



**UNIVERSIDADE
ESTADUAL de LONDRINA**

ANTONIO AUGUSTO DA COSTA

ABUSO DO DIREITO NO CÓDIGO CIVIL

LONDRINA-PR

2006

ANTONIO AUGUSTO DA COSTA

ABUSO DO DIREITO NO CÓDIGO CIVIL

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Negocial, área de concentração em Direito Civil, da Universidade Estadual de Londrina, como requisito para obtenção do título de mestre.

Orientador: Adauto de Almeida
Tomaszewski

LONDRINA-PR

2006

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Adauto de Almeida Tomaszewski
Universidade Estadual de Londrina

Profª Drª Valkíria A. Lopes Ferraro
Universidade Estadual de Londrina

Prof.(a) Dr.(a) _____
Universidade _____

Londrina, 29 de junho de 2006

A Deus; aos meus pais; à minha Adriana; e
à Maria Fernanda que está por vir.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Adauto de Almeida Tomaszewski: muito mais do que orientador, grande exemplo de vida, pessoal e profissional; jurista e professor brilhante, que soube despertar, com suas lições fundamentais, a reflexão crítica do Direito em seus alunos.

À professora Valkíria A. Lopes Ferraro, pelas brilhantes aulas ministradas e profícuas atividades universitárias desenvolvidas, o que a faz uma das mais queridas e admiradas professoras; pelo incentivo ao magistério e pela amizade sincera que se iniciou nas salas de aula e que perdurará fora delas.

Aos colegas de curso, um afetuoso abraço e a saudade de dias inesquecíveis.

À CAPES pelo incentivo sem o qual este trabalho possivelmente não seria concluído.

À minha família de quem limitei o convívio pela causa abraçada e o propósito de concluir o curso de mestrado.

Agradeço a todos os amigos que, a despeito de não serem citados, contribuíram para a realização do projeto.

"Para a maioria dos homens, os direitos aparecem como o que eles podem fazer, cobrar, exigir. (...) O mundo é organizado de tal forma que esses direitos, bilhões de direitos, numa só cidade, - a propriedade dos prédios, dos móveis, das jóias, as notas promissórias, as ações, o ordenado, a entrada dos teatros e cinemas, ..., se lançam, se cruzam, sem que nunca se choquem, ou se firam. (...)

Mas o mundo jurídico não é assim. Nunca foi. Os direitos tocam uns nos outros, Cruzam-se. Molestam-se. Têm crise de lutas e hostilidades. Exercendo o meu direito, posso lesar a outro, ainda se não saio do meu direito, isto é, da linha imaginária que é o meu direito."

(PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, 1951, P. 130/131)

COSTA, Antonio Augusto da. Abuso do Direito no Código Civil. 2006. 194 p. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina.

RESUMO

Dissertação apresentada junto ao Curso de Mestrado em Direito Negocial, com área de concentração em Direito Civil, tendo como linha de pesquisa “A nova ordem contratual do Direito Obrigacional”. Analisa o instituto do abuso do direito no atual Código Civil, conceituando-o e apresentando sua evolução histórica e teórica, até a atual realidade brasileira de modernidade tardia no âmbito jurídico. Apresenta o abuso do direito como uma cláusula geral. Fornece o conceito de abuso do direito, como sendo o exercício pelo titular de um direito, que exorbita manifestamente os limites impostos pelos fins social e econômico a que este direito foi criado, bem como pela boa-fé objetiva e pelos bons costumes. Identifica os elementos que compõem o conceito legal do abuso do direito. Demonstra os posicionamentos doutrinários acerca da natureza jurídica do abuso do direito, nomeadamente a que o considera ato ilícito. Aponta as consequências jurídicas do abuso do direito, notadamente o dever de indenizar, caso o ato provoque algum dano, também a tutela inibitória e de remoção do ilícito. Indica que não se aplica ao ato abusivo a teoria da invalidade dos atos jurídicos. Apresenta pesquisa jurisprudencial acerca da aplicação do instituto antes e após o advento do atual Código Civil, colecionando, ainda, decisões de direito alienígena, propondo a quebra de paradigmas junto aos aplicadores do direito pelo emprego do instituto do abuso do direito com vistas à realização dos fins a que o mesmo foi criado, qual seja, incutir um senso de justiça, eticidade, socialidade e equidade nas relações privadas.

