

Nehemias Domingos de Melo

DANO MORAL TRABALHISTA

[Teoria e Prática]

5^a EDIÇÃO

revista, atualizada e
ampliada

2024

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo 6

Abuso de direito

1. DA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO

A teoria do abuso do direito, como instrumento hábil a ensejar indenização como decorrência de responsabilização civil, é matéria das mais controversas, exatamente por situar-se numa linha muito tênue entre o exercício regular de um direito e o exercício abusivo desse mesmo direito. Por ser questão eminentemente ética, sua medida e quantificação é de difícil enquadramento, o que não significa dizer que seja impossível.¹

A questão do abuso de direito não era expressamente prevista no Código Civil de 1916, porém, os estudiosos encontravam sua existência na dicção do art. 160, porquanto o mesmo dizia que “não constituía atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”. Dessa forma, deixava antever que os atos praticados em dissonância com aqueles preceitos poderiam ser enquadrados como atos abusivos e passíveis de indenização, se produzissem dano.

Assim, segundo a grande maioria de nossos doutrinadores, o abuso de direito, numa interpretação a contrario sensu, sempre esteve contemplado no Código de 1916. Dentre estes, o sempre festejado Clóvis Bevilacqua dizia que “no exercício do nosso direito, desde que não transponhamos o círculo de ação, que ele nos traça, devemos ser garantidos pela ordem jurídica. Há, entretanto, limitações, que essa mesma ordem impõe ao exercício do nosso direito, como sejam, por

1. Cf. já afirmamos em nossa obra *Dano Moral- Problemática*, p. 33.

exemplo, as que são estabelecidas para o direito de propriedade imóvel em atenção às necessidades públicas, ou ao interesse dos vizinhos”.²

Na interpretação de Wilson de Souza Campos Batalha, após fazer uma longa análise do instrumento, remontando até o direito romano e passando pelas teorias de Josserand, Ripert, Planiol e Lacambra, dentre outros, o ilustre pensador brasileiro conclui afirmando que “temos, portanto, a seguinte escala das limitações ao exercício dos direitos: os atos ilegais, que violam os limites objetivos do direito, que infringem a letra da lei; os atos abusivos, que não violam a letra da lei, mas violam o seu espírito, a finalidade da instituição, transpondo seus limites subjetivos; os atos excessivos, exercidos nos termos da lei e dentro do espírito da instituição, mas que provocam prejuízos excepcionais a terceiros, acarretando responsabilidade puramente objetiva, sem atenção ao requisito da culpa”.³

O novo Código Civil corrigiu a falha do anterior e inseriu expressamente em seu corpo normativo a previsão do abuso de direito, ao preceituar 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” (art. 187), de tal sorte que, na sistemática atual, a norma civil condena expressamente o exercício abusivo de qualquer direito subjetivo. O nosso *Civile Codex* nada mais fez do que positivizar aquilo que a doutrina de há muito preconizava, tal qual o filósofo e jurista Paulo Gusmão Dourado, que, prelecionando sobre a matéria, afirmou: “há os prejuízos anormais produzidos pelo uso anormal do direito. Tal ocorre, de modo muito amplo, quando o titular usa o direito com o fim exclusivo de causar prejuízo a outrem, sem obter qualquer vantagem ou utilidade, bem como quando o exerce de má-fé”.⁴

Abordando a questão, o saudoso mestre Silvio Rodrigues foi enfático quando afirmou: “Acredito que a teoria (do abuso do direito) atingiu seu pleno desenvolvimento com a concepção de Josserand, segundo a qual há abuso de direito quando ele não é exercido de acordo com a finalidade social para a qual foi conferido, pois, como diz este jurista, os direitos são conferidos ao ser humano para serem usados

2. BEVILAQUA, Clóvis. Teoria geral do direito civil, p. 247.

3. BATALHA, Wilson de Souza Campos. Introdução ao direito, v. II, p. 856.

4. DOURADO, Paulo Gusmão. Introdução ao estudo do direito, p. 257.

de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição”⁵

Assim como um rio não poderia modificar o curso natural de suas águas, nossos direitos não podem realizar-se contrariando sua função social, pois não se concebe que os fins possam justificar os meios, especialmente quando reprováveis, razão porque foi desenvolvida a teoria do abuso de direito cuja ambição, e razão de ser, é assegurar o triunfo do espírito do direito e, por conseguinte, fazer reinar a justiça, não somente nos textos legais e nas formulas abstratas, senão como um ideal substancial aplicado à realidade em que vivemos.⁶

