

NOTAS SOBRE O ABUSO DO DIREITO DE PROPRIEDADE: DA TEORIA DO ABUSO DO DIREITO AO EXERCÍCIO ABUSIVO DO DOMÍNIO | NOTES ABOUT THE ABUSE OF PROPERTY RIGHT: FROM THE ABUSE OF RIGHTS THEORY TO THE ABUSIVE EXERCISE OF PROPERTY

MARCELO LUZ CHAVES

RESUMO | O presente artigo tem por escopo analisar o instituto do abuso do direito e sua aplicação ao direito de propriedade. Para tanto, inicialmente, é feita uma abordagem da teoria do abuso do direito, perpassando por uma análise histórica do seu surgimento e desenvolvimento, bem como pelas teorias que explicam, numa perspectiva ontológica, essa categoria jurídica. Fixa-se, então, a concepção de abuso do direito adotada. Ademais, é exposto o conceito de propriedade utilizado no trabalho. Posteriormente, o escrito adentra especificamente no tema do abuso do direito de propriedade, mostrando as peculiaridades da aplicação do art. 187 do Código Civil ao direito de propriedade e expondo, ainda, a casuística sobre a matéria encontrada nos Tribunais pátrios.

PALAVRAS-CHAVE | *Abuso de direito. Propriedade. Abuso do direito de propriedade. Código Civil.*

ABSTRACT | *This article aims to analyze the institute of abuse of rights and its application on property right. To do so, initially, an approach to abuse of rights theory is conducted, going through an historical analysis of its emergence and development, as well as through theories that explain, in an ontological perspective, this legal category. Then, the adopted conception of abuse of rights is established. Furthermore, the conception of property used in this article is presented. Subsequently, this paper elucidates specifically the topic of abuse of property rights, showing the peculiarities of the application of Article 187 of the Brazilian Civil Code on property right and Brazilian courts' understandings about this subject.*

KEYWORDS | *Abuse of rights. Property. Abuse of property rights. Civil Code.*

1. INTRODUÇÃO

A pesar de carregar consigo uma elevada amplitude de possibilidades de seu exercício, a propriedade não pode ser tida como direito irrestrito. A concepção de que o domínio pode ser exercido do modo que o proprietário bem entenda, sem quaisquer limitações, não encontra guarida no nosso ordenamento jurídico. Assim, como muito bem pontua Beviláqua,

Não devemos afirmar que o domínio ou direito de propriedade tenha os caracteres de *absoluto e ilimitado*, embora seja a reunião mais completa de poderes de uma pessoa sobre uma coisa, mas sempre segundo os preceitos regulamentares da lei. Neste sentido, é que devemos entender hoje a proposição romana – *plena in re potestas*. (BEVILÁQUA, 1976, p. 136)

Essa visão, contudo, nem sempre foi unânime na história do pensamento jurídico: houve quem visse nos direitos subjetivos – e, em especial, na propriedade – um aspecto irrestrito. Para a concepção individualista da propriedade, o poder do proprietário sobre a coisa seria tal qual o do monarca absolutista perante seus súditos (LÔBO, 2018, p. 96).

Em reação ao individualismo jurídico e à concepção absolutista dos direitos subjetivos é que surgiu, então, a teoria do abuso do direito (MIRAGEM, 2005, p. 14), como forma de limitação ao exercício dos direitos subjetivos. Perpassando por diversas nuances históricas, desaguou, entre nós, na cláusula geral do art. 187 do nosso atual Código Civil (CC), em meio a um movimento legislativo que, deixando a regulação casuística do exercício jurídico que marcava o Código Civil de 1916, apontou para uma regulação guiada por *standards* e “noções-quadro” (MARTINS-COSTA, 2018, § 72, 1).

Em meio a esse contexto, e tendo em vista a vasta gama de poderes que o direito de propriedade traduz, este trabalho pretende abordar a teoria do abuso do direito enquanto limitadora de direitos subjetivos e, especificamente, limitadora da propriedade. Para tanto, lançar-se-á mão de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Inicialmente, este trabalho abordará a teoria do abuso do direito, sua evolução histórica e teorias que explicam sua natureza, para, em seguida, adotar-se a concepção de abuso do direito a ser utilizada. Posteriormente, será exposto o conceito de propriedade adotado para, então, demonstrar-se as peculiaridades da aplicação do art. 187 do CC ao direito de propriedade, bem como a utilização, por tribunais nacionais, do abuso do direito enquanto limite ao seu exercício.

2. A TEORIA DO ABUSO DO DIREITO

2.1 Análise histórica

O abuso do direito surgiu inicialmente na França como óbice aos *atos emulativos*, ações do titular de um direito que, ao mesmo tempo em que não lhe importavam nenhum benefício, visavam ao prejuízo alheio. A expressão foi cunhada pelo autor belga François Laurent em 1883 (DANTAS JR., 2006, p. 271), nominando uma série de situações em que os tribunais franceses, apesar de reconhecerem o direito do réu, condenaram-no sob o pretexto de irregularidade no exercício do direito (CORDEIRO, 2017, p. 670-671).

Uma das primeiras decisões referentes ao tema foi o caso Doerr, julgado em 1855 pela Corte de Apelações de Colmar, que ficou conhecido como “o caso da falsa chaminé” (FARIAS; AQUINO, 2018, p. 14-15). Na situação, foi construída pelo proprietário de um imóvel chaminé que não liberava fumaça alguma, cuja construção visava unicamente a cercear a iluminação da propriedade vizinha. O dono desta demandou o vizinho pela demolição da falsa chaminé e reparação pelos danos causados. O réu, então, argumentou que estaria a utilizar de seu direito absoluto de propriedade, tese defensiva que não prevaleceu (CATALAN, p. 1), sendo o construtor da falsa chaminé condenado a demoli-la.

O caso talvez mais paradigmático na experiência francesa de construção da doutrina do abuso do direito foi o Coquerel v. Clément-Bayard, no qual Whereupon Coquerel, tentando pressionar o vizinho a comprar seu

terreno por elevado preço, ergueu cercas de madeira com aproximadamente dez metros de altura, com construção de metal pontiaguda de dois a três metros em seu topo (FARIAS; AQUINO, 2018, p. 15). Clément-Bayard, que detinha um hangar de dirigíveis no terreno contíguo, após ter um de seus veículos aéreos danificado pela cerca, propôs ação buscando a remoção da construção e indenização pelos danos sofridos. A Corte de Cassação francesa, expressamente adotando a teoria do abuso do direito, decidiu:

Considerando que consta do julgado contestado que Coquerel ergueu em sua terra, contígua à de Clément-Bayard, estrutura de madeira de 10 metros de altura sobre a qual pontas de metal foram colocadas; que a estrutura não serve a nenhum propósito de exploração da terra de Coquerel e que não foi construída senão com o único objetivo de causar perturbação a Clément-Bayard, ... que, dadas essas circunstâncias factuais, pode-se julgar que Coquerel abusou de seu direito, e, de um lado, ordena-se que ele pague compensação pelo dano causado ao dirigível de Clément-Bayard, e de outro, ordena-se a remoção das pontas de ferro das estruturas de metal (AKKERMANS, 2012, p. 220 – *tradução livre*).¹

No início da década de 1830, a teoria do abuso do direito começaria a influenciar o espaço jurídico alemão (CORDEIRO, 2017, p. 685). Lá, contudo, diferentemente da experiência francesa que, de uma forma um tanto quanto acrítica, tenderia a qualificar diversas práticas juridicamente reprováveis como “abuso de direito”, a experiência germânica se centrou em duas figuras: a *exceptio doli* e a *chicana* (CORDEIRO, 2017, p. 687). A *exceptio doli*, figura nascida no direito romano, seria, em linhas gerais, a “faculdade potestativa de paralisar o comportamento de outra parte na hipótese de dolo” (MIRAGEM, 2013, parte II, 1.1.2.2). A *chicana*, por outro lado, seria semelhante à emulação sob a qual se debruçou o direito franco.

Uma diferença substancial no tratamento dado pelos regramentos francês e alemão se deu quanto ao elemento subjetivo: enquanto na França,

1 No original: “*Considering, that it follows from the contested judgment that Coquerel has placed on his land, adjoining that of Clément-Bayard, a wooden framework of 10 metres in height on which iron spikes are placed; that this structure did not serve any purpose for the exploitation of the land of Coquerel and that it had not been constructed but for the sole objective of causing a nuisance to Clément-Bayard, ... that, given such factual circumstances, it could be held in the judgment that Coquerel had abused his right, and, on the one hand, to order him to pay compensation for the damage caused to an airship of Clément-Bayard, on the other hand, to order the removal of the iron spikes from the wooden framework*”.

para se qualificar o exercício de um direito como abusivo, era necessária a comprovação da vontade de causar dano, na Alemanha, prescindia-se do elemento volitivo. Nos termos do § 226 do BGB, resultado da sedimentação da leitura alemã desenvolvida no século XIX sobre o instituto, “o exercício de um direito é inadmissível quando ele só possa ter por escopo infringir um dano a outrem” (CORDEIRO, 2017, p. 689).