Palavras-chave: Abuso do Direito. Ato ilícito. Fim social. Fim econômico. Boa-Fé objetiva. Bons costumes.

COSTA, Antonio Augusto da. Law abuse in the Civil Code. 2006. 194 p. Dissertation (Masters Degree Program in Negocial Law) Londrina State University

ABSTRACT

Dissertation presented at the Negocial Law Master's Degree Program , with concentration area in Civil Laws, with research line "The new obligatory law contract order". It analyzes the law abuse in the present Civil Code, defining it and presenting its historical and theoretical evolution until the present Brazilian reality of late modernity in the judicial scope. It presents the law abuse, as a general clause . It provides the law abuse concept as being an exercise of the law authority that clearly exorbits the limits imposed by the social and economical purposes that it was created, as well as by the objective good faith and by the good costumes. It identifies the elements that constitute the legal concept of the law abuse. It shows the doctrinaire positions about the judicial nature of law abuse, especially what it considers an illegal act. It shows the judicial consequences of law abuse, also the inhibiting tutoring and the removal of the illegal. It shows that the invalidity theory does not apply to the judicial acts. It shows jurisprudential research about the appliance of the institute before and after the creation of the present civil code, also adding alien law decisions, suggesting breaking paradigms with the law appliers by the use of the law abuse institute focusing the purposes that it was created for, that is, insert a sense of justice, sociability and equity in private relations.

Key words: Law abuse, Illegal act, Social Purpose, Economical purpose. Objective good faith. Good costumes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	15
1.1. Conceituação do instituto	15
1.2. Discussões a respeito da expressão “abuso de direito”	17
1.3. Escorço Histórico	19
1.3.1. Evolução da teoria	19
1.3.2. <i>Terra Brasilis</i>	26
1.4. Realidade brasileira.....	30
1.5. Teorias que fundamentam o abuso do direito	39
1.6. Alguns exemplos de abuso do direito em ordenamentos jurídicos alienígenas	45
1.7. Do abuso do direito processual	49
2. ABUSO DO DIREITO COMO CLÁUSULA GERAL NO CÓDIGO CIVIL	54
2.1. O sistema adotado pelo Código Civil de 1916	54
2.2. O sistema adotado pelo Código Civil de 2002	55
2.3. O abuso do direito como cláusula geral	57
3. ELEMENTOS QUE COMPÕEM O CONCEITO LEGAL DE ABUSO DO DIREITO	59
3.1. “Também comete ato ilícito ...”	59
3.2. “O titular de um direito que, ao exercê-lo...”	60
3.3. “Excede manifestamente...”	63
3.4. “Limites impostos...”	64
3.4.1. “Fim econômico...”	65
3.4.2. Fim “social...”	67
3.4.3. “Boa-fé...”	72
3.4.4. “Bons costumes.”	77
4. NATUREZA JURÍDICA DO ABUSO DO DIREITO NO CÓDIGO CIVIL	80
4.1. Do ato jurídico ilícito	81
4.2. Breves considerações sobre a ilicitude no atual Código Civil	92

4.3. Críticas ao enquadramento pelo atual Código Civil da teoria ao abuso de direito no título que trata dos atos ilícitos	94
4.4.Divergências doutrinárias acerca da aplicação da Teoria da Invalidade ao Abuso do Direito	98
5. DO DEVER DE INDENIZAR O ABUSO DO DIREITO	105
5.1. Da responsabilidade extracontratual objetiva no abuso do direito	108
6. DA TUTELA INIBITÓRIA E DE REMOÇÃO DO ABUSO DO DIREITO	112
7. ABUSO DO DIREITO NA JURISPRUDÊNCIA	117
7.1. Antes do Código Civil de 2002	117
7.2. Após a vigência do atual Código Civil	121
7.3. No Direito português	123
7.4. O papel do jurista para a concreção do instituto	125
CONCLUSÃO	128
REFERÊNCIAS	131
ANEXO I	139
ANEXO II	149
ANEXO III	192

