

Reponsabilidade civil por abuso de direito: uma análise sob a ótica do direito civil constitucional

(Civil liability due to right abuse: an analysis in light of the civil constitutional law)

João Santos da Costa*

RESUMO

O presente artigo tem por objeto o estudo do abuso de direito como fundamento da responsabilidade civil fundada na antijuridicidade da conduta em suas dimensões subjetiva e objetiva, tendo-se em conta os valores a serem alcançados pela conduta humana individualizada quando do exercício de direitos objetivamente reconhecidos pela ordem jurídica. A análise será feita sob a ótica do direito civil constitucional, a partir da denominada dicotomia direito público x direito privado, com o fim de discutir a superação desta distinção pela incidência direta do direito constitucional nas relações privadas.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Abuso de Direito; Boa-Fé.

ABSTRACT

The present study aims to show an approach on the abuse of rights as a law support for the civil responsibility founded on an antijuridical behavior over its subjective and objective aspects, as an attempt to overcome the traditional fundament of illegal action, and whose center of attention are the values reached by the individualized human conduct when exercising rights objectively recognized by the juridical order. The analysis will be under the view of the civil constitutional right, starting from the dichotomy between public and private law, in order to discuss the overcoming of such distinction through the direct incidence of the constitutional law over the private relations.

Key-words: Civil Liability; Right abuse; Good-Faith.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Do direito civil constitucional. 1.1 Evolução no direito brasileiro 1.2 A superação da dicotomia público x privado 2. Da responsabilidade civil no Código Civil de 2002 2.1 A dimensão subjetiva da responsabilidade civil 2.2 A dimensão objetiva da responsabilidade civil 3. Do abuso de direito 3.1 Da autonomia jurídica do abuso de direito 3.2 Sentido e alcance do art. 187 do Código Civil de 2002: análise sob a ótica constitucional. Considerações Finais. Referências.

* Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, em convênio com a Faculdade Santo Agostinho, de Teresina-PI - MINTER. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal do Piauí. Professor. Procurador Municipal.

Introdução

Este artigo tem por meta principal abordar um tema relativamente novo, e, também, de crucial relevância, na dogmática civil brasileira, a responsabilidade civil por abuso de direito, tema que não mereceu disciplina normativa no Código Civil de 1916, mas que foi especificamente objetivado no Código Civil de 2002. O enfoque da discussão recairá principalmente sob a análise da clássica divisão da responsabilidade civil a partir da culpa, no sentido de apontar um novo parâmetro normativo, a eticidade, fundada no princípio da boa-fé objetiva. A premissa adotada é a de que a responsabilidade civil pelo abuso de direito, tal qual se encontra normatizada pelo novel Código Civil, representa mais um aporte jurídico à constitucionalização do direito civil, principalmente porque seus elementos centrais de configuração são o fim social, econômico, os bons costumes e, especialmente, a boa-fé objetiva.

Assim, a pesquisa se iniciará a partir da análise histórico-evolutiva do fenômeno da constitucionalização do direito civil, cujos institutos alçam o status direitos públicos, mitigando os níveis de intervenção da vontade puramente privada em apoio à prevalência de valores constitucionais consagrados no texto da Constituição Federal brasileira. Ainda, será feita uma breve abordagem no direito comparado, especialmente no sentido de compreender o fenômeno no direito pátrio e, por conseguinte, as eventuais influências do direito alienígena. Certamente, dadas as limitações do trabalho, a análise comparativa será realizada mais no sentido de demonstrar a real necessidade de conhecer a experiência de alguns outros países neste tão vasto objeto de estudo, a responsabilidade civil, sempre com os olhos voltados para o abuso de direito.

O direito civil brasileiro tem experimentado cada vez mais a interpenetração dos princípios constitucionais. O abuso de direito, em específico, embora tema de notável relevância no atual contexto das relações sociais, aparentemente ainda carece de aperfeiçoamento em seu sentido e alcance, de modo a tornar efetivo como instituto de efetivação de limites à conduta humana, em todas as relações sociais. É certo que nem sempre é possível definir a tênue fronteira entre o exercício legítimo e abusivo do

direito, até porque, por se tratar de instituto em constante construção, sua efetividade há que se dá à luz dos casos concretos.

Para uma abordagem mais próxima do objeto da pesquisa, optou-se pelo estudo dos modelos de responsabilidade civil conforme a tradicional dicotomia em função da culpa, em subjetiva e objetiva, com o acréscimo da dimensão ética no que diz respeito à boa-fé objetiva. Tal se dá a fim de assimilar o fenômeno da publicização, na medida em que a análise da conduta se afasta do elemento estritamente volitivo e se volta para valores primordiais da conduta humana em sociedade. É a compreensão de que os direitos subjetivos devem ser exercidos nos limites da lei e da efetivação de preceitos éticos, notadamente os fins sociais, econômicos, além dos bons costumes e da boa-fé objetiva.

1. Do direito civil constitucional.

1.1 Evolução no direito brasileiro

O estudo se inicia pela análise do que hodiernamente se denomina de Direito Civil Constitucional, sua fundamentação doutrinária e histórica. O marco inicial da utilização da expressão ‘direito civil-constitucional’ no direito brasileiro, consoante lição de Schreiber¹ se deu a partir dos anos de 1990 quando Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes, recém-chegados da Itália, trouxeram consigo lições assimiladas do contato com um dos principais pesquisadores do assunto, Pietro Pellingieri e sua *dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, mas que também empregou a locução *diritto civile costituzionale*. Corroborando esta assertiva, Sarlet² acrescenta no nome do Prof. Luiz Edson Fachin, além de Teresa Negreiros, Ricardo Aronne e, mais recentemente Ricardo PianovskiRusyk, a quem atribui a realização de um debate fecundo acerca dessa expressiva mudança de paradigma no Direito Brasileiro.

¹SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. In: Revista Trimestral de Direito Civil, vol.48 (out/dez de 2011), p. 4.

²SARLET, Ingo Wolfgang. **Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 15.

Pensamento inovador, pelo menos para a dogmática civil de então, vislumbra-se em vasto discurso uma crítica ácida à regra de totalização do código civil, bem como a uma teoria de fragmentação dos sistemas jurídicos, a partir da denominada “era dos estatutos”, além da defesa ao papel dirigente da Constituição, em não sendo meramente programático.