Como se pode observar, no tratamento germânico, o ato seria chicaneiro quando não pudesse ter outro escopo que não o de prejudicar outrem. A análise, nessa perspectiva, era objetiva, deixando-se de lado a difícil comprovação do *animus nocendi*. Apesar de, numa primeira visão, esse regramento parecer mais interessante, Menezes Cordeiro aponta importante inconveniente:

(...) ao exigir que o exercício inadmissível “só possa ter” – e não, apenas, “só tenha” – por escopo, infligir danos, o § 226 comprometeu o seu campo de aplicação: qualquer comportamento pode, sempre, ter um número ilimitado de escopos, entre os quais, fatalmente, algum ou alguns não danosos (CORDEIRO, 2017, p. 690).

Identificada a insuficiência do dispositivo, os alemães buscaram outros fundamentos para a tutela contra o ato abusivo. Em um primeiro momento, socorreram-se no § 826 do BGB, o qual dispunha que “quem, de um modo atentatório contra os bons costumes, causar, dolosamente um dano a um outro, estará obrigado, para com o outro, à indenização do dano” (DANTAS JR., 2006, p. 281).

O dispositivo, embora já permitisse grande avanço ao se desvencilhar da ideia do “escopo único”, ainda não logrou resolver todos os problemas. Como observa Aldemiro Rezende Dantas Jr. (2006, p. 282), ele apresentava três problemáticas: (i) exigia o ato doloso, o que dificultava ou afastava sua aplicação em inúmeros casos; (ii) propiciava tão-somente a indenização do dano, quando muitas vezes é até mais relevante para a vítima a cessação do abuso; (iii) guardava demasiada imprecisão ao utilizar a expressão “bons costumes”.

Para superar as limitações do § 826, recorreu-se, posteriormente, ao § 242 do BGB, pelo qual “o devedor está obrigado a executar a prestação como a boa-fé, em atenção aos usos e costumes, o exige” (DANTAS JR., 2006, p. 282). O dispositivo legal, ao mesmo tempo em que era regra aberta o bastante para abarcar a generalidade de situações, impunha ao sujeito uma conduta que se adequasse ao caso concreto, conforme as exigências da boa-fé e dos costumes referentes ao ato em tela. Ademais, trazia valorosa contribuição à caracterização do abuso do direito: prescindia de qualquer análise acerca de culpa ou dolo do agente.

A evolução no tratamento dado ao abuso do direito pelos alemães veio a ser absorvida pelos gregos. Isso porque, na Grécia, até os primeiros quarenta anos do século XX, vigorou o *Corpus Iuris Civis* romano. Desse modo, a doutrina alemã – dominada, durante o século XIX, pela Escola Histórica, que tomava por base o estudo do Direito Civil de Roma, com o cuidado de mesclá-lo com os valores culturais contemporâneos do povo alemão – tinha forte influência no Direito Civil grego (DANTAS JR., 2006, p. 284-285).

Assim é que, ao adotarem uma codificação própria, os gregos encamparam as lições da doutrina alemã, consubstanciadas no artigo 281 do Código Civil grego de 1946, que dispôs: “o exercício é proibido quando exceda manifestamente os limites postos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo escopo social ou económico do direito” (CORDEIRO, 2017, p. 711). O tratamento do Código Civil grego soube harmonizar esforços doutrinários:

Assim, reconhecendo as insuficiências da mera condenação da chicana, entendida, para mais, de modo subjectivo, demarca-se em definitivo, desse modelo, adoptando um esquema objectivo. Da codificação suíça e, sobretudo, da doutrina alemã, retira a referência aos bons costumes e à boa fé, enquanto o art. 71 do projecto franco-italiano das obrigações lhe cedeu a referência ao fim social e económico do direito. O art. 2/2 do Cód. Suíço foi, por seu turno, modelo, exigindo que a ultrapassagem dos limites postos ao exercício dos direitos se dê “manifestamente”. O art. 281 do Cód. grego harmoniza, assim, sob a égide de uma doutrina, de tipo alemão, muito elevada, uma série de transferências culturais (CORDEIRO, 2017, p. 715).

A regra grega foi replicada pela legislação portuguesa que, no Código Civil de 1966, dispôs em seu art. 334 que “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito” (ALDEMIRO JR., 2006, p. 286).

No Brasil, já na vigência do Código Civil de 1916, a doutrina iniciou a importar a ideia de abuso do direito. Foi no art. 160, I, daquele código que, por meio de interpretação a *contrario sensu*, encontrou-se base legal para sua aplicação. O dispositivo dispunha: “Não constituem atos ilícitos: I – Os praticados em legítima defesa, ou no exercício regular de um direito reconhecido”. Se o exercício *regular* de um direito era causa de exclusão da ilicitude, então a *irregularidade* de seu exercício era contrária ao ordenamento.

A jurisprudência brasileira, durante todo o século XX, orientou-se majoritariamente por acatar a teoria subjetiva do abuso, de forma a exigir a emulação, a malícia ou a culpa para a caracterização do ato abusivo. Como explica Judith Martins-Costa (2008, p. 65-66), só no final daquele século os tribunais começaram a alterar suas concepções do instituto:

Foi só na década da virada para o século XXI que a jurisprudência passou a caminhar – ainda que em passos vacilantes – no sentido da objetivação do abuso. Seja em razão das grandes mudanças legislativas ocorridas desde 1988 (data da vigência da Constituição Federal) e em especial nos anos 90 (quando se aprofunda o processo de descodificação civil, principalmente pela edição do Código de Defesa do Consumidor e sua noção objetiva de *abusividade contratual* fundada no “significativo desequilíbrio” em detrimento do consumidor); seja, enfim, por força da criação e do papel desempenhados desde então pelo Superior Tribunal de Justiça, o fato é que começam a pipocar arestos a invocar o abuso prescindindo dos elementos subjetivos, sendo digno de especial nota o acolhimento jurisprudencial da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no caso de abuso da personalidade.

Merecem registro, ocorrências, antes do atual Código Civil, de tentativas de inserção no nosso ordenamento de dispositivos que aludiam mais diretamente à teoria do abuso do direito: nos anteprojetos de Código de Obrigações de 1941 e de 1965, viam-se regras que instituíam a reparação de dano decorrente de ato que excedesse, no exercício do direito, os limites do

interesse protegido ou os decorrentes da boa-fé (MARTINS-COSTA, 2008, p. 76-77); no anteprojeto de reforma da Lei de Introdução ao Código Civil, de Haroldo Valladão, previa-se o título “Condenação do abuso de direito” no art. 11 da assim chamada “Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas” (LOTUFO, 2003, p. 500 apud CALCINI, 2010, p. 672).

Toda essa corrente de transformações históricas desaguou no art. 187 do Código Civil de 2002, que estabelece que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

O dispositivo, de clara inspiração no art. 334 do código português, rompe com a concepção “francesa” da figura tal qual tinha sido inicialmente recebida no Brasil, consolidando a visão de matriz germânica do tema (MARTINS-COSTA, 2008, p. 79).

Nas legislações estrangeiras, além das já citadas previsões alemã, portuguesa e grega, também são vistos dispositivos referentes ao abuso do direito na Bolívia, Argentina, Suíça, Itália e Polônia (CALCINI, 2010, p. 672-673).

2.2 Teorias quanto à natureza do abuso do direito

Deixando-se um pouco de lado o tratamento histórico dado à temática, pretende-se expor, numa perspectiva ontológica, o que se entende como a categoria de “abuso do direito”. Ressalte-se, de início, a dificuldade que é tratar da matéria: como percebeu Rui Stoco (2008, p. 57), o “tema relativo ao abuso do direito em si, sua concepção, origem, fundamentos e efeitos é tão intrincado quanto instigante”.

Para se ilustrar a pluralidade de concepções dispersas sobre o que seria o abuso do direito, vale observar classificação realizada por Inácio de Carvalho Neto (2012, p. 118-121) quanto aos critérios para sua qualificação. O autor vislumbra a existência de teorias subjetivas, objetivistas, aquelas

fundadas em um critério misto, outras assentadas na utilidade econômica, as que entendem o abuso enquanto fenômeno social e as embasadas em um critério finalista.

Algumas concepções, inclusive, negam a própria existência de uma categoria jurídica do abuso do direito. É o caso, por exemplo, do pensamento de Duguit, que negava o conceito de direitos subjetivos (MARTINS, 1997, p. 23 apud CARVALHO NETO, 2012, p. 112). Para aquele, esclarece Cunha de Sá (1997, p. 295 apud CALCINI, 2004, p. 31), agir conforme o direito “não é exercer um direito subjetivo; da mesma forma que, praticar um ato cujo objeto não é sim contrário ao direito, mas cujo fim é ilícito, é pura e simplesmente violar o direito objetivo”.

