

MARIA REGINA ZÁRATE NISSEL

DIREITO SUBJETIVO E ABUSO DE DIREITO: breve contribuição
para uma re-visão crítica

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do Setor de Ciências Jurídicas
da universidade Federal do Paraná,
como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.
Orientador: Professor Doutor Luiz
Edson Fachin.

Curitiba
2001

MARIA REGINA ZÁRATE NISSEL

DIREITO SUBJETIVO E ABUSO DE DIREITO: breve contribuição para
uma re-visão crítica

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do
Paraná, como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Professor Doutor Luiz Edson
Fachin.

Curitiba
2001

TERMO DE APROVAÇÃO

DIREITO SUBJETIVO E ABUSO DE DIREITO: breve contribuição para
uma re-visão crítica

por

Maria Regina Zárate Nissel

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do
Paraná, como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Professor Doutor Luiz Edson
Fachin.

Banca Examinadora:

Presidente:

Membro:

Membro:

Meus sinceros agradecimentos a meus familiares, principalmente, pelo estímulo e compreensão.

De modo especial, agradeço também a meu orientador, Professor Doutor Luiz Edson Fachin, cuja imensa contribuição à minha formação profissional transcende os limites do presente trabalho.

SUMÁRIO

Termo de Aprovação	ii
Agradecimentos	iii
Sumário	iv
Resumo	vi
Introdução	1
1. A Problemática do Abuso do Direito	4
1.1. Breve abordagem acerca da questão terminológica	4
1.2. Teorias Subjetivistas	7
1.3. Teorias Objetivas	9
1.4. Uma Terceira Corrente?	10
2. Reflexões Contemporâneas sobre o Abuso de Direito	14
2.1. Reforçando a distinção entre Abuso de Direito e Ato Ilícito	14
2.2. Outras Questões Polêmicas em Relação ao Abuso de Direito	18
2.3. Do Conceito de Direito Subjetivo à Noção de Situação Jurídica Subjetiva	23
2.4. A Noção de Abuso de Direito como Transgressão de um Dever Genérico	28
3. Notícias do Abuso de Direito no Brasil	33

3.1 A Consagração no Ordenamento Jurídico Brasileiro – uma afirmação possível	33
3.2 Uma leitura possível do Abuso de Direito	37
3.3 O Projeto do Código Civil e o Abuso de Direito	40
4. Algumas Passagens Jurisprudenciais	44
4.1 Na Experiência Comparada	44
4.2 Nos tribunais Pátrios – uma breve amostragem	49
5. Conclusão	52
6. Referências Bibliográficas	55

RESUMO

O abuso de Direito é figura que tem merecido especial atenção dos operadores do Direito face ao cenário de crise vivenciado pelo Direito Civil na atualidade.

Trata-se de instituto, cujas raízes datam do início do século XIX, surgido como reação ao Direito Subjetivo absoluto consagrado, em especial, pelo Código de Napoleão. Verifica-se, portanto, que existe uma estreita ligação entre o Direito Subjetivo e o Abuso de Direito, muito embora, defenda-se a autonomia entre ambos.

As primeiras manifestações contrárias aos atos abusivos foram verificadas na jurisprudência francesa. Com o tempo, entretanto, a doutrina passou a elaborar algumas construções teóricas que condenavam, de forma mais generalizante, as condutas abusivas.

O Abuso de Direito vai conquistando espaço como importante instrumento de combate aos comportamentos que, não obstante serem aparentemente lícitos, acabavam sendo essencialmente contrários ao direito.

No Direito Civil brasileiro a proibição do ato abusivo é resultado, em especial, da interpretação a *contrario sensu* do artigo 160, I do Código Civil. Trata-se de instituto ainda pouco explorado, se consideradas as suas possibilidades.

Neste sentido, procura-se contribuir, ainda que modestamente, para uma revisão crítica do Abuso de Direito e, por conseguinte, do Direito Subjetivo, sob a ótica dos princípios constitucionais, a fim de se alcançar uma sociedade mais justa e solidária.

Introdução

A crise vivenciada pelo Direito Civil clássico suscitou a necessidade de busca de novos horizontes. Não obstante as respeitáveis opiniões contrárias¹, a saída para a crise pode não estar num novo processo de conceituação dos institutos, ou em uma recodificação.

Uma via possível está no proceder de uma releitura dos institutos fundamentais do Direito Civil, conferindo-lhes uma unidade sistemática em relação à Constituição, de sorte a adequá-los ao contexto atual.

Neste sentido, um re-estudo do direito subjetivo e do abuso de direito, perseguindo algumas novas possibilidades, pode contribuir para a realização de uma sociedade mais justa e solidária.

Inicia-se, então o referido estudo, fazendo-se breves referências acerca da questão terminológica do abuso de direito, inclusive quanto à insuficiência do termo. Dentro do tema, aborda-se também a origem do abuso de direito como repulsa à noção de direito subjetivo absoluto consagrada no Código Napoleônico.

Após algumas ressalvas referentes à negação do abuso de direito encontradas em teorias que negavam, até mesmo, o próprio direito subjetivo, aporta-se na consagração do termo “abuso de direito”. Este termo tem sido utilizado para designar uma especial modalidade de conduta contrária ao exercício regular de um direito.

Em face da ampla recepção da teoria e, também, da relevância da reprovação do abuso de direito no contexto atual, realiza-se um breve percurso por algumas teorias que tentaram conferir cientificidade ao instituto.

¹ Eminentes juristas brasileiros, tais como Miguel Reale e o Ministro Moreira Alves, defendem a aprovação do Projeto de Código Civil, inclusive mantendo a parte geral, na qual, basicamente, estão conceituados os principais institutos do Direito Civil.

Nessa senda, adota-se, para fins didáticos, a classificação descrita por Sessarego², qual seja, as teorias subjetivistas, as teorias objetivas e as teorias mistas.

As primeiras, nas quais se encontra grande parte dos franceses, utilizam-se de critérios subjetivos, como a intenção e a culpa, para identificar o ato abusivo.

Dentre as objetivas, enquadram-se as teorias que, com intuito de alcançar uma maior cientificidade, acabaram por encontrar os fundamentos de identificação do ato abusivo dentro do direito subjetivo. Com isso, acabaram por comprometer a autonomia do instituto.

O referido autor elencou ainda um terceiro grupo de teorias, designando-as de teorias mistas. Sem embargo das divergências sobre este aspecto, Sessarego entende que as teorias mistas tentaram conciliar os elementos das anteriores. Dentre os mais expressivos teóricos deste grupo, encontra-se Josserand, com a sua teoria finalista, que subsidiou algumas relevantes mudanças no tratamento do abuso de direito.

Efetuada esse passeio pelas teorias que ao longo da história contribuíram, de alguma forma, para a evolução do abuso de direito, passa-se então a refletir sobre novas possibilidades. Neste sentido, persegue-se uma visão mais ampliada para combater o ato abusivo, de sorte que este se torne uma válvula de escape, pela qual poder-se-á controlar as situações axiologicamente contrárias ao direito, mas que a lei não regula diretamente.

Assim, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, considerando que se trata o presente trabalho de uma monografia de conclusão de graduação, procura-se trazer à colação alguns dos aspectos mais polêmicos sobre o ato abusivo. Para tanto, procura-se, também, no Direito alienígena algumas posições teóricas que, por serem compatíveis com o Direito pátrio, podem contribuir para uma readequação do instituto às necessidades atuais da sociedade brasileira.

Assim, levanta-se o debate sobre a autonomia do ato abusivo em relação ao ato ilícito e ao direito subjetivo. Do mesmo modo, promove-se uma reflexão

² SESSAREGO, Carlos Fernández. Abuso del derecho. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1991. p 125.

sobre a questão do direito subjetivo, salientando-se a falência daquele conceito único e fechado, um “dado” da modernidade.

Neste sentido, ressalta-se a relevância da noção atual de situação jurídica subjetiva para se chegar ao abuso de direito entendido como a “transgressão de um genérico dever jurídico”.

Após perpassar as referidas construções teóricas, perquire-se, então, sobre a viabilidade de aplicação da teoria do abuso de direito diante das possibilidades deixadas pelo legislador pátrio, principalmente no que diz respeito às cláusulas gerais presentes no ordenamento. Neste contraponto entre lei e doutrina, salta fora a importante participação do intérprete.

Ciente da impossibilidade de se construir uma teoria pronta e acabada sobre o abuso de direito, finaliza-se o trabalho com algumas passagens jurisprudenciais que comprovam ser possível a condenação do exercício inadmissível de posições jurídicas. Visto desta maneira, a teoria do abuso de direito pode se constituir em limites para além do direito subjetivo de ordem patrimonial.

1. A Problemática do Abuso do Direito

O estudo do abuso de direito pressupõe algumas abordagens prévias, para que, então, permita-se traçar um perfil de seus limites e suas possibilidades. Mediante suas possibilidades, busca-se, em especial, uma ampliação das limitações aos comportamentos confrontantes à solidariedade social. Em seu limite, encontra-se o direito subjetivo em sua nova concepção³.

1.1. Breve abordagem acerca da questão terminológica

Primeiramente, é necessário fazer algumas considerações sobre o alcance semântico da expressão abuso de direito, bem como, uma investigação das teorias que, ao longo dos tempos, abstraíram-no como instituto jurídico, para então, tentar traçar algumas tendências contemporâneas acerca do tema.

A noção de abuso de direito surge como repulsa à noção de direito subjetivo como direito absoluto, que bem se traduzia no brocardo "*neminem laedit qui iure suo utitur*"⁴. A idéia de direito subjetivo como absoluto, consagrada no Código Napoleônico⁵ e que imperou por muito tempo na doutrina e jurisprudência, já não tem mais espaço no Direito Contemporâneo.

Atualmente, não se admite um direito subjetivo existente unicamente em função da vontade e interesse de seu titular. Logo, a noção de relativização dos direitos subjetivos deu origem à noção de Abuso de Direito⁶. Hoje, no entanto,

³ "Na 'repersonalização' e na 'despatrimonialização' constitucionalizada, a ampliada noção de direito subjetivo assume relevo. E é por isso que, atualmente, mostra-se inconsistente a teoria da negação dos direitos subjetivos." (FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro, Renovar. 2000, p.100.) Sobre o tema, tem-se ainda: "... o pensamento *jussubjectivo da actualidade* forçou um alargar, por vezes incompatível nos quadros técnicos existentes, do direito subjetivo" (MENEZES E CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha, Da boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 1997 p 669)

⁴ AMARAL, Francisco. in Direito civil – introdução, 3ª. ed. Rev., Aum. E Atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p 205

⁵ WARAT, Luis Alberto. Abuso del derecho y lagunas de la ley. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1969, p.37. Segundo o autor, o art. 544 do código francês de 1804, foi o marco da consagração do direito de propriedade como direito absoluto.

⁶ "A expressão 'abuso de direito' deve-se ao autor belga Laurent. Foi criada para nominar uma série de situações jurídicas, ocorridas em França, nas quais o tribunal, reconhecendo embora, na

acredita-se, que não há uma identidade conotativa⁷ entre a relativização do direito subjetivo e o abuso de direito, defendendo-se sua autonomia. O direito subjetivo não existe unicamente em função da vontade ou interesse de seu titular, ou seja, um direito subjetivo incondicional, mas sim, está limitada pelos interesses dos outros⁸. Essa idéia, no entanto, não existe desde sempre.

Cumpre, *a priori*, trazer algumas considerações a respeito da natureza do abuso de direito, para que melhor se compreenda o instituto em seu percurso histórico. As primeiras decisões jurisprudenciais que tratavam do abuso de direito, ocorridas na França, buscavam inseri-lo em uma das categorias conceituais já existentes⁹. Esta atitude refletiu a dificuldade de se romper com a lógica do sistema então vigente: iluminismo, liberalismo, individualismo.

No entender de Planiol, citado por Rosalice Fidalgo Pinheiro¹⁰, “*um ato não pode ser ao mesmo tempo, conforme e contrário ao Direito.*”. Ou seja, do exercício do direito não pode decorrer responsabilidade e, se o sujeito ultrapassa o exercício do direito, constitui-se ato ilícito, portanto, não havia direito. Desta sorte, todos os atos abusivos constituiriam “excesso de direito”, não importando se houve intenção ilícita do agente. Com o desenvolvimento desta lógica positivista, Planiol é um dos mais expressivos negadores da existência do abuso de direito, seguido por vários outros, defensores de uma ordem jurídica individualista.

questão de fundo, o direito do réu, veio a condenar, perante irregularidades no exercício desse direito”(MENEZES E CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha, *op. cit.* p 670.)

⁷ WARAT, Luis Alberto. *Op.cit.*, p.80 e 81. Na concepção do autor, ao abuso de direito integra uma dimensão jurídica autônoma, da qual se utiliza o juiz para proferir decisões fundadas em normas de “*coexistência espontânea e auto-aceitas pelo grupo*”, com base na “*consciência jurídica coletiva*”.

⁸ “ EL ‘ yo’ no se enfrenta al vacío, a la nada. Frente al ‘ yo’ está el ‘tú’, el ‘ nosotros’. Y es en la dimensión del ‘nosotros’ que se entreje el derecho. En un ‘nosotros’ que supone el respeto del derecho ajeno.”(SESSAREGO, Carlos Fernández. *op. cit.* p. 26.)

⁹ “ *Confirma-se a natureza recente do abuso de direito. Não tem antecedente históricos directos nem concita, para se fundamentar, o recurso a quadros tradicionais romanísticos. Dois factores enquadram culturalmente o abuso de direito na doutrina francesa, determinam o seu nascer tardio e imprimem-lhe um cunho dogmático próprio: a jussubjectivação e a segunda sistemática.*” (MENEZES E CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha, *op. cit.* p.683.)

¹⁰ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O abuso de direito e as relações contratuais. UFPR: 2000. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. p. 58.

Em que pese as opiniões contrárias, para grande parte da doutrina, o abuso de direito é um instituto jurídico autônomo¹¹, o qual, mesmo tendo aparência formal de licitude, é substancialmente ilícito. Assim, não é exatamente um limite imposto ao direito, enquanto anormal ou irregular a sua aparentemente lícita atuação, mas melhor dizendo, uma verdadeira transgressão a um dever jurídico, o que constitui especial fonte de ilicitude¹².

Resta claro, portanto, que o abuso de direito difere tanto do “excesso”¹³ quanto da “falta”¹⁴ de direito. Independentemente da corrente que se subscreva, certo é que o termo “abuso de direito” não sintetiza satisfatoriamente as idéias defendidas por nenhuma das correntes doutrinárias. Todavia, em que pesem as constantes críticas ao termo, dada a sua abrangência e diversidade de conotações, a expressão “abuso de direito” é amplamente utilizada.

No presente trabalho, o abuso de direito não deverá ser entendido, pura e simplesmente, como extrapolação da fruição exaustiva das faculdades de um direito - *ius abutendi*- ou seja, “o uso máximo, degradante e consuntivo da coisa”¹⁵, que consistiria o excesso de direito, nem tampouco, dever ser entendida como a falta deste. Propugna-se por uma construção autônoma do abuso.

Considere-se, aqui, a posição trazida pelo jurista peruano Carlos Fernández Sessarego, segundo o qual, o abuso de direito consiste, em suma, na

¹¹ “ *La ilicitud del acto abusivo es específica, sui generis, por lo que se aparta de las reglas de la responsabilidad para constituir una figura autónoma.*” (SESSAREGO, Carlos Fernández. *op. cit.* p.139)

¹² A natureza jurídica do instituto não é isenta de divergências e contradições. Para SESSAREGO, “ *El abuso del derecho, dentro de este contexto, no resultaría ser un límite impuesto al derecho mismo, em cuanto irregular o anormal em su aparente lícita actuación, sino mas bien significa la transgresión de um genérico deber a su cargo, lo que constituye fuente de ilicitud.*” (SESSAREGO, Carlos Fernández. *op. cit.* p.34) Assim, o abuso de direito para o autor em questão é um ato ilícito ‘*sui generis*’. Por outro lado, há teorias tradicionais que o enquadram dentro do âmbito da licitude (idem, p. 124) e, também, há uma corrente expressiva de autores que conceituam o ‘*abuso de direito dentro da esfera dos atos ilícitos*’ (LUNA, Everardo da Cunha, O ato ilícito, RT vol.773, ano 89, 2000, p.751).