Historicamente, aponta-se o período do segundo pós-guerra como o momento em que se difundiu na Europa a ideia de se realizar uma abordagem nova do direito civil, tomando-se como suporte axiológico os preceitos extraídos das normas constitucionais. As atenções se voltam, nessa fase histórica, a tornar as Constituições como instrumentos de salvaguarda da democracia, da solidariedade social e da proteção da dignidade humana. Facchini³ esclarece que, na época do liberalismo clássico, sob o manto de um constitucionalismo liberal, e que coincide que a era das grandes codificações do Séc. XIX, o direito civil e o constitucional seguiam caminhos bem definidos e distintos, sem uma intercomunicação em seu âmbito de incidência. O forte individualismo do direito civil liberal passa a ceder espaço a valores como a solidariedade e a cooperação.

Na abordagem do tema, que normalmente pode ocorrer sob o manto da análise da constitucionalização do direito privado, há quem fale, a exemplo de Sarlet⁴ em mudança de paradigma no próprio Estado Constitucional, “[...] que se dá pela afirmação da supremacia da Constituição e da valorização da força normativa dos princípios e valores que lhe são subjacentes.” No Brasil, a Constituição de 1988 representou esta mudança, especialmente pelo respeito da vinculação dos direitos fundamentais aos direitos privados. Neste contexto, defende-se que a Constituição de 1967-69 não serve de fonte para esta abordagem em razão de sua patente falta de legitimidade democrática.

De certo que a Constituição perde seu caráter puramente político. Fachinni⁵ ressalta que alguns países, tal como a França, tiveram várias constituições e que o Code

³FACCINI NETO, Eugênio. **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 54.

⁴SARLET, Ingo Wolfgang. **Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 14.

⁵FACCINI NETO, Eugênio. **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 55.

Civil representou um instrumento de estabilização, simbolizando a firmeza da sociedade civil e a relações intersubjetivas, ao contrário do que ocorre com as relações políticas. Conforme se observa de sua evolução histórica, e cede espaço ao caráter de norma eficaz, isto é, que vai produzir efeitos, quer seja de forma direta ou indireta nas relações privadas. Para isso, há uma mensagem não apenas para o intérprete, mas para o próprio legislador infraconstitucional, que passa a ser guiado obrigatoriamente pelo espírito de eficacização das normas. O poder judiciário, pela posição que ostenta no Estado Democrático de Direito, detém, em tais circunstâncias um papel extremamente relevante, pois lhe é conferido o poder-dever de aplicar diretamente as normas definidoras de direitos fundamentais, dando-lhes plena eficácia, em consonância com o que dispõe o Art. 5º, § 1º da Constituição Federal.

Ao se debruçar sobre o assunto, Barroso⁶ destaca que o direito privado atravessou os tempos apegado aos ícones da livre-iniciativa e da autonomia da vontade, dando destaque ao Código Civil de Napoleão (1804), fundado em uma doutrina individualista e voluntarista, que foi incorporada pelas codificações do Século XIX, que acabaram por repercutir no Código Civil brasileiro de 1916. O epicentro do direito privado era, então, representado pela tábua hermética da liberdade de contratar, ainda presa ao *pacta sunt servanda* e o direito de propriedade, com a defesa dos atributos de uso, gozo e abuso. Nesse sentido, importa trazer as seguintes observações de Barroso⁷:

A progressiva superação do liberalismo puro pelo intervencionismo estatal trouxe para o domínio do direito privado diversos princípios limitadores da liberdade individual e do primado da vontade, denominados *princípios de ordem pública*. Em domínios como o direito de família – em que, desde sempre, vigoraram limitações decorrentes da religião e da moral –, de propriedade e do trabalho ainda subsiste a influência decisiva da vontade e do consenso na formação das relações jurídicas, mas seus efeitos são comumente determinados pela lei, e não pelas partes.

Semelhante observação é feita por Facchini⁸ que dá ênfase à limitação do poder da vontade, que ocorre não em razão de normas imperativas do próprio de direito civil, mas especialmente pela concretização dos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. E arremata o mesmo jurista asseverando que se abandona a ética do individualismo pela ética da solidariedade, e que, por conseguinte,

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional contemporâneo**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 81.

⁷ Loc. Cit.

⁸ FACCINI NETO, Eugênio. **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado**, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3 ed..Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45.

relativiza-se a tutela da autonomia da vontade e se acentua a proteção da dignidade da pessoa humana.

1.2 A superação da dicotomia público x privado

A codificação do século XIX marcou o apogeu do individualismo e imposição de uma cortina hermética nas relações privadas. Nesse momento, sobressaía-se uma forte armadura sobre institutos, então considerados como objeto de disciplina específica do direito privado. Na verdade, três institutos se destacavam nesse momento: o contrato, a propriedade e a família. Nessa época, conforme acentua Tepedino⁹, o direito civil exercia o papel de garantir a desejada segurança à atividade privada, com especial enfoque para o sujeito de direito, criando uma situação de estabilidade fundada em regras imutáveis nas relações econômicas. Disso resultava que o direito privado se constituía de um sistema fechado, que não se comunicava com os demais institutos ditos de direito público, os quais atendiam aos interesses puramente estatais. A isso se denominou dicotomia entre direito público e o privado.

A origem da dicotomia direito público e privado, na lição de Ferraz Jr.¹⁰ remonta ao Direito Romano, tendo como marco lógico-temporal um trecho de Ulpiano, extraído do Digesto, 1.1.1.2, que diz: “*Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem.*”, o que denota, em tradução livre que “O direito público se manifesta no interesse da coisa romana, o privado no interesse dos particulares.”. Na verdade, esta separação é fruto das circunstâncias que revelam as necessidades e motivações de interesse da vida social de cada época, apresentando-se ao lado de outras dicotomias historicamente reconhecidas, a exemplo, conforme cita Bobbio, das seguintes: lei/contrato, justiça distributiva/justiça comutativa, igualdade/desigualdade.

A concepção de direito público e direito privado é construída sob três princípios teóricos, não sendo, conforme observa Ferraz Jr.¹¹ simples “[...] critério

⁹TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil**, In: **Temas de direito civil**. 4.ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 3.

¹⁰FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6 ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 105.

¹¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6 ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 108.

classificatório de ordenação dos critérios de distinção dos tipos normativos”. Assim, distinguem-se três teorias: do sujeito, do interesse e da relação de dominação, esta última fundada no princípio do máximo do direito público que é a soberania. A impureza dessas teorias é entendimento que se impõe na teoria do direito. Eis a observação de Ferraz Jr.¹²:

Na verdade, não há uma concepção que, com rigor, defina cabalmente as noções. No entanto, praticamente, alguns princípios podem ser agrupados em um e em outro âmbito, ainda que nem todos se apliquem uniformemente aos ramos do direito usualmente considerados públicos ou privados. O Estado moderno estabelece relações jurídicas de paridade com os particulares, e nem sempre é possível se distinguir nitidamente o público e o privado unicamente com base nas teorias citadas.