Também a concepção do abuso do direito como fenômeno social, anteriormente referida, acabava por negar o abuso como categoria jurídica. Essa é a concepção de Mario Rotondi (1979, p. 23-24 apud PERES, 2010, p. 13), para quem “abuso do direito” seria apenas uma valoração ética da sociedade em transformação, que se rebela contra o uso de um direito que, apesar de garantido pelo ordenamento jurídico, contrasta com a nova consciência jurídica do povo.

Propõe-se, aqui, analisar as explicações do abuso do direito no que tange à sua natureza. Nesse sentido, tradicionalmente se tem dividido as respostas em duas principais vertentes: as *teorias internas* e as *teorias externas*.

De forma geral, as *teorias internas* entendem que o abuso do direito seria uma inobservância do conteúdo do próprio direito subjetivo, de forma que um ato, embora aparentemente esteja em uma área coberta pelo direito do agente,² na verdade já ultrapassou seus limites intrínsecos.

Nessa seara é que parece correto classificar o entendimento de Marcel Planiol, autor de famigerada crítica à fórmula “uso abusivo dos direitos”, para

2 Menezes Cordeiro observa que essa errônea aparência é facilitada pela anterior abrangência daquela área pelo direito subjetivo em discussão. Dessa forma, a transformação histórica dos institutos teria especial importância para o enquadramento de um ato como abusivo (CORDEIRO, 2017, p. 684).

quem a construção tratava-se de uma logomaquia³ (DANTAS JR., 2006, p. 278). Advertia o autor, sobre a expressão: “Mas é necessário não nos iludirmos: o direito cessa onde começa o abuso, e não pode haver uso abusivo de um direito qualquer, porque um mesmo ato não pode ser, a um só tempo, conforme e contrário ao direito” (PLANIOL, *Traité de Droit Civil*, v. II, nº 870 apud STOCO, 2008, p. 57).

Também nessa corrente, Menezes Cordeiro aponta como exemplo Castanheira Neves, que entendia o abuso do direito enquanto “comportamento que não contrariando a estrutura formal-definidora de um direito ‘...viole ou não cumpra, no seu sentido concreto-materialmente realizado, a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado...” (NEVES, 1967, p. 524 apud CORDEIRO, 2017, p. 866).

Outro exemplo citado é o de Cunha de Sá que, de maneira similar à Castanheira Neves, entende que:

Abusa-se de determinado direito, abusa-se da estrutura formal desse direito, quando numa certa e determinada situação concreta se coloca essa estrutura ao serviço de um valor diverso ou oposto do fundamento axiológico que lhe está imanente ou que lhe é interno (CUNHA DE SÁ, 1973, p. 456 apud CORDEIRO, 2017, p. 866).

Ambos os referidos autores portugueses, como observa Teresa Ancona Lopez (2009, p. 56), procuram explicar o abuso do direito por meio do “axiologismo normativo”, ideia pela qual os direitos subjetivos seriam estruturas formais com valores. Assim, o abuso seria o ato que, ao mesmo passo que respeita a estrutura formal do direito, desrespeita o fundamento axiológico que lhe fundamenta. Na esteira dessas lições, Fábio Pallaretti Calcini (2004, p. 32) também adota essa concepção.

No que tange às *teorias externas*, podem ser traduzidas, em sua generalidade, pelo entendimento do abuso do direito enquanto o respeito às

3 “Logomaquia” designa: “Discussão a respeito da origem ou da significação de uma palavra”; “Confusão de palavras num discurso ou numa argumentação; palavreado inútil”; “Discussão a respeito de coisas insignificantes” (Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa, disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/logomaquia/>. Acesso: 23 jun. 2020).

normas que constituem o direito subjetivo exercido, concomitante ao desrespeito às normas que limitam seu exercício. Assim, se um ato respeitasse os limites abstratos inerentes ao direito subjetivo de que se utiliza, mas, ao mesmo tempo, não observasse as normas limitadoras do exercício desse direito, seria este um exercício abusivo.

Nesse sentido, talvez o melhor exemplo desse entendimento seja Louis Josserand. Para o autor, que refuta a tese da logomaquia, nenhuma contradição existiria em considerar um ato conforme e contrário ao direito ao mesmo tempo, uma vez que o vocábulo “direito” tem duas acepções distintas, podendo designar tanto direito subjetivo quanto juridicidade (direito objetivo) (JOSSERAND, 1927, p. 322 et seq. Apud MIRAGEM, 2005, p. 13). Assim é que o “ato abusivo seria aquele ligado a um direito subjetivo cujos limites internos foram respeitados, mas que se mostra contrário ao direito enquanto conjunto de regras” (JOSSERAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, v. II, p. 231, nº 436 apud DANTAS JR., 2006, p. 278-279).

Também a Josserand (1999, p. 24 apud CALCINI, 2004, p. 32), é importante que se mencione, deve-se a construção acerca do abuso enquanto contrariedade ao fim socialmente relevante do direito. A referência do nosso atual art. 187 ao “fim econômico ou social” é influência de sua teoria (LOPEZ, 2009, p. 58-59). Sua doutrina ecoou em Alvin Lima (Culpa e Risco, p. 217 apud DANTAS JR., 2006, p. 265-266), para quem não se poderia enxergar o direito enquanto *direito-poder*, puramente uma prerrogativa soberana de seu titular, mas enquanto *direito-função*, concedido para que a pessoa possa auferir os proveitos que a lei lhe confere, desde que não ofenda os interesses da comunhão social.

Ainda nas teorias externas, pode ser mencionado Ripert, que via no abuso uma violação de regra moral e, por isso, um ilícito (LOPEZ, 2009, p. 55). Haveria o exercício do direito, mas a imoralidade do ato geraria sua ilicitude.

Também o pensamento de Raymond Saleilles, apesar de negar a autonomia do abuso do direito, pode ser enquadrado dentro das teorias externas. Para o autor, o abuso era ato ilícito no uso anormal ou irregular do direito subjetivo (LOPEZ, 2009, p. 55). A anormalidade no exercício, então,

seria a medida da ilicitude, de modo que não seria questão de se negar a extensão do direito, mas o modo de seu exercício.

Menezes Cordeiro, em obra que trata amplamente do tema da boa-fé, opõe-se à usual contraposição das teorias internas e externas. Procura o autor, em meio à sua concepção de abuso do direito como uma das categorias do que denomina de “exercício inadmissível de posições jurídicas”, achar uma síntese que se desprenderia das duas soluções tradicionais. Para ele, então, “o abuso do direito reside na disfuncionalidade de comportamentos jussubjectivos por, embora consentâneos com normas jurídicas, não confluírem no sistema em que estas se integrem” (CORDEIRO, 2017, p. 882).

Bruno Miragem (2013, parte II, item *. *A Atualidade...*), por sua vez, analisando a compreensão hodierna do abuso do direito no sistema pátrio, especialmente de acordo com a cláusula inculpada no art. 187 de nosso Código Civil, propõe entendermos o abuso sem uma necessária exclusão mútua entre as teorias internas e externas. Para o autor, cada limite elencado no art. 187 assume um caráter distinto: por um lado, a *boa-fé* e os *bons costumes*, por serem elementos estranhos ao conteúdo primordial do próprio direito subjetivo e dele se distinguírem, lhe seriam *limites externos*; por outro, o *fim econômico ou social*, “porquanto seu significado relacione-se de modo imediato com cada direitos subjetivos (sic.), caracterizando-se os limites do seu exercício com os fins para os quais foram previstos pelo ordenamento jurídico” (MIRAGEM, 2013, parte II, item *. *A Atualidade...*), seria, por sua vez, *limite interno* ao direito.

2.3 Concepção adotada

Após toda a exposição sobre a evolução histórica do instituto do abuso do direito e as teses que explicam sua natureza, cabe assentar o posicionamento por nós adotado.

Antes, contudo, vale observar que muitas das diferenças nas explicações conferidas ao abuso do direito não necessariamente se refletem no tratamento que lhe é dado. Diverge-se na explicação do abuso do direito,

enquanto fenômeno; entretanto, diante de uma mesma situação, partidários de teorias dissonantes convergem em vislumbrar a ocorrência do ato abusivo e a conferir-lhe tutela jurídica. Pense-se, por exemplo, nas situações com as quais se depararam os tribunais franceses, como os casos Doerr e o Clément-Bayard: seja pela teoria dos atos emulativos, seja por entender o comportamento como violador das finalidades econômica e social do direito, seja por ter o comportamento como violador da boa-fé, tais condutas seriam repelidas.