2. CRITÉRIOS DE IDENTIFICAÇÃO DO ABUSO DE DIREITO

O Código Civil ao preceituar 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” (art. 187), nos fornece os elementos que permitem identificar a ocorrência do abuso de direito em quatro situações distintas, quais sejam: a) conduta humana com intenção de causar dano a outrem (dolo); b) conduta humana decorrente do exercício abusivo do direito regularmente garantido (culpa); c) desvio de finalidade, seja econômica ou social (falta de interesse legítimo); d) desvio ético de conduta (boa-fé e moral), vejamos cada uma delas.

2.1. A conduta humana com intenção premeditada de causar dano a outrem (dolo)

Essa é a forma mais tradicional, típica mesmo, do uso abusivo de direito. Aliás, na origem do desenvolvimento dessa teoria no direito francês, foi na intenção premeditada de causar dano a outrem que Josserand, se abeberando na fonte cultivada por Saleilles, buscou inspiração para a formulação da teoria e do conceito do abuso de direito. Trata-se do uso malicioso de um direito regular, com a finalidade de tão somente prejudicar a terceiro.

5. RODRIGUES, Sílvio. Direito civil: responsabilidade civil, v. 1, p. 311.

6. JOSSERAND, Louis. El espíritu de los derechos y su relatividad. México: Calica, 1946, p. 14-15 (*apud*: Jorge Bustamante Alsina. Teoría general de la responsabilidad civil, p. 452).

Ilustrativo disso é o caso de um proprietário de terreno às margens de um campo de decolagem e pouso de dirigíveis que, querendo impedir essa atividade, manda erigir uma cerca com altura desmedida e com extremidades pontiagudas, tudo para dificultar o exercício de voos de aeronaves no terreno vizinho. Embora o proprietário tenha construído em sua propriedade e com autorização estatal, a justiça entendeu que seria a típica situação do uso anormal de um direito.⁷

Veja-se que demarcar um imóvel, urbano ou rural, seja com muro ou cerca ou com outro marco divisório qualquer, é um direito de qualquer proprietário (CC, art. 1.297). Ocorre que uma cerca ou um muro tem limites que a praxe conhece, em razão de sua finalidade ou utilidade. Não se concebe seja regular, por exemplo, uma cerca ou muro que tenha cinco ou seis metros de altura. Se isto ocorrer, há que se indagar o que efetivamente pretende o proprietário do imóvel com esta cerca completamente fora dos padrões usuais.

2.2. A conduta do agente que no exercício regular de seu direito, e sem premeditação, vem a causar dano a outrem (culpa)

Às vezes, o exercício de um direito pode restar abusivo, independentemente da vontade do seu proprietário. E isto pode ocorrer porque muitas vezes, em razão da vida turbulenta do cidadão nos tempos atuais, o exercício de um direito regularmente assegurado pode causar dano a outrem, mesmo que seu titular o tenha exercido dentro dos seus limites. Quer dizer, não basta exercer o direito dentro de certa regularidade, é necessário que esse exercício se realize corretamente, sem prejudicar ninguém.

O Código Civil, por exemplo, estabelece a proibição de execução de qualquer obra ou serviço que ofereça risco de provocar desmoronamento ou deslocamento de terra, ou que comprometa a segurança do prédio vizinho, a não ser que sejam realizadas, antecipadamente, as obras acautelatórias necessárias (art. 1.311). Contudo, mesmo que tenha sido realizada as obras de contenção, se sobrevier prejuízos

7. Trata-se do caso *Clement Bayard x Coquerel*, julgado pela Corte de Amiens, na França, que em 12 de novembro de 1913, confirmou a sentença que condenava Coquerel a remover a cerca e indenizar os prejuízos. Foi a primeira vez em que a expressão “abuso de direito” foi utilizada na história.

para o prédio vizinho, o prejudicado poderá exigir o ressarcimento dos prejuízos que lhe possa ter sido causados em razão das obras realizadas (art. 1.311, § único).