Outros critérios existem para diferenciar o público e o privado na dogmática jurídica. Facchini¹³ reconhece essa controvérsia e aponta para os dois critérios lançados por Norberto Bobbio, quais sejam a forma e a matéria da relação jurídica. No primeiro, as relações se dividem em relações de coordenação e subordinação, quer exista ou não hierarquia entre os sujeitos, sendo que as relações de direito privado se enquadrariam na primeira hipótese, posto que pautada na igualdade dos sujeitos. Já o direito público seria marcado pelas relações de subordinação. O segundo critério leva em conta os interesses, de modo que, se a matéria é de interesse individual, então se tem o direito privado, do contrário, se a matéria apresenta interesse coletivo, então, se trata de direito público.

A evolução histórica do direito brasileiro denuncia uma nítida alternância de predominância entre o público e o privado, havendo momentos em que se falava da privatização do público e outros em que se falou em publicização do privado. No entanto, é no denominado período do liberalismo econômico, que se instala no mundo ocidental no Século XVIII, quando se observa o ápice da dicotomia, ao tempo que se tinha uma divisão nítida entre Estado e Sociedade, Política e Economia, Direito e Moral. Essas divisões certamente repercutiram nas concepções de sistemas jurídicos e serviram para enfatizar a distinção entre Direito Público e Direito Privado.

¹²FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6 ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 105.

¹³FACCINI NETO, Eugênio. **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado**, In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.39.

Várias críticas são tecidas sobre esta divisão, principalmente sob o argumento da ausência de critérios científicos satisfatórios, dentre os quais podem ser destacados o interesse, ou o interesse predominante, o poder de império e o conteúdo patrimonial. Importante a observação de Aronne¹⁴:

As normas jurídicas, na proposição tradicional, buscam um isolamento disso, em relação à interpretação. Condições ideais. Neutralidade. Condições inexistentes no palco da vida. Palco cujo misoteísmo reduz ao cenário de mercado, mas que é plural. Tomado de atores subjetivos, cujo improvisado roteiro não-linear redige a, ora tragédia ora comédia, novela do caos.

Constata-se, com efeito, uma aparente erosão das barreiras meramente teóricas entre o público e o privado. Basta pensar que, quando se fala em sujeitos de direitos no direito moderno, a expressão deve ser entendida não apenas no sentido restritivo de sujeito de direitos civis, mas como sujeito de direitos civis-constitucionais. Certamente, a efetivação dos direitos fundamentais diretamente nas relações entre privados representa uma verdadeira ruptura dicotômica entre o público e o privado. Nesta mesma situação se encontra especialmente o abuso de direito, que, sob a ótica da redação dada ao art. 187 do Código Civil vigente, detém parâmetros de configuração na funcionalização do exercício dos direitos subjetivos e no confronto entre as liberdades cuja solução reclama a aplicação dos princípios constitucionais, onde se situam os fins do direito, tal como ocorre com o direito de informação, de propriedade, de exercício das profissões, dentre outros.

Ubillos¹⁵ fala em *La difusa frontera entre lo público y lo privado*, compreendendo a existência de uma progressiva diluição da linha divisória que distingue as esferas do público e do privado, na medida em que constata um progressivo entre cruzamento das duas esferas. No Brasil, mormente o Código Civil de 1916 tenha sido elaborado na fase áurea do individualismo, e apesar da já presente forte atuação do Estado no mercado, o que se constata é que, a partir de então, a dicotomia direito público e privado sofre relevante mitigação, também. Em suas lições, Pereira¹⁶ diz o seguinte:

¹⁴ ARONNE, Ricardo. **Direito civil-constitucional e a teoria do caos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 30.

¹⁵ UBILOS, Juan Maria Bilbao. **¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 263-283.

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15.

Constitui o direito uma unidade conceitual no plano filosófico, uma unidade orgânica no plano científico, uma unidade teleológica no plano social. Não obstante a unidade fundamental, os princípios jurídicos se agrupam em duas categorias, constituindo a primeira o *direito público* e a segunda o *direito privado*. Não há cogitar, porém, de dois compartimentos herméticos, incomunicáveis, estabelecendo uma separação total e absoluta das normas públicas e das normas privadas. Ao revés, intercomunicam-se com frequência constante, tão assídua que muitas vezes se encontram regras atinentes ao direito público nos complexos legais de direito privado, e, vice-versa, diplomas de natureza privada envolvem inequivocamente preceitos juspúblicos. A interpenetração dos conceitos não permite o traçado de uma linha lindeira de extrema nitidez entre umas e outras disposições.

A crescente tutela dos direitos, antes denominados puramente individuais, agora vistos sob a ótica do social, do coletivo ou difuso revela que um novo sistema jurídico emerge, agora inteiramente aberto, relativizado pelos princípios de preservação do interesse de todos, e não mais do indivíduo em si. A própria tutela dos direitos da personalidade apresenta uma nítida valorização dos princípios da socialidade e da eticidade. É possível dizer que o ser humano passa a ser mais ativamente protegido pelo sistema jurídico de normas fundamentais numa perspectiva solidarista, sem a perda de sua autonomia, mas sob o valor da cooperação coletiva. Desse modo, pode-se mesmo dizer que a sociedade será responsável pela defesa e preservação de cada ser humano. A funcionalização dos direitos representa uma nítida valorização do social e coletivo em detrimento do puramente individual. Deve-se fazer a ressalva destacada por Farias e Rosenvald¹⁷ quanto à maneira de se encarar o princípio da socialidade, de modo que não se pode incorrer no risco do totalitarismo do coletivo, com a total despersonalização do indivíduo, posto não se poder negar o exercício de direitos subjetivos, inclusive como garantias fundamentais.

Essa é a noção que chega ao direito contemporâneo brasileiro. A Constituição Federal de 1988, vista sob o prisma da realidade socioeconômica em que se situa, representa uma releitura da dicotomia público e privado. Schreiber¹⁸ defende que não existe, na verdade, um ordenamento jurídico privado, que seja fundado na autonomia da vontade e que coexista com o ordenamento jurídico estatal. Com efeito, o mesmo jurista defende o abandono da separação do direito público e privado.

¹⁷FARIAS, Cristiano Chaves de. Rosenvald, Nelson. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 30.

¹⁸SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 198.

O Código Civil de 2002, apesar de veementemente criticado por alguns estudiosos, pode-se dizer, acolheu a tese da dilaceração da fronteira entre o público e o privado. Pertinente, nesse sentido, a observação de Aronne¹⁹:

Ao se erigir o sistema jurídico pátrio a partir de valores como igualdade, solidariedade, liberdade, fraternidade, pluralismo e bem comum, na consecução de um Estado Social e Democrático de Direito, como princípio jurídico vinculante – não só ao Estado como também aos destinatários da ordem jurídica –, que se desvenda através de princípios, tais como o da dignidade da pessoa humana, cidadania e função social da propriedade, as regras do Direito Privado passam a receber um novo conteúdo e a expressar um novo sentido, diverso daquele que emanava quando adveio à ordem jurídica.

