, conforme preceitua o artigo 187 do Código Civil Brasileiro.

Outro ponto importante foi o de entender se para caracterização do instituto do Abuso do Direito prescindia ou não a análise da culpa.

De encontro com a tendência moderna em se privilegiar a responsabilidade objetiva, restou demonstrado que o que se objetiva não é a ilicitude, mas sim o padrão de análise da culpa, assim a responsabilidade continua sendo caracterizada como subjetiva.

Não obstante a objetivação da noção de culpa, sua aferição continua sendo o pilar mestre da responsabilidade civil.

Dessa forma, conseguiremos atingir o equilíbrio entre as relações, ou pelo menos, chegar mais perto dele, pois de um lado a prova da culpa ficará mais fácil de ser provada (devido a objetivação da noção de culpa) e, de outro, será dada à possibilidade da análise de sua culpabilidade (assim a parte não se sobrecarregará com um ônus maior que sua culpa).

Por fim, dentro desse contexto, corroborando, vem a lume, ainda, a “Cláusula Geral da Equidade”, como mais um instrumento a ser utilizado pelo juiz na solução do caso concreto (parágrafo único do artigo 944 do Código Civil) que baliza e assegura uma sentença ainda mais justa, pois leva em consideração não só a análise da culpa, como também a análise da desproporção “dolo e culpa”.

Como visto, a reparação integral à vítima, foge aos parâmetros do direito privado, para conseguí-la, pois “*vivemos perigosamente*”, temos que começar a desenvolver o terceiro modelo de responsabilidade, não individual, mas coletivo, que tem por base a solidariedade, à socialização dos prejuízos individuais.

## 5 REFERÊNCIAS

ALMADA, Ney de Mello. “Ilícito”. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, t. 42.

AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. 2.<sup>a</sup> ed. melhorada. São Paulo: Saraiva, 1993.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. “A desconsideração do abuso do direito”. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. **Novo Código Civil. Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos. Série Grandes temas de Direito Privado**. São Paulo: Método, 2005, v. 4, p. 33-54.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Código Civil Comentado: negócio jurídico, atos jurídicos lícitos, atos ilícitos**. São Paulo: Atlas, 2003 v. 2.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4. ed. atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coord.). **Abuso dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. Abuso do direito. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 13, p. 97-110, jan-mar./2003.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. “Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva”. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 854, p. 11-37, dez./2006.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a constituição do abuso em seu exercício**. São Paulo: RT, 2001.

BUSSANI, Mauro. **As peculiaridades da Noção de Culpa** – um estudo de direito comparado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. Tradução Helena Saldanha.

BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. “A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do novo Código Civil brasileiro”. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 22, p. 115-135, abr.-jun./2005.

CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do direito e o novo código civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 830, dez. 2004, p. 27-45.

CASTRO, Honildo Amaral de Melo. Abuso do direito e a litigância de má-fé no novo agravo. **Revista do TCU**. Brasília, n. 71, 1997, p. 23-30.

COUTO E SIVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Porto Alegre: UFRGS, 1964.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 1997.

DUARTE, Ronnie Preuss. Boa-fé, abuso de direito e o novo código civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 817, nov. 2003, p. 50-78.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. Baptista Machado. 6.<sup>a</sup> ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

FACCHINI NETO, Eugênio. “A responsabilidade civil no novo Código”. In: SARLET: Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, 2.<sup>a</sup> ed., p. 171-218,.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **O código civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

JOSSERAND, Louis. **Monografías Jurídicas. Del Abuso de Los Derechos Y Otros Ensaos**. Segunda Edicion. Bogotá – Colombia: Editora Themis. 2009

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. Responsabilidade civil por abuso de direito. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, n. 178, ago. 1992, p. 136-146.

MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo código civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. In: Rojo, Raúl Enrique. **Sociedade e direito no Quebec e no Brasil**. Porto Alegre, UFRGS, 2003. p. 125-164.

MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito**. 3. Ed. Histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 1999.

\_\_\_\_\_. "A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium". **Revista da AJURIS**, n. 97. Porto Alegre: AJURIS, p. 143-169, mar./2005.

\_\_\_\_\_. "Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé". In: DELGADO, Mario Luiz.; ALVES, Jônes Figueiredo. **Questões controvertidas. Parte Geral do Código Civil**. São Paulo: Método, 2007, p. 505-544.

\_\_\_\_\_. "O Direito Privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do novo Código Civil brasileiro". **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, p. 129-154, v.15, 1998.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano da existência**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDONÇA, Diogo Naves. Doutrina - Indenização por Equidade: Desproporção entre a Culpa e o Dano. In: Cahali, Yussef Said. Indenização segundo a gravidade da culpa. Revista da Escola Paulista de Magistratura. n. 1, 1996. Revistas Magister de Direito Civil e Processual Civil – Edição 28 – Jan/Fev – 2009. Disponível em <[www.magisteronline.com.br](http://www.magisteronline.com.br)>. Acesso em 6 set 2010.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra, Almedina, 2001.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito. Proteção da confiança e limites das prerrogativas jurídicas no direito privado**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. “Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro”. **Revista dos Tribunais**, v. 864. São Paulo: RT, p. 11-44, dez./2005.

MORAES, Maria Amália Dias de. “Do Abuso de direito: alguns aspectos”. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 42, v. 15, p. 11-26, 1985.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimento Contemporâneos da Responsabilidade Civil. **Revista dos Tribunais**. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 88. n.761. mar 1999.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações. Fundamento dos Direitos das Obrigações e da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Direito parlamentar e abuso de direito. **Consulex**. Brasília, n. 246, 15 abr. 2007, p. 28-33.

REALE, Miguel. Temas de Direito Positivo. Notas sobre o Dirigismo Contratual. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1992.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine). **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 803, set. 2002, p. 751-764.

ROSAS, Roberto. Abuso de direito e dano processual. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 32, out./dez. 1983, p. 28-38.

SANTOS, Márcio Cardoso. Abuso do direito de candidatar-se + servidor público = improbidade administrativa. **L e C : Revista de Administração Pública e Política**. Brasília, n. 139, jan 2010, p.

STOCO, Rui. Abuso do direito de estar em juízo: direito de reparação por má-fé processual. **Revista Consulex**. Brasília, n. 280, 15 set. 2008, p. 56-59.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TIMM, Luciano Benetti. A extensão do direito fundamental à marca: limites do abuso do direito de marca no Brasil na casuística do STJ. **Ajuris**. Porto Alegre, n. 101, mar. 2006, p. 235-246.

TEPEDINO, Gustavo. “Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002”. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **A parte geral do novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro”. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coord.). **Abuso dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 93-129.

TORRES, Ricardo Lobo. Simulação e elisão abusiva. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, jan./mar. 2006, p. 175-188.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Teoria Geral das obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. Volume 2. Nona edição. São Paulo: Editora Atlas S.A – 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Atos ilícitos, abuso de Direito e responsabilidade**. In. Direito Civil – Parte geral pg 16. Disponível em <<http://leonildoc.orgfree.com/curso/civil40.htm>> Acesso em 13 set 2010.