Quer dizer, ainda que o dano se origine de um ato culposo, a obrigação de indenizar permanecerá incólume porque a responsabilidade com relação ao instituto *sub oculum* se contenta com a demonstração do dano e do nexo de causalidade.

Assim também a conclusão a que chegou o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal que, em seu enunciado 37, assim dispôs: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”⁸

2.3. Desvio de finalidade econômica ou social

Pode também ocorrer que o exercício de um determinado direito ocorra desviado de sua finalidade econômica ou social. Se isso ocorrer, diremos que estará faltando ao seu titular, um interesse legítimo.

Ademais, não se pode descurar de que o direito de propriedade não é mais absoluto e exclusivo como já foi no passado, tendo em vista que a propriedade, por determinação constitucional, deve cumprir sua função social (CF, art. 5º, XXIII, e art. 170, III), cujo objetivo maior está vinculado à perspectiva de uma sociedade mais justa e igualitária, em que as riquezas possam ser de caráter privado, mas também sirvam aos interesses da coletividade.

2.4. Desvio de conduta ético-moral na realização de qualquer direito por seu titular

É a típica questão da boa-fé e dos bons costumes. Com a posituação do abuso de direito, alicerçado especialmente na boa-fé, acreditamos que o antigo ditado que aduzia “tudo o que não é proibido é permitido” deixa de ter validade, tendo em vista que o exercício regular de um direito garantido poderá ser considerado como ilícito

8. Reunido de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação do então Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior (STJ).

se exceder os limites impostos pela boa-fé, pela sua função social, pela moral e pelos costumes. Aliás, o princípio da boa-fé existe exatamente para limitar o exercício dos direitos subjetivos dos participantes de qualquer negócio jurídico e está positivado em diversas passagens de nosso Código Civil.

Quer dizer, deverá haver uma proporcionalidade no uso do direito, pautado pela lealdade e de conformidade com a função social da propriedade e do contrato.

Não pode o credor, por exemplo, rescindir o contrato utilizando-se do *exceptio non adimpleti contractus* (CC, art. 476) se o devedor já cumpriu com a quase totalidade de sua contraprestação. Nossos tribunais já adotavam essa tese mesmo antes da edição do Código Civil de 2002 e, por exemplar, colaciona-se uma decisão do então Ministro Ruy Rosado de Aguiar (STJ) que considerou uso abusivo de direito o manejo pelo credor, de uma ação de busca e apreensão de um veículo, quando apenas faltava uma prestação para que o devedor adimplisse integralmente o contrato. Nesse acórdão, o ilustre Ministro destacou: “O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante (...). Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse”.

O princípio da boa-fé objetiva serve como um freio para reprimir condutas abusivas, desleais e contrárias à ética, decorrendo dela a proibição do *venire contra factum proprium*, enquanto comportamento contraditório assumida por um dos contratantes em relação ao seu proceder anterior; o *tu quoque*, cuja ideia é a de que a ninguém é dado o direito de invocar normas jurídicas a seu favor, após tê-las descumprido, tendo em vista que não se pode adquirir direitos de má-fé; o *supressio*, que se configura na hipótese de uma das partes deixar de exercer, durante longo período, uma determinada faculdade jurídica e, depois, sem uma justificativa plausível, resolver exigir o cumprimento da medida que, por sua inércia, poderia ser considerada como não mais inexigível; e, o *surrectio*, que significa que pela prática continuada de um dado procedimento, um novo direito pode ser criado contratualmente.

3. CAMPO DE INCIDÊNCIA

Diversos exemplos de abuso de direito podem ser encontrados na legislação pátria, autorizando o ofendido a buscar indenização a título de responsabilidade civil, ou a obtenção de medida que obrigue o desfazimento de ato e de coisas.