E é com essa visão que sustenta aqui uma releitura do abuso de direito objetivado como fundamento de responsabilidade civil no Código Civil de 2002. Há, com efeito, na responsabilização pelo abuso de direito uma profunda regra de proteção dos princípios da solidariedade e da eticidade, hodiernamente considerados principais vetores da ordem civil-constitucional, e que serão objeto de análise mais adiante.

2. Da responsabilidade civil no Código Civil de 2002

2.1 A dimensão subjetiva da responsabilidade civil

A noção de responsabilidade civil passa, em sua origem, pela compreensão de seu núcleo fundante, a obrigação de indenizar. Tem-se, assim, o dano como o principal elemento da responsabilidade civil, de modo que não se pode falar em responsabilidade civil sem dano. Tal concepção, consoante será abordado adiante, não condiz com a adequada interpretação do abuso de direito, tal como veio objetivado no Código Civil vigente. No entanto, outros elementos são analisados quando da busca da definição da responsabilidade civil, dentre eles se sobressaem a conduta, a culpa e o nexo causal. A conduta, neste viés, está necessariamente associada com a culpa, posto que se apresente como elemento volitivo da responsabilidade civil, isto é, a maneira como a vontade se externa e se apresenta no mundo jurídico, de modo que se pode mesmo falar em conduta culposa. O nexo causal deve ser visto como vínculo naturalístico entre a conduta e o dano, sem pretender descer aos detalhes da tese da existência de vínculo jurídico ou normativo, que impõe uma discussão de relevante complexidade e que, por não ser objeto deste estudo, limita-se a esta brevíssima nota.

¹⁹ ARONNE, Ricardo. **Direito civil-constitucional e a teoria do caos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 38.

Relevante aqui é a compreensão de que a responsabilidade civil, do ponto de vista do elemento volitivo, assume duas dimensões bastante distintas, uma subjetiva e outra objetiva, de modo que, tradicionalmente, se fala em uma dupla classificação da responsabilidade civil em subjetiva – com culpa –, e objetiva – sem culpa. Interesse por enquanto tecer uma breve análise da dimensão subjetiva da responsabilidade civil. Schrieber²⁰, acerca da relevância da culpa como núcleo fundante da responsabilidade civil na modernidade, esboça o seguinte posicionamento:

A culpa é, inegavelmente, a categoria nuclear da responsabilidade civil concebida pelos juristas da modernidade. A ideologia liberal e individualista, então dominante, impunha a construção de um sistema de responsabilidade que se fundasse no mau uso da liberdade individual, justificando, desta forma, a concessão de um amplo espaço à atuação dos particulares. Responsabilidade e liberdade passam, assim, a ser noções intimamente vinculadas, uma servindo de fundamento à outra.

A adoção da culpa correspondeu, então, à necessidade de reestruturação do sistema moderno de responsabilidade puramente civil, dissociada da ultrapassada tradição medieval de responsabilidade coletiva fundada na vingança privada²¹. Desse modo, o indivíduo encontra restrições à sua liberdade individual, a qual, no Código Civil francês, deveria ser exercida moralmente. A análise da culpa, sob o prisma da expressão ou maneira de externalização da conduta individual, se volta, pois, para os elementos anímicos e psicológicos.

Este foi o pensamento positivado no Código Civil de 1916, por meio da disposição de seu art. 159, cuja redação era a seguinte: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”. A propósito, a mesma base dogmática prevaleceu com a promulgação do Código Civil de 2002, que trouxe regra semelhante em seu art. 186, embora estabeleça uma relação entre culpa e ato ilícito, senão vejamos: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”. Os juristas pátrios fazem a distinção entre culpa em sentido amplo e em sentido estrito, a primeira abrangendo o dolo e a culpa em sentido estrito. Os atributos extrínsecos da

²⁰SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. In: Revista Trimestral de Direito Civil, vol.48 (out/dez de 2011), p. 12.

²¹Idem, p. 13.

culpa são a imprudência, a negligência e a imperícia. Calha trazer a seguinte anotação de Gomes²²:

O termo *culpa* traduz o fenômeno de violação de uma norma, seja ela legal, seja ela negocial; com tal ideia, procura-se exprimir a *consciência* que o agente possui da conduta que realiza e a *vontade* de produzir o resultado lesivo à esfera jurídica alheia. A culpa em sentido amplo abrange o dolo e a culpa em sentido estrito.

Consoante já foi observado, o Código Civil em vigor inovou ao estabelecer a noção de culpa e a de prática de ato ilícito, ou seja, um ato culposo é necessariamente, pela lógica jurídica, um ato ilícito. O fundamento da responsabilidade civil culposa, então, encontra-se exatamente aí, na prática do ato ilícito. E é fácil perceber isso na dicção do art. 927 do Código Civil vigente, que diz: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”. A culpa, então, não é exatamente o fundamento, ou núcleo essencial da responsabilidade civil, à luz do Código Civil em vigor, mas a ilicitude que é atribuída ao ato jurídico culposo. Nesse caso, a compreensão doutrinária da responsabilidade como um dever jurídico sucessivo soa coerente com a dicção da norma, na medida em que dois pressupostos se sobressaem na natureza da sobredita obrigação, quais sejam a violação da norma e a prática do dano. Se a violação da norma vai depender da análise de elementos subjetivos, inerentes à maneira como o agente externa seu comportamento em sociedade, somente será relevante do ponto de vista da produção da prova de tais elementos, o que, historicamente representou um obstáculo ao acesso à reparação. Acerca desse tema, pertinentes as anotações de Schreiber²³:

Se a concepção psicológica da culpa assegurou uma justificativa filosófica à reparação do prejuízo provocado pelo ato ilícito, impôs, por outro lado, forte ênfase sobre a verificação de um comportamento reprovável por parte do autor do dano. Resultado disso foi não apenas a consagrada ideia de “*pas de responsabilité sans faute*”, mas, muito além, a atribuição à culpa de uma certa preponderância na etiologia do ato ilícito. A associação da conotação psicológica da culpa com uma rigorosa exigência de sua demonstração conduziu, gradativamente, à modelagem jurisprudencial e doutrinária de um obstáculo verdadeiramente sólido para a reparação dos danos.