Não obstante, a concepção que entendemos ser a mais adequada para explicar a categoria é a de que o problema do abuso do direito é uma questão de interpretação dos limites dos direitos subjetivos. Se o ato é repreendido pelo ordenamento jurídico, então não está contido no direito: é, pois, um ato ilícito. “É preciso ser enfático: o ato abusivo não é um ato realizado no exercício de um direito subjetivo” (JORDÃO, 2009, p. 262).

Assim, como bem observa Eduardo Jordão (2009, p. 262), “De tudo isto se infere que o conteúdo vulgar ou comum de um direito não equivale ao seu real conteúdo jurídico”. Os direitos são moldados pelo ordenamento jurídico, que os impõe limites diversos, de modo que nem sempre aquilo que aparenta, numa visão menos acurada, estar dentro do direito efetivamente o está.

Em última instância, a questão é meramente um problema hermenêutico. O conflito entre a caracterização do exercício de um direito ou do ato abusivo vai se cingir à correta identificação dos elementos fáticos da conduta que são relevantes ao Direito: enquanto, por um olhar apressado, só alguns aspectos da conduta são selecionados como fatos jurídicos e, por isso, se vislumbra uma aparente licitude, um olhar atento melhor delimitará a hipótese fática sobre a qual se opera a incidência da norma, de modo a revelar seu caráter ilícito. A exemplificação ajuda a ilustrar o que ora se sustenta:

Imagine-se, *verbi gratia*, a hipótese de interposição de um recurso de má-fé. A referida conduta é ilícita. Ela não deve ser traduzida meramente através da locução “interposição de um recurso processual”, mas sim através da locução “interposição de um recurso processual de má-fé”. Não há porque considerar

só parte das propriedades da conduta, para que se lhe analise a licitude e a conformidade com o direito subjetivo. Não há direito subjetivo a “interpor recurso processual de má-fé”, de maneira que não se está, neste caso, usando nenhum direito (JORDÃO, 2009, p. 263).

É de se afastar, por conseguinte, a concepção do abuso do direito como *tertius genus* entre a licitude e ilicitude, como o fazem Rui Stoco (2008, p. 57) e Inácio de Carvalho Neto (2012, p. 146). A criação de uma nova categoria a meio caminho da ilicitude e da licitude se dá, como assevera a eminente Judith Martins-Costa (2008, p. 74), por meio do recurso a “ficções que nada mais constituem do que entorses lógicas”. É que o Direito, vale lembrar, vê pelas lentes da licitude, operando no binômio lícito-ilícito: ou uma conduta é lícita ou não o é (sendo, então, ilícita), excluindo-se uma terceira alternativa, tal qual na lógica aristotélica.

Poderia se afirmar que, ao sustentar essa posição, estar-se-ia esvaziando a figura do abuso do direito. É importante que se perceba, contudo, que a aparência de licitude tem relevância fática, pois ao agente aparenta socorrer o direito, dando-lhe uma posição de vantagem; desse modo, “se há relevância fática na aparência de licitude, nada impede – é, aliás, absolutamente plausível – que se lhe conceda relevância jurídica, que se a regulamente” (JORDÃO, 2009, p. 269). E nesse particular é que a teoria do abuso do direito se mostra extremamente relevante, ao permitir a demarcação da extensão dos direitos que não foram objeto de maior precisão legislativa (MARTINS-COSTA, 2008, p. 90).

Assim, o art. 187 do Código Civil impõe três limites à extensão dos direitos subjetivos: a *boa-fé*, os *bons costumes* e sua *finalidade econômica ou social*.

É de se pontuar, contudo, que entender o art. 187 como a positivação da teoria do abuso do direito não é unanimidade: José Oliveira de Ascensão (2005, p. 39) não a enxerga no dispositivo supramencionado. É que o ilustre autor toma o abuso do direito pela sua concepção ligada à origem francesa, de vedação aos atos emulativos, e por isso afirma que, se fosse o caso de

prosseguir a se recorrer a essa categoria, dever-se-ia relacioná-la com o art. 1.228, § 2º do diploma civil brasileiro (ASCENSÃO, 2005, p. 47).

Melhor nos parece, como o faz Judith Martins-Costa (2008, p. 92), reconhecer a evolução histórica e ressignificação do *nomen iuris* “abuso do direito”. Tendo isso em mente é que se pode considerar o art. 187 como a cláusula geral do abuso do direito.

Assim é que se pode falar, hoje, ao lado do tradicional ilícito subjetivo (art. 186), na existência da ilicitude objetiva do art. 187 (MIRAGEM, 2005, *passim*). Todos os limites instituídos pelo referido dispositivo são analisados objetivamente: (i) a boa-fé referida é a objetiva, é a boa-fé dos *standards* de conduta; (ii) os *bons costumes*, como proteção aos valores éticos e morais comuns da sociedade em dado momento histórico, sequer poderiam ser analisados em uma perspectiva subjetiva; (iii) o *fim econômico ou social* do direito, herança da doutrina de Josserand, também tem um caráter marcadamente objetivo. A corroborar essa última afirmação, vale lembrar que, consoante art. 5º da LINDB, “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Se o julgador deve observar os fins sociais que a que *lei* se dirige, é porque a finalidade tem a propriedade de se aferir objetivamente.

Para a configuração do ato abusivo, então, dois são os requisitos exigidos pelo art. 187: (a) um ato que aparente estar albergado por um direito próprio – podendo ser, inclusive, uma omissão (PERES, 2010, p. 15); e (b) a violação aos limites já mencionados. Importante perceber que o dano não se encontra no conceito do ilícito abusivo, embora possa dele decorrer, eventualmente. A separação topológica feita pelo CC entre a conceituação dos atos ilícitos (arts. 186 e 187) e a disciplina da responsabilidade civil (art. 927 e seguintes) deixa clara a prescindibilidade do dano à configuração do ilícito abusivo.

Nesse tocante, é necessário que se destaque que a responsabilidade civil é só uma das possíveis sanções do abuso do direito. Observa Judith Martins-Costa (2008, p. 72-73) que se superou o dogma pelo qual tudo poderia ser compensado pela pecúnia, reflexo dos valores do Estado Liberal,

vislumbrando-se, hoje, situações em que muito mais importante é prevenir ou eliminar o ilícito do que reparar o dano.

As sanções ao abuso do direito podem ser várias. Além da indenização, o ilícito abusivo pode gerar eficácia de paralisar o exercício jurídico ou permitir o exercício de tutelas de remoção do ilícito (MARTINS-COSTA, 2018, § 72, 2).⁴

Em relação à responsabilidade civil decorrente do abuso do direito, há quem entenda que dependeria da demonstração de culpa. Defende-se que o art. 927, em seu parágrafo único, excepcionou a responsabilidade sem culpa para as hipóteses em que (i) “a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” – que não seria caso do abuso – e (ii) nos casos especificados em lei. Como o art. 187, apesar de constatar a ilicitude objetivamente, não faz menção à responsabilidade, esta cairia na regra geral da necessidade de culpa (ASCENSÃO, 2005, p. 44).

Não obstante, foi a visão objetivista da responsabilidade decorrente do abuso do direito que se consolidou entre nós (TARTUCE, 2015, p. 458). É que a responsabilidade objetiva deve estar *especificada* em lei; não é necessário, entretanto, que se empregue a expressão “independentemente de culpa” para tanto, sendo o caráter objetivo do art. 187 facilmente detectável (JORDÃO, 2009, p. 274). A propósito, consta do Enunciado nº 37, da I Jornada de Direito Civil, de 2004: “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

Em suma, é a cláusula do art. 187 importante fator de limitação dos direitos subjetivos, podendo ser tido como “eixo de um sistema de ordenação do exercício jurídico lícito” (MARTINS-COSTA, 2008, p. 88). É nele, inclusive, que grande parte da doutrina (MARTINS-COSTA, 2008, p. 83-85; MIRAGEM, 2005, p. 22; DANTAS JR., 2006, p. 256) vislumbra ferramenta de aplicação das soluções típicas decorrentes de violações à boa-fé, quais sejam, a *exceptio doli*, o *venire contra factum proprium*, a *supressio*, a *surrectio* e o *tu quoque*.

4 Em interessante exposição, Eduardo Jordão (2009, p. 272-273) vislumbra hipóteses típicas de ilícitos abusivos indenizantes, autorizantes, nulificantes e caducificantes.

3. DIREITO DE PROPRIEDADE

Antes de adentrar no tema do abuso do direito de propriedade, cabe, brevemente, explanar o que se entende por propriedade. Alerta-se que aqui não se pretende fazer uma análise aprofundada desse tema tão rico, mas simplesmente delimitar o conceito utilizado e apontar quais seriam os poderes, contidos no direito, em cujo exercício pode redundar em ato abusivo (*rectius*, poderes que dão uma aparência de legalidade ao ato ilícito abusivo).