No direito processual civil, tais práticas são mais visíveis e o Código de Processo Civil fornece instrumentos eficazes aos juízes para que reprimam tais atitudes das partes que poderão ser condenadas a ressarcir não somente por perdas e danos (CPC, art. 79), como poderão ser condenadas a indenizar em percentual que poderá chegar até dez vezes o valor do salário mínimo, além do litigante de má-fé ter que arcar com custas e honorários advocatícios (CPC, art. 81). Como diz o grande processualista José Frederico Marques, “quem se comportar como ‘improbus litigator’, usando de má-fé ou práticas antijurídicas, responderá por perdas e danos e a outras sanções específicas, uma vez que compete às partes e aos seus procuradores proceder com lealdade e boa-fé”, para depois concluir que “o Código de Processo Civil, na esteira do que o antecedeu, e impregnado de alto sentido ético, procura impor aos litigantes uma conduta condigna para que as atividades processuais se desenvolvam imunes de abusos”.⁹

No processo executivo, as sanções são expressas e claras, no sentido de apenar aquele que no uso abusivo de seu direito vier a propor execução, pois se ao final, for a obrigação declarada inexistente, lhe gerará, por via de consequência, a obrigação de indenizar pelos danos que tenha causado ao demandado (CPC, art. 776). Ainda no processo de execução, a nossa codificação processual determina que o devedor não cometa “ato atentatório à dignidade da justiça” (CPC, art. 772, II), sob o risco de, o fazendo, ficar exposto às sanções que, a teor do que dispõe o art. 774 do Código de Processo Civil, poderá significar uma severa multa que, a critério do juiz, poderá ser em montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.

9. MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil, v. 1, p. 373.

Pode-se afirmar com segurança que, no âmbito do processo civil, o abuso de direito é muito mais visível, mas não é somente aí que se pode encontrar a figura do abuso de direito. Conforme se verá a seguir, outros exemplos existem nos campos mais variados do direito.

Assim como no processo civil, também no direito civil encontramos diversos exemplos nos quais o legislador buscou regular a matéria. Dentre outros, veja-se o art. 1.277 do Código Civil, que, regulando as relações de vizinhança, autoriza o proprietário ou possuidor a fazer cessar qualquer interferência que prejudique sua segurança, sossego ou saúde. Da mesma forma, os arts. 939 e 940, que tratam do demandado por dívida já paga ou ainda não vencida, ou ainda os arts. 1.637 e 1.638, que regulam o abuso de direito no que diz respeito ao poder familiar.

Também os arts. 1.289 ss, ainda do Código Civil, que, disciplinando o uso da águas, estabelecem que o proprietário pode fazer uso, desde que não prejudique a terceiros, pois, se assim o fizer, nascerá para o prejudicado o direito de reagir ao exercício abusivo dos poderes do titular do domínio. Da mesma forma as seções seguintes, que tratam dos limites entre prédios e do direito de tapagem (arts. 1.297 ss.), assim como os artigos que regulam o direito de construir (arts. 1.299 ss.).¹⁰

Há ainda diversos outros artigos do Código Civil, nos quais estão presentes, de maneira direta ou indireta, normas contrárias ao exercício irregular de um direito. Maria Helena Diniz adverte que no nosso ordenamento jurídico existem “normas que, implicitamente, são contrárias ao exercício anormal de certos direitos”. Daí menciona o art. 153 que, a contrario sensu, estaria condenando a coação como ameaça e a qualificando como um exercício anormal de direito. Ou ainda, o art. 188, que, ao tratar das cláusulas excludentes da responsabilidade, deixa antever que “serão atos ilícitos os praticados no exercício irregular de qualquer direito”.¹¹

Em seara trabalhista não é diferente. Tomemos o exemplo do empregador que, tendo pleno direito de demitir seu empregado, seja por justa ou injusta causa, promove a demissão sob a falsa alegação de prática ilícita. Nesse caso, houve abuso de direito e o patrão po-

10. Todos os artigos citados são do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/02).

11. DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v. 7., p. 495.

derá, inclusive, ser condenado por danos morais, porquanto seu ato configura uma das situações típicas a ensejar esse tipo de reparação.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) também abordou a questão ao preceituar: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração” (art. 28).

Da mesma forma, a Lei Antitruste (Lei nº 12.529/11), que em seu art. 34 também prevê a desconsideração da personalidade jurídica por abuso de direito, nos seguintes termos: “A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

De ser registrado também as demandas decorrentes de direito de vizinhança que, no mais das vezes, envolvem disputas que somente visam impor à parte adversa constrangimentos, e não necessariamente resolver uma lide, situações bastante comuns nos grandes centros urbanos, envolvendo disputas entre vizinhos.