Além disso, a dimensão subjetiva da responsabilidade civil apresenta uma forte conotação moral, pois as próprias noções de imprudência, negligência e imperícia

²²GOMES, José Jairo. **Responsabilidade civil e eticidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 269.

²³SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. In: Revista Trimestral de Direito Civil, vol.48 (out/dez de 2011), p. 16.

encontram-se associadas a um precedente dever de cuidado, que é imposto a todos os indivíduos em sociedade. Em outras palavras, é dizer que a responsabilidade culposa encontra suporte no dever de colaboração entre as pessoas, as quais, de uma forma ou de outra, devem pautar sua conduta com vistas a jamais causar dano a terceiros, que seja por ofensa a bens patrimoniais ou extrapatrimoniais.

Esta é a acepção civil-constitucional da noção de responsabilidade culposa. Que, mas do que o patrimônio, a lei objetiva impor um comportamento moralmente legítimo, que dê especial efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, tomando como vetor de efetivação do dever de cooperação, ou colaboração, e solidariedade nas relações sociais. A incorporação da responsabilidade civil sem culpa, ora denominada objetiva, representa a grandeza da importância que tem tomado o dever de se adotar uma conduta mais do que simplesmente lícita, que seja moralmente legítima. Se assim forem repensados os fundamentos da obrigação de indenizar, poder-se-ia falar em completo esvaziamento da responsabilidade culposa pela pessoa jurídica, já que sequer detém uma dimensão psicológica, senão a liberdade limitada de explorar determinada atividade econômica. Não é esse o objetivo do presente estudo, mas que fica como reflexão para, quem sabe, outra pesquisa mais detida sobre o assunto.

2.2 A dimensão objetiva da responsabilidade civil

A responsabilidade civil sem culpa, doutrinariamente denominada objetiva, representa um avanço à dimensão subjetiva, pois que subtrai a análise da culpa, isto é, do elemento volitivo, psicológico da situação concreta. Em matéria de responsabilidade civil a noção de justiça passa necessariamente pela prevenção e remediação do dano. Em outras palavras, o ordenamento jurídico não tolera que alguém, afetado na sua esfera patrimonial pela conduta de terceiros, tenha que suportar o prejuízo. A culpa, consoante se abordou no item anterior, representa um obstáculo à obtenção da almejada reparação. Retirá-la da análise do caso concreto se apresenta, então, como a supressão de um vetusto entrave, e, por conseguinte uma forte ampliação na efetivação da responsabilidade civil.

A concepção tradicional dos elementos da responsabilidade civil objetiva, em comparação à subjetiva, resume-se a três: a conduta, o nexo causal e o dano. Portanto, a ordem jurídica, desviando-se do caráter individual, puramente psicológico do

comportamento, abstrai da conduta o elemento volitivo. A lei, em curta metáfora, fecha os olhos para o sujeito e volta-os para a atividade. Esta, pois, é a novel fonte de responsabilidade civil, ponto que será mais bem abordado posteriormente. Por enquanto, importa uma breve exposição da evolução dessa dimensão da responsabilidade civil.

Como dito anteriormente, a responsabilidade civil objetiva tem como fundamento essencial a atividade. Nesse sentido, as teorias que buscaram explicar esse, então, novo modelo de responsabilidade, buscaram explicá-lo à luz dos riscos da atividade. E no que diz respeito ao abuso de direito, cujo fundamento legal encontra-se no Art. 187 do Código Civil vigente, tema a ser mais aprofundado adiante, defende-se aqui uma abordagem que não seja simplesmente geral e abstrata, mas ponderando as posições consideradas *prima facie*, i.e., à luz do caso concreto. E tal ponderação, em posicionamento dissonante que esboçado por Theodoro Jr.²⁴, não admite a análise da intenção do sujeito para sua configuração, pois desconhece a existência de uma teoria subjetivista do abuso de direito. Pelo contrário, reconhece-se o ato abusivo, embora pressuponha a existência de situações jurídicas subjetivas, como inserido na dimensão objetiva da responsabilidade civil, que se associa à sua dimensão ética, já que se inserem no cotejo, mais do que análise de meros comportamentos ilegais, condutas reprováveis no seu aspecto axiológico.

3. Do abuso de direito

3.1 Da autonomia jurídica do abuso de direito

Na discussão do conceito de abuso de direito como categoria autônoma foram apresentadas diversas teorias. Segundo Carpena²⁵, essas teorias buscavam inicialmente justificar ou negar o ato abusivo, identificá-lo ou separá-lo do ato ilícito. São palavras de Carpena²⁶:

²⁴THEODORO JR., Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**, vol. III, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 118.

²⁵CARPENA, Heloisa. **O abuso de direito no Código Civil de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional**, In: TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3 ed., São Paulo: Renovar, 2007, p. 401.

²⁶Idem, p. 402.

as teorias negativistas buscaram demonstrar sua inexistência, seja como consequência lógica da própria negação do direito subjetivo (Duguit); seja por situá-lo fora do campo jurídico, definido apenas como conceito metafísico (Rotondi); como também por entender que os direitos subjetivos não admitem limitação que não seja imposta pelo ordenamento (Planiol).

Os afirmativistas, num primeiro momento, assimilaram o abuso de direito apenas como um princípio geral de interpretação das normas jurídicas, permitindo um ajuste do direito positivo à realidade social. Embora não tenha prevalecido, esta primeira teoria serviu para a formulação do conceito moderno de abuso de direito, sugerindo que a norma não deva ser compreendida apenas pelas suas letras, mas conforme seu conteúdo axiológico.

Também, como teóricos do assunto, há René Savatié e Georges Ripert, cujos entendimentos são expostos por Carpena²⁷. Para o primeiro, o abuso de direito é caracterizado pelo dano anormal, decorrente do exercício de direitos que excedem os limites impostos pelos costumes; para o segundo, o abuso de direito não se inclui como fenômeno jurídico, mas é consequência da subordinação da lei aos princípios morais. Nesse último entendimento, o abuso de direito corresponde a uma conduta reprovável em razão de infringir deveres morais de justiça, equidade e humanidade. O mérito desta teoria, segundo afirma a articulista acima citada, seria de introduzir a ideia de moralidade no exercício dos direitos. Josserand²⁸ vislumbrou o abuso como violação ao espírito do direito ou ao seu fim social. A ideia de abuso de direito, neste campo, portanto, deve necessariamente sobrepor-se ao culto subjetivista do direito privado.