INTRODUÇÃO

Em tempos de modernidade tardia, dentro de uma perspectiva de crescente constitucionalização e de publicização do Direito Civil, com a intervenção cada vez maior do Estado nas relações privadas, é grande a preocupação dos

juristas em consagrar a eticidade e a sociabilidade como instrumentos condicionantes da aplicação do direito.

Não por outra razão, as legislações modernas, ao lado das normas técnico-formalistas, vêm prevendo institutos agregadores de princípios valorativos essenciais à afirmação da Justiça nas relações humanas. É o caso da Função Social da Propriedade, da Função Social e Econômica do Contrato, do Princípio da Boa-fé Objetiva, da Teoria da Imprevisão, da Excessiva Onerosidade, dentre outros.

Foi também nesse cenário que se positivou expressamente em nosso ordenamento jurídico a Teoria do Abuso do Direito, construída sob a ilação: “o meu direito termina quando começa o do outro”. É justamente na superação do ideal pandectista e burguês de afirmação de liberdades públicas, em que se edificaram direitos subjetivos absolutos intangíveis, que os imperativos da convivência em sociedade inspiraram a moral hodierna a exigir uma relativização dos interesses. E esta relativização veio codificada no atual Código Civil, especialmente quando tratou da disciplina do abuso do direito.

Acerca do abuso do direito, e sua compreensão, mister que se traga à colação a lição de Pontes de Miranda¹:

Há limites aos direitos e há abusos sem transpassar limites. Não se confundam *limitação* aos direitos e *reação ao abuso do exercício do direito*, ou melhor, o exercício lesivo. Quando o legislador percebe que o contorno de um direito é demasiado, ou que a força, ou intensidade, com que se exerce é nociva, ou perigosa a extensão em que se lança, concebe as regras jurídicas que o limitem, que lhe ponham menos avançados os marcos, que lhe tirem um pouco da violência ou do espaço que conquista.

¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 351-352.

Os Direitos são concedidos para a consecução da pacificação social através da solução de conflitos. São criados para serem exercidos de maneira justa, social e legítima e não para que sejam usados discricionariamente. O titular de um direito, ao exercê-lo, não deve cometer excessos para fim diverso a que a lei se destina, sob pena de passar do campo da licitude para o da ilicitude.

O ato abusivo do direito, aparentemente é legal, mas social, econômica, ética e moralmente condenado, a ponto do legislador pátrio considerá-lo, a partir do Código Civil de 2002, verdadeiro ato ilícito.

Inicialmente, cumpre ponderar que o instituto do Abuso do Direito objeto do presente estudo é o previsto no Código Civil, ou seja abuso do direito material, que não se confunde com o abuso do direito processual tratado no Código de Processo Civil.

Com a entrada em vigor do atual Código Civil, nomeadamente do instituto do abuso do direito, inovação trazida pelo nosso legislador no âmbito das relações privadas, multiplicaram-se as críticas aos instituto, gerando grande celeuma e intrincadas discussões acerca de sua natureza jurídica e repercussões no mundo do direito.

Como era o tratamento dado ao instituto do abuso do direito antes, e após o atual Código Civil? Seria o abuso do direito um ato lícito ou ilícito? Se ato ilícito, de qual espécie? Teria como conseqüências a reparabilidade do dano concomitantemente com a invalidade do ato? Seria suscetível, além de uma tutela ressarcitória, também de uma tutela inibitória e de remoção do ilícito? A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito é objetiva ou subjetiva? Os Tribunais pátrios têm aplicado o instituto?