¹³ “ *O excesso de poder – configura-se não tanto como exercício contra os tempos e as modalidades do direito subjetivo, mas como exercício de um poder não atribuído pelo ordenamento e, portanto, como substancial violação da lei.*” (PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil, introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. p. 123)

¹⁴ “ *O ato realizado sem direito não se confunde com o abuso de direito, porque, neste, o agente tem direito que exerce, todavia de modo irregular, enquanto, naquele, exerce, normalmente direito que não tem.*” (GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998. p.107)

¹⁵ LUNA, Everardo da Cunha.

“transgressão de um genérico dever jurídico acolhido por um expresso princípio de direito o que, na sua falta, emerge do conjunto dos demais princípios gerais que informam a regulação jurídica”¹⁶.

Não obstante, ao assumir esta posição faz-se necessário discorrer acerca da natureza do dever infringido, bem como, das conseqüências que se seguem à infração. Assim, para uma melhor compreensão do instituto e da posição defendida, passar-se-á a uma breve referência acerca das teorias tradicionais que tratam dos critérios para identificação do abuso de direito. Para tanto, adotar-se-á uma divisão, com intuito meramente metodológico, classificando as teorias de acordo com as posições assumidas para identificação do “abuso de direito”.

1.2. Teorias Subjetivistas

De acordo com esta concepção, o abuso de direito resulta do exercício de um direito subjetivo com a intenção de causar prejuízo a outrem ou, quando do exercício do direito não resulte benefício próprio. Assim, segundo Sessarego¹⁷, de acordo com as teorias subjetivistas, o abuso de direito pode ser identificado na presença de um ou mais dos critérios a seguir: “a) *intenção de causar prejuízo (animus nocendi)*; b) *ação culposa ou negligente*; c) *ausência de interesse sério e legítimo para o ato*,”

Pode-se enquadrar nesta classificação a teoria de Ripert, para quem “o abuso de direito assume o perfil de um ‘moralismo jurídico’”¹⁸. Consoante esta teoria, a dogmática civilística prescinde de elementos axiológicos para solucionar questões atinentes às obrigações, de sorte que a regra moral deve supri-la. O abuso de direito, para este doutrinador, identifica-se pela presença dos elementos: intenção de prejudicar e a aparência de direito com que se encobre o seu exercício. Saliente-se, portanto, que as proposições do autor identificam o

¹⁶ SESSAREGO, Carlos Fernández, idem, p. 91.

¹⁷ Tradução livre do trecho: “ *De ello se desprende que el surgimiento del abuso del derecho puede juzgarse a través de alguno o algunos de estos criterios: a) intención de causar perjuicio (animus nocendi); b) acción culposa o negligente, y c) no existencia de un interés serio y legítimo para el agente.*” (SESSAREGO, Carlos Fernández. Op.cit. p. 125.)

¹⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op.cit. p. 64.

abuso no aspecto moral, porém, somente em relação à intenção de prejudicar, ignorando os motivos que levaram à prática do ato.

Aliás, “*RIPERT reprova qualquer apreciação daquela ordem, pois tornaria presente o perigo de o juiz, arbitrariamente, ter que verificar os motivos legítimos ou ilegítimos que nortearam o exercício do direito e com isto, chegar a regulamentar os fins de cada direito, para determinar se houve ou não ato abusivo.*”¹⁹ Assim, o jurista, ao procurar limitar atitudes arbitrárias dos juízes, relega o controle do “abuso de direito” ao plano da moral. Desta sorte, acabou por garantir o caráter absoluto dos direitos subjetivos.

Uma outra tendência inserta na classificação das teorias subjetivistas, elenca como elemento identificador do ato abusivo, a ausência de motivo legítimo por parte do agente²⁰. Contudo, apesar de ser possível, mediante este critério, obter uma aparente desvinculação do dolo e da culpa, continua-se no âmbito da subjetividade.

A estas teorias foram desferidas justificadas críticas. Primeiramente cabe salientar que chega a ser ingênua a postura excessivamente subjetivista, pois não há como adentrar o íntimo do agente para descobrir, com relativa precisão, se houve ou não intenção de prejudicar outrem, ou seja, se houve infringência à regra moral ou inexistência de motivo legítimo.

Nas concepções subjetivistas ficam excluídas da apreciação jurisdicional várias situações, pelas quais se lesionam interesses alheios. É restringir demasiadamente a aplicabilidade do instituto, resultando em excessiva e ultrapassada liberdade individual, resguardando os direitos subjetivos de quaisquer limites impostos pelo direito, ainda que implicitamente. Por estas razões, entende-se serem as teorias subjetivistas vulneráveis e insuficientes para descrever os alcances do abuso de direito²¹. Diga-se ainda, que a inserção do ato abusivo no âmbito da responsabilidade civil, confunde-o com os atos emulativos, ou seja, retira a sua autonomia²².

¹⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op.cit. p. 65.

²⁰ SESSAREGO, Carlos Fernández. Op.cit. p. 127;

²¹ SESSAREGO, Carlos Fernández. Op.cit. p. 128;

²² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op.cit. p. 66.

1.3. Teorias Objetivas

Com intuito de melhor responder às necessidades sociais, considerando as insuficiências e dificuldades que persistiram às teorias subjetivistas, aparecem as teorias objetivas ou funcionais.

De acordo com os teóricos partidários desta concepção, a intenção do agente em prejudicar outrem ou a ausência de um motivo legítimo para o exercício do direito não interessam ao direito. Nenhuma relação existe entre o ato abusivo e a culpa do agente. Para a caracterização do abuso de direito, faz-se necessário identificar um elemento objetivo, que seria um manifesto exercício anormal de um direito subjetivo, ou seja, uma atuação contrária à função econômico-social inerente a cada direito subjetivo²³.

São vários os autores nesta corrente que vinculam o exercício abusivo do direito com a transgressão, seja do princípio da boa-fé, como daquele referido à moral ou aos bons costumes²⁴.

De acordo com a classificação de Sessarego²⁵, Jean Dabin encontra-se entre os defensores de um critério objetivo para caracterização do ato abusivo. Ao criticar a teoria de Josserand, Dabin sustentou que o ato abusivo seria “o uso imoral do direito”²⁶, conclui que existe “uma legitimidade diversa da legitimidade jurídica, qual seja, a legitimidade moral”²⁷. Dabin assevera, ainda, que o fim social do direito jamais será revelado a não ser pelo ideal coletivo do momento, do qual o juiz, em cada caso e cada momento, é o intérprete.

Em que pese, para grande parte da doutrina, a teoria de Dabin ter elegido um critério objetivo para identificação do ato abusivo, há quem diga que é inegável sua expressiva carga de subjetividade, pois relega à subjetividade do juiz a missão de identificar o ato abusivo.

²³ Tradução livre do trecho: “*Es decir, de una actuación contraria a la función económico-social inherente a cada derecho subjetivo.*” (SESSAREGO, Carlos Fernández. Op.cit. p. 129.);

²⁴ SESSAREGO, Carlos Fernández. Op.cit. p. 129.

²⁵ SESSAREGO, Carlos Fernández. Op.cit. p. 130

²⁶ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op.cit. p. 67.

²⁷ Tradução livre de : “*Existe, concluye, una legitimidad distinta a la legitimidad jurídica: la legitimidade moral*” (SESSAREGO, Carlos Fernández. Op.cit. p. 130.)

Como resposta às críticas quanto à metajuridicidade do abuso sob a ótica desta teoria, Dabin afirma que a moralidade a que se refere não diz respeito aos deveres para consigo mesmo. A moralidade diz respeito sim, aos deveres do agente para com os demais, sendo que “ *la teoria del abuso representa el correctivo de moralidad que postula la legalidad*”²⁸.

Assim, ainda que se referindo a uma “moral coletiva”, também como Ripert, Dabin retira o instituto da esfera do direito, deslocando-o para a da moralidade, preservando os direitos subjetivos da imposição de limites jurídicos. Conclui-se, portanto, que as referidas teorias tentam encontrar os fundamentos para o ato abusivo em aspectos internos aos direitos subjetivos, dificultando a fundamentação jurídica de classificá-lo como instituto autônomo.

Por fim, as teorias acima expostas, tanto as classificadas como subjetivas como as objetivas, centralizam suas atenções na vontade do indivíduo, o que reflete o pensamento dominante na modernidade - a autonomia da vontade individual.

1.4. Uma Terceira Corrente?

Sessarego refere-se ainda à uma terceira corrente, a qual denomina “teorias mistas ou ecléticas”. Estas teorias tentaram conciliar, na medida do possível, os elementos das teorias subjetivistas e objetivas.

A classificação supra mencionada, entretanto, não é unânime. Para grande parte da doutrina não houve uma conciliação entre os elementos das teorias objetivas e subjetivas, mas sim, houve um desvio do enfoque da índole intencional, para um *critério finalista*²⁹.

Pedro Martins Baptista, por seu modo, classifica a teoria finalista de Josserand dentre as teorias objetivas. No entanto, Josserand acredita que há uma

²⁸ SESSAREGO, Carlos Fernández. Op.cit. p. 131

²⁹ “Ao contrário das teorias subjetivistas, que se encontravam afeitas à investigação de índole intencional, agora erige-se para determinação do ato abusivo: o critério finalista de Josserand; o exercício anormal dos direitos proposta por Saleilles; a ruptura dos interesses em presença, delineada por Gény, Cornil e Campion. Não obstante a diversidade de tais critérios, há um dado fundamental que reúne estas construções: trata-se do elemento teleológico que em todas se faz presente.” (Rosalice F. Pinheiro, *op. cit.* 69)

complementariedade entre os critérios utilizados pelas teorias subjetivistas e objetivas. Enfatiza que o critério decisivo para caracterização do abuso de direito seria o desvio do direito de sua função social. Por esta razão foi designada teoria finalista ou funcional. Conjugado ao desvio da função social, enquanto elemento objetivo, estaria o motivo ilegítimo do agente, o que, para ele seria o fator de carácter subjetivo³⁰. Assim, por associar o elemento subjetivo ao de ordem objetiva, Sessarego acredita que seria uma teoria mista.

Sem embargo destas divergências doutrinárias de inegável relevância, por ora seria suficiente salientar que a presença do motivo ilegítimo no ato abusivo é determinante na teoria de Josserand. Logo, este motivo ilegítimo identificará o ato como abusivo, ainda que desprovido de um carácter intencional, desde que contrarie o fim social do direito subjetivo.

A teoria de Josserand foi alvo de aplausos e críticas. Os adeptos desta teoria entenderam que ao identificar o elemento finalístico, Josserand identificou uma limitação interna aos direitos subjetivos. Pois, vinculou o exercício do direito à conformidade com sua função social.

Outros autores, no entanto, criticam a teoria finalista de Josserand, dentre eles, Cunha de Sá. Segundo este autor³¹ o elemento objetivo acaba se subsumindo no 'motivo legítimo do agente'. Assim, a teoria finalista não conseguiria abandonar o plano da metajuridicidade que constitui os espíritos dos direitos subjetivos, ou seja, o fim social presente em cada direito constitui uma noção metajurídica, exterior ao próprio direito subjetivo.

As críticas de Giorgianni, por outro lado, situam-se, principalmente, na questão da dificuldade de separar o abuso de direito do ato ilícito, a partir da

³⁰ " *Propone Josserand para caracterizar el acto abusivo lo que dio llamar el criterio funcional o finalista, el mismo que conjuga la desviación del derecho de su específica función social, en cuanto elemento objetivo, con motivo ilegítimo del agente, el que configura el factor de carácter subjetivo*" (SESSAREGO, Carlos Fernández. Op.cit. p. 132/133.)

³¹ "...a construção de Josserand não consegue ainda totalmente afastar-se de uma visão metajurídica do direito, porque metajurídicos são também os vários espíritos dos diversos direitos subjetivos, que constituem para Josserand, como já tive oportunidade de salientar, uma espécie de direito natural ou superlegalidade de conteúdo variável. O espírito de cada direito, identificado com a sua finalidade social, é considerado, assim, como algo de exterior ao mesmo direito, em vista do qual se torna meio ou instrumento e pelo qual se fundamenta e justifica, enquanto permite realizar essa mesma finalidade social." (CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. Abuso de direito, Lisboa: Petrony, 1973. p. 417/418.)

teoria finalista de Josserand. De acordo com a tese criticada, o ato abusivo é contrário ao direito objetivo e, por conseguinte, por constituir-se fonte de responsabilidade civil, confundir-se-ia com o ato ilícito. Deste modo, não se chegaria a uma concepção autônoma de abuso de direito.

Alguns autores criticam, ainda, a teoria de Josserand porque, uma vez que não rompeu o vínculo com vontade do sujeito, mantém o caráter individualista dos direitos subjetivos. Logo, serviria de instrumento aos interesses sócio-econômicos dos grupos dominantes.

Ressalte-se, por outra lado, que as críticas não podem ser vislumbradas isoladamente às contribuições trazidas pela teoria de Josserand. Pode-se dizer que foi esta teoria a precursora da investigação de elementos de ordem objetiva à caracterização do abuso de direito, possibilitando desta sorte, uma maior limitação ao exercício abusivo dos direitos, considerando que salienta a irrelevância da intenção do agente à caracterização do abuso.

Seguindo a linha iniciada pela teoria finalista de Josserand, Saleilles formulou uma teoria segundo a qual *“haveria abuso de direito no exercício anormal do direito, exercício contrário ao destino econômico ou social do direito subjetivo, exercício reprovado pela consciência pública e que ultrapassa, conseqüentemente, o critério do direito, pois que todo direito, do ponto de vista social é relativo”*³².

Sob esta ótica, o abuso de direito poderia ser identificado objetivamente, quando o direito for exercido contrariamente ao fim econômico e social do direito. Observa-se, aqui, a prevalência do pensamento dominante, ou seja, em que pese sustentar-se a relativização do direito subjetivo, busca-se um critério infalível para se identificar o ato abusivo, privilegiando o patrimônio ao social.

Saleilles abandonou o critério objetivo inicialmente proposto, substituindo-o por um critério subjetivo. Esta teoria foi bem aceita à época, inclusive por Clóvis Beviláqua, que defendeu sua recepção no Código Civil Brasileiro de 1916.

Há, ainda, em Cornil e Champion, teorias que fundamentam os critérios propostos na ruptura do equilíbrio de interesses. Todavia, uma abordagem mais

³² CARVALHO SANTOS, J.M. Código civil brasileiro interpretado. 14 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984, v. 3 . p. 348.

profunda acerca das referidas teorias extrapolaria os fins do presente trabalho, além disso, acredita-se que esta seja uma discussão praticamente superada.

2. Reflexões Contemporâneas sobre o Abuso de Direito

Uma vez efetuado um sobrevôo pelas teorias que mais influenciaram a evolução do instituto, cumpre trazer à colação alguns aspectos que propugnam pela a autonomia do abuso de direito, culminando em uma noção contemporânea.

Neste sentido, pretende-se obter uma noção do abuso de direito, comparável a uma figura geométrica sustentada por três arestas. De um lado, tem-se a “forma” dada pelo legislador, mas que também oferece possibilidades. De outro lado, o olhar crítico e atual do doutrinador, que mediante as possibilidades, poderá atribuir conteúdo adequado às normas. Por um outro, ainda, dando equilíbrio à figura, tem-se a vontade do julgador de aplicar Justiça ao caso concreto.

Na tentativa de lograr um mínimo de êxito no presente trabalho, ainda que ciente das limitações de uma monografia de graduação, colhe-se a inspiração na lição do insigne Prof. Luiz Edson Fachin:

“ A construção de possibilidades, recuperando alavancas de sustentação dentro do próprio sistema jurídico, pode ser um caminho para enfrentar a crise que afeta o Direito contemporâneo, apreendendo-se nela um papel criativo e propício às verdadeiras transformações. Não se eleve tal proposta à solução apriorística nem modeladora de procedimentos; percorre, tão-somente, os desígnios de uma hipótese que não se reduz a reproduzir saberes ou a promover exegese estéril”.³³

2.1. Reforçando a distinção entre Abuso de Direito e Ato Ilícito

As primeiras teorias desenvolvidas acerca do abuso de direito consideravam-no, simplesmente, como ato ilícito, havendo, portanto, uma identidade nas sanções previstas para ambos.

Contudo, consoante se tem defendido na melhor doutrina, o abuso de direito difere do ato ilícito, já em sua origem. Assim, em que pese a antijuridicidade do ato abusivo, ele não é, formalmente, um ato ilícito, pois, a princípio era amparado por um direito subjetivo.