Inicialmente, é de se perceber a polissemia que guarda o vocábulo *propriedade*. Ao direito, propriedade pode significar ao menos quatro coisas, como adverte Pontes de Miranda (1955, p. 9): em sentido amplíssimo, é qualquer direito patrimonial;⁵ em sentido um pouco mais restrito, é todo direito que recaia sobre as coisas corpóreas e a propriedade literária, científica, artística e industrial; em sentido amplo, todo direito que se irradia da incidência de regra de direito das coisas (considerada, inclusive, a posse); em seu sentido mais estrito, é o domínio.⁶

PENTEADO (2012, p. 145 – 166) aponta um sentido primário do vocábulo, ainda mais geral: a propriedade enquanto titularidade de direitos, ou, em outros termos, enquanto direito subjetivo (ou qualquer situação jurídica subjetiva).⁷ Ainda, explica que, por vezes, propriedade se refere não a um direito, mas à própria coisa objeto do direito real.⁸

Para os fins aqui perseguidos, utiliza-se o termo *propriedade* como sinônimo de *domínio*,⁹ entendido como o mais amplo dos direitos que recaem sobre uma coisa.

5 Nesse sentido veja-se, por exemplo, a referência da Constituição à propriedade de empresas jornalísticas (LÔBO, 2018, p. 94; PENTEADO, 2012, p. 157).

6 Para extensa enumeração de dispositivos do Código Civil adotando essa última concepção, cf. PENTEADO, 2012, p. 161 – 163.

7 O referido autor sustenta que nesse sentido seria a referência à “propriedade” no art. 5º, *caput*, da Constituição da República, abrangendo inclusive os direitos da personalidade (PENTE-ADO, 2012, p. 155).

8 É nessa acepção que se veem as referências contidas nos arts. 5º, XXVI, e 176, da CF/88, e nos arts. 1.331, *caput*, e 1.339, *caput*, do CC (PENTEADO, 2012, p. 165).

9 Registre-se, contudo, que o que se disser, mais à frente, acerca do abuso do direito de propriedade também servirá, no mais das vezes, aos outros direitos reais (e até à posse). Inconcebível que a vedação à utilização do bem em certos termos se efetivasse para o proprietário, mas não para o usufrutuário ou o mero possuidor, por exemplo.

A propriedade é, inicialmente, direito absoluto. Não se relacione, com isso, ao atributo relativo a “absolutismo”: os direitos absolutos, dos quais o domínio é espécie, são aqueles com a característica de deterem eficácia *erga omnes*, ou seja, ter como sujeitos passivos toda a coletividade, o *alter* (MIRANDA, 1955, p. 16). Também são espécies desse gênero os direitos da personalidade, o direito à incolumidade pessoal ou patrimonial e os demais direitos reais (LÔBO, 2018, p. 96).

O legislador optou por não conceituar a propriedade, preferindo o art. 1.228, *caput*, do Código Civil tratar da figura do proprietário. Assim é que o texto legal traduziu a formulação dos glosadores medievais: *jus utendi, fruendi et abutendi* (LÔBO, 2018, p. 96). Destarte, de modo simplório, o domínio abrange os poderes de usar, gozar e dispor.

Usar é tirar da coisa os serviços que, sem sua modificação e dentro dos limites legais, ela possa prestar (DINIZ, 2009, p. 847); é “aproveitar-se de vantagens da coisa para a satisfação de suas necessidades pessoais” (PENTEADO, 2012, p. 170). O uso permite extrair da coisa os benefícios que sua natureza lhe possa garantir. Exemplos de uso é o ato de tomar moradia na própria casa, dirigir seu automóvel, escrever com sua caneta, etc.

Gozar (ou *fruir*), por sua vez, é perceber os frutos da coisa ou, ainda, apropriar-se de seus produtos. Por frutos, entende-se as “coisas acessórias que se renovam periodicamente, a partir de uma força intrínseca da coisa principal, dita frugífera” (PENTEADO, 2012, p. 173): tanto os naturais, como os são as frutas e as crias de animais, quanto os civis, como os aluguéis e os juros. Os produtos, por sua vez, são aquelas coisas também acessórias e originadas da principal, mas que não preservam a feição de se renovar periodicamente (PENTEADO, 2012, p. 173).

Dispor, por fim, é modificar a coisa, seja materialmente – “transformar a coisa para cultivo, reconstrução, ou readaptação; demolir, soterrar, desnaturar, destruir” (MIRANDA, 1955, p. 32) –, seja juridicamente – alienar, constituir gravame, renunciar, abandonar. Os direitos reais limitados, inclusive, nascem de atos de disposição do proprietário que, ao destacar poderes do domínio, criam as demais espécies de direitos reais.

Junto a essas figuras tradicionais, Pontes de Miranda (1955, p. 32) elenca, ainda, o direito de ter e possuir a coisa, ou seja, o *direito à posse* (que não se confunde com as proteções que o ordenamento concede à figura do possuidor), e o *direito à substância da coisa*. Este último está relacionado ao atributo da elasticidade do domínio: cessadas as limitações ou restrições ao direito de propriedade (extinto o usufruto que lhe gravava, por exemplo), volta o proprietário¹⁰ a ter o direito em toda a amplitude que lhe é peculiar e com todos os atributos que lhes são inerentes.

Há ainda, o *direito de sequela*, que é o direito do proprietário de reaver a coisa de quem a injustamente detenha ou possua. Estando a coisa com quem não esteja tutelado juridicamente para tanto (LÔBO, 2018, p. 97), uma vez que tem o dono a pretensão de reavê-la, nasce a correlata ação de reivindicação (MIRANDA, 1955, p. 32).

Não é demais ressaltar que, apesar de sua ampla extensão, o “domínio, hoje em dia, é apenas o mais amplo poder que se ‘pode’ exercer sobre a coisa. A lei é que dá o conteúdo da propriedade e do domínio, na concepção contemporânea” (MIRANDA, 1955, p. 31). Nesse contexto é que se mostra de elevada importância o abuso do direito, instituto que, junto a outros, delimita os contornos da propriedade.

4. ABUSO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

4.1 Peculiaridades da aplicação do art. 187 ao direito de propriedade

A cláusula geral do art. 187 do CC, como já se viu, aplica-se a qualquer direito subjetivo. Tem-se que, ultrapassados os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelo fim econômico e social do direito, não há exercício do direito subjetivo, mas um *ato ilícito perpetrado sob aparente titularidade de direito* (JORDÃO, 2009, p. 270).

¹⁰ Enquanto despido de alguns dos poderes do domínio, o proprietário é também chamado de “nu-proprietário”.

No tocante ao direito de propriedade, a análise de aplicação da referida cláusula merece uma análise mais detida. Isso porque, no caso específico do domínio, o ordenamento jurídico prevê outros tantos dispositivos que visam a limitar o direito e guiar o que se entende por exercício lícito. É o caso, por exemplo, da *função social da propriedade* e do *direito de vizinhança*.¹¹

Em relação a este último, parece-nos que, em parte, consubstanciam hipótese de abuso do direito. Explica-se.

Aqui, não se ignora que a construção histórica de ambos não se confunde. Como visto, a teoria do abuso do direito começou a se desenvolver no século XIX, enquanto o que se convencionou em chamar de direito de vizinhança remonta seu desenvolvimento a tempos muito mais longínquos. Assim é que a doutrina francesa, por exemplo, distinguia o abuso do direito dos direitos de vizinhança (PENTEANDO, 2012, p. 397), tendo construído a ideia de *uso excessivo do direito* como algo situado entre o uso normal e o uso abusivo (DANTAS JR., 2007, p. 64).

Tampouco se desconhece que, sob a expressão “direito de vizinhança”, alude-se não só a espécies de limitações do domínio, mas a um complexo formado por direitos atribuídos a cada um dos ocupantes de prédio e as limitações correspondentes que são impostas a cada um dos ocupantes dos prédios vizinhos, com o fito de regular a convivência entre os vizinhos (DANTAS JR., 2007, p. 62).

Nesse sentido é que, seguindo o magistério de Helly Lopes Meirelles, Aldemiro Rezende Dantas Jr. (2007, p. 91-96) aponta que das regras de direito de vizinhança surgem tanto obrigações de não fazer (que são a maioria, e. g., art. 1.301, CC), como alguns deveres de tolerância (é o caso da imposição de que o proprietário tolere que o vizinho corte as raízes e ramos de árvore que ultrapassem o plano vertical divisório dos prédios – art. 1.283, CC), além de, eventualmente, deveres positivos (por exemplo, a possibilidade de exigência por parte de um dos confinantes de que o outro contribua para as despesas

11 Informa-se, desde já, que não se descerá em minúcias sobre a função social da propriedade e o direito de vizinhança, pois analisar a fundo tais construções, por se desdobrarem em vários aspectos, transcenderia os fins deste trabalho. Visa-se apenas demonstrar suas conexões com o abuso do direito.

com a construção e conservação da divisória entre os prédios – art. 1.297, § 1º, CC).