A resposta a todas estas questões, repita-se, muito discutidas e

debatidas pelos juristas que se enveredam ao estudo do instituto do abuso do direito, é o objeto do presente trabalho.

Some-se a tudo isso, que o Art. 187 é uma clausula geral das mais ricas do Código Civil, sua redação é repleta de conceitos legais indeterminados e conceitos determinados pela função que têm de exercer no caso concreto, o que torna o instituto, ainda mais, um terreno fértil para a construção doutrinária e jurisprudencial.

Dentro deste cenário, em que a legislação privada está se adaptando tardiamente, o presente trabalho vem traçar o perfil do abuso do direito, sua evolução histórico-jurídica até o estatuído no Código Civil de 2002, para concluir pela sua atual natureza e conseqüências jurídicas.

No estudo deste novel instituto pouco explorado, o que Rui Stoco chamou de *“uma das questões mais complexas e controvertidas de que se tem notícia no campo da dogmática jurídica”*², adota-se uma postura crítica, sempre procurando utilizar a lente constitucional como filtro normativo para o entendimento da matéria.

É o que se pretende: identificar o instituto do abuso do direito material, sua evolução histórica e natureza jurídica, suas implicações teóricas e práticas, abordando-se criticamente este instituto democrático, adrede aos mais comezinhos princípios éticos e morais que o Direito sempre perquiriu e que, agora, vem taxativamente previsto no atual Código Civil Brasileiro, necessitando de uma análise acuidada.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

1.1 Conceituação do Instituto

É conveniente frisar quão árdua é a missão de estabelecer um conceito ao instituto do abuso do direito, tendo em vista que esta tarefa vem provocando constantes inquietações em toda a doutrina mundial.

No tocante à conceituação do abuso do direito no que atina ao Código Civil, sua previsão no art. 187³ dá o conceito legal do instituto:

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 e pelos bons-costumes.

² STOCO, Rui. *Abuso do Direito e Má-fé Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 02.

³ Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.

Pelo Código, abuso do direito é o exercício de um direito que exorbita manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes.

Observa-se que o legislador optou por um sistema aberto de definição do ato praticado em abuso do direito. Ao revés de descrever, casuisticamente, suas hipóteses de incidência, deixou ao aplicador a possibilidade de reconhecê-lo diante das lides cotidianas, preenchendo o conceito do que seja exercício ilegítimo do direito.

Para fins de uma identificação preliminar do instituto, cumpre colacionar escólios da lavra de renomados juristas. O civilista SILVIO RODRIGUES, esclarece no que consiste o abuso do direito⁴:

“o abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo, e, ao utilizá-lo desconsideradamente, causa dano a outrem. Aquele que exorbita no exercício de seu direito, causando prejuízo a outrem, pratica ato ilícito, ficando obrigado a reparar. Ele não viola os limites objetivos da lei, mas, embora os obedeça, desvia-se dos fins sociais a que esta se destina, do espírito que a norteia. (Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 49)

ÁLVARO VILLAÇA DE AZEVEDO exemplifica⁵:

“Quando um sujeito se investe de um poder para realizar um interesse de outrem, pouco sobra relativamente a essa função, se existe um vínculo marcante ao escopo. O poder pode ser exercido somente para os fins, em razão dos quais foi atribuído; todo ato não justificado com referência a essa finalidade, e que se desvie do escopo, é considerado abuso”.

LOUIS JOSSE RAND, indica qual a finalidade do instituto, de onde

⁴ Apud. STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 767.

se extrai o conceito de abuso do direito, praticamente nos moldes adotados pelo Código Civil de 2002⁶:

Los derechos subjetivos, valores sociales, productos sociales, concedidos por la sociedad, no nos son atribuidos abstractamente y para que usemos de ellos discrecionalmente, ad nutum; cada uno de ellos está animado de cierto espíritu que no puede su titular desconocer o disfrazar; cundo los ejercemos, debemos conformarnos con este espíritu y permanecer en la línea de la institución; sin lo cual apartaríamos el derecho de su destino, haríamos mal uso de él, *abusaríamos*, cometeríamos una culpa que comprometería nuestra responsabilidad. De esta manera se pode de relieve la *teoría del abuso de los derechos* (...).⁷