³³ FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. p. 303

Originariamente existia um direito subjetivo que amparava a conduta do sujeito, de tal modo que o ato, em sua origem, não era ilícito. Isso significa que, não é um ilícito formal, porquanto não contraria diretamente uma norma positivada. Todavia, traduz uma ilicitude material ao transgredir um dever jurídico genérico de não praticar a conduta abusiva, é neste sentido a lição do eminente jurista peruano:

“ Por nuestra parte estimamos que el acto abusivo, que se sustenta originariamente en un derecho subjetivo, es un acto ilícito en la medida en que, a través de una conducta antisocial – o una omisión de la misma naturaleza -, se transgrede un genérico deber jurídico recogido normativamente por el ordenamiento positivo y que, como tal, se halla presente en todas las situaciones jurídicas subjetivas de carácter patrimonial. La ilicitud del acto abusivo es específica, ‘sui generis’, por lo que se aparta de las reglas de la responsabilidad para constituir una figura autónoma.”³⁴

Deve-se mencionar, que alguns ordenamentos trazem a previsão legal expressa da proibição do abuso de direito, como é o caso do Código Civil Português de 1967, em seu art. 334. O mencionado artigo prevê: “ *É ilegítimo o exercício de um direito, quando seu titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pela finalidade social ou econômica do direito*”. Logo, ainda que a lei o tenha designado de *ato ilegítimo*, não restam dúvidas, nestes casos, quanto à recepção da teoria do abuso de direito. Por interpretação da lei, conclui-se que a conduta que inobservar os limites gerais ou específicos do exercício dos direitos subjetivos³⁵ pode ser, no primeiro caso, um ato abusivo e, no segundo, um ato ilícito.

Cabe aqui, portanto, o seguinte contraponto: se no direito português há previsão expressa na lei, que limita o exercício do direito à sua adequação aos princípios da boa fé e dos bons costumes, bem como, ao fim social e econômico de cada direito, no direito brasileiro, o art. 160, I do CCB, não faz referência explícita aos limites supramencionados, sendo o abuso de direito, aqui, criação doutrinária e jurisprudencial, a partir da hermenêutica jurídica.

³⁴ SESSAREGO, Carlos Fernández. Op.cit. p. 139;

³⁵ “ *Do enunciado, por dedução, retira-se que a boa-fé e os bons costumes impõem ou podem impor, limites ao exercício dos direitos e que estes têm, ou podem ter, um fim social e econômico o qual, por seu turno, limita também, ou pode limitar, o seu exercício. Este último limite é específico- cada direito tem ou pode ter o seu fim social ou econômico; os dois primeiros são*

Assim, a partir do o artigo 160, I do CCB (“*Não constituem atos ilícitos: I- os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito;*”), conjugado com o disposto nos artigos 4º³⁶ e 5º³⁷ da Lei de Introdução ao CCB, que são, atualmente, os precedentes normativos contra o abuso de direito.

No Brasil, a interpretação do dispositivo do qual se extrai a consagração da limitação ao ato abusivo é feita de modo indireto³⁸. Ainda assim, parece possível a utilização das doutrinas acima referenciadas no Brasil. Deste modo, pode-se dizer que o ato ilícito é a conduta humana que transgredir objetivamente uma proibição específica do ordenamento jurídico. Por outro lado, existem proibições genéricas, as quais não poderiam estar explicitamente descritas no ordenamento, haja vista a impossibilidade de se esgotar a realidade.

Assim, o ato abusivo, apesar da aparência de legalidade - visto que não contraria direta e explicitamente o ordenamento-, consiste numa transgressão a um dever genérico³⁹. A partir do exposto, conclui-se que a conduta descrita como um ato abusivo constitui um ato ilícito especial, um ato ilícito *sui generis*⁴⁰.

Cumprido trazer à colação do presente trabalho, a doutrina de Virgílio Giorgianni, citado por Cunha de Sá⁴¹, para quem o ato ilícito é qualificado por uma valoração normativa, de sorte que, quando há uma norma expressa proibindo especificamente a realização de determinado ato, ao praticar-se a referida conduta proibida, está-se diante de um ato ilícito.

gerais: a boa fé e os bons costumes não emergem, na fórmula legal, de cada direito em si.” (MENEZES E CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. Da boa fé no direito civil. p. 661.)

³⁶ “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

³⁷ “Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”

³⁸ AMARAL, Francisco. in Direito civil – introdução, 3ª. ed. Rev., Aum. E Atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p 206.

³⁹ “ *Es obvio que en ordenamiento jurídico existen prohibiciones ‘específicas’, precisas, puntuales. Pero, al lado de ellas encontramos también prohibiciones ‘genéricas’, que comprenden un amplio espectro de conductas, sin referencia o descripción de cada una de ellas.’..... “El acto abusivo se convierte, así, en la transgresión de un deber genérico, derivado de una prohibición, también genérica.”* (SESSAREGO, Carlos Fernández. *op.cit.* p. 137.)

⁴⁰ “ *Si bien la expresión utilizada para describir la conducta conceptualmente designada como ‘abuso del derecho’ podría hacer dudar sobre la ilicitud del acto, cabe señalar, sin embargo, que esta ilicitud, que supone la transgresión de un deber jurídico genérico, es característica, especial, sui generis, en virtud de su origen y de su peculiar desarrollo.”* (SESSAREGO, Carlos Fernández. *op.cit.* p. 148.)

⁴¹ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *op. cit.* p. 332.

Em contrapartida, existem condutas não reguladas especificamente, porém, não pertencem ao rol das condutas juridicamente livres, são os atos abusivos. São condutas que contrariam proibições de caráter geral, pelo que, entende-se ser o abuso de direito uma figura intermediária entre o ato lícito e o ilícito.

Para o Sessarego “*O problemático reside, por consequência, em saber a razão pela qual o ato abusivo não consistiria em um especial tipo de ilicitude, senão em uma nova categoria situada entre o lícito e o ilícito*”⁴². Logo, sem embargo das terminologias distintas, as teses defendidas por Sessarego e Giorgianni não são incompatíveis entre si, pois, ambos entendem que o abuso de direito é autônomo em relação ao ato ilícito.

Também Cunha de Sá⁴³, ao abordar o tema, afirma que o ato abusivo não é um ato lícito, nem tampouco ilícito. Trata-se de um ato com características próprias, uma figura autônoma e intermediária entre ambos. Afirma, por fim, que é possível distinguir o ato ilícito do ato abusivo, ainda que ambos consistam em comportamentos antijurídicos, passíveis de responsabilidade civil.

Ressalte-se, todavia, que no ato ilícito ocorre uma contradição entre fato e norma, ou seja, o agente viola um direito subjetivo alheio ou uma disposição de lei que tutele interesses alheios – limites formais do direito. Por outro lado, o ato abusivo, é assim caracterizado, porque viola os fundamentos teleológicos, funcionais ou materiais de um direito próprio. Assim, ainda que aparentemente apresente-se como lícito, o ato abusivo é contrário aos limites axiológico-materiais do direito.

Destarte, pode-se dizer que, nos casos em que não houver previsão proibitiva específica, o ato (ou omissão) abusivo será caracterizado pela transgressão de um dever genérico, limites impostos ao exercício do direito subjetivo.

⁴² Tradução livre de “*Lo problemático reside, en consecuencia, en saber la razón por la cual el acto abusivo no consistiría en un tipo de ilicitud, sino en una nueva categoría ubicada entre lo lícito y lo ilícito.*” (SESSAREGO, Carlos Fernández. Op.cit. p. 142.)

⁴³ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto, *op. cit.* p. 494 e ss..

Expostas as teorias que defendem a independência do abuso de direito frente ao ato ilícito, cabe agora, fazer algumas considerações acerca da elaboração da teoria do abuso de direito fora, também, do direito subjetivo.

2.2. Outras Questões Polêmicas em Relação ao Abuso de Direito

Na lição de Cunha de Sá, tanto o ato ilícito, como o ato abusivo, é pressuposto da responsabilidade civil, sem embargo da possibilidade da verificação de ambos sem que tenha havido dano resultante do comportamento ilícito ou abusivo.

Cabe, neste contexto, a ressalva de que o ato abusivo não pressupõe a culpa, ou seja, tem-se defendido a objetivação do ato abusivo. Deste modo, em que pese a culpa já ter sido pressuposto do ato abusivo - teorias subjetivistas-, atualmente, a culpa já não se faz necessária à configuração do abuso.

A objetivação da configuração do ato abusivo é coerente com as tendências civilísticas atuais, as quais têm propugnado pela superação progressiva do dogma da vontade livre, que se constituía fundamento do sistema liberal.

O ato abusivo difere ainda do ato ilícito em relação às conseqüências dos referidos comportamentos, em que pesem os entendimentos contrários. Cunha de Sá⁴⁴ menciona alguns doutrinadores que defendem a identidade entre o ato ilícito e o ato abusivo, por entenderem que as conseqüências são idênticas, ou seja, o dever de indenizar está presente em ambos os comportamentos.

Entretanto, deve-se ressaltar que para que do ato abusivo resulte a responsabilidade civil é necessário haver o dano e o nexo de causalidade entre o ato e o referido, sem o que, não há o dever de indenizar. Saliente-se ainda, com relação às sanções impostas aos atos abusivos, que nem sempre será a responsabilidade civil, principalmente diante da visão mais ampliada da noção de abuso de direito, extensivas a todos os direitos subjetivos. Neste sentido, Ricardo Luis Lorenzetti, que entende que os efeitos dos atos abusivos são amplos:

⁴⁴ CUNHA, de Sá, Fernando Augusto, *op. cit.* p.488 e ss

*“privación de efectos del acto abusivo, improponibilidad objetiva de la acción, tutela resarcitoria e inhibitoria”*⁴⁵.

Há casos, portanto, em que a sanção poderá ser direta ao infrator⁴⁶, compelindo-o a restaurar o *status quo ante*, situação em que colocar-se-á fim à conduta abusiva, ou, em outros casos, restará a sanção indireta, a qual resultará na responsabilidade civil.

Deste modo, a título exemplificativo das sanções que não se resumem à responsabilidade civil, faz-se referência: quando o ato abusivo estiver presente nos negócios jurídicos, pode-se declarar a nulidade ou anulabilidade do próprio ato. Em relação aos conflitos de vizinhança decorrentes de ato abusivo de proprietário de imóvel, cabe trazer à colação a lição de Orlando Gomes, citado por Rosana Fachin⁴⁷, segundo o qual, o vizinho pode se valer dos meios judiciais para compelir o proprietário: *“a) a lhe indenizar; b) a fazer cessar os efeitos do uso nocivo da propriedade; c) a impedir que o dano seja feito”*⁴⁸.

Deve-se citar, ainda, o exemplo de abuso da autoridade parental, diante do qual, a suspensão ou, em casos extremos, até a perda desta autoridade surtiria maior eficácia. Conclui-se, portanto, que não procede a afirmação de que as sanções são idênticas, em que pese não residir nas referidas sanções a possibilidade de se afirmar sobre a autonomia do abuso de direito.

Para se firmar o caráter autônomo do abuso de direito, faz-se necessário delinear-lo, também, fora do direito subjetivo. Todavia, esta externalidade é polêmica e, fazendo-se necessária uma maior reflexão acerca das teorias sobre o abuso de direito.

A questão foi suscitada na crítica desferida por Menezes de Cordeiro⁴⁹ às teorias internas sobre o abuso de direito, em especial às teorias de Cunha de Sá

⁴⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. Nuevas fronteras Del abuso de derecho (situaciones jurídicas lesivas de libertades. Tutela del mercado y amparo). RT/ Fasc. Civ., Año 85, v. 723, janeiro de 1996. p. 61

³⁵ *“A sanção para o abuso de direito depende da natureza do ato que provém, ressaltando-se a circunstância de que o direito considera o ato abusivo, de maneira geral, ato ilícito”*. (AMARAL, Francisco. in Direito civil – introdução, 3^a. ed. Rev., Aum. E Atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p 208.)

⁴⁷ FACHIN, Rosana e FACHIN, Luiz Edson. Dos conflitos de vizinhança, Revista Jurídica Themis, 1980. p 201.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ MENEZES E CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha, *op. cit.* p. 861 e ss.

e Castanheira Neves. Em relação a este, Menezes de Cordeiro ressalva que “O abuso, em concreto, varia consoante o direito subjectivo em causa; uma independência total seria indefendível”⁵⁰.

Em relação à teoria de Cunha de Sá, Menezes de Cordeiro assim a sintetiza: “os direitos subjectivos seriam estruturas formais dobradas de valores; o abuso residiria na observância das primeiras e na violação dos segundos” e assevera, “Também aqui não se vê que outra operação possa proporcionar o ‘fundamento axiológico imanente’ de cada direito que não a interpretação, ainda que enriquecida, no método, até o infinito”⁵¹.

Em suma, entende Menezes de Cordeiro, diante das teorias supramencionadas, que, se os valores inerentes ao direito subjectivo que, quando violados, passam a configurar o abuso de direito, logo, não parece possível compreender um conteúdo material do abuso de direito, externo ao direito subjectivo. Trata-se de uma “estrutura geométrica formal” do abuso. Diante disso, denominou as referidas teorias de “axiologismo formal”⁵².

Para este autor, o axiologismo formal acaba por negar a própria autonomia do abuso de direito, pois, teoricamente apenas amplia o nível regulativo dos direitos subjectivos, e, na prática, reduz-se a mais um problema de interpretação, o que nada mais é, do a negação do próprio abuso.

As críticas de Menezes de Cordeiro para com as teorias internas se justificam, porquanto se faz necessário conformar cada direito subjectivo, delineando seu conteúdo material, para que se identifique o ato abusivo diante da inobservância das funções e/ou valores que lhe são inerentes.

É no sentido da inaplicabilidade prática destas teorias e, por conseguinte, das teorias do abuso de direito que o referido autor critica as teorias internas.

Por outro lado, em que pesem as teorias externas permitirem uma identificação de valores gerais ou funções genéricas, sem que se faça necessária a interpretação de cada direito, para Menezes de Cordeiro, essas teorias

⁵⁰ MENEZES E CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha, *op. cit.* p. 869.

⁵¹ MENEZES E CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha, *op. cit.* p. 869

⁵² MENEZES E CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha, *op. cit.* p. 870

*“implicam, muito forte, a possibilidade de reduzindo o abuso a uma limitação jussubjectiva comum, negar-lhe qualquer autonomia dogmática.”*⁵³

Nada obstante, nas teorias externas é possível se valer dos princípios da boa fé e dos bons costumes como limites externos ao exercício dos direitos subjetivos em geral. Deste modo, seria possível, com generalidade, identificar quando se estaria diante de um ato abusivo, ao contrário do que ocorre com as teorias internas, em que isso só seria possível diante do caso concreto.

Porém, o mencionado autor não entende que a solução estaria nas teorias externas, pois nestas também haveria a negação do abuso⁵⁴. O fato é que, sendo externos, os limites autonomizam o abuso, contudo, não há limites genéricos, mas sim, “disposições limitativas”. Os limites efetivos são identificados no caso concreto⁵⁵. Esta afirmação não implica uma aceitação das teorias internas como elas se apresentam, mas tão somente em um reconhecimento que, se o abuso de direito, dependente dos princípios ou cláusulas gerais, em especial à da boa fé, “*não pode deixar de ser tido por limitação interna*”⁵⁶.

De toda esta polêmica, sem embargo de sua insofismável relevância técnico-teórica, diante dos objetivos do presente trabalho, a maior contribuição da teoria de Menezes de Cordeiro estaria na aplicação prática à proibição do ato abusivo. Neste aspecto, ao estruturar a sua teoria externamente ao direito subjetivo, pela fórmula do “*exercício inadmissível de posições jurídicas*”⁵⁷, possibilitou a aplicação da proibição às situações que não se enquadram na moldura de direito subjetivo.

Esta questão foi amplamente debatida pelas teorias que tentaram explicar o fenômeno dos atos abusivos. Em especial as teorias subjetivistas, sempre negaram a possibilidade da aplicação à determinada classe de direitos e a das

⁵³ MENEZES E CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha, *op. cit.* p. 866

⁵⁴ “As teorias externas redundam pois, em primeira linha, numa negação do abuso: estão em causa limites ao direito subjectivo que, quando ultrapassados, colocam o titular exercente fora do âmbito jussubjectivo permitido. Não havendo direito não há que falar em abuso deste.” (MENEZES E CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha, *op. cit.* p. 875)

⁵⁵ MENEZES E CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha, *op. cit.* p. 876

⁵⁶ MENEZES E CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha, *op. cit.* p. 878

⁵⁷ “*Há efectivo exercício inadmissível de posições jurídicas, como instituto jurídico autónomo, se a análise das decisões concretas, passada pelo crivo da Ciência do Direito, demonstrar a ocorrência de delimitações jussubjectivas às restrições comuns.*” MENEZES E CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha, *op. cit.* p. 880

prerrogativas individuais. De modo geral, as proposições que negavam a aplicação da teoria do abuso de direito a certas classes de direitos e prerrogativas, acabavam por privilegiar a concepção de direito em seu sentido absoluto, justamente o que não se deseja obter.