Não se defende, portanto, que as figuras do abuso do direito de propriedade e o direito de vizinhança se confundem, o que resultaria no absurdo de considerar a regulação da aquisição da propriedade dos frutos de árvores limítrofes (art. 1.284, CC), por exemplo, como abuso do direito; o que se mostra é que, enquanto ambas limitam a propriedade, podem se sobrepor em certas situações (PENTEADO, 2012, p. 396). Assim é que, embora se afirme a existência autônoma de situações que são abuso, mas não são conflitos de vizinhança, e de outras que são reguladas pelo direito de vizinhança, mas não são abuso, parece-nos existir situações cuidadas pelo direito de vizinhança que consubstanciam a aplicação da teoria do abuso do direito.

É esse o caso do art. 1.277 e seguintes do CC, ao ser previsto que “O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha” (art. 1.277, *caput*). O uso anormal da propriedade, tal qual a cláusula geral do art. 187, tem textura linguística aberta o suficiente para não prever *a priori* as condutas vedadas, mas, ao mesmo tempo, ter aptidão para ser limite ao direito do proprietário. Nesse sentido, encaixa-se no conceito de abuso do direito adotado neste trabalho: o uso anormal da propriedade é ato ilícito perpetrado sob aparência de licitude.

O uso anormal da propriedade é, portanto, hipótese típica de abuso do direito (TARTUCE, 2015, p. 461; RÁO, 2010, p. 1.019). Ao que nos parece, não se vislumbra interferências que, ao mesmo passo que sejam prejudiciais, não configurem abuso. Inclusive porque “Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança” (art. 1.277, p. ú.); não é qualquer interferência que gera a tutela jurídica, mas a que decorre do uso anormal, a ser aferido nas circunstâncias do caso concreto. Desse modo, há que se levar

em conta o fim econômico e social da propriedade, a boa-fé e os bons costumes.

Tal posicionamento se coaduna, ainda, com a construção que se tem feito em torno da boa-fé, um dos elementos centrais do abuso do direito. Explica JUDITH MARTINS-COSTA (2008, p. 85-86):

Além do mais, a boa-fé é uma *categoria sistematizadora*, na medida em que há de ser composta com outras categorias dogmáticas com ela funcionalmente conectadas. No que tange à função da boa-fé como limite ao exercício de direitos, haverá necessária conexão funcional com as regras atinentes ao exercício em causa: (...) se o caso envolver relações proprietárias (como na hipótese tradicional do abuso no exercício de direitos de vizinhança), haverá conexão entre a boa-fé como mandamento de consideração ao *alter* e as regras codificadas que demarcam tal exercício (...).

Nessa mesma linha de pensamento é que vemos, em aspectos da função social da propriedade, a disciplina do abuso do direito. A função social da propriedade vem sendo importante construção para orientar o tratamento jurídico dos direitos reais, ressaltando um critério finalístico quando de sua análise. É, visto com essas lentes, justamente o que o art. 187 do CC impôs a todos os direitos: sua delimitação em decorrência da finalidade econômica ou social.

O que se percebe é que a propriedade foi, historicamente, o primeiro direito em que se observou a necessidade de se ter um parâmetro finalístico como limite; posteriormente, a concepção foi se expandindo para todos os demais direitos subjetivos. A função social da propriedade e o abuso do direito são, nesse ponto, não institutos frontalmente distintos, mas dois lados de uma mesma moeda. Por esse motivo é que Bruno Miragem (2005, p. 17), analisando os elementos do art. 187, aponta que o grande debate sobre o tema dos fins econômicos e sociais do direito subjetivo está no domínio dos direitos reais.

Não se diga, contudo, que ambos os institutos são uma coisa só. O abuso, como visto, pode ser caracterizado por elementos outros que não exclusivamente a finalidade do direito; a função social da propriedade, por sua

vez, tem um papel mais amplo que a limitação do direito subjetivo. Luciano Penteado (2012, p. 200-203), seguindo a doutrina de Lodovico Barassi, mostra que, ao lado desse primeiro papel (ao qual o jurista italiano denomina *função social limite*), seria a função social também “um desenho normativo orientado para um *incremento*, ao mesmo tempo *quantitativo* e *qualitativo*, dos resultados da atividade econômica” (*função social impulsiva*). É nesse segundo sentido que, por exemplo, a Constituição garante ao Poder Público municipal exigir que o proprietário de terreno urbano dê efetivo aproveitamento ao seu imóvel (art. 182. § 4º, CF).

Assim é que nos parece que a função social da propriedade, enquanto delimita os contornos do domínio, atua tal qual os fins econômicos ou sociais do art. 187. Desse modo, quem se utiliza da coisa objeto do direito de propriedade sem respeitar “a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas” (art. 1.228, § 1º, CC) atua em abuso do direito, pois comete ilicitude ainda que aparentemente resguardado pelo seu título de propriedade.

É de se perceber, contudo, que o grande desenvolvimento da figura da função social da propriedade acaba por retirar a importância do art. 187, como percebe Gustavo Tepedino (2011, p. 252 apud LÔBO, 2018, p. 100). É que a disciplina daquela foi ricamente feita pelo legislador, tanto no âmbito constitucional¹² quanto infraconstitucional,¹³ de modo que, no mais das vezes, o descumprimento da finalidade do domínio, ao menos quanto à propriedade imóvel, será tutelado por meio dessas disposições. Nesse sentido, as consequências previstas para o descumprimento da função social são as mais diversas, dependendo do regime a que se submete o imóvel, podendo chegar até mesmo à perda do direito pelo proprietário.

De toda sorte, o art. 187 do CC, quanto ao domínio, não se esvai de conteúdo pela disciplina dada à função social da propriedade: não só se deve

12 A Constituição, após fixar que “a propriedade atenderá a sua função social” (art. 5º, XXIII), trata da função social no art. 170, III (enquanto princípio da ordem econômica), no art. 182, § 2º (ao definir quando se cumpre a função social do imóvel urbano) e nos arts. 184 a 187 (tratando da função social da propriedade rural e as consequências de seu descumprimento).

13 Veja-se, por exemplo, além do Código Civil: as leis que tratam de direito urbanístico, notadamente o Estatuto da Cidade; aquelas que tratam do direito agrário, em especial o Estatuto da Terra; e as leis ambientais, tal qual o Código Florestal (PENTEADO, 2012, p. 248-250).

lembrar que a Constituição não cominou sanção expressa para o descumprimento da função social da propriedade móvel (PENTEADO, 2012, p. 226), como também a cláusula geral do abuso do direito aponta para outros critérios a serem avaliados, a boa-fé e os bons costumes.

Ao fim e ao cabo, o abuso do direito, a função social da propriedade e o direito de vizinhança são instrumentos que se complementam (e, por vezes, se misturam) na tutela da ilicitude cometida quando do “exercício do domínio”. Essa noção complementar entre diferentes conceitos jurídicos se torna clara, por exemplo, ao olharmos para experiências de outros sistemas jurídicos: na Argentina, o legislador do *Código Civil y Comercial de la Nación* escolheu não regular especificamente a função social¹⁴ por entender que ela já estava contemplada por outras cláusulas gerais, incluso o abuso do direito¹⁵ (ETCHICHUR; PASQUALE, 2019, p. 262).

Ademais, ponto relevante, para que não reste qualquer dúvida, é sobre a necessidade de verificação da culpa em sentido lato para que se configure o abuso do direito de propriedade. É que o art. 1.228, § 2º, do CC assim dispõe: “São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”. Destarte, uma interpretação descuidada poderia entender que se trata de dispositivo específico para regulação do abuso do direito de propriedade que, contrariamente à regra geral de análise objetiva do abuso, teria definido que no caso do domínio se exigiria o dolo para que se vislumbrasse um ato abusivo (MAZZEI, 2008, p. 209).

Contudo, é de se perceber o absurdo que seria privilegiar essa interpretação. Teríamos uma regra geral de abuso objetivo (art. 187, CC), a especificidade do requisito de dolo no caso da propriedade (art. 1.228, § 2º,

14 Tratava-se, entretanto, de discussão acerca da inclusão de uma cláusula geral da função social do contrato. Entendemos que a lição, *mutatis mutandis*, aplica-se também à função social da propriedade: é uma dentre várias ferramentas a que se pode recorrer para que sejam tuteladas as situações de abuso do direito.

15 Nas palavras do codificador: “En nuestra tradición jurídica hay que tener en cuenta la historia y las costumbres, sobre todo la incorporación, a partir de la ley 17.711 de cláusulas generales que han tenido mucha aplicación que no se puede ignorar: abuso del derecho, lesión, buena fe, entre otras. La función social se superpone en gran medida con estos estándares y no está claro qué se agregaría y cuál sería la diferencia que justifique incorporar una nueva que demandaría una enorme tarea jurisprudencial y doctrinal para determinar su contenido” (Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, p. 126).