É certo que, para conceituar um instituto, faz-se mister primeiramente o seu estudo e análise minudentes, razão pela qual, para fins de apresentar uma definição prévia e introdutória, notadamente quanto ao abuso do direito material, previsto no Código Civil, objeto do presente estudo, pode-se dizer que o abuso do direito é o ato realizado pelo titular de um direito, que, ao exercê-lo com apoio em preceito legal, excede manifestamente os limites de seu direito, os quais são determinados pelo fim social e econômico do direito, pela boa-fé e pelos bons costumes. Ou seja, o titular de um direito cometerá abuso, quando, no exercício anormal de seu direito, lesa o direito de outrem.

O abuso do direito corresponde, pois, ao exercício de um direito subjetivo ou outras prerrogativas individuais de maneira exacerbada, ou seja, de modo desconforme aos limites estabelecidos pelos fundamentos axiológico-

⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça (coordenador). *Código Civil comentado: negócio jurídico. Atos jurídicos lícitos. Atos ilícitos*. Vol. II. São Paulo: Atlas, 2003. p. 365.

⁶ JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Revisado y completado por André Brun. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Tomo II. Vol. I. Buenos Aires: Bosch Y Cia. Editores, 1950. p. 311/312.

⁷ No trecho, JOSSERAND quer dizer que os direitos subjetivos são concedidos pela própria sociedade, não se admitindo seu uso de forma discricionária. Cada direito foi criado para um fim, e quando se exerce este direito, não se pode afastar o seu uso com o fim para o qual foi concebido, sob pena de se abusar do direito e incorrer em responsabilidade, sendo esta finalidade do instituto do abuso do direito.

normativos inerentes ao direito ou prerrogativa individual exercitada.

1.2 Discussões a respeito da expressão “abuso de direito”

Conforme retro explanado, o conceito de abuso do direito, nos moldes do Código Civil de 2002, é o *exercício de um direito* que exorbita manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes.

Daí surgem algumas controvérsias e celeumas acerca da nomenclatura do instituto. Para os doutrinadores seguidores da corrente negativista, especialmente PLANIOL, a primeira incongruência do termo “abuso de direito” reside no fato de que, ao se iniciar o “exercício abusivo”, passa-se do campo da licitude e se adentra no da ilicitude. Assim, não se abusaria do direito, mas sim, se estaria exatamente cometendo um ato ilícito, contrário ao direito: ou seja, ninguém usa e abusa de um direito ao mesmo tempo.

PLANIOL denomina o instituto de uma verdadeira inutilidade. É o que narra SERPA LOPES, quando diz que *M. Planiol encarou o instituto como uma logomaquia resultante de sua própria denominação, além de importar em que se possa admitir a existência de um ato bifronte; direito e não direito, conforme a direção que lhe imprima a vontade das partes*.⁸

Como forma de refutar a tese de PLANIOL, o jurista JORGE AMERICANO propôs uma análise gramatical e jurídica do termo. Após uma análise

⁸ SERPA LOPES, Miguel M. de. *Curso de Direito Civil*. 4ª ed. vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1962. p. 542.

gramatical pondera⁹:

Ao que se vê, dicionaristas e encyclopedistas admitem a idéia de abuso como correspondente á noção de excesso, e não a consideram absurda quanto ligada ao próprio exercício da virtude; o abuso será, nesse caso, o mau emprego da virtude; o abuso será, nesse caso, o mau emprego da virtude, ou, si é possível dizel-o, o seu desvirtuamento.

Assim, também no direito, direito diremos abuso o seu desvirtuamento, o descomedimento no seu exercício, a indevida aplicação de um princípio, a consequencia exagerada que delle tiramos.