Hoje isso não mais se sustenta. A teoria do abuso de direito assume grande importância na atualidade, principalmente, em função da mudança paradigmática instituída pela Constituição, que coloca no vértice do ordenamento, princípios como o da solidariedade e da dignidade da pessoa humana. Neste contexto, vivencia-se uma ampliação na aplicabilidade da teoria do abuso, estendendo sua aplicação a direitos e prerrogativas, anteriormente tidos como “imunes” a qualquer limitação estranha aos interesses de seu titular.

Abrem-se novas fronteiras à aplicação do abuso de direito, a teoria que surgiu tímida, aplicável a direitos específicos, vai conquistando importância prática. Atualmente já se vê como possível sua aplicação a uma série de prerrogativas individuais⁵⁸, alheias ao conceito de direito subjetivo, que anteriormente ficavam destituídas de limites. Neste sentido também a lição de Ricardo Luis Lorenzetti⁵⁹, que acredita que a teoria do abuso de direito, “*apesar de ter surgido em campos específicos, tem adquirido uma generalidade tal, que passou a ser aplicável a numerosas questões no âmbito jurídico*”.

Diante do acima exposto, sem embargo da externalidade proposta ao abuso de direito em relação ao direito subjetivo, a importância do estudo da noção de direito subjetivo (ou melhor, da situação subjetiva⁶⁰) permanece, a fim de possibilitar uma melhor compreensão do abuso de direito da maneira como se pretende.

2.3. Do Conceito de Direito Subjetivo à Noção de Situação Jurídica Subjetiva

⁵⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *op.cit.* p. 97.

⁵⁹ Tradução livre do trecho: “*Si bién surgió en campos específicos, há adquirido una generalidad tal, que resulta aplicable a numerosas cuestiones en el ámbito jurídico*”. (LORENZETTI, Ricardo Luis. *op. cit.* p.59)

⁶⁰ “No vigente ordenamento não existe um direito subjetivo...” e prossegue “ O que existe é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações

Grande parte das doutrinas mencionadas neste trabalho estrutura-se a partir da noção de que o abuso de direito resulta do exercício (ou do não exercício) irregular de um direito. Logo, tratam-se de construções elaboradas a partir de pressupostos categóricos que admitem a existência do sujeito de direito e, conseqüentemente, do direito subjetivo⁶¹, imanente ao sujeito de direito e passível de por ele ser exercido.

Cabe ressaltar, no decorrer deste capítulo, algumas construções doutrinárias que, mediante uma releitura do Direito Civil clássico, possibilitam uma repersonalização⁶² do Direito Civil. Por outras palavras, coloca-se no centro do ordenamento o “sujeito concreto”, em detrimento daquela categoria jurídica abstrata do sujeito de direito codificado⁶³. Essas alterações conceituais, que no Brasil se solidificaram com a Constituição de 1988, influenciaram diretamente a noção oitocentista de direito subjetivo.

O conceito de direito subjetivo não foi alvo de grande atenção no direito romano, sendo fruto de construções doutrinárias que se iniciaram na Idade Média, consolidando-se na pandectista alemã do séc. XIX.

para o titular”.(PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil, introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. p. 121/122)

⁶¹ Entenda-se aqui, como direito subjetivo em um sentido *lato*, que abarque as diversas possibilidades, e terminologias, aos direitos conferidos ao sujeito.

⁶² “ Nomeadamente o direito positivado, é profundamente histórico e contextualizado. Assim procedendo, ele opera a definição de uma moldura que se assenta em um juízo de inclusão e de exclusão, segundo esses valores dominantes, por meio de categorias jurídicas. Tratar da configuração clássica do sujeito e das transformações conceituais pelas quais o sujeito passou constitui uma tentativa de localizar, nestes dois últimos séculos, o indivíduo abstratamente considerado, elevado ao patamar da juridicidade no que se designou sujeito. Ao final do Séc. XX, portanto, séculos depois da vigência do estatuto moderno fundamental da apropriação dos bens, da titularidade e do sujeito – o Código Civil napoleônico - , esboça-se uma tentativa de superação do sujeito abstrato, com a construção do sujeito concreto, agregando-se àquela noção de cidadania. Eis aí o porvir do Direito Civil.

Sujeito concreto e cidadania não se assentam na razão de uma compreensão exclusivamente abstrata do sujeito: passa a ter sentido o plano de seu conteúdo, bem como, suas projeções concretas.” (FACHIN, Luiz Edson *in* Teoria crítica do direito civil, *op. cit.* p.187.)

⁶³ “ A primazia da mente sobre o corpo e a valorização do intelecto como instrumento para a compreensão e dominação do mundo da natureza, para a Filosofia Moderna, implicou a perda de importância da dimensão corporal do homem também para o Direito. Tanto é que se admite a existência de pessoas sem corpo, as pessoas jurídicas, resultantes da personificação de um patrimônio. Verifica-se, portanto, no plano ontológico e axiológico, a absoluta ruptura entre as funções intelectivas e o corpo, porque se concebe a existência jurídica de pessoa que não é ser humano. Pessoa é pois, para o Direito moderno, um conceito operacional” (GEDIÉL, José Antônio Peres. *Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano*. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p 63.)

Para o conceptualismo do século XIX, prevalecia a idéia de que o direito subjetivo era uma faculdade de agir, *facultas agendi*. Em contrapartida aos direitos subjetivos, estão os direitos objetivos, *norma agendi*. Estes, por preverem condutas permitidas e proibidas, para parte da doutrina, criaram os direitos subjetivos. Por outro lado, para outra parte da doutrina, os direitos objetivos existem para garantir os subjetivos. Logo, uns não poderiam existir sem os outros.⁶⁴

A partir destes pensamentos, surge um direito subjetivo marcado pelo conteúdo normativo, assim, seja na expressão de Windscheid, como “poder ou o domínio da vontade conferido pela ordem jurídica” ou, a partir do conceito de Ihering que o definiu como “interesse juridicamente protegido”⁶⁵, depara-se com estreito liberalismo⁶⁶.

Contrapondo-se às referidas teorias, surgem teorias negando a existência do próprio direito subjetivo. Dentre elas pode-se citar as teorias positivistas de Kelsen e Duguit. De acordo com o primeiro, a negação do direito subjetivo funda-se na inexistência de um direito ou pretensão do indivíduo, haja vista, este direito não é outra coisa senão o dever do outro ou dos outros⁶⁷, ao que chamou direito reflexo.

Assim, Kelsen propôs um conceito unitário de direito como norma, afastando, em sua teoria, tanto a possibilidade como a utilidade do conceito de direito subjetivo⁶⁸.

⁶⁴ GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998. p.107.

⁶⁵ *Idem*. p.107.

⁶⁶ “ *Consiste, assim, no instrumento de realização do individualismo jurídico, tanto na vertente política, o liberalismo, quanto na econômica, o capitalismo, como se pode depreender da própria evolução histórico-doutrinária do conceito.*” (AMARAL, Francisco, *op. cit.* p. 185)

⁶⁷ “ *Esta situação, designada como ‘direito’ ou ‘pretensão’ de um indivíduo, não é porém, outra coisa senão o dever do outro ou dos outros. Se, neste caso, se fala de um direito subjetivo ou de uma pretensão de um indivíduo, como se este direito ou esta pretensão fosse diverso do dever do outro (ou dos outros), cria-se aparentemente duas situações juridicamente relevantes onde só uma existe.*” (KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 2ªed., São Paulo, Martins Fontes, 1987. p. 140.)

⁶⁸ KELSEN, Hans. *op. cit.* p.204. “ *A Teoria Pura do Direito afasta este dualismo ao analisar o conceito de pessoa como a personificação de um complexo de normas jurídicas, ao reduzir o dever e o direito subjetivo (em sentido técnico) à norma jurídica que liga uma sanção à determinada conduta de um indivíduo e ao tornar a execução de sanção dependente de uma ação judicial a tal fim dirigida, quer dizer: reconduzindo o chamado direito em sentido subjetivo ao Direito objetivo.*”

Quanto ao positivismo sociológico de Duguit, agir conforme o direito não é exercer um direito subjetivo, haja vista, este “representa a supremacia da vontade individual sobre a dos demais sujeitos”⁶⁹. Do mesmo modo, praticar um ato, cujo objeto não é em si contrário ao direito, se o fim for ilícito, estar-se-á violando o direito objetivo⁷⁰. Em face das referidas afirmações, ao negar o direito subjetivo, conseqüentemente, este autor não só negou o abuso de direito, como afirmou que este é a maior prova da inexistência do direito subjetivo.

Diga-se ainda, que para este teórico, o direito subjetivo carece de sentido, pois um indivíduo não pode possuir direitos vistos individualmente, haja vista, não é um ser isolado, mas sim, é um ser social. Logo, o indivíduo não pode ser concebido isoladamente, mas sim, frente ao direito objetivo, às regras jurídicas⁷¹.

A teoria de Duguit, por outro lado, apesar de atacar a supremacia da vontade individual estabelecida pelo direito subjetivo, deve ser relida, porquanto não considera o indivíduo em sua bidimensionalidade⁷², ou seja, em sua dimensão individual e em sua dimensão social.

Duguit era discípulo de Comte, desta forma, ao elaborar sua teoria, inspirou-se na teoria dos “três estados” (estado teológico, estado metafísico e o estado positivo). Logo, como o direito subjetivo não se enquadrava em nenhum dos estados, sendo expressão da supremacia da vontade individual, negou-o veementemente.

Em que pesem as divergências teóricas acima expostas, o conceito de direito subjetivo⁷³ conquistou espaço e consagrou-se no direito ocidental, formando-se, somente a partir deste, a idéia de abuso de direito. Assim, já não persiste o conceito elaborado no auge do individualismo, referido por Orlando

⁶⁹ AMARAL, Francisco, op. cit. p. 187.

⁷⁰ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *op cit.* p.298.

⁷¹ SESSAREGO, Carlos Fernández. *Op.cit.* p. 62. A propósito, o autor ao referir-se ao pensamento de Duguit: “ *El derecho subjetivo, en su opinión, carece de sentido pues no puede concebirse a su titular, al individuo, como un ente aislado, dotado de derechos subjetivos, sino como un ser social ‘situado’ frente al derecho objetivo, ante las reglas jurídicas*”

⁷² SESSAREGO, Carlos Fernández. *Op.cit.* p. 62.

⁷³ “ *Apenas um refinar permanente do direito subjetivo, elevado à categoria fundamental do jusprivatismo, possibilita a idéia de abuso de direito*”. E ainda, “*Estão implicados os aspectos técnicos jurídicos e significativos ideológicos: ambos contribuem para centrar o pensamento jurídico no direito subjetivo e, daí, para formar a idéia do seu abuso*”. (MENEZES E CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha, *op. cit.* p. 683.)

Gomes, segundo o qual o direito subjetivo é “*um interesse protegido pelo ordenamento jurídico mediante um poder atribuído à vontade individual*”⁷⁴.

As modificações e relativizações sofridas pelo conceito, desde sua consolidação legal até a atualidade, são inegáveis. O direito subjetivo extraído do Código de Napoleão, expressão máxima do direito absoluto, não possibilitava a punição do abuso de direito⁷⁵. As primeiras decisões jurisprudenciais francesas que condenavam o abuso de direito não puderam, portanto, fundamentar-se em dispositivos legais. Não se fundaram também em “*elementos da tradição romanística*”⁷⁶, as primeiras decisões traziam fundamentos diversos, aleatórios, demonstrando a necessidade social de revisão do conceito.

Um estudo mais detalhado e com tentativa de uniformização dos fundamentos teria que advir da doutrina, que também não tinha como se fundamentar na lei. Dentro deste contexto que se revelam, com grande importância, as doutrinas negadoras do próprio direito subjetivo.

Neste sentido, é mister salientar que o pensamento kelseniano contribuiu de alguma forma para a relativização dos direitos subjetivos. Pois, ao propugnar a inexistência do direito subjetivo, que consistiria apenas num reflexo do dever jurídico, confirmou a ausência do cunho nitidamente egoísta do direito subjetivo, submetido a um limite externo, qual seja, a coletividade organizada sob a forma estatal⁷⁷.

Não se pode negar as contribuições trazidas pela teoria de Duguit ao ocaso da noção de direito subjetivo como absoluto. Não obstante, na atualidade,

⁷⁴ GOMES, Orlando. *op. cit.*. p.108.

⁷⁵ “ O Código de Napoleão não compreende, no seu articulado, qualquer referência ao abuso de direito. Em contrário, não deve considerar-se nem a consagração de certos limites aos direitos subjectivos – incluindo ao direito de propriedade - nem a existência de uma cláusula geral de responsabilidade civil- art. 1382: no primeiro caso, a violação redundava não em abuso, mas na inobservância das normas limitativas; no segundo, depara-se um instituto que, podendo estatuir em função de práticas abusivas, não comporta, definida, uma previsão de abuso”.(MENEZES E CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha, *op. cit.* p. 677/678.)

⁷⁶ MENEZES E CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha, *op. cit.* p 678.

⁷⁷ Contudo, deve-se ressaltar que, muito embora a instigante coerência teórica deste pensamento, ele reduz o direito à pura normatividade, excluindo deste os valores e demais relações da vida social, pois, alheios à realidade jurídica, compõem o plano da metajuridicidade. Além disso, a sua pretensão à definitividade do seu modelo de ciência jurídica demonstradamente não correspondem à realidade, de sorte que as contribuições teóricas deste autor devem ser vistas com os olhos da contemporaneidade.

seja aceito sob uma nova dimensão⁷⁸, o direito subjetivo não é negado pela doutrina majoritária. Nesta esteira, aquela concepção tradicional de direito subjetivo - fruto da ideologia individualista e liberal - vem gradativamente cedendo espaço à noção contemporânea de “situação jurídica subjetiva”, na qual não se nega por completo o direito subjetivo, mas sim, admite-o numa concepção mais solidária.

A releitura do Direito Civil, em especial, a partir da Constituição de 1988, exige uma visão mais ampliada de direito subjetivo. Sob a nova ótica, sem embargos dos *direitos subjetivos impróprios*, no mais das vezes, o direito subjetivo pressupõe a coexistência de direito e deveres⁷⁹.

Logo, ao lado do direito subjetivo, juntamente com a sua titularidade, encontram-se “os deveres, específicos ou genéricos, que limitam seu uso, em nome do respeito à liberdade dos outros, do cumprimento de seus projetos de vida, dos direitos e interesses alheios. Se não for assim, não existiria convivência justa, segura, solidária, pacífica.”⁸⁰

Desta maneira, a concepção de “situação jurídica subjetiva” não nega a existência do direito subjetivo, mas sim complementa aquela concepção unidirecional⁸¹, de sorte que, o direito subjetivo liga-se a um dever específico ou genérico. Quando se transgride o dever específico, está-se diante de um ato ilícito, enquanto que ao se transgredir um dever genérico de ação ou abstenção, está-se diante de um ato ou omissão abusivos.

⁷⁸ “ Refuta-se esta negação, quer no plano da teoria do direito, quer nos direitos contratuais; admite-se o direito subjetivo, mas este, ao ser admitido, apresenta-se numa diferenciada configuração. Uns são tidos como direitos subjetivos impróprios, também chamados de potestativos. E outros, num quadrante bem diferenciado, são os direitos personalíssimos. Ambos ligados à expressão do ser humano.” (FACHIN, Luiz Edson in Teoria crítica do direito civil. p.101.)

⁷⁹ “ É nessa perspectiva que o direito subjetivo implica a coexistência de direito e deveres. Esta coexistência deixa de se apresentar quando, num dos pólos, há um direito mas, no outro, há, necessariamente, um dever que, ao continuar sendo um direito subjetivo passa a ser um direito subjetivo impróprio. Potestativo direito que emerge de um poder que se impõe perante outrem, e que implica esse juízo de quase sujeição.”(FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica...op. cit p.101.)

⁸⁰ Tradução livre do trecho “...aparecen deberes, específicos o genéricos, que limitan su uso en aras del respto a la libertad de los ‘otros’, Del cumplimiento de sus proyectos de vida, de los derechos e intereses ajenos. Si ello no fuera así no existiría convivencia justa, segura, solidaria, pacífica.”(SESSAREGO, Carlos Fernández. op.cit. p.62)

2.4. A Noção de Abuso de Direito como Transgressão de um Dever Genérico

A partir das informações acima é possível proceder a distinção entre o ato ilícito e o abuso de direito, ou seja, afirmar sobre a autonomia deste último. Assim, em que pese ambos se constituírem comportamentos antijurídicos, cabe frisar que os limites violados nestas figuras são claramente distintos.