CC), que, contudo, só se aplicaria a situações não vicinais, eis que os conflitos de vizinhança (art. 1.277) são tradicionalmente analisados sem perquirição do ânimo do proprietário (MIRANDA, 1955, p. 20-21; DANTAS JR., 2007, p. 74). Além de configurar uma desarmonia sistemática elevada, ainda seria quase que irrelevante, pois “são poucos os casos em que tipicamente se possa falar de um ato verdadeiramente emulativo que não consubstancie conflito de vizinhança e que, portanto, não seja mais facilmente impugnável pelo CC 1.277” (PENTEADO, 2012, p. 289).

O que se percebe é que houve a importação da regra do art. 833 do CC italiano (PENTEADO, 2012, p. 287; MAZZEI, 2008, p. 213), de modo a tornar expressa a vedação aos atos emulativos. Enfim, a melhor interpretação é a de que, quando for o caso de emulação, fica à disposição o recurso ao art. 1.228, § 2º; contudo, não se retira a faculdade de se utilizar da cláusula geral do art. 187, cuja análise é objetiva, mesmo ao direito de propriedade. Enfim, a configuração do abuso do direito de propriedade prescinde de dolo ou culpa.¹⁶

4.2 Jurisprudência acerca do abuso do direito de propriedade

A casuística relacionada ao abuso do direito de propriedade é rica. O direito de vizinhança, por exemplo, faz frequente a utilização da teoria do abuso do direito pelos tribunais pátrios, que repetidamente afirmam a impossibilidade de se usar da propriedade do imóvel de forma a gerar ruídos em níveis altos que atrapalhem o sossego dos vizinhos,¹⁷ embasando-se nos artigos 1.277, 187 e 1.228, § 1º, do diploma civil.

Ainda sobre os conflitos de vizinhança, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) teve oportunidade de julgar curioso caso¹⁸ de conflito entre proprietários

16 Nesse sentido é o Enunciado nº 49 da I Jornada de Direito Civil (CJF): “A regra do art. 1.288, § 2º, no novo Código Civil, interpreta-se restritivamente, em harmonia com o princípio da função social da propriedade e com o disposto no art. 187 da mesma lei”.

17 A exemplificar: TJSP, Apl 0008182-78.2011.8.26.0037, Relatora Maria Lúcia Pizzotti, 30ª Câmara de Direito Privado, j. 04.12.2018; TJSP, Apl 0067861-91.2009.8.26.0000, Relator Edgard Rosa, 30ª Câmara de Direito Privado, j. 29.11.2011; TJSP, Apl 0122370-60.2009.8.26.0100, Relator Renato Sartorelli, 26ª Câmara de Direito Privado, j. 13.12.10; TJDFT, Apl 0188613-78.2013.8.07.0001, Relator Leandro Borges de Figueiredo, j. 11.07.2014, DJe 18.07.2014.

18 REsp 935.474/RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 19.08.2008, DJe 16.09.2008.

lindeiros que perdurava mais de 18 anos. Na controvérsia em questão, já havia sido proposta, previamente, ação judicial pelos proprietários de um dos imóveis em desfavor dos vizinhos, impugnando a construção de muro em altura exagerada no limite entre as propriedades, de forma que prejudicava, sob diversos aspectos, o imóvel dos demandantes. Essa primeira ação judicial findou com a homologação de transação firmada entre as partes, tendo sido estabelecidas, no acordo, condições em que poderia se dar a construção do muro, de forma a assegurar a ventilação, a incidência de raios solares e a vista da paisagem a partir do imóvel dos vizinhos.

Após, contudo, novo atrito se formou quando os donos do muro instalaram, acima deste, armações em arame preenchidas por meio da colocação de trepadeiras, sujeitando novamente os vizinhos à impossibilidade de fruição da vista a partir de sua propriedade.

Posta a controvérsia, os prejudicados pela construção voltaram a procurar socorro no Judiciário, alegando não ter sido dado integral cumprimento à pactuação. Chegando a contenda ao STJ, entenderam os ministros da Terceira Turma que,

(...) considerando a obrigação assumida, de preservação da vista da paisagem a partir do terreno dos recorrentes, verifica-se que os recorridos exerceram de forma abusiva o seu direito ao plantio de árvores, descumprindo, ainda que indiretamente, o acordo firmado, na medida em que, por via transversa, sujeitaram os recorrentes aos mesmos transtornos causados pelo antigo muro de alvenaria, o qual foi substituído por verdadeiro “muro verde”, que, como antes, impede a vista panorâmica.

Patente, ainda, o desrespeito ao dever de boa-fé objetiva, previsto não apenas no já referido art. 187, como no art. 422, também do CC/02.¹⁹

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ),²⁰ por sua vez, atestou a legalidade de conduta de síndica que solicitou à condômina, reiteradamente, a retirada de lixo acumulado em seu apartamento. A ação foi interposta pela condômina que, entendendo que a coleta seletiva que acondicionava em seu imóvel estava albergada por seu direito de propriedade, requereu a condenação do condomínio na obrigação de se abster de “emitir documentos

¹⁹ Trecho retirado do voto-vencedor do supracitado acórdão, de lavra da Ministra Nancy Andrighi.

²⁰ TJRJ, Apl 0004969-60.2013.8.19.0208, Decisão Monocrática, Relator Alcides da Fonseca Neto, Décima Primeira Câmara Cível, j. 21.07.2015.

com informações vexatórias a seu respeito, bem como reparação moral pelo constrangimento suportado”.²¹

No caso em tela, sustentava a síndica do condomínio que “o acúmulo de materiais era tamanho que causava fortes odores nas partes comuns do prédio e a proliferação de insetos”, tendo certa vez, inclusive, a condômina retirado “10 (dez) sacos de lixo de 200 (duzentos) litros de sua residência, processo que durou aproximadamente 9 (nove) horas e gerou um mau cheiro tão forte que obrigou o condomínio a realizar faxina no corredor”.

Nesse diapasão, entendeu o desembargador relator que a síndica, ao solicitar diversas vezes a retirada do lixo acumulado na residência da autora da ação, agiu no pleno exercício do seu dever de defesa dos interesses dos condôminos. Asseverou, ainda, “que o direito de propriedade da autora apelante não é absoluto e deve ser ponderado quando violar o direito coletivo de convivência e uso da coisa comum”.²²

Também as normas urbanísticas e de proteção ao patrimônio histórico e cultural são limites à propriedade que, se não observadas, configuram abuso do direito. O STJ²³ enfrentou o julgamento de ação demolitória interposta pelo Município de Olinda, que almejava a demolição de acréscimo do pavimento superior de imóvel, modificação realizada pelo seu possuidor direto. Alegava o ente municipal que a construção era irregular, tendo ofendido legislação incidente sobre o patrimônio cultural, eis que o imóvel se localizava no Centro Histórico de Olinda (reconhecido como patrimônio mundial pela UNESCO).

A Segunda Turma daquela corte assentou não se sobrepor o direito de construir do proprietário de imóvel à defesa ao patrimônio histórico e cultural, devendo, assim, ser demolida a construção que não obteve autorização do Município e que descumpria as disposições relativas à preservação de sítio histórico. Na oportunidade, pontuou-se:

21 Trecho retirado da referida decisão.

22 Igualmente, excertos coletados da decisão.

23 REsp 1.293.608/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 04.12.2012, REPDJe 24.09.2014, DJe 11.09.2014.

Sabe-se que inexistente *direito de construir* absoluto, na exata medida das limitações urbanístico-ambientais e da tutela dos vizinhos incidentes sobre o próprio *direito de propriedade*, que lhe dá origem e serve de suporte (art. 1.228, § 1º, do Código Civil). Embora caiba ao proprietário levantar em seu terreno as construções que lhe aprouverem, ficam *ressalvados os direitos dos vizinhos e os regulamentos administrativos* (art. 1.299 do Código Civil). Tal preceito se harmoniza com o *princípio da função social da propriedade* (art. 5º, XXIII, da Constituição Federal) e com o espírito da nova codificação civil, que considera ato ilícito o exercício de direito quando excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187 do Código Civil).²⁴

As repercussões da teoria do abuso do direito de propriedade são tão fortes que podem chegar a afastar até mesmo a proteção legal ao bem de família. De se mencionar que a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido da impossibilidade de renúncia do devedor à impenhorabilidade de imóvel residencial que se enquadre nos arts. 1º e 5º da Lei nº 8.009/1990. Contudo, ao enfrentar o julgamento do REsp nº 1.200.112/RJ,²⁵ o órgão decidiu por afastar, no caso concreto, a norma protetiva.