Referido autor pondera, ao firmar que a noção do direito exclui a noção de abuso, vez que o abuso desnatura o direito, fazendo com que ele o deixe de ser. No entanto, a realidade fática demonstra que existem atos ilícitos com um *falso* assento em direito, diversos do ato ilícito, que não possui *nenhum* assento em direito. Não há um direito de abusar, mas sim um abuso no seu exercício, razão pela qual logomaquia não existe, portanto, na locução “abuso de direito”.¹⁰

Mas ainda pairam dúvidas no tocante à expressão “abuso de direito”. PONTE DE MIRANDA adverte¹¹:

A expressão “abuso de direito” é incorreta, pois existe “estado de fato” e “estado de direito”; porém não “abuso de fato” ou “abuso de direito”. Abusa-se de algum direito, do direito que se tem. (...) Recebemo-la dos livros franceses e, lá, só se usa “abus du droit”.

Assim, buscando dar atenção à terminologia científica, sempre que houver referência a este instituto, em comunhão com o ensinamento de PONTES

⁹ AMERICANO, Jorge. *Do Abuso do Direito no Exercício da Demanda*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva & Comp Editores, 1932. p. 4.

¹⁰ AMERICANO, Jorge. *Do Abuso do Direito no Exercício da Demanda*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva & Comp Editores, 1932.p. 5.

¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti.. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1958.p. 135.

DE MIRANDA, utilizar-se-á, no decorrer deste trabalho, a expressão “abuso do direito”, ao invés de “abuso de direito”.

1.3 Escorço histórico

A fim de que se possa ter uma melhor noção do instituto em comento, necessário de faz um estudo, ainda, que singelo, de sua evolução, analisando-se as características do abuso do direito em distintos ordenamentos e momentos históricos.

1.3.1 Evolução da Teoria

A atual concepção da Teoria do Abuso do Direito, conquanto muito antiga, foi aperfeiçoada no século XIX, para fins de desenvolvimento e aprimoramento do conceito de ato ilícito.

No entanto, a ampla maioria dos juristas que dedicaram seus estudos ao abuso do direito, admite que a origem do instituto provém do Direito Romano. Esta afirmação, a princípio, pode parecer incongruente, já que a rigidez na aplicação da norma, bem como a presença de regras de cunho eminentemente individualistas, são ínsitas ao Direito Romano.

Na península itálica, vigia o brocardo *neminem laedit qui iure suo utitur*, o qual indicava que “a ninguém prejudica aquele que usa de seu direito”¹². Através deste princípio se justificava a aplicação da lei em qualquer circunstância, pois, sob o amparo da lei, se estaria atuando conforme o Direito.

Igualmente, GAIO citado por ÁLVARO VILLAÇA DE AZEVEDO¹³,

¹² CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do Direito*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 23.

¹³ AZEVEDO, Álvaro Villaça (coordenador). *Código Civil comentado: negócio jurídico. Atos jurídicos lícitos. Atos ilícitos*. Vol. II. São Paulo: Atlas, 2003. p. 362.

pontifica que nenhum dolo parece fazer quem usa de seu próprio direito: *nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*¹⁴.

O Direito poderia ser exercido sem limites, mesmo que em prejuízo de outrem. Assim, se perpetrava uma série de desvios da finalidade a que a lei foi criada, vez que o direito poderia ser manipulado para a satisfação de interesses, ao contrário do seu real e efetivo fim: pacificação social através da solução dos conflitos. Cada um poderia levar às últimas consequências a manifestação de suas faculdades.

É igualmente verdadeiro que, concomitante à vigência do citado princípio, no Direito Romano, em que pese não teorizado, princípios do abuso do direito eram tratados pela doutrina dos jurisconsultos romanos. É o que se depreende das máximas *male enim nostro jure uti non debemus*¹⁵ e *malitiis non este indulgendum*¹⁶, que em vernáculo, podem ser traduzidas, respectivamente, como “não devemos usar de nosso direito injustamente” e “não se deve ter indulgências pelas maldades”.