Partindo-se da noção de situação jurídica subjetiva é que se compreende o abuso de direito como um ato ilícito *sui generis*, a partir do momento em que se transgride uma “fundamental norma de convivência social”⁸², da qual se extrai o dever de não prejudicar o interesse alheio ao exercer um direito próprio.

Enquanto no ato ilícito ocorre uma ofensa de uma norma específica do direito, que tutela interesse alheio, o que, em conformidade com Orlando Gomes⁸³, ocorre em razão de uma violação culposa⁸⁴ a um direito de outrem. No ato abusivo, a antijuridicidade se apresenta na materialidade do ato, ou seja, ao exercer um direito próprio, aparentemente lícito, acaba-se por transpor os limites axiológico-materiais que instruem a ordem jurídica vigente.

Deste modo, em relação ao ato abusivo não existe um dispositivo expresso proibindo determinada conduta. Desta sorte, estar-se-ia diante de um ato contrário aos princípios gerais de direito, como aqueles expressos no Código português, quais sejam, o da boa-fé⁸⁵ e dos bons costumes.

⁸¹ A respeito do tema, refere-se o autor: “*Ella viene a complementar y, por ende, a enriquecer la tradicional concepción unidireccional del derecho subjetivo*”. (SESSAREGO, Carlos Fernández. Op.cit. p.67.)

⁸² SESSAREGO, Carlos Fernández. Op.cit. p.143.

⁸³ Este autor conceitua ato ilícito como “*ação ou omissão culposa com a qual se infringe, direta e imediatamente, um preceito jurídico do Direito Privado, causando-se dano a outrem*”. (GOMES, Orlando. op. cit.. p.488.)

⁸⁴ Sobre a culpa: “*Toda violação imputável de um dever jurídico, intencional ou não, é comportamento culposos*” e ainda “*Evidentemente, a culpa de que se cogita no ato ilícito é a aquiliana*”. Ressalte-se, no entanto, que se tem ampliado a aplicação da responsabilidade objetiva, a partir da hermenêutica guiada pelos princípios constitucionais, como também, da aplicação das regras destinadas às relações de consumo. (GOMES, Orlando. op. cit.. p.489.)

⁸⁵ Há duas vertentes do princípio da Boa-fé. A Boa-fé subjetiva denota um comportamento individual de agir conforme o direito. Por outro lado, “*ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do alter, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado*”. Para um aprofundamento em relação à Boa-fé, deve-se consultar a obra de MARTINS-COSTA, Judith, A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: revista dos tribunais, p.412.

O Código Civil Brasileiro não cita, expressamente, os referidos princípios no artigo 160. Todavia, aos legalistas, deve-se lembrar que o artigo 4º⁸⁶ da Lei de Introdução ao Código Civil menciona os princípios gerais do direito como fonte de direito, ainda que os relegando à condição de última opção do aplicador.

Faz-se pertinente uma crítica em relação ao referido artigo, haja vista, acredita-se ter havido uma subversão na aplicação das fontes do direito. Os princípios gerais do direito, dentre os quais estão os princípios da boa-fé e dos bons costumes, são princípios que fundam todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Assim sendo, os referidos princípios expressam fielmente os valores consagrados na constituição, portanto, devem ser observados como limites genéricos e comuns a todos os direitos subjetivos e não apenas como “última saída” do aplicador. Neste sentido, não se deve recorrer aos princípios gerais somente depois de tentar em todas as fontes positivadas - leis, decretos, portarias, etc.-, analogia, costumes, haja vista, eles devem orientar todo o Direito⁸⁷.

Especialmente em relação ao abuso de direito, em que não há regulação normativa especificando as condutas abusivas, maior ênfase deve-se aos princípios gerais de direito.

Dito de outro modo, os princípios refletem os valores que regem uma sociedade, logo, são estes princípios que nos indicam que “abusar de um direito” consiste em transgredir um dever genérico imposto ao titular do direito subjetivo, dever este que é inerente a todas e cada uma das situações jurídicas subjetivas.

Especial atenção deve-se então à questão do dever genérico supramencionado, haja vista é a partir deste que se pode compreender a externalidade do abuso de direito em relação ao direito subjetivo.

Entende-se por dever jurídico a imposição jurídica em relação à observância de certo comportamento, ativo ou omissivo, sendo que qualquer conduta diversa da prescrita será valorada negativamente. Deste modo, estando-

⁸⁶ “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

⁸⁷ Parafrazeando a opinião manifestada pelo eminente jurista Prof. Gustavo Tepedino, in *Debates sobre o Projeto do 'Novo Código Civil Brasileiro'*, em 02/07/2001, palestra proferida no Salão Nobre da Universidade Federal do Paraná.

se diante de um dever de ação ou omissão, prescrito pelo direito, o sujeito deverá agir ou omitir em conformidade com o prescrito, pois é este o comportamento que se espera do destinatário da norma⁸⁸.

Neste sentido, portanto, o dever jurídico diferencia-se do estado de sujeição, contraface própria dos direitos potestativos ou subjetivos impróprios, a que se noticiou anteriormente. O estado de sujeição implica a simples submissão do sujeito aos efeitos do exercício do “direito potestativo” pelo seu titular (poder), independentemente de conduta sua.

O dever, por outro lado, impõe a necessidade da observação pelo sujeito de certo comportamento (ativo ou omissivo) em contraposição ao seu direito, sendo que, a atitude diversa da prescrita, sujeita o “*infrator às sanções preestabelecidas*”⁸⁹.

Cumpra ainda, fazer algumas ressalvas em relação à distinção entre dever e ônus. Consoante o acima exposto, o dever jurídico contrapõe-se ao direito do titular, assim sendo, se esta particularidade o aproxima do estado de sujeição, serve para distingui-lo do ônus. Este faculta ao agente um comportamento específico no intuito de realizar interesse próprio, ou seja, a fim de obter uma vantagem ou impedir uma desvantagem. Não obstante as possíveis aproximações, o dever jurídico não se confunde com o estado de sujeição, nem tampouco com o ônus.

No caso do abuso de direito visto como a transgressão de um genérico dever jurídico, trata-se de um “dever genérico”, de ação ou omissão, demarcado pelas cláusulas gerais do ordenamento e pelos princípios gerais do direito, tendo em vista que é imposto à generalidade dos direitos subjetivos e, não visa apenas um caso concreto.

⁸⁸ Neste sentido a eminente lição de Franco Cordero: “*Dall’analisi della formula in cui consiste ogni regola sulla condotta, emergono una figura dell’atto dovuto e il destinatário: chiamiamo ‘dovere’ la situazione nella quale egli versa; qualunque altro comportamento sarebbe valutato negativamente*”. E ainda: “*Nei casi dei quali stiamo parlando, l’atto é dovuto in quanto esista una situazione incompiutamente definita: la figura legale contiene delle variabili; spetta al destinatario scioglierle con una diagnosi secondo i canoni dettati dalla norma.*”(CORDERO, Franco. Guida all’á procedura penale. Torino: UTET. 1986, p.14 e 15)

⁸⁹ “*O dever jurídico é, portanto, a necessidade de se observar certo comportamento, positivo ou negativo, a que tem direito o titular do direito subjetivo. A este se contrapõe. Se for descumprido, sujeita-se o infrator às sanções preestabelecidas.*” (AMARAL, Francisco. *op. cit.* p. 196)

Desta sorte, espera-se que o titular do direito observe o dever genérico de se comportar em conformidade com o princípio da boa-fé, em especial, caso contrário, poderá sofrer as sanções previstas e compatíveis com o caso concreto.

São estes deveres, extraídos dos princípios gerais do direito, tais como o da boa-fé e dos bons costumes, que irão atuar como limites genéricos e comuns ao exercício dos direitos subjetivos (situações subjetivas).

Deste modo, de acordo com a doutrina de Sessarego⁹⁰, partindo da noção de situação jurídica subjetiva, pode-se concluir que o abuso de direito consiste em uma conduta ou omissão que, inicialmente amparada em um direito subjetivo, converte-se em um ilícito especial, a partir do momento que transgredir um genérico dever jurídico, o qual cristaliza os valores sociais, a solidariedade.

Diga-se, ainda, que segundo o mesmo autor, alguns elementos caracterizadores do ato abusivo, indicados na doutrina clássica - tais como a intencionalidade e o dano - neste caso são totalmente dispensáveis à caracterização do abuso de direito. Destarte, havendo a transgressão de um genérico dever jurídico de ação ou omissão, no exercício de um direito subjetivo próprio, estar-se-á diante de uma conduta abusiva, independentemente da averiguação da intencionalidade ou dano.

Nesta esteira, Pietro Perlingieri afirma que *“As situações subjetivas sofrem uma intrínseca limitação pelo conteúdo das cláusulas gerais e especialmente daquela de ordem pública, de lealdade, de diligência e de boa-fé, que se tornaram expressões gerais do princípio de solidariedade.”*⁹¹

Do mesmo modo, o eminente jurista italiano entende que não mais se sustenta o direito subjetivo como *“entidade pré-dada”*, o que existe *“é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular.”*⁹². Contudo, os referidos limites, em que pesem externos ao direito, influenciam na identificação da sua essência, da sua função e, neste contexto, o abuso de direito apresenta grande relevância.

⁹⁰ SESSAREGO, Carlos Fernández. Op.cit. p.179.

⁹¹ PERLINGIERI, Pietro. op. cit. p.122.

⁹² PERLINGIERI, Pietro. op. cit. P.122

Portanto, acredita-se que a relevância do fenômeno jurídico do abuso de direito, entendido a partir da noção de situação jurídica subjetiva como foi exposta⁹³ tem se mostrado a melhor forma de compreender o instituto. Note-se que, consoante a lição de Sessarego, somente a partir desta noção é que se supera aquela *“visão exclusivamente individualista do abuso de direito, que o considera unicamente como um ‘excesso’ no exercício de um direito subjetivo ou como uma pura intenção de causar dano ou como um desvio do direito de sua específica finalidade sócio-econômica ou como exercício ‘anormal’ do direito subjetivo”*⁹⁴.

⁹³ Neste caso deve-se ressaltar a importância de se considerar o indivíduo na sua bidimensionalidade, ou seja, como pessoa e como um ser social. A partir disto, resta claro que ao lado de seus direitos subjetivos, encontra-se um conjunto de deveres jurídicos que lhes são inerentes.

⁹⁴ SESSAREGO, Carlos Fernández. Op.cit. p.143. Tradução livre do trecho: *“ Se supera, de este modo, una visión exclusivamente individualista del abuso Del derecho, que lo considera únicamente como un ‘exceso’ en el ejercicio de un derecho subjetivo o como una pura intención de causar daño o como la desviación del derecho de su específica finalidad socio-económica o como el ejercicio ‘anormal’ del derecho subjetivo”*

3. Notícias do Abuso de Direito no Brasil

Apresentadas as considerações doutrinárias acima sobre o abuso de direito, cumpre fazer algumas referências acerca das previsões normativas, bem como, da aceitação das teorias pelos tribunais.

3.1 A Consagração no Ordenamento Jurídico Brasileiro – uma afirmação possível

Inicialmente, considere-se o Código Civil de 1917, que por sua época, pretendeu disciplinar todas as relações jurídicas privadas e esgotar as matérias relativas aos “três pilares fundamentais do Direito Civil”⁹⁵. O Código Civil brasileiro recepcionou, ainda que tardiamente, a pretensão das codificações positivistas, o que, no Brasil, se pode verificar “*sob três perspectivas: o mito da completude; a função de unidade nacional em um país de grandes dimensões territoriais e diversidades regionais; a receptividade do método Exegético francês, que busca o alcance da lei na vontade do legislador.*”⁹⁶

Todavia, a plenitude formal não resistiu ao vasto conteúdo da materialidade social e econômica, e, já logo após sua promulgação, verificou-se a insuficiência prática de suas proposições. O sistema vigente não possibilitava a solução de questões às quais não cabia a aplicação direta da norma, pois não se permitia uma interpretação construtiva das cláusulas gerais. Estas se resumiam a um “nada” no ordenamento.

Neste contexto de insuficiência, paulatinamente, foram surgindo legislações esparsas e mais específicas, na tentativa de suprir as falhas, que não estavam no código, mas no sistema.

⁹⁵ “A releitura crítica dos estatutos fundamentais do Direito Privado, para tanto, exige uma visita crítica e construtiva aos três pilares fundamentais do Direito Civil, e por conseqüência, do Direito Privado, quais sejam: a) o trânsito jurídico, calcado na noção de contrato, de obrigações e suas modalidades; b) as titularidades, fundamentalmente encimadas nas noções de posse e de apropriação de um modo geral, e c) o projeto parental, que se encontra assentado na noção de família”. (FACHIN, Luiz Edson, Teoria crítica... *op. cit.* p. 22)

⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Apud* PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *op.cit.* p.215

Coerente com o modelo em que foi erigido - em que a função da legislação posta era, precipuamente, conferir “segurança jurídica” aos interesses egoísticos das classes dominantes - o Código Civil não recepcionou, expressamente, a teoria do abuso de direito⁹⁷. A consagração legal da condenação do abuso foi fruto de interpretação pelo raciocínio a “*contrário sensu*” do art 160, I do *Codex*, senão vejamos, “*Art. 160. Não constituem atos ilícitos: I-os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;*”. Deste modo, chegou-se à conclusão, apoiando-se também na doutrina comparada, de que o exercício irregular do direito se constitui ou num ato ilícito, ou num ato abusivo.

Diante da sutileza com que o Código Civil se refere ao abuso de direito, surgiram várias questões, em especial, em torno das teorias subjetivas ou objetivas, qual teria sido contemplada pelo Código? Esta polêmica, também, não oferece solução segura.

Para Everardo da Cunha Luna, o direito brasileiro não comporta a teoria objetiva de Saleilles, pois “Se o ato, causado no exercício irregular de um direito, imputa-se ao agente, a título de dolo ou culpa, ocioso é procurar saber se está conforme ou contrário aos destinos sociais e econômicos do direito”⁹⁸. Neste sentido, portanto, acredita-se que a posição do autor é mais favorável às teorias subjetivas.

Também para Serpa Lopes e Plínio Barreto, *apud* Rosalice Fidalgo Pinheiro⁹⁹, o direito brasileiro teria consagrado a teoria subjetiva. Consoante estas posições doutrinárias, seria necessária a verificação da intenção de prejudicar, ou do dolo, ou ao menos, da culpa do titular para que o comportamento fosse considerado abusivo. Questiona-se, então, a viabilidade prática da limitação do abuso, pois se restringe tanto sua aplicação, que a torna praticamente ineficaz.

⁹⁷ “ Como não há norma expressa no Código, foi necessário extrair deste artigo a interpretação pelo raciocínio ‘a contrário sensu’ (se os atos não são praticados no exercício regular de um direito....são ilícitos)(GLANZ, Semy. Código civil brasileiro interpretado, atualização da obra de J. M. de Carvalho Santos, Suplemento IX. Vol. XXXIV (arts. 146 a 484) Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982. p. 7)

⁹⁸ CUNHA LUNA, Everardo. O ato ilícito. RT ano 89, v. 773, mar. de 2000, p. 766

⁹⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *op.cit.* p. 218

Por outro lado, Clóvis Beviláqua, citado por J. M. de Carvalho Santos¹⁰⁰, defende a consagração da teoria objetiva de Saleilles. No mesmo sentido, “reconhecendo uma concepção de abusividade mais ampla no Código Civil”, as doutrinas de Pedro Baptista Martins, Sílvio Rodrigues e Alvino Lima, citados por Rosalice Fidalgo Pinheiro¹⁰¹.

A discussão acerca das teorias objetivas ou subjetivas está, praticamente, superada, pois questão acaba cominando na conseqüente negação do próprio abuso, ou por conceberem-no dentro do direito subjetivo, ou por identifica-lo com o ato ilícito.

Por todo o exposto, entende-se serem mais coerentes com o contexto atual, as teorias que defendem a autonomia do abuso de direito frente ao ato ilícito. Haja vista, em que pese serem condutas antijurídicas e, haver a possibilidade de eventuais semelhanças nos efeitos ou sanções, o ato abusivo difere do ilícito já na origem. O ato ilícito advém da violação de um dever específico, enquanto que o abuso de direito pressupõe a transgressão de um dever genérico.