Por oportuno, devem ser também lembradas as ações que versam sobre demandas condominiais, principalmente aquelas que discutem reformas, mudanças de fachadas e alterações na destinação do prédio, principalmente naquilo que diz respeito ao quórum exigido em assembleia para aprovação ou não de tais mudanças. Nesse aspecto, de se abordar a questão dos direitos das minorias que, em certos casos, se veem sufocadas pelo direito da maioria. De toda sorte, ainda que a maioria possa ser transformada numa ditadura para impor à minoria tudo o que bem lhe aprouver, é de se observar o outro lado da moeda, que, registre-se, pode também ser objeto de abusos. É importante observar que da mesma forma que o direito das minorias deve ser reconhecido, não se pode olvidar que esse direito não pode ser transformado em abuso. Nascimento Franco e Niske Gondo com meridiana clareza afirmam: “não se esqueça, todavia, de que a minoria

também pode abusar do seu direito, negando número para deliberações urgentes e necessárias. Nesse caso, só resta a intervenção judicial para coibir o abuso da minoria, tão nocivo, quanto o da maioria.”¹²

Não é sem razão que o magistrado Carlos Roberto Gonçalves afirma que “o instituto do abuso do direito tem aplicação em quase todos os campos do direito, como instrumento destinado a reprimir o exercício anti-social dos direitos subjetivos. As sanções estabelecidas em lei são as mais diversas, podendo implicar imposição de restrições ao exercício de atividade e até a sua cessação, declaração de ineficácia de negócio jurídico, demolição de obra construída, obrigação de ressarcimento dos danos, suspensão ou perda do pátrio poder e outras”¹³

A teoria do abuso do direito, que tem suas raízes fincadas na moral, encontra no princípio da lealdade processual o seu grande aliado, como nos ensina Adroaldo Leão. Da mesma forma, o grande processualista Moacyr do Amaral Santos observa que “ao desrespeito do dever de lealdade processual e dos que o integram, e que se traduz no ilícito processual, abrangente do dolo e fraude processuais, correspondem severas sanções não só processuais como também pecuniárias”¹⁴

O abuso de direito, conforme já assinalado, é muito mais visível no processo e, em tese, de mais fácil apenamento, contudo é preciso fazer um registro: nossos Tribunais têm sido tímidos ou pouco ousados na aplicação de penas ao *improbus litigator*.

4. ABUSO DE DIREITO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Nas relações de trabalho encontramos um campo (talvez o mais) fértil para a manifestação do abuso de direito.

Advirta-se que o empregador tem assegurado o direito de demitir qualquer dos seus funcionários, mesmo de forma imotivada, desde que lhes pague todas as verbas rescisórias. Da mesma forma, tem o empregador o direito de, em nome da defesa de seu patrimônio, adotar providências, assim como proceder averiguações para evitar

12. FRANCO, Nascimento; GONDO, Niske. Condomínio em edifícios, p. 141.

13. GONÇALVES, Carlos Roberto. Comentários ao Código Civil, p. 297.

14. SANTOS, Moacyr do Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, p. 81.

furto, porém, desde que o faça de forma cautelosa, não direcionada a um determinado empregado. Nestas circunstâncias, mesmo que tal ato cause dissabores, constrangimentos e até dor psíquica, não servirá de supedâneo para ver prosperar pedido indenizatório por danos morais, pois o empregador estará resguardado pelo exercício regular de um direito (CC, art. 188, I).