Elucidativa a lição de RUI STOCO¹⁷, ao indicar que “Foi CÍCERO quem teve a intuição do abuso ao afirmar: ‘*Summum jus, summa injuria*’ (‘do excesso do direito resulta a suprema injustiça’)”. Segundo o citado autor, o Direito Romano em sua evolução abandonou fórmulas rígidas, passando a atentar para problemas sociais enfrentados em Roma, muito bem solucionados pela equidade e a boa-fé.

Destas, entre outras adágias e parêmias, é que se deduz que foi no

¹⁴ Digesto, frag. 55, Liv. 50, Tít. 17, Gaio.

¹⁵ Inst., I, 8, 2.

¹⁶ CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do Direito*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 24.

¹⁷ STOCO, Rui. *Abuso do Direito e Má-fé Processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.p.60

Direito Romano onde surgiram as primeiras noções históricas da necessidade de se coibir o mau uso do Direito, em que pese, não existirem precedentes legislativos. Veja-se a lição de SERPA LOPES¹⁸:

Não acreditamos que no Direito Romano houvesse uma idéia de abuso de direito, no sentido do que modernamente é considerado como tal. Entretanto, não se pode dizer que se tratasse de uma concepção por completo desconhecida, já que, de um ponto de vista geral, a própria noção de direito preponderante em Roma não podia permitir fazer-se dêle um uso deslimitado, sob qualquer dos seus aspectos. Assim, observam-se normas restritivas do seu exercício, não só e precipuamente nas relações de vizinhança, como ainda no poder do senhor sobre o escravo, no pátrio poder e no poder marital.

Apesar de tudo, a exacerbação do individualismo do Direito Romano impedia o desenvolvimento do instituto como uma cláusula geral de responsabilidade civil.

O extremo individualismo do Direito no século XIX não se compadecia com a sobreposição de limites ao exercício dos direitos. Foi, então, que os juristas repensaram o problema do exercício dos direitos subjetivos, a princípio no da propriedade e depois em outros ramos do Direito, como o de família ou dos contratos. Assim, veio, efetivamente, nascer os primeiros avanços consideráveis para o desenvolvimento da Teoria do Abuso do Direito.

Como marco fundamental para o desenvolvimento da Teoria do Abuso do Direito, está a teoria da ilicitude dos atos de emulação, desenvolvida na Idade Média. Como necessidade de se impor limites ao exercício de direitos subjetivos, o que se pode entender como a principal função do instituto do abuso do direito, surgiu na idade média a denominada “emulatio”.

Por esta teoria se inquinava de ilicitude o ato praticado pelo

¹⁸ SERPA LOPES, Miguel M. de. *Curso de Direito Civil*. 4ª ed. vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Editora

proprietário ou vizinho com o objetivo exclusivo de prejudicar terceiros, extrapolando a finalidade social e econômica da propriedade.

O direito espanhol consagrou expressamente a proibição do ato emulativo, adotando um princípio geral segundo o qual quem usa de seu direito não pode fazer injustiça a outrem. Textualizava também, que qualquer homem pode fazer o que desejar, mas deve fazer de modo que não traga dano ou prejuízo a outrem.

Esta nova visão de reação ao individualismo, refutando a tese de que um direito subjetivo estaria protegido em qualquer hipótese, ainda que dele decorressem conseqüências injustas ou que maculassem a sociedade como um todo, foi, na visão de EVERARDO DA CUNHA LUNA, o principal marco histórico da Teoria do Abuso do Direito¹⁹.

O desenvolvimento da Teoria da Emulação e o aparecimento tímido da Teoria do Exercício Abusivo do Direito influenciaram os primeiros textos legislativos europeus, como o Código Civil da Prússia. Entretanto, com o Código Napoleônico as Teorias tiveram um enfraquecimento, pois neste período primava-se pela concepção individualista e metafísica dos direitos.

Ocorre que já se encontrava calcificado na sociedade o repúdio ao exercício intencionalmente malicioso, anormal, anti-