Independentemente da teoria adotada, é relevante observar que o Código Civil vigente, ao conferir disciplina específica para a responsabilidade civil por abuso de direito, por meio do art. 187, fez mais do que simplesmente objetivar o abuso de direito, imprimiu-lhe a necessidade de um estudo mais aprofundado e consentâneo com os fundamentos axiológicos da responsabilidade civil. Não se trata de um modelo simplista de responsabilidade, pois, se visto pela ótica do direito civil-constitucional, constatar-se-á que a essa disciplina subjaz limites aos exercícios de direitos os quais, por vezes, figurarão em num mesmo plano, porém em lados antagônicos, de modo a obrigar o

²⁷ CARPENA, Heloisa. **O abuso de direito no Código Civil de 2002**: relativização de direitos na ótica civil-constitucional, *In*: TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3 ed., São Paulo: Renovar, 2007, p. 402-403.

²⁸ JOSSEAND *Apud* CARPENA, p. 403.

intérprete a se posicionar sobre linha tênue entre o exercício normal e o anormal de posições jurídicas.

O próximo e último tópico do presente estudo propõe esta abordagem do instituto do abuso de direito considerando-o como uma modalidade autônoma de responsabilidade civil, cuja fonte é, sem dúvida, o ato ilícito, mas que, no entanto, sob o espectro da interpretação civil-constitucional, cujo escopo, reside na constatação da funcionalização de institutos do direito civil, os quais se destinam, sob essa ótica, à realização de valores sociais definidos na Constituição. Desse modo, a leitura do abuso de direito a qual, sem dúvida, não deve menosprezar os preceitos éticos subjacentes, deve ser feita como mais um modelo jurídico de redirecionamento de instituto privado para a realização de valores constitucionais. Por certo, que não se pretende aqui dizer que o art. 187 do Código Civil resolverá todos os problemas teóricos relacionados à aplicação do abuso de direito. Isso, a que parece, representa mais um desafio hermenêutico, e daí a justificativa do presente estudo, que espelha não mais do que uma proposta de revisão da própria teoria do abuso de direito, cuja autonomia, pelo menos diante da fundamentação teórica ora abordada, revela-se demonstrada, mas, imersa de controvérsias.

3.2 Sentido e alcance do art. 187 do Código Civil de 2002: análise sob a ótica civil-constitucional.

Inicialmente, vale dizer que o atual intérprete do direito civil detém desafios em relação à harmonização entre o Direito Civil e a Constituição. Isso porque, diante do modismo que se tornou falar em direito civil-constitucional, de repente, uma abordagem do tema pode parecer mais panfleto com apelo metafísico, do que realmente a compreensão do direito civil à luz dos valores constitucionais. Isso bem tem ocorrido com o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual tem sido utilizado como fundamento para demandas temerárias, sem qualquer critério de proteção da verdadeira dimensão do desse princípio. Portanto, a leitura que se propõe do art. 187, antes de tudo, deve ser compreendida dentro da limitação do espectro desse estudo, que lhe reconhece o status de cláusula aberta de responsabilidade civil, a que não se pode aferir como regra universalizando no plano abstrato. Ao contrário, trata-se de regra cuja aplicabilidade deve se dar diante do caso concreto, no qual as posições jurídicas devem ser

consideradas *prima facie*. Importante a observação de Cachapuz²⁹, para quem o Código Civil vigente permite ao intérprete:

reconhecer a necessidade de aplicação da norma jurídica a uma sociedade complexa, capaz de exigir tanto o sentido de universalidade à análise normativa – e reconhecendo, por consequência, um princípio formal de igualdade jurídica –, como a identificação, frente ao caso concreto, da singularidade do indivíduo e da sua posição jurídica num mundo concreto.

É certo que a abordagem civil-constitucional do abuso de direito, considerando a redação do art. 187 do Código Civil vigente, deve partir da premissa de que tal teoria estabelece uma limitação ao exercício de direitos, às vezes pondo em conflito direitos constitucionalmente estabelecidos. Tal colisão resulta, inicialmente, do fato de que há uma premissa hermenêutica para se chegar à concepção do instituto, que é a compreensão de que a lei confere o status de ilícito apenas ao abuso e não o exercício do direito. De outro modo, é concluir que a ilicitude reside apenas no abuso, e daí origina-se a responsabilidade. Nesse ponto, uma primeira abordagem merece atenção, que é a de considerar o abuso sob a ótica da intenção, do *animus*, ou diretamente da norma. Em outras palavras, revolvendo as dimensões da responsabilidade civil, questiona-se quanto à classificação do abuso de direito na dimensão subjetiva ou objetiva, respectivamente.

Theodoro Jr³⁰, consoante exposto anteriormente, recorrendo à teoria dos atos emulativos, sustenta a incidência do aspecto subjetivo, pois entende que a intenção do sujeito é necessária para a caracterização do abuso. Essa tese, uma vez acolhida, praticamente reduz a análise do art. 187 à velha forma do art. 159 do Código Civil de 1916, hoje o art. 186 do Código Civil vigente. Carpena³¹ também atribui tal característica ao Código Civil revogado, expondo que Beviláqua teria se filiado à caracterização do abuso em consonância com a regularidade com o ato de exercício, cuja configuração dependeria da intenção do agente causar prejuízo a outrem. Além disso, limita a discussão em torno dos direitos fundamentais os quais extrapolam a

²⁹CACHAPUZ, Maria Cláudia. **A ilicitude e as fontes obrigacionais**: análise do art. 187 do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, vol. 838, p. 115.

³⁰THEODORO JR., Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**, vol. III, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 118.

³¹CARPENA, Heloisa. **O abuso de direito no Código Civil de 2002**: relativização de direitos na ótica civil-constitucional, in: TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3 ed., São Paulo: Renovar, 2007, p. 410.

esfera do indivíduo. Apenas a título de ilustração, a colisão entre o direito à informação (art. 5º, IX, CF) e a proteção da imagem (art. 5º, X, CF), sob esta visão, deveria ser abordada apenas sob o âmbito da vontade privada, sem se ater aos valores a que a norma visa proteger. Na verdade, considerando as perspectivas de cada agente, não haveria ilícito, pois cada uma estaria a exercer direitos individuais devidamente tutelados.

No entanto, pela leitura do art. 187 do Código Civil, impõe-se reconhecer a existência de limites aos direitos, os quais devem ser considerados, não a partir do *animus*, mas em relação às funções que eles assumem na estrutura jurídica. Na verdade, tal regramento representa uma verdadeira cláusula de ruptura com o direito subjetivo, que agora se rende à realização de interesses sociais e éticos. Não se trata, no entanto, de cláusula universal cujo conteúdo formal seja capaz de lhe dar um alcance abstrato. A configuração da ilicitude a qual, às vezes, pode até produzir um ônus excessivo a determinada posição jurídica, deve ser aferida sob um critério de ponderação da limitação da liberdade. Cachapuz³² adota a teoria externa das restrições aos direitos fundamentais para reconhecer restrições, não a posições jurídicas definitivas em relação a determinada liberdade, mas posições consideradas *prima facie*.