Contudo, não poderá, por exemplo, demitir o empregado ferindo-lhe a dignidade, nem lhe imputando falsamente um ato de improbidade ou contrariando a boa-fé, pois, se assim o fizer, terá exorbitado de seu direito potestativo de fazer cessar as relações de trabalho, e terá ingressado no campo do abuso do direito. Da mesma forma, não poderá fazer acusações levianas, comunicando à autoridade policial a ocorrência de furto praticado por um determinado empregado, sem antes se acercar de prova sólida nesse sentido, pois, agindo assim, terá colocado em dúvida a integridade moral do trabalhador, condenando-o culpado por antecipação, principalmente se o inquérito nada apurar.¹⁵

Outra prática comum, que pode caracterizar abuso de direito em seara trabalhista, é o atraso reiterado pela empresa no pagamento de salários de seus empregados, porquanto isso configura descumprimento dos deveres do empregador, dentre os mais relevantes o de adimplir, oportunamente – na forma legal –, a obrigação de remunerar a prestação de serviços do empregado, a fim de propiciar que este, por sua vez, possa assumir compromissos financeiros e honrá-los em dia, atentando-se ainda para a natureza alimentar do salário. O fato de o empregador exercer de forma abusiva sua obrigação contratual, injustificadamente, implica violação dos direitos da personalidade do empregado, que se torna refém da relação de emprego. A afronta à dignidade do trabalhador, em razão da quebra da boa-fé contratual, pelo abuso de poder e o descompromisso do empregador, enseja a condenação ao pagamento de compensação por dano moral, independentemente de prova de humilhação, constrangimento, angústia ou depressão. Nessa situação, deve ser dada relevância ao caráter punitivo-exemplar da condenação, para que não se reitere tal ilícito.¹⁶

15. Valdir Florindo in *Dano moral e o direito do trabalho*, p. 100-101.

16. (TST – RR – 52300-13.2009.5.09.0562 – 3ª. Turma – Rel. Min. Rosa Maria Weber, 3ª Turma, DEJT 08.04.2011).

Assim, também poderão caracterizar abuso de direito as revistas pessoal e íntima; a instalação de equipamentos eletrônicos de controles; transferências imotivadas; demissão abusiva e arbitrária; imputação de falta grave quando inexistente; anotações desabonadoras na carteira de trabalho, dentre outras, porquanto tais situações violam o direito do trabalhador a um meio ambiente de trabalho sadio, além de violar direitos inatos da personalidade.

Para exemplificar com um caso concreto, o Tribunal Superior do Trabalho manteve a condenação imposta pelo TRT do Espírito Santo (17ª Região) ao Banco do Brasil, de pagar indenização por danos morais e materiais a um bancário demitido no dia seguinte à sua posse na instituição, além de reintegrá-lo ao emprego.¹⁷ Além de abusivas e discriminatórias, as demissões de bancários concursados um dia após a posse, no entendimento do TST, são uma forma de fraudar a seleção. Ao nomear um candidato aprovado e demiti-lo no dia seguinte, é possível chamar o concursado seguinte na ordem de classificação, sem supostamente violar o direito do antecessor. Para a relatora do recurso, ministra Maria Cristina Peduzzi, a despedida promovida pelo banco revela claramente um abuso de direito. “Se o instituto do abuso de direito é aplicado nas relações cíveis, que têm como pressuposto relações jurídicas entre iguais, com mais força deve ele ser utilizado nas relações de emprego – onde a hipossuficiência do trabalhador propicia – com mais habitualidade – a prática de atos abusivos pelo empregador”, afirmou a ministra. Ainda de acordo com a relatora, é notório que, na qualidade de sociedade de economia mista, o Banco do Brasil tem o poder de demitir sem justa causa, como qualquer empregador, mas esse direito não é absoluto. “No caso dos autos, não há cogitar que a demissão fora motivada pelo excesso de pessoal. Fosse assim, não haveria necessidade de realização de concurso público. Também não há como alegar que o empregado, tendo trabalhado um único dia, não tenha atendido às expectativas do banco. Sequer é possível falar em avaliação de produtividade ou assiduidade”.¹⁸