O entendimento de que o ato abusivo não se confunde com o ato ilícito é construção formulada no direito alienígena. Esta discussão, tentativa de oferecer maior eficácia à limitação dos direitos e prerrogativas individuais previstos nos códigos liberais, pode ser aplicada no direito pátrio, pelos mesmos motivos.

A subsunção do ato abusivo no ato ilícito limita a atividade criativa dos magistrados, impedindo soluções mais equânimes e eficazes aos casos concretos. Esta visão legalista era possível sob a égide do positivismo jurídico, na visão de sistema fechado. A contemporaneidade reclama soluções mais justas e eficazes, que não se alcança por uma mera aplicação literal da lei. Superada está a visão de que o Direito é o que está na lei.

Neste sentido, cabe trazer a colação deste trabalho, a eminente lição do Prof. Gustavo Tepedino, que neste momento conclui a idéia que se tenta transmitir quanto à inegável superação do paradigma legalista.

¹⁰⁰ “ Diz CLÓVIS que o Código brasileiro aceitou a doutrina de SALEILLES”.(CARVALHO SANTOS, J. M. Código civil brasileiro interpretado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982. p.349)

¹⁰¹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *op.cit.* p. 219

“Todas essas circunstâncias, ao corroborarem, definitivamente, o ocaso da chamada era da segurança, própria do século passado, indicam tempos marcados por um equilíbrio assaz delicado de fontes normativas; e pela necessidade, daí decorrente, de fornecer aos operadores jurídicos novos parâmetros interpretativos”¹⁰².

Por fim, neste tópico, sem qualquer pretensão de esgotar a matéria, deve-se mencionar não apenas o artigo 160, I, interpretado “a contrario sensu” demonstra a recepção da teoria do abuso de direito no Brasil. Há mais alguns dispositivos legais, dos quais se pode extrair a intenção de se coibir o ato abusivo, ainda que seu potencial seja pouco explorado, tanto pela doutrina, como pela jurisprudências brasileiras.

Neste sentido, ainda no Código Civil, tem-se o artigo 394¹⁰³, que atualmente, teve ampliado seu limite de intervenção da esfera privada dos cidadãos pelo novo enfoque conferido pela Constituição de 88. Após a vigência desta nova Carta, com base na proteção da família constitucionalizada¹⁰⁴, conferiu-se parâmetros mais amplos e seguros ao aplicador na árdua tarefa de identificar o abuso do “pátrio poder”¹⁰⁵.

Coerente com o paradigma patrimonialista em que foi erigido, o Código Civil, no artigo 1.193¹⁰⁶ apresenta sanções ao abuso do direito do locatário, em prol do locador; mantém, assim, o caráter de “superioridade” do direito de propriedade em relação aos obrigacionais. O artigo 1.303¹⁰⁷ refere-se às sanções ao mandatário que abusa do direito que lhe foi conferido pelo mandante. Nestes dois últimos casos, não obstante o legislador haver se referido a “abuso”, pela

¹⁰² TEPEDINO, Gustavo. Problemas de direito civil - constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.6

¹⁰³ “Art. 394. Se o pai, ou mãe, abusar do seu poder, faltando aos deveres paternos, ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida, que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, suspendendo até, quando convenha, o pátrio poder.”

¹⁰⁴ A Constituição dedicou um capítulo para a tutela da família, do menor e do idoso, nos artigos 226 e seguintes.

¹⁰⁵ Cabem aqui as ressalvas em relação à expressão utilizada pelo Código e que, atualmente, já não corresponde mais à realidade da relação entre pais e filhos. Sobre o tema, vide: FACHIN, Luiz Edson, Elementos críticos do direito de família. Rio de Janeiro, Renovar. 1999.

¹⁰⁶ “Art. 1.193 Se o locatário empregar a coisa em uso diverso do ajustado, ou do a que se destina, ou se ela se danificar por abuso do locatário, poderá o locador, além de rescindir o contrato, exigir perdas e danos.”

¹⁰⁷ “Art. 1303. Pelas somas que devia entregar ao mandante, ou recebeu para despesas, mas empregou em proveito seu, pagará, o mandatário, juros, desde o momento em que abusou.”

natureza da conduta em relação à especificidade da norma, há quem diga que se trata de uma conduta eminentemente ilícita.

Pode-se citar, ainda, alguns exemplos encontrados na legislação esparsa, como o artigo 62¹⁰⁸, parágrafo único da Lei de Locações e, ainda, o artigo 51, VI¹⁰⁹ da Lei 8.078/90, que disciplina as relações de consumo, já na linha de tutela traçada pela Constituição.

Considerando o teor das constatações acima, acredita-se que a teoria do abuso de direito está consagrada na legislação brasileira, ainda que necessária a intervenção do intérprete para que se alcance a desejada aplicação prática. Diante disso, delega-se, especialmente, aos juristas e aplicadores do direito pugnar por uma aplicação mais ostensiva da referida teoria, a fim de contribuir à realização da tríade axiológica da Constituição, ou seja, “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*”¹¹⁰

3.2 Uma leitura possível do Abuso de Direito

Por todo o exposto, percebe-se que as construções doutrinárias e jurisprudenciais, que resultaram nas teorias sobre ato abusivo, foram traçadas sobre as cláusulas gerais e os princípios, os quais ocupam posições determinantes. Tal fato nem poderia ser diferente, consoante as posições teóricas defendidas, sob pena de aniquilação do abuso do direito, em favor do ato ilícito.

Não obstante a recepção da teoria do abuso do direito no Brasil, a reprovação ao ato abusivo ainda tem sido parcamente aplicada pelos magistrados nacionais, ora por não haver doutrina suficiente sobre o assunto, ora em razão da fragmentação do sistema e da ineficácia das cláusulas gerais no sistema

¹⁰⁸ “Art.62. Nas ações de despejo fundadas na falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação, observa-se-á o seguinte:

....omissis...

Parágrafo único. Não se admitirá a emenda da mora se o locatário já houver utilizado essa faculdade por 2 (duas) vezes nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores à propositura da ação.”

¹⁰⁹ “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços.”

¹¹⁰ Constituição Federal de 1988. “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”

positivista, ou, ainda, por não se estar seguro da superação da *ratio* individualista com a instauração de um novo sistema¹¹¹ a partir da Constituição de 1988.

Após a sua promulgação, o Código Civil brasileiro passou a executar o papel de “Constituição do Direito Privado”. Todavia, face à dinâmica social, surgiu a necessidade de elaboração de novas leis, que regulassem novas situações. Deparou-se, então, com o esfacelamento do sistema, em que o Código Civil não mais respondia ao seu papel pretensamente unificador do “sistema de direito privado”.

Naquele contexto, as cláusulas gerais e os princípios de direito nenhuma eficácia poderiam surtir, haja vista, não havia critérios interpretativos uniformes e objetivos¹¹². Por outro lado, as cláusulas gerais não poderiam ser auto-aplicáveis, pois sem um sistema axiologicamente definido, seria necessária a interpretação doutrinária prévia, caso contrário, estar-se-ia diante de aplicações casuísticas e, até mesmo, arbitrárias.

Com o advento da Constituição de 1988, retomou-se a unidade do sistema¹¹³, sendo que os princípios constitucionais passaram a delimitar, objetivamente, o conteúdo das cláusulas gerais. Desta sorte, supera-se a insegurança gerada pelos conteúdos indeterminados das cláusulas gerais e

¹¹¹ “ De outra parte, forçoso é se conceber a imprescindibilidade inafastável da coerência lógica mínima do ordenamento jurídico, de tal maneira a dele se procurar ter, sem abstrações excessivas, uma percepção conceitual harmônica no que tange a princípios, normas e valores, no intuito de fazê-los ora complementares, ora relativos, ora mútua e parcialmente excludentes, mas em todos os casos, podê-los em consonância, não apenas com as mutações históricas, senão que também com os imperativos de coerência e de unidade, que demandam ver resolvidas as contradições insitas ao sistema jurídico.” (FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. São Paulo: Malheiros, 1995. p.23 e ss.)

¹¹² “O legislador contemporâneo, instado a compor, de maneira harmônica, o complexo de fontes normativas, formais e informais, nacionais e supranacionais, codificadas e extracodificadas, deve valer-se de prescrições narrativas e analíticas, em que consagra expressamente critérios interpretativos, valores a serem preservados, princípios fundamentais como enquadramentos axiológicos com teor normativo e eficácia imediata, de tal modo que todas as demais regras do sistema, respeitadas os diversos patamares hierárquicos, sejam interpretadas e aplicadas de maneira homogênea e segundo conteúdo objetivamente definido. Supera-se, dessa forma, a desconfiança gerada pelas cláusulas gerais e pelos conceitos indeterminados no passado, cuja definição era subjetivamente atribuída ao magistrado ou à doutrina, sem um critério seguro que respondesse à lógica do sistema.” (TEPEDINO, Gustavo. Problemas de direito civil - constitucional. op. cit.. p.11)

¹¹³ “ Consolidada-se o entendimento de que a reunificação do sistema, em termos interpretativos, só pode ser compreendida com a atribuição de papel proeminente e central à Constituição.”(TEPEDINO, Gustavo. Problemas.....op. cit.. p.13)

conceitos do passado desvinculados da lógica de um sistema axiologicamente definido.

Pode-se dizer, portanto, que a sistemática nacional tem absorvido a orientação de que os princípios gerais do direito conformam o direito subjetivo¹¹⁴, sendo que o exercício do referido direito, em desconformidade com o princípio da boa-fé e dos bons costumes, constitui-se um ato abusivo, ainda que isso não esteja expressamente referido no Código Civil.

Deste modo, as considerações acerca do direito subjetivo e do ato abusivo, consoante o acima exposto, são construções doutrinárias que pressupõem uma releitura do Código Civil e da legislação extravagante em vigor. Deve-se, portanto, proceder a essa releitura a partir dos princípios axiológico-normativos instaurados com a ordem constitucional de 88, a fim de possibilitar interpretações e aplicações da proibição ao ato abusivo adequadas às necessidades e anseios da sociedade atual¹¹⁵.

Neste sentido, cumpre trazer a colação deste trabalho a lição de Heloísa Carpena Vieira de Mello¹¹⁶, em estudo coordenado pelo eminente jurista Gustavo Tepedino:

“ É neste panorama de crise que ressurge a teoria do abuso do direito, descortinando verdadeiras ‘janelas’ no ordenamento, de molde a permitir ao intérprete e aplicador da norma a adequação de condutas na ótica da ‘solidariedade constitucional’, referida por Pietro Perlingieri, que inspira e vincula tanto o legislador como o intérprete, apontando para uma releitura de institutos, á luz dos valores eleitos pelo constituinte.”

E ainda, no mesmo sentido:

¹¹⁴ “ O ordenamento tutela um interesse somente enquanto atender àquelas razões, também de natureza coletiva, garantidas com a técnica das limitações e dos vínculos. Os limites, que se definem externos ao direito, na realidade não modificam o interesse pelo externos, mas contribuem à identificação da sua essência, da sua função”(PERLINGIERI, Pietro. *op. cit.* P.122)

¹¹⁵ “ É necessário reconhecer, no entanto, que as disposições inseridas na carta constitucional alteraram qualitativamente o conteúdo das categorias abordadas, num movimento de ruptura, buscando atender às aspirações da sociedade brasileira no limiar do novo século.” (RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.p. 10)

¹¹⁶ VIEIRA DE MELLO, Heloísa Carpena, A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo(coordenação). Problemas de direito constitucional.Rio de Janeiro: RENOVAR, 2000. p.307.

“Princípios como o da solidariedade social, o da prevalência do bem comum e o da igualdade¹¹⁷ se materializarão sobretudo como orientação à tarefa do intérprete, e também do legislador, que delas não poderão se afastar, eis que constituem seu pressuposto de validade.”

Assim, considerando que os princípios constitucionais orientam toda a ordem jurídica - a fim de constituir uma sociedade mais livre, justa e solidária, prezando sempre pela igualdade substancial, pela dignidade da pessoa humana e os demais princípios, que refletem os valores elencados pelo povo na Constituição de 1988 – eles vinculam o intérprete e o legislador, obrigando a uma releitura, bem como, uma eventual produção legislativa das normas infraconstitucionais em consonância com os referidos princípios.

Nesta esteira, diante da tábua axiológica constitucional, verifica-se a possibilidade de uma maior aplicação da proibição dos atos abusivos, considerando que ao eleger valores como o da solidariedade, da dignidade da pessoa humana, o legislador constitucional não pretendia apenas preencher espaços com normas programáticas desprovidas de eficácia social. Ao contrário disso, estiveram fornecendo subsídios a preencher de conteúdo as cláusulas gerais e os princípios gerais presentes no ordenamento a fim de conferir-lhes maior e melhor eficácia, em concordância com a nova *ratio* repersonalizante do sistema.

3.3 O Projeto do Código Civil e o Abuso de Direito

Consoante o já exposto, o Código Civil de 1916, que entrou em vigor em 1917, em que pese sua pretensão de plenitude, não deu conta da realidade social e econômica brasileira. Com o surgimento de inúmeras leis esparsas, verificou-se a fragmentação do sistema normativo privado, no qual o Código Civil figurava no ápice.

Neste contexto, o legislador brasileiro acabou optando pela elaboração de um novo Código. Considerando os inúmeros interesses em questão, o caminho da elaboração de um novo Código tem sido tumultuado, pois a primeira tentativa

¹¹⁷ A autora se refere aos princípios consagrados no art. 3º, I e IV e, também, no art. 5º, *caput*, da

de elaborar uma “nova Constituição do Direito Privado” iniciou-se em 1941. Atualmente, tramita junto à Câmara dos Deputados o projeto do “novo” Código Civil, elaborado nos anos 70¹¹⁸, mas que, porém, foi designado como Projeto de Lei nº 118 de 1984, e, o pior é que este projeto se encontra em vias de ser aprovado.

O projeto a que se refere traz quase as mesmas imperfeições do Código atual, elaborado mais de um século atrás¹¹⁹ e, sob a mesma égide patrimonialista e individualista. Ademais, o projeto mantém o mito da completude presente no Código vigente, deixando praticamente de fora as cláusulas gerais¹²⁰. Por estas e outras, o referido projeto é incompatível com o sistema inaugurado com a Constituição Federal de 1988, razão pela qual, propugna-se pela sua inconstitucionalidade¹²¹.

Porém, sem embargo das fundadas críticas ao projeto, cabem algumas considerações em relação à previsão do abuso de direito. No art. 187, o Projeto nº118 de 1984, sob o título “dos atos ilícitos”, encontra-se prevista a teoria do abuso de direito:

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

Depara-se, praticamente, com uma transcrição do art. 334 do Código Civil português de 1967. Nesta esteira, verifica-se que a limitação ao ato abusivo foi

Constituição Federal Brasileira.

¹¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. Problemas de direito civil - constitucional. *op. cit.* p.09

¹¹⁹ “ Pretendem alguns, equivocadamente, fazer aprovar um novo Código Civil, concebido nos anos 70, cujo Projeto de Lei toma hoje o .n 118, de 1984(n. 634, de 1975, na Casa de origem), que pudesse corrigir as imperfeições do anterior, evidentemente envelhecido pelo passar dos anos, como reprodução da mesma técnica legislativa, quase um século depois, tivesse o condão de harmonizar o atual sistema de fontes”.(TEPEDINO, Gustavo. Problemas de direito civil - constitucional. *op. cit.* p.09)

¹²⁰ “ Vale-se o projeto de poucas cláusulas gerais(particularmente as dos art.s 420 e 421, em tema de função social do contrato e da boa-fé objetiva), as quais, contudo, desassociadas de um conteúdo axiológico preciso, acabam por carrear insegurança às relações que procuram disciplinar”. (TEPEDINO, Gustavo. Problemas de direito civil - constitucional. *op. cit.* p.09)

¹²¹ “Ao colocar o patrimônio em primeiro plano, em detrimento do ser humano concreto, está o Projeto do Código Civil em dissonância com a ordem constitucional: o advento da Carta de 1988 fez com que se operasse a inconstitucionalidade superveniente do Projeto do Código Civil” (FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de código civil na contramão da constituição. Revista Trimestral de Direito Civil. Ed. Padma. vol. 4, out/dez de 2000. p.248)

recepcionada a partir dos critérios previstos pelas teorias objetivas e, também, que o ato abusivo, a partir do projeto, é um ato ilícito. Saliente-se, ainda, que a recepção do termo “manifestamente”, a exemplo de outros países, suscita grande discussão doutrinária. Por manifesto pode-se entender, para parte da doutrina, simplesmente aquela conduta que é “patente, que é evidente, que se adverte sem maior esforço”, por outra parte, entende-se que o exercício deve ser “ostensivo”¹²². Batlle Vasquez, apud Sessarego¹²³, observa que, esta parte da lei permite a seguinte interpretação: “*la doctrina del abuso del derecho es de índole excepcional y de alcance singularmente restrictivo*”.