Diversas críticas são feitas à redação do art. 187 do Código Civil, a começar pela própria caracterização do abuso em relação de dependência do reconhecimento da ilicitude. Carpena³³ entende que isso teria o condão de obscurecer os contornos da reponsabilidade civil fundada no abuso de direito, pois conduz esse modelo à dimensão subjetiva, pois, para a articulista, a culpa é “elemento quase indissociável do conceito de ilicitude”. Nesse ponto, Judith-Martins Costa³⁴ entende que o art. 187 do Código Civil vigente traz uma “cláusula geral de ilicitude de meios”, pois entende não se tratar apenas de uma contrariedade culposa a preceito contratual, ou mesmo de mera

³²CACHAPUZ, Maria Cláudia. **A ilicitude e as fontes obrigacionais**: análise do art. 187 do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, vol. 838, p. 119.

³³CARPENA, Heloisa. **O abuso de direito no Código Civil de 2002**: relativização de direitos na ótica civil-constitucional, in: TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3 ed., São Paulo: Renovar, 2007, p. 416.

³⁴MARTINS-COSTA, Judith. **Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no Ncc**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1726,51045-Breves+anotacoes+acerca+do+conceito+de+ilicitude+no+nCC>>. Acesso em 25.09.2013.

ilegalidade, mas de uma integração de liberdades coexistentes. Para Cachapuz³⁵, “No caso, é uma ilicitude que prescinde, inclusive, do exame da intencionalidade daquele que a comete, ainda que possa ser a análise relevante para a própria aferição de uma eventual indenizabilidade (art. 944 e 945 do CC/2002)”. Neste viés, a ilicitude prevista no art. 187 do Código Civil de 2002 deve ser considerada como uma fonte originária da obrigação de indenizar, além de que, tal ilicitude não deve ser restrita à tutela indenizatória, mas também a uma tutela inibitória ou mandamental, em uma visão consentânea com interpretação civil constitucional do dispositivo. Também, reconhecendo o abuso de direito sob a dimensão objetiva da responsabilidade civil, encontra Cavalieri Filho³⁶, para quem:

a concepção adotada em relação ao abuso de direito é a objetiva, pois não é necessária a *consciência* de se excederem, com o seu exercício, os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do direito; basta que excedam esses limites.

Carpena³⁷ também tece crítica à expressão “manifestamente”, que antecede o núcleo do texto legal, que é o verbo “exercer”. Para a jurista, o legislador criou um preceito demasiadamente aberto, que pode figurar como óbice à adequada interpretação e aplicação do dispositivo. O termo, na verdade, acaba por criar uma margem de tolerância entre o que é o exercício regular do direito e o que vem ser o seu exercício irregular ou anormal, a ponto de caracterizar abuso de direito. De outro, lado, Cavalieri Filho³⁸ entende que a aludida expressão veio estabelecer um limite ao excessivo subjetivismo do julgador. Conforme, entende “Caberá ao julgador apontar, em cada caso, os fatos que tornam evidente o abuso do direito, com o que se evitará a temida arbitrariedade, ou o cerceamento do legítimo exercício do direito.”. No entanto, quanto à crítica formulada em relação ao núcleo “exercer”, que poderia suscitar dúvida quanto à aplicação do dispositivo em relação aos atos omissivos, é relevante observar que, em atenção ao princípio da operabilidade, que deve dar o verdadeiro alcance ao preceito legal, à luz dos direitos em conflito, deve o intérprete buscar o verdadeiro alcance da

³⁵CACHAPUZ, Maria Cláudia. **A ilicitude e as fontes obrigacionais**: análise do art. 187 do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, vol. 838, p. 120.

³⁶CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 173.

³⁷CARPENA, Heloisa. O abuso de direito no Código Civil de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional, *in*: TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3 ed., São Paulo: Renovar, 2007, p. 416.

³⁸CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 176.

norma, que mais se aproxima à construção de uma concepção de justo. Oportuno trazer as observações de Schreiber³⁹ acerca da postura do intérprete do direito civil diante da abordagem civil-constitucional, diante dos dois extremos estabelecidos entre a proliferação legislativa e apego às cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados:

Entre esses dois extremos, equilibra-se o civilista contemporâneo. Precisa tanto do legalismo, que o converte em mero reprodutor de normas cada vez mais específicas e numerosas, quanto do subjetivo jurídico, que compromete a uniformidade na aplicação da lei (garantia da legalidade) e o impede de encontrar na sua tarefa uma unidade de ação, consubstanciada em um projeto de sociedade futura.

Em que pesem as críticas ao dispositivo, se atendidos os princípios da sociabilidade, da operabilidade e da eticidade, o intérprete terá elementos suficientes para aplicar o dispositivo no caso concreto. Além disso, é forçoso reconhecer que, quanto aos elementos configuradores do abuso de direito, há uma incerteza no que diz respeito à descrição antecipada do que se pode dizer de uma conduta humana em determinada situação de conflito de liberdades, que venha atender o que a lei denomina de fim econômico ou social, de boa-fé ou bons costumes. Consoante enuncia Cachapuz⁴⁰: “Há uma incerteza, presente à caracterização do enunciado normativo, justamente para resguardar a mesma proporção de abertura à argumentação que se pretende ver efetivada no caso concreto.”. A propósito, o elemento ético, presente no contexto do dispositivo, reforça tal cláusula de abertura, pois que também acaba por delimitar, ou mesmo, impedir que ocorra uma análise pressuposta, a partir de um esquema abstrato e universal, pelo contrário, a análise deve ser feita de forma tópica, à luz da situação concreta.

Ainda, considerando-se o apelo que a lei faz à boa-fé, é importante ressaltar que esta deve ser sopesada à luz do contexto normativo, de forma objetiva, de modo que se alcance o fim da lei, e não da pessoa. Pensar de outro modo seria reduzir o conceito aos motivos individuais, ressuscitando a já ultrapassada concepção de boa-fé subjetiva. O apelo ético, portanto, não pode se desvencilhar da função que a teoria do abuso de direito exerce no sistema jurídico, que é fazer frente ao princípio da operabilidade, que confere um aspecto mais técnico de operacional à confiança recíproca imposta pela

³⁹SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. in: Revista Trimestral de Direito Civil, vol.48 (out/dez de 2011), p. 24.