17. Sanção semelhante, imposta pelo TRT gaúcho, foi mantida pela Quinta Turma do TST.

18. Com informação do site do TST, notícia publicada em 07/06/2005 (RR 97/2001-007-17-00.1, v.u).

Mais recentemente, tratando-se da dispensa de um professor universitário em data próximo ao início do semestre letivo, além de reconhecer que tal ato se enquadrava no abuso de direito, o relator - Ministro Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, do TST, deixou assentado que, se o empregador já tinha confirmado as datas e matérias que o indigitado professor iria ministrar no início do ano letivo, a sua dispensa imotivada evidencia a frustração da expectativa de manutenção do vínculo de emprego. Isso porque o empregador tem o dever de agir com lealdade, lisura, respeito e consideração com o empregado, sobretudo ante o seu estado de necessidade econômica e a sua condição de hipossuficiente, de modo que o fomento a uma expectativa de direito ao contrato de trabalho causa prejuízos não apenas financeiros, mas também causa abalo psíquico decorrente do fato de permanecer na situação de desemprego e faz emergir o dever de reparação baseado na perda de uma chance, na medida em que também ficou privado da possibilidade de obter nova inserção no mercado de trabalho e minimizar as perdas que certamente sofreu. A inobservância dos referidos deveres pelo contratante viola a cláusula geral de boa-fé objetiva, adotada no Código Civil (artigo 113), que estabelece o dever geral imposto a todos de se comportarem segundo padrões de probidade e de lealdade. Evidenciado o dano, assim como a conduta culposa do empregador e o nexo causal entre ambos, deve ser a empresa condenada a indenizá-lo.¹⁹

5. CARACTERIZAÇÃO E PROVA

Se de um lado, é de difícil caracterização a prática de um ato tido como abusivo do direito, tarefa mais difícil ainda é fazer-se a prova e buscar-se uma sentença condenatória que reponha as partes a sua situação anterior. Contudo, essas dificuldades não poderão ser obstáculo à busca da verdade e da justiça, de tal sorte que, ancorando-se na doutrina e agora no Código Civil, tais abusos poderão ser mais bem coibidos.

O ato abusivo ensejará responsabilidade civil nas mesmas condições que o ato ilícito, submetendo-se aos requisitos ou pressupostos

19. (TST, RR-613-78.2018.5.12.0018, 7ª Turma, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandão, DEJT 10/12/2021).

do dever de indenizar, quais sejam: dolo ou culpa, dano e nexo causal. Segundo Heloisa Carpena, “tanto o ato ilícito quanto o ato abusivo são fonte do dever de indenizar quando o comportamento do agente seja passível de um juízo de censura. O dever de não abusar traduz-se no dever de atuar segundo a boa-fé, segundo os bons costumes ou segundo a finalidade econômica ou social do mesmo direito, ou seja, dentro dos limites que, para o direito em questão, resultem do seu fundamento axiológico”.²⁰

O saudoso Washington de Barros Monteiro, buscando esclarecer no que consiste o abuso de direito, afirma que “para uns, seu elemento caracterizador repousa na intenção de prejudicar. Todas as vezes que o titular exercite um direito movido por esse propósito subalterno, configurado estará o abuso de direito. Para outros, o critério identificador reside na ausência de interesse legítimo. Se o titular exerce o direito de modo contrário ao seu destino, sem impulso de um motivo justificável, verificar-se-á o abuso dele”.²¹

Em recente monografia sobre responsabilidade civil, Sílvio de Salvo Venosa afirma que “no exercício de um direito, o sujeito deve manter-se nos limites do razoável, sob pena de praticar ato ilícito” e, em assim procedendo, se sujeitar a indenizar.²²

Na mesma linha de pensar, Caio Mario da Silva Pereira vaticina que “não se pode, na atualidade, admitir que o indivíduo conduza a utilização de seu direito até o ponto de transformá-lo em causa de prejuízo alheio”. Explicitando melhor o que seja abuso de direito, o insigne jurista diz: “Abusa, pois, de seu direito o titular que dele se utiliza levando um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer mal, e sem proveito próprio. O fundamento ético da teoria pode, pois, assentar em que a lei não deve permitir que alguém se sirva de seu direito exclusivamente para causar dano a outrem”.²³

Daí se pode concluir ponderando que, apesar das dificuldades em se caracterizar e fazer a prova do uso abusivo de um direito, bem como das dificuldades para se definir o *quantum* indenizatório, quando ele não envolva tão somente obrigações de fazer ou não fazer,

20. CARPENNA, Heloisa. Abuso de direito, p. 65.

21. MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil, v. 1, p. 292.

22. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil, v. 4, p. 43.

23. PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil, v. I, p. 672-673.

não se pode deixar de reconhecer que a nossa legislação, apesar de ainda titubeante, começa a dar passos largos na direção daquilo que a doutrina já vinha preconizando.