Desta sorte, se o projeto soluciona algumas questões ao tornar explícita a proibição dos atos contrários à boa-fé, aos bons costumes, e, aos fins sociais e econômicos dos direitos, por outro lado, aumenta a polêmica em torno da autonomia do abuso de direito e, também, de seu âmbito de aplicação.

Vale dizer que, sem embargo das ressalvas já formuladas em relação à eventual aprovação do projeto, também quanto ao abuso de direito, os dispositivos do Projeto relativos à matéria não trazem em si soluções prontas.

Certo é que, boa parte da ampliação da aplicação da teoria do abuso de direito está ligada à sua autonomia, o Projeto identifica o ato abusivo ao ilícito. Também em relação à eficácia das sanções previstas, a autonomia do ato abusivo em relação ao ato ilícito é relevante.

Desta sorte, maior participação caberá ao intérprete diante das alterações previstas pelo projeto na matéria do abuso de direito. Sobremaneira, em relação ao que se construiu a partir do Código vigente, principalmente, porque os valores que impulsionaram o legislador do projeto não são os mesmos que estão consagrados na Constituição.

¹²² “ Para alguns autores lo manifesto es, simplemente, aquello que es patente, que es evidente, que se advierte sin mayor esfuerzo. Para otros, en cambio, se debe interpretar en el sentido de que el ejercicio anormal debe ser ostensible, de cierta magnitud o entidad” (SESSAREGO, Carlos Fernández. *op. cit.* p.236)

¹²³ SESSAREGO, Carlos Fernández. *op. cit.* p.236.

4. Algumas Passagens Jurisprudenciais

4.1 Na Experiência Comparada

Conforme já mencionado nos capítulos anteriores, as primeiras aparições proibitivas do exercício abusivo de direito, na jurisprudência, ocorreram na França, nos primeiros anos seguintes à promulgação do Código de Napoleão. Pela *Cour Impériale de Metz*, em 10 de novembro de 1808, foi condenado “proprietário duma oficina que, no fabrico de chapéus, provocava evaporações desagradáveis para a vizinhança”¹²⁴.

Os julgados neste sentido se repetiram, em 2 de maio de 1955, talvez um dos exemplos mais citados pelos autores, a *Cour Impériale de Colmar*, condenou “o proprietário que construira uma falsa chaminé, para vedar o dia a uma janela do vizinho, com quem andava desavindo.”¹²⁵

A esta época, pôde-se notar que as teorias subjetivistas calcadas na intenção, na culpa, na “*faute*”¹²⁶, na violação de normas éticas é que dominavam o entendimento dos magistrados franceses.

Em contrapartida, na Alemanha, vivia-se a crise do Estado liberal, o que refletiu expressivamente na esfera jurídica. O tratamento das condutas, tidas como abusivas no direito francês, tiveram tratamento diferenciado no direito alemão. Buscou-se soluções previstas no *Corpus Iuris Civiles*, optando-se para a contenção de abusos por duas vias: a *exceptio doli* e chicana prevista no § 226 do BGB¹²⁷.

A proibição da chicana, porquanto extremamente restritiva e de difícil conexão com o sistema jurídico, caiu na obsolescência. Tentou-se ainda coibir

¹²⁴ MENEZES E CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha, *op. cit.* p.671.

¹²⁵ *Idem*.

¹²⁶ Traduzindo-se para o português: falta, que significa “*cometer um acto proibido ou abster-se de um acto prescrito, em condições tais que se fique sujeito à censura*”. Esta não se confunde com a culpa. (MENEZES E CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha, *op. cit.* p.682)

¹²⁷ “*O exercício de um direito é inadmissível quando ele só possa ter por escopo infringir dano a outrem*” (MENEZES E CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha, *op. cit.* p.689)

abusos por meio do § 826 do BGB¹²⁸, o qual também não foi suficiente diante de condutas em que o dolo é indemonstrável. Neste contexto, inaugura-se um novo momento com a adoção das cláusulas gerais, as quais oferecem maiores possibilidades na limitação do “exercício inadmissível dos direitos”¹²⁹.

O § 242 do BGB¹³⁰, exaltando a importância dos princípios da boa-fé e dos costumes, desempenha relevante papel no combate ao abuso de direito, fruto da ideologia liberal.

As primeiras decisões jurisprudenciais fundavam-se especialmente na *exceptio doli*¹³¹, a qual guarda uma estreita relação com a boa-fé. Somente com a repetição dos julgados neste sentido e, a posterior sedimentação, é que houve uma construção científica sobre o assunto.

Das situações típicas, chegou-se a uma cientificação do abuso de direito com base em critérios objetivos. Fundadas na boa-fé, a jurisprudência passou a condenar os comportamentos ditos contraditórios, que violam a boa-fé por “*venire contra factum proprium*”.

Com exemplo, dentre outros, pode-se citar: “*Em AG Münster, 21- Mar.- 1972 decidiu-se haver exercício inadmissível do direito por parte do senhorio que, depois de ter afirmado, ao inquilino, a possibilidade de ele permanecer no local arrendado até certa data mínima veio, antes dela, rescindir o contrato de arrendamento.*”¹³²

A reprovação do abuso com fundamento no *venire contra factum proprium* encontrou afirmação na fórmula *tu quoque*, pelo que um sujeito “*que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído*”¹³³. A regra que disso se extrai tem sido

¹²⁸ “*Aquele que, de uma forma que atente contra os bons costumes, inflija dolosamente um dano a outrem, fica obrigado à indenização do dano*” (MENEZES E CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha, *op. cit.* p.693)

¹²⁹ MENEZES E CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha, *op. cit.* p.695

¹³⁰ “O devedor é obrigado a executar a prestação tal como exige a boa-fé com consideração dos costumes do tráfico” (MENEZES E CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha, *op. cit.* p.694)

¹³¹ “a *exceptio doli* permitia, no Direito romano, uma vez inserida na fórmula, deter uma *actio*, por circunstâncias várias, injusta. Viu-se como, nos *bona fidei iudicia*, a inserção não era necessária, dada e regra, aí reinante, da inerência.” (MENEZES E CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha, *op. cit.* p.675)

¹³²

¹³³ (MENEZES E CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha, *op. cit.* p.837)

considerada uma recente conquista do desenvolvimento do princípio da boa-fé, sendo que, a maior contribuição tem vindo da jurisprudência.

No Direito português, a influência da tradição germânica é visível, tanto na recepção das teorias objetivas do abuso de direito, quanto na aplicação das modalidades do *venire contra factum proprium* e *tu quoque*. Recentemente, verifica-se marcante aplicação do instituto do abuso de direito nos julgados portugueses.

A título de exemplificação, com relação à amplitude da aplicação da teoria do abuso de direito:

“Exercício de direito

O abuso de direito abrange o exercício de qualquer direito por forma anormal, quanto à intensidade ou à sua execução, de modo a poder comprometer o gozo dos direitos de terceiros e a criar uma desproporção objectiva entre a utilidade do exercício de direito por parte do seu titular e as consequências que outros têm de suportar. Exige-se que, ao exercer o direito, o seu titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.”¹³⁴

Desta sorte, verifica-se um entendimento em relação à possibilidade de limitação do exercício de qualquer direito mediante aplicação da teoria do abuso de direito.

Em relação à afirmação de que houve a recepção das teorias que utilizam critérios objetivos para identificação do ato abusivo, esta afirmação também se comprova no julgado infra:

“Requisitos

Para que ocorra abuso do direito é necessária uma situação objectiva de confiança, ou seja uma conduta de alguém que de facto possa ser entendido como tomada de posição vinculante em relação a uma dada situação futura, um investimento na confiança e irreversibilidade desse investimento a boa-fé da contraparte que confiou. V.G.”¹³⁵

Quanto às modalidades do abuso, cumpre também trazer à colação alguns julgados que tratam da matéria:

¹³⁴ PORTUGAL. Superior tribunal de Justiça. Processo n. 88074 – 1ª Secção - Relator: Cons. Herculano Lima. Data: 16/01/1996. Disponível: www.cidadevirtual.pt/stj; consultado em 12/07/2001.

“Venire contra factum proprium

I - O abuso do direito é uma válvula de segurança, uma das cláusulas gerais para obtemperar à injustiça chocante e reprovável para o sentimento jurídico imperante na comunidade social em que por particularidades especiais do caso concreto, redundaria o exercício de um direito por lei conferido.

II - O actual CC consagra a concepção objectivista do abuso do direito.

III - Um caso típico de abuso do direito é a proibição do venire contra factum proprium, variante esta que radica numa conduta contraditória da mesma pessoa, pois que pressupõe duas atitudes dela, espaçadas no tempo, sendo a primeira contrariada pela segunda, o que constitui, atenta a reprovabilidade decorrente da violação dos deveres de lealdade e correcção, uma manifesta violação dos limites impostos pelo princípio da boa fé, pelo que não é de admitir que uma pessoa possa invocar um vício por ela causado culposamente, vício este que a outra parte confiou em que não seria invocado e que nesta convicção orientou a sua vida.

IV Improcede a arguição de nulidade de um contrato por falta de forma legal quando esta arguição configura um abuso do direito, como sucederá nos casos em que a nulidade formal é arguida pelo contraente que a provocou ou levou dolosamente o outro a não formalizar o contrato ou procedeu de modo a criar nesse outro contraente a convicção de que não seria invocada a nulidade, procedendo, assim, de modo iníquo e escandaloso.”¹³⁶

E ainda:

“Boa fé - Venire contra factum proprium

I - Quem ofender, manifestamente, os deveres de lealdade à parte contrária (boa fé), as regras de decência (bons costumes), ou o fim a que se destina o direito, numa perspectiva social e económica, coloca-se em situação que neutraliza, anula, o seu preexistente direito.

II - É assim que “a boa fé é um ar que circula em toda a vida do contrato”. A boa fé impede que a obrigação alcance resultados opostos aos que a consciência normal pode tolerar.

III - O instituto não deve, porém, constituir panaceia fácil para toda e qualquer situação do exercício excessivo do direito. Necessário é também que se verifique o referido clamor no excesso.

IV - Para se configurar uma situação de venire contra factum proprium não basta que o facto seja próprio apenas porque há a possibilidade de ser alheio. Facto próprio não é só isto, mas toda a actuação de um sujeito que tenha levado outro a uma situação objectiva de confiança, a um investimento de confiança e a uma situação subjectiva de quem confiou.”¹³⁷

Com referência à sanção possível:

¹³⁵ PORTUGAL. Superior tribunal de Justiça. Processo n. 409/99 – 1ª Secção - Relator: Fernandes Magalhães. Data: 25/05/1999 . Disponível: www.cidadevirtual.pt/stj; consultado em 12/07/2001.

¹³⁶ PORTUGAL. Superior Tribunal de Justiça. Processo n. 136/96 . 1ª Secção Cível. Relator Cons. Fernando Fabião. Julgado em 02/07/1996. www.cidadevirtual.pt/stj; consultado em 12/07/2001.

“Sanção - Venire contra factum proprium

I - Para o abuso do direito não há uma sanção uniforme: a sanção assume cores e tonalidades diferentes de harmonia com o modo funcional como o abuso se expressa; o que vale por dizer que aquele tanto se pode reconduzir a uma nulidade negocial, como a um facto gerador de responsabilidade civil por danos provocados, como ainda à própria neutralização do direito que se esvazia na sua eficácia típica como se não existisse.

II - Mau grado a concepção objectiva do abuso do direito, impressa no art.º 334 do CC, casos há em que a componente subjectiva é indissociável do excesso dos limites que conduz ao abuso.

III - No venire contra factum proprium o que há é um dano de confiança provocado pelo facto de o titular do direito desdizer o que antes havia garantido. N.S.”¹³⁸

Os magistrados portugueses consagraram também o tu quoque, no intuito de defender o exercício de direito em conformidade com a solidariedade social, senão vejamos:

“Tu quoque

I - O tu quoque consiste em o exercente praticar um facto ilícito ou indevido e depois elegê-lo contra outrem.

II - O tu quoque terá o efeito de neutralizar o venire contra factum proprium, pois acaba por constituir uma violação do chamado princípio da "colaboração inter-subjectiva", para o qual a boa fé tem sentido geral de nortear o ordenamento jurídico especialmente no direito das obrigações.

III - A regra geral de arguição de nulidades, a que se refere o art.º 286 do CC, permite que os interessados a invoquem sem qualquer restrição nomeadamente pelo que respeita ao venire contra factum proprium.

IV - O lesado, com base no abuso do direito pode requerer o exercício moderado, equilibrado, lógico e racional do direito que a lei confere a outrem; o que não pode é, com base no instituto, requerer que o direito não seja reconhecido ao titular, que este seja inteiramente despojado dele.”¹³⁹

¹³⁷ PORTUGAL. Superior Tribunal de Justiça. Processo n. 550/96 . 2ª Secção Cível. Relator Cons. Pereira da Graça. Julgado em 12/12/1996. Disponível: www.cidadevirtual.pt/stj; consultado em 12/07/2001.

¹³⁸ PORTUGAL. Superior Tribunal de Justiça. Processo n. 207/00 . 2ª Secção Cível. Noronha Nascimento. Relator Cons. Ferreira de Almeida. Julgado em 04/10/2000. www.cidadevirtual.pt/stj; consultado em 12/07/2001.

¹³⁹ PORTUGAL. Superior Tribunal de Justiça. Processo n. 514/96 . 2ª Secção Cível. Relator Cons. Costa Soares. Julgado em 18/03/1997. Disponível: www.cidadevirtual.pt/stj; consultado em 12/07/2001.

Há ainda, no Direito português, mais uma série de julgados aplicando a limitação ao exercício abusivo de direitos mediante a consagração da teoria do abuso de direito, porém, é desnecessário colacioná-los todos.

Com intuito de concluir o raciocínio iniciado, segundo o qual, o abuso de direito, se por um lado oferece um rol de possibilidades de conter o “exercício inadmissível de posições jurídicas”, por outro lado, ele encontra no direito subjetivo um seu limite. Corroborando esta noção, tem-se, por fim:

“Uso normal do direito

O abuso de direito não pode servir para afastar o direito em situações que constituem, aparentemente, o seu uso normal, ainda que sobre situações, as mais das vezes, de conflito e, portanto, de polémica.”¹⁴⁰

Reforça, desta sorte, a relevância do prudente arbítrio do juiz, reclamando-se deste, um real compromisso com a Justiça, cujo conteúdo, ao menos o alcançável, está delineado nos princípios gerais e nos valores eleitos como fundamento pela sociedade.

4.2 Nos Tribunais Pátrios – uma breve amostragem

A experiência nacional não se passou incólume às alterações introduzidas por um novo momento filosófico que desenhou uma nova concepção do Direito.