Tratou o recurso em análise de impugnar decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que, reconhecendo abuso do direito na conduta dos proprietários do imóvel, cancelou a execução do bem, que servia de garantia para o parcelamento de débito fiscal realizado pelo programa REFIS. No caso em análise, os proprietários do imóvel – pessoas naturais – autorizaram que o bem fosse oferecido para garantir o débito de pessoa jurídica, como condição necessária para viabilizar o deferimento do pedido de parcelamento da dívida da empresa. Posteriormente, quando do inadimplemento e, conseqüentemente, exclusão da pessoa jurídica do programa e execução da garantia, foi alegada a impenhorabilidade do imóvel, por ter a natureza de bem de família.

Dadas as circunstâncias, o STJ rechaçou a conduta dos proprietários,²⁶ tachando o exercício concreto do direito à proteção do bem de família de abusivo e violador da boa-fé objetiva. Nos termos do voto do relator, o Ministro Castro Meira:

24 Trecho extraído do voto do relator do acórdão referido acima.

25 REsp 1.200.112/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, j. 07.08.2012, DJe 21.08.2012.

26 Restou provado, ademais, que tal *modus operandi* já havia, inclusive, sido utilizado anteriormente pelos proprietários: o mesmo imóvel também fora oferecido em hipoteca para garantir empréstimo bancário tomado pela mesma pessoa jurídica.

A regra de impenhorabilidade aplica-se às situações de uso regular do direito. O abuso do direito de propriedade, a fraude e a má-fé do proprietário conduzem à ineficácia da norma protetiva, que não pode conviver, tolerar e premiar a atuação do agente em desconformidade com o ordenamento jurídico.

Claro está que, como nos mostra a jurisprudência, a força e amplitude da teoria do abuso do direito a tornam um instrumento valioso à tutela dos conflitos envolvendo o direito de propriedade.

5. CONCLUSÃO

Conforme anteriormente destrinchado, a teoria do abuso do direito, surgida por construção jurisprudencial na Europa continental (em especial, nos tribunais franceses e alemães) em meados do século XIX, tornou-se importante mecanismo de combate a atos prejudiciais a direitos alheios aos do agente.

Para explicar a natureza do instituto, várias teorias foram desenvolvidas ao longo da história. A que melhor consegue explicar o abuso do direito, ao nosso ver, é a que o trata como problema de interpretação. Assim, o abuso é o ato ilícito perpetrado sob aparente proteção jurídica. O art. 187 do CC, positivamente do abuso do direito, impõe três limites aos direitos subjetivos: a *boa-fé*, os *bons costumes* e sua *finalidade econômica ou social*. O ato abusivo, tal qual a responsabilidade civil que dele pode decorrer, se analisam objetivamente. As sanções do abuso são as mais diversas, em especial as tutelas de remoção do ilícito, a indenização e a paralisação do exercício jurídico.

Quanto ao abuso do direito de propriedade (entendida como domínio), viu-se que a função social da propriedade e o direito de vizinhança, em certo aspecto, consubstanciam a aplicação do abuso do direito de propriedade, e que essas categorias jurídicas se complementam ao visar à tutela de um mesmo objeto. Consignou-se, ainda, que o art. 1.277 do CC é hipótese típica de abuso do direito, bem como a disciplina da função social da propriedade deve guiar a análise finalista da aplicação do abuso do direito ao domínio.

Ademais, demonstrou-se que, ainda que o art. 1.228, § 2º, do CC possa levantar dúvidas, o abuso do direito de propriedade se avalia objetivamente.

Observou-se, outrossim, a aplicação do instituto pelos tribunais pátrios, mormente em casos de direito de vizinhança e de desrespeito às normas urbanísticas e de proteção ao patrimônio histórico e cultural, sendo o abuso do direito de propriedade capaz até mesmo de afastar a proteção legal ao bem de família.

Ante todo o exposto, é de se perceber a teoria do abuso do direito como importante mecanismo para frear o mau exercício de direitos subjetivos, em especial o domínio, que tende a gerar em seus titulares, em função de sua vasta amplitude, a falsa sensação de ausência de limites.

REFERÊNCIAS

AKKERMANS, Sjef van Erp Bram (ed.). **Cases, Materials and Text on Property Law** [*livro digital*]. Oxford: Hart Publishing, 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A Desconstrução do Abuso do Direito. III **Jornada de Direito Civil**. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2005.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Coisas**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

CALCINI, Fábio Pallaretti. O Abuso do Direito e o Novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, vol. 830/2004, p. 27 – 45, dez. 2004.

CARVALHO NETO, Inacio de. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2017.

CARVALHO NETO, Inacio de. O Abuso do Direito no Direito de Família. **Revista Síntese Direito de Família**, v. 14, n. 73, p. 109 – 148, ago./set. 2012.

CATALAN, Marcos. Primeiras Reflexões Sobre o Abuso de Direito nas Relações Familiares. **Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/715/Primeiras%20reflex%C3%B5es%20sobre%20o%20abuso%20de%20direito%20nas%20rela%C3%A7%C3%B5es%20familiares>. Acesso: 06 jun. 2020.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Edições Almedina, 2017.

DANTAS JR., Aldemiro Rezende. **A Teoria dos Atos Próprios**: Elementos de identificação e cotejo com institutos assemelhados. Tese de Doutorado – PUC-SP. São Paulo, 2006.

DANTAS JR., Aldemiro Rezende. **O Direito de Vizinhança**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ETCHICHURY, Horacio Javier; PASQUALE, María Florencia. Abuso del derecho, propiedad e interés social: nuevas claves para la revisión de políticas habitacionales. **Revista de Direito da Cidade**, v. 11, n. 3, p. 256-275, jul./set. 2019

FARIAS, Talden; AQUINO, Vinícius Salomão de. A Elevação Injustificada de Preços como Prática Abusiva: Fundamentação e Critérios para Sua Identificação. **R. Jur. FA7**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 13-25, jul./dez. 2018.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. O abuso de direito como ilicitude cometida sob aparente proteção jurídica. **Revista Baiana de Direito**, v. 04, p. 255 – 292, 2009.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: coisas. v. 4. ed. 3. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do Direito e suas Limitações: abuso do direito. **Revista dos Tribunais**, vol. 885/2009, p. 49 – 68, jul. 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis; NOLASCO, Elena Highton de; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de (org.). **Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**. Disponível em: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>. Acesso: 23 jun. 2020.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado. **Revista de Direito do Estado**, v. 03, n. 11, p. 149 – 208, jul./set. 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação [*livro eletrônico*]. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado pela Boa-Fé. **Direito Civil Contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional (Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro). Gustavo Tepedino (org.). São Paulo: Atlas, 2008.

MAZZEI, Rodrigo. Abuso do Direito: contradição entre o § 2º do art. 1.228 e o art. 187 do Código Civil. **Revista Forense**, v. 104, n. 396, p. 207-218, mar./abr. 2008.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013 [edição eletrônica].

MIRAGEM, Bruno. Abuso do Direito: ilicitude objetiva no Direito Privado brasileiro. **Revista dos Tribunais**, vol. 842/2005, p. 11 – 44, dez. 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. t. XI. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de A. **Código Civil Comentado [livro eletrônico]**. 1ª ed. eletrônica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PERES, Tatiana Bonatti. Abuso do Direito. **Revista de Direito Privado**, v. 43/2010, p. 9 – 71, jul./set. 2010.

RÁO, Vicente. Abuso do Direito. Seu Conceito na Legislação Civil Brasileira. Parecer. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, v. 4, p. 1019 – 1020, out. 2010.

ROCHA, Maria Tereza Pantoja. O Abuso do Direito de Propriedade pelo Não Cumprimento da Função Social. **Boletim de Direito Administrativo**, v. 28, n. 6, p. 683 – 711, jun. 2012.

STOCO, Rui. Abuso do Direito de Estar em Juízo. **Revista Jurídica Consulex**, v. 12, n. 280, p. 56 – 59, set. 2008.

TARTUCE, Flávio. A Constuição do Abuso de Direito nos Dez Anos do Código Civil Brasileiro de 2002. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 1, n. 6, p. 447 – 472, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Recebido em | 15/05/2020

Aprovado em | 06/07/2020

Revisão Português/Inglês | Leticia Gomes Almeida

| SOBRE O AUTOR | *ABOUT THE AUTHOR*

MARCELO LUZ CHAVES

Graduando em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Membro do Grupo de Pesquisa em Teoria Contemporânea do Direito Processual (FDR/UFPE) - integrante da rede de estudos ProcNet. Membro do Grupo de Estudos em Processo Civil (FDR/UFPE). Ex-Monitor das disciplinas Direito das Coisas e Hermenêutica Jurídica (FDR/UFPE). E-mail: marceloluzchaves@gmail.com.