Percebe-se de outro lado, pelos exemplos trazidos à colação, que o legislador pátrio está cada vez mais sensível à necessidade de se dosar de um mínimo ético o exercício regular de um direito. Os exemplos podem ser encontrados no novo Código Civil, assim como no Código de Defesa do Consumidor e noutras leis esparsas.

De toda sorte, há uma louvável inovação no atual Código Civil que servirá como instrumental para frear o ímpeto daqueles que venham a fazer uso anormal de seus direitos. Seguindo o que de há muito preconizava a doutrina, o novo diploma legal faz expressa menção ao abuso de direito e o equipara ao ato ilícito (art. 187), de tal sorte que agora a norma civil condena, expressamente, o exercício abusivo de qualquer direito subjetivo. Logo, de se concluir que só haverá ato ilícito se houver abuso de direito ou se o uso desse direito for irregular ou anormal ou esteja em desconformidade com os fins sociais e a boa-fé.

É preciso considerar por fim que, segundo o nosso sistema jurídico-processual, aquele que faz uso do seu direito com finalidade divorciada à qual este se destina, responderá pelos danos causados a outrem, pois se configura hipótese de abuso de direito. A ação temerária, emulatória e incomodativa, somente persecutória da contraparte, constitui, em face da legislação pátria, litigância de má-fé, daí infere-se que a natureza da conduta maléfica, aqui analisada, é de abuso de direito, inicialmente previsto na lei material, e posteriormente migrada e adequada para a lei processual, gerando responsabilidade pelos danos causados no exercício da demanda.²⁴

De tudo quanto foi exposto, chega-se a uma conclusão inevitável: não é tarefa fácil a distinção do uso legítimo dos instrumentos processuais de defesa da efetiva comprovação do abuso de direito de defesa e do manifesto propósito protelatório, vez que se trata de expressões vagas, de conceito indeterminado. Da mesma forma que, no campo do direito material, fica também extremamente difícil diferenciar quando um direito legítimo está sendo usado em prejuízo de

24. Cf. Lílian Oliveira de Azevedo. Litigância de má-fé. Revista da Faculdade de Direito Unifacs, v. 1, p. 239.

terceiros ou com abuso pelo seu titular, ou quando tal manejo estará dentro do exercício regular deste mesmo direito.

6. NOTAS CONCLUSIVAS

Em que pese às dificuldades em se fazer a prova do uso abusivo de um direito bem como das dificuldades para se definir o quantum indenizatório, quando ele não envolva tão somente obrigações de fazer ou não fazer, não se pode deixar de reconhecer que a nossa legislação, apesar de ainda titubeante, começa a dar passos largos na direção daquilo que a doutrina já vinha preconizando.

Percebe-se de outro lado, pelos exemplos trazidos à colação, que o legislador pátrio está cada vez mais, sensível à necessidade de se dosar de um mínimo ético o exercício regular de um direito. Os exemplos podem ser encontrados no novo Código Civil, assim como no Código de Defesa do Consumidor e, noutras leis esparsas.

De toda sorte há uma louvável inovação no Código Civil que servirá como instrumento para frear o ímpeto daqueles que venham a fazer uso anormal de seus direitos. Seguindo o que há muito preconizava a doutrina, o atual Código Civil faz expressa menção ao abuso de direito e o equipara ao ato ilícito (art. 187), de tal sorte que agora a norma civil condena, expressamente, o exercício abusivo de qualquer direito subjetivo. Logo, se conclui que só haverá ato ilícito se houver abuso de direito ou se o uso desse direito for irregular ou anormal ou esteja em desconformidade com os fins sociais e a boa-fé.

De tudo quanto foi exposto, chega-se a uma conclusão inevitável: não é tarefa fácil a distinção do uso legítimo dos instrumentos processuais de defesa e a efetiva comprovação do abuso de direito de defesa e do manifesto propósito protelatório, vez que se tratam de expressões vagas, de conceito indeterminado.

Da mesma forma que, no campo do direito material, fica também extremamente difícil diferenciar quando um direito legítimo está sendo usado em prejuízo de terceiros ou com abuso pelo seu titular, ou quando tal manejo estará dentro do exercício regular deste mesmo direito.