Os primeiros julgados, também no Brasil, identificarem o ato abusivo basicamente no âmbito das relações de vizinhança. A exemplo das experiências comparadas, o abuso de direito tem sido aplicado como forma de coibir o exercício egoísta dos direitos:

“RECURSO: APELACAO CIVEL

Numero: 187052279

Relator: Osvaldo Stefanello

Ementa: DIREITO DE VIZINHANCA. USO NOCIVO DE PROPRIEDADE. ACO COMINATORIA. CHURRASQUEIRA. FUMAÇA E CHEIRO. o artigo 554 do Código Civil estabelece limites ao livre uso da propriedade, eis que a subordina as relações de

¹⁴⁰ PORTUGAL. Superior Tribunal de Justiça. Processo n. 609/9 . 1ª Secção Cível. Relator Cons. Cardona Ferreira. Julgado em 28/10/1997. Disponível: www.cidadevirtual.pt/stj; consultado em 12/07/2001.

vizinhança. pelo princípio consagrado nessa norma, o proprietário deve exercer seu direito de propriedade sem prejudicar o bem-estar, a segurança ou a saúde dos seus vizinhos. no entanto, o que a lei limita e o ato abusivo e praticado com excessos, assim não considerado o que não imponha aos vizinhos maiores sacrifícios ou importunações. o conceito de mau uso, ou uso nocivo da propriedade não comporta definição ou proposição dogmática, predominando o princípio da relatividade. ou seja, cada caso devera ser examinado nas variadas circunstancias que apresenta. não caracterizando o abuso de direito no uso da propriedade não tem, o proprietário vizinho, o direito de impedir sua plena utilização. a harmonia social não se compadece com a idéia de vir o proprietário utilizar a coisa de tal modo que o exercício de seu direito se converta em sacrifício ou moléstia de seu vizinho (Caio Mário da Silva Pereira Instituições de Direito Civil iv/149, Forense 1ed). a mesma harmonia, no entanto, não autoriza, sem que ocorram os requisitos do artigo 554 do Código Civil, que o vizinho pretende limitar o direito de seu próximo de usar, gozar e dispor do que e seu, observados os limites legalmente impostos. sentença confirmada. apelo improvido. (apc nº 187052279, primeira câmara cível, TARGS, relator: des. Osvaldo Stefanello, julgado em 29/09/1987) decisão: negado provimento. unanime¹⁴¹

Recentemente, já se verifica um alargamento da aplicação da teoria do abuso de direito, calcada na violação da boa-fé, sendo possível a transposição para as relações contratuais. Neste sentido o Tribunal de Justiça do Paraná:

“Processo: 0021951200 - APELACAO CIVEL
 Origem: CURITIBA
 Número do Acórdão: 10599
 Decisão: Unânime - NEGADO PROVIMENTO AOS RECURSOS
 Órgão Julgador: 1ª CAMARA CIVEL
 Relator RUY FERNANDO DE OLIVEIRA
 Data de Julgamento: Julg: 11/10/1994

DECISAO: Acordam os Desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento aos recursos. Ementa: resolução de contrato. Perdas e danos. No caso em exame o dono da obra com sua conduta desfigurou a clausula contratual que agora pretende fazer valer: impede-o o principio geral da boa fe. Ao autorizar o inicio da obra vinculou-se a um comportamento coerente e a um *"non venire contra factum proprium"*. Esta demonstrado o inadimplemento do contrato: o programa obrigacional concreto existente entre as partes malogrou por culpa do dono da obra. Condenação em perdas e danos.”¹⁴²

A possibilidade de se proibir o ato abusivo na esfera contratual com fundamento no princípio da boa-fé, também já se firmou no Superior Tribunal de Justiça brasileiro, a título de exemplificação, pode-se citar:

¹⁴¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Alçada. Apelação Cível nº 187052279, 1ª Câmara Cível,, Relator: DES. Osvaldo Stefanello, julgado em 29/09/1987. Disponível: www.tjrs.gov.br, consultado 12/07/2001.

¹⁴² PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. Origem: Curitiba. 1ª Câmara Cível. Relator: Ruy Fernando de Oliveira. Julgamento em 11/10/1994. Disponível: www.tj.pr.gov.br, consultado em 16/07/2001.

“Acórdão RESP 250523/SP ; RECURSO ESPECIAL (2000/0021655-0)

Fonte DJ DATA:18/12/2000 PG:00203

JBCC VOL.:00187 PG:00366

Relator(a) Min. RUY ROSADO DE AGUIAR (1102)

Data da Decisão 19/10/2000

Orgão Julgador T4 - QUARTA TURMA

Ementa CONTA CORRENTE. Apropriação do saldo pelo banco credor. Numerário destinado ao pagamento de salários. Abuso de direito. Boa-fé. Age com abuso de direito e viola a boa-fé o banco que, invocando cláusula contratual constante do contrato de financiamento, cobra-se lançando mão do numerário depositado pela correntista em conta destinada ao pagamento dos salários de seus empregados, cujo numerário teria sido obtido junto ao BNDES. A cláusula que permite esse procedimento é mais abusiva do que a cláusula mandato, pois, enquanto esta autoriza apenas a constituição do título, aquela permite a cobrança pelos próprios meios do credor, nos valores e no momento por ele escolhidos. Recurso conhecido e provido.

Decisão Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA e BARROS MONTEIRO. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro CESAR ASFOR ROCHA.¹⁴³

Quanto às modalidades de abuso de direito recepcionadas pelos tribunais brasileiros, tem-se a dizer que dentro do que foi pesquisado, não se verificou a presença da fórmula *tu quoque* nos julgados nacionais¹⁴⁴. Em contrapartida, tem-se verificado uma constante aplicação da limitação do abuso com fundamento no adágio *nemo poteste venire contra factum proprium*, senão vejamos um exemplo advindo do Superior Tribunal de Justiça:

“Acórdão RESP 95539/SP; RECURSO ESPECIAL

(1996/0030416-5)

Fonte DJ DATA:14/10/1996 PG:39015

LEX STJ VOL.:00091 MARÇO/1997 PG:00267

RSTJ VOL.:00093 PG:00314

Relator(a) Min. RUY ROSADO DE AGUIAR (1102)

Data da Decisão 03/09/1996

Orgão Julgador T4 - QUARTA TURMA

Ementa PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CONSENTIMENTO DA MULHER. ATOS POSTERIORES. " VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM ". BOA-FE. PREPARO. FERIAS. 1. Tendo a parte protocolado seu recurso e, depois disso, recolhido a importância relativa ao preparo, tudo no período de férias forenses, não se pode dizer que descumpriu o disposto no artigo 511 do CPC. Votos vencidos. 2. A mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo, expressamente admite a existência e validade do contrato,

¹⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 250523/SP. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 19/10/2000. 4ª Turma Cível. Disponível: www.stj.gov.br, consultado em 16/07/2001.

¹⁴⁴ Cumpre mencionar que, segundo Rosalice Fidalgo Pinheiro, “ esta modalidade de exercício inadmissível de direitos, encontra-se acolhida entre nós, pela invocação da exceção de inadimplemento.”(PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *op. cit.* p. 280)

fundamento para a denunciação de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissórios compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definitiva. Doutrina dos atos próprios. Art. 132 do cc. 3. Recurso conhecido e provido.

Decisão por maioria, rejeitar a preliminar de deserção, vencidos os Srs. Ministros Sálvio De Figueiredo e Cesar Asfor Rocha. No mérito, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.”¹⁴⁵

Transcreva-se ainda, um julgado do Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul:

“RECURSO: APELACAO CIVEL

NUMERO: 589073956

RELATOR: RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR

EMENTA: BOA-FE. CONTRATO. O principio da boa-fé impõe deveres anexos, de acordo com a natureza do negocio e a finalidade pretendida pelas partes. Entre eles se encontra a obrigação da vendedora de pequena loja de vestuário não cancelar pedidos ja feitos, com o que inviabilizaria o negocio e frustraria a justa expectativa do comprador. *Venire contra factum proprium*. Contrato. A vendedora de loja de vestuário, que auxilia o comprador nos primeiros dias da nova administração e assina pedidos de novas mercadorias, não pode depois cancelar todos os pedidos ainda nao recebidos, assim inviabilizando a normal continuidade do negocio, sem que para isso tenha motivo razoável. Ação indenizatória julgada procedente. Apelo provido em parte, para reduzir a indenização. (APC nº 589073956, Quinta Cível, TJRS, Relator: DES. RUY Rosado De Aguiar Júnior, Julgado Em 19/12/1989)

Tribunal: Tribunal De Justiça do RS

Data De Julgamento: 19/12/1989

Órgão Julgador: Quinta Cível

Comarca De Origem: Porto Alegre

Seção: Cível”¹⁴⁶

Não obstante a invocação do *venire contra factum proprium* em inúmeros julgados, vale dizer que não foi encontrado, na jurisprudência pátria consultada, nenhum julgamento que se referisse, expressamente, à reprovação do abuso de direito na modalidade *nemo potest venire contra factum proprium*, nem tampouco que ligasse este à boa-fé.

Em face das exposições acima, em que pese a inegável contribuição dos magistrados nacionais à teoria do abuso de direito, verifica-se que ainda é pouco

¹⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 95539/SP. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 03/09/1996. 4ª Turma Cível. Disponível: www.stj.gov.br, consultado em 16/07/2001.

¹⁴⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 589073956, 5ª Câmara Cível, Relator: DES. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 19/12/1989. Disponível: www.tjrs.gov.br, consultado 12/07/2001.

explorado o potencial do instituto para o fim de contribuir para a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

5. Conclusão

Após perpassar algumas teorias que buscaram atribuir cientificidade ao estudo do abuso de direito¹⁴⁷, acredita-se ser possível alcançar algumas conclusões que reforçarão a importância do instituto.

Pode-se afirmar que o abuso de direito é uma construção teórica recente, a qual resultou da necessidade de se combater o “excesso” gerado pelo liberalismo e individualismo marcantes no século XIX e, que ainda deixam suas marcas.

Após percorrer um caminho tortuoso e polêmico, o abuso de direito chega ao Século XXI recepcionado pela maior parte dos países ocidentais. Do mesmo modo, há respeitável corrente doutrinária defendendo sua autonomia, tanto em relação ao ato ilícito, como em relação ao direito subjetivo.

A partir das posições teóricas defendidas, verificou-se a relevância da discussão sobre a autonomia do instituto em relação ao ato ilícito, considerando que, sob esta perspectiva, permite-se a aplicação de sanções mais eficazes ao comportamento abusivo, do que simplesmente resolver-se a questão em perdas e danos.

Do mesmo modo, ao defender-se a autonomia em relação ao direito subjetivo, torna-se possível a transposição da reprovação para além do direito subjetivo, ou seja, para outras situações jurídicas, como as prerrogativas e liberdades individuais, antes intangíveis.

A possibilidade da referida ampliação para além dos direitos subjetivos é coerente com o novo momento filosófico, que visa a “repersonalização” do Direito. Neste sentido, faz-se necessária a reestruturação do Direito, de sorte a pensá-lo como um sistema, no qual a Constituição assume o papel unificador.

Partindo-se desta ótica, é possível concluir que o abuso de direito, na atualidade, não é um comportamento lícito, nem tampouco pode ser visto como

¹⁴⁷ Haja vista, partindo de algumas condenações casuístas e pontuais verificadas na jurisprudência, buscou-se formular teorias que abrangessem uma gama maior de comportamentos abusivos, reprovando-os.

uma ilicitude comum. A conduta abusiva, ao contrário do ato ilícito, não contraria um preceito específico.

Entretanto, a complexidade e riqueza da realidade não permite uma apreensão normativa de todas as situações. Desta sorte, não se pode levar a cabo o conhecido princípio das relações privadas, segundo o qual, tudo que não é proibido, é permitido. Há comportamentos reprováveis que não estão regulados pela norma. O comportamento abusivo é exemplo desta insuficiência da codificação. Neste contexto resta inegável a importância das cláusulas gerais nos ordenamentos, pois permite levar a justiça a situações aparentemente desprovidas de regulamentação normativa, limitando abusos.

A princípio, parece inegável a ampliação do âmbito de atuação do julgador, pois, as cláusulas gerais têm, aparentemente, conteúdo indeterminado. Falsa noção. Neste momento é que se torna mais coerente e necessária a interpretação sistemática do direito, haja vista, por esta se alcança um “conteúdo objetivamente definido”¹⁴⁸ para as cláusulas gerais, sem o qual, estas seriam um “nada” jurídico.

O ato abusivo não contraria expressamente um preceito normativo específico. Trata-se de uma conduta que transgredir um “genérico dever jurídico”. Este dever genérico consiste em observar as cláusulas gerais e os princípios que exigem a boa-fé e os bons costumes na conduta, para que o Direito a ampare.

Isso porque os princípios da boa-fé e dos bons costumes são expressões máximas da solidariedade social, princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, que se pretende o Brasil.

Deste modo, sem qualquer pretensão de esgotar a matéria ou de repassar a falsa idéia de definitividade às afirmações supra, chega-se ao fim do presente trabalho, com uma única certeza, de que tudo está por construir.

¹⁴⁸ “Quer-se com isso demonstrar que uma cláusula geral, só por si, pouco ou nada significa. E que, utilizada do ponto de vista formal pelos codificadores do Século passado, a sua introdução, pura e simples, não traduz novidade alguma, do ponto de vista de técnica legislativa. O legislador contemporâneo, instado a compor, de maneira harmônica, o complexo de fontes normativas, formais e informais, nacionais e supranacionais, codificadas e extracodificadas, deve valer-se de prescrições narrativas e analíticas, em que consagra expressamente critérios interpretativos, valores a serem preservados, princípios fundamentais como enquadramentos axiológicos com teor normativo e eficácia imediata, de tal modo que todas as demais regras do sistema, respeitadas os diversos patamares hierárquicos, sejam interpretadas e aplicadas de maneira homogênea e segundo conteúdo objetivamente definido.” (TEPEDINO, Gustavo. Problemas de direito civil - constitucional. *op. cit.* p.11)

6. Referências Bibliográficas

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Do abuso de direito. Coimbra: Almedina, 1983.

AMARAL, Francisco, Direito civil – introdução, 3ª. ed. Revisada, Aumentada e Atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2000

CARVALHO SANTOS, J. M. Código civil brasileiro interpretado. Atual. por Glanz, Semy. Suplemento IX. Vol. XXXIV (arts. 146 a 484) Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

CORDERO, Franco. Guida allá procedura penale. Torino: UTET. 1986. p. 13-17.

CUNHA LUNA, Everardo. O ato ilícito. RT ano 89, v. 773, mar. de 2000, p. 751-768.

DANTAS, San Tiago. O conflito de vizinhança e sua composição, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. Revista de Estudos Jurídicos. Curitiba, v. 2, n.1, p.99-109. 1995

_____. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de código civil na contramão da constituição. Revista Trimestral de Direito Civil. Ed. Padma. vol. 4, out/dez de 2000.

FACHIN, Rosana e FACHIN, Luiz Edson. Dos conflitos de vizinhança, Revista Jurídica Themis, 1980. p 178-207.

FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. São Paulo: Malheiros, 1995.

GEDIEL, José Antônio Peres. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GOMES, Orlando. Obrigações 8ª ed. 2ª tiragem, Rio de Janeiro, Forense, 1990

- _____ Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco (org.). Estudos em homenagem ao professor Sílvio Rodrigues. S.P. : Saraiva, 1989, p. 291-302
- JOSSERAND, Louis. Del abuso de los derechos y otros ensayos. Bogotá. Temis 1982.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 2ªed., São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- LEVADA, Cláudio Antônio Soares. Anotações sobre o abuso de direito. RT, SP, n.667, RT p.44-50, maio 1991.
- _____. Responsabilidade p/ abuso de direito. RT,SP, 661, RT, p 37- 43, nov 1990.
- LEVI, GIULIO. L'abuso del diritto. Milano, Giuffré, 1993.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. Nuevas fronteras Del abuso de derecho (situaciones jurídicas lesivas de libertades. Tutela del mercado y amparo).RT/ Fasc. Civ., Ano 85, v. 723.Argentina, janeiro de 1996. p.53-65.
- LUNA, Everardo da Cunha. Abuso de direito. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- MARQUES, Cláudia Lima. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e assistência médica no Brasil. Revista da Associação dos Magistrados do RS, Porto Alegre. N.64, p34-77.
- MARTINS-COSTA, Judith, A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MENEZES E CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. Da boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 1997.
- NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Responsabilidade Civil: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial. Curitiba; Juruá, 1996.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco Rio de Janeiro, Renovar,1997.
- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O abuso de direito e as relações contratuais. UFPR: 2000.Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

- RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: parte geral. V.1. 17ª edição. ver. at. SP: Saraiva, 1987.
- _____. Responsabilidade civil v.4. 9ª edição rev. At. SP: Saraiva: 1985.
- RODRIGUES – ARIAS, Lino. El abuso del derecho, 2ª ed. rev. ampliada. Buenos Aires: EJEJA, 1971.
- SESSAREGO, Carlos Fernández. Abuso del derecho. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.
- SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula Geral de boa-fé nos contratos de consumo. Revista de Direito do Consumidor, SP, n.17, RT, p.146-162, jan/mar 1996.
- SILVEIRA, Alipio. A boa-fé no Código Civil. V.1. SP: [S.N.], 1972. In TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. Problemas de Direito Civil Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2000
- VIEIRA DE MELLO, Heloisa Carpena, A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (coordenador). Problemas de direito constitucional. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2000.
- VALADÃO, Haroldo. Condenação do abuso de direito. RT, SP, n.400, RT. P.11-14, fev. 1969.
- VARELA, J. M. Antunes. Das Obrigações em geral. V.1, 7ª edição rev. at. Coimbra: Almeida, 1991.
- WARAT, Luis Alberto. Abuso del derecho y lagunas de la ley. Buenos Aires: Abeledo – Perrot. 1969.
- YASSIM, Assad Amadeu. Considerações sobre o abuso de direito. RT, SP, n.538, RT, p.16-25, ago.1980.