⁴⁰CACHAPUZ, Maria Cláudia. **A ilicitude e as fontes obrigacionais**: análise do art. 187 do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, vol. 838, p.124.

própria ordem jurídica. Nesse âmbito, é de se concordar com Cavalieri Filho⁴¹, para quem a boa-fé objetiva exerce uma função de controle quanto ao exercício de direitos subjetivos. Em suma, a boa-fé a que se refere o art. 187 do Código Civil representa um padrão ético de conduta que limita e reprime condutas abusivas, que se harmonizam com a confiança recíproca que deve nortear as relações sociais.

Outros apontamentos mereceriam análise no presente ensaio, no que diz respeito à leitura do abuso de direito, tal qual foi objetiva no Código Civil vigente, mas o propósito deste ensaio, no âmbito de suas limitações, não é de exaurir o tema, mas de servir de fonte teórica para outros estudos. O que se constata, enfim, nos limites desta abordagem é a presença marcante da direito constitucional sobre o direito civil, cuja tessitura não mais pode se desvencilhar dos valores maiores da sociedade. A funcionalização do direito, e, nesse caso, no que diz respeito ao abuso de direito, confere ao intérprete mais do que um desafio, uma missão, de compreender as limitações das liberdades públicas e privadas, que agora não mais podem ser exercidas senão nos limites e fins da norma. A visão legalista nunca foi a ideal. A visão culturalista implementada pelo Código Civil, também não. A moral também não é capaz de definir o direito, e, por conseguinte, servir como parâmetro para a definição do abuso de direito. Mas, na compreensão desses problemas é que se realizam os fins do direito.

Considerações Finais

O abuso de direito, apesar de não se tratar de tema novo, tem merecido especial atenção porque, aparentemente, corresponde a uma nova postura hermenêutica, especialmente porque permite uma interpretação constitucional do direito civil em razão da constatada funcionalização do direito subjetivo, agora vinculado aos fins sociais, econômicos e, acima de tudo, dirigido pelo princípio da boa-fé objetiva. Representa, portanto, como exemplo paradigmático de que a fronteira entre o direito civil e o constitucional, tal como foi abordado no presente estudo, encontra em patente dilaceração.

⁴¹CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 183.

A regra insculpida no art. 187 do Código Civil merece, desse modo, uma especial atenção pelos estudiosos. Trata-se de norma que elege o fim do direito como valor a ser considerado permanentemente em seu exercício. Isso, claramente, obriga o intérprete do direito civil buscar na Constituição as respostas para o legítimo exercício das liberdades, ou melhor, pelos direitos e garantias. Quanto diz o texto que o abuso do direito se configura em razão do “manifesto” do exercício em relação aos seus fins sociais, econômicos, aos bons costumes e à boa-fé, a norma praticamente cria uma tábua axiológica sobre a qual deve ser interpretada.

Por certo que a postura do intérprete não é a de reconhecer um princípio universal, pressuposto na norma, capaz de abstratamente definir que é o abuso de direito. Isso, conforme restou abordado no presente estudo, deve ser realizado à luz do caso concreto, tomadas as situações jurídicas das partes numa abordagem *prima facie*. A regra de ponderação, isto é, sopesar o limite entre o normal e o anormal exercício do direito é o desafio do aplicador do direito, que deverá buscar, necessariamente, no texto constitucional os valores que merecem preponderância. Disso se deflui, por outro lado, que haverá circunstâncias em que alguém, em razão de um valor preponderante, deverá suportar os efeitos do exercício do direito por outrem, que se encontra igualmente protegido pela mesma norma constitucional.

No que diz respeito às dimensões objetiva e subjetiva da responsabilidade civil, embora se entenda incidir no caso em análise a primeira, já que a constatação do abuso de direito prescinde da verificação do *animus*, ou melhor, da intenção do agente, por vezes, será até inadequado falar em uma ou outra dimensão, pois que importará unicamente confrontar os valores constitucionais em confronto no caso concreto. Além disso, haverá hipóteses em que, nem mesmo o dano deverá ser constatado para fins de aplicação de medidas inibitórias do exercício abusivo do direito.

Há, sem dúvida, uma dimensão ética na teoria do abuso de direito, ainda não abordada adequadamente, mas que, com o tempo, deverá reencontrar seu espaço nos estudos sobre o tema. Não quer dizer isso, que o Código Civil de 2002 tenha recorrido a qualquer imperativo categórico, segundo o pensamento kantiano, mas que, ao definir o direito a partir de seus fins, impõe ao intérprete mais do que o apego ao mero legalismo, ou, de outra banda, ao subjetivismo. A experiência jurídica contemporânea encontra-se imersa de desafios, as relações sociais não detêm mais dimensão de tempo e espaço definidos.

Assim, a proposta do presente estudo foi, antes de resolver qualquer problema, servir como mais uma fonte de análise da constitucionalização do direito privado, a partir da análise do abuso de direito. Trata-se, conforme se arguiu, de dispositivo que tem sua fundamentação enraizada no princípio da boa-fé objetiva, cujo escopo, no âmbito das relações contratuais e extracontratuais tem sido o de nortear o comportamento dos sujeitos em um nível de alteridade capaz de salvaguardar o primado da confiança recíproca.

Referências

ARONNE, Ricardo. **Direito civil-constitucional e a teoria do caos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional contemporâneo**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **A ilicitude e as fontes obrigacionais**: análise do art. 187 do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, vol. 838, p. 114-129.

CARPENA, Heloisa. **O abuso de direito no Código Civil de 2002**: relativização de direitos na ótica civil-constitucional, *in*: TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3 ed., São Paulo: Renovar, 2007, p. 401-420.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed., São Paulo: Atlas, 2012.

FACCINI NETO, Eugênio. **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado** *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 37-75.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6 ed., São Paulo: Atlas, 2008.

GARCEZ NETO, Martinho. **Responsabilidade civil no direito comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, José Jairo. **Responsabilidade civil e eticidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. **Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no nCC (estruturas e rupturas em torno do art. 187)**. Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1726,51045-Breves+anotacoes+acerca+do+conceito+de+ilicitude+no+nCC> . Acesso em 25.09.2013.

MATTIETO, Leonardo. **A Constituição e o Direito Civil: reflexões sobre o direito civil-constitucional**, in: Revista de Direito Processual Geral, V. 54, 2001, p. 195-205. Texto disponível em: http://download.rj.gov.br/documentos/10112/783251/DLFE-46994.pdf/Revista54Doutrina_pg_197_a_205.pdf . Acesso em 07.08.2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Constituição e Direito Civil: tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 779 (set. de 2000), p. 46-63.

NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a lei fundamental.in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 221-240.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-36.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. In: Revista Trimestral de Direito Civil, vol.48 (out/dez de 2011), p. 3-27.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

THEODORO JR., Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**, vol. III, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

UBILOS, Juan Maria Bilbao. **¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?** In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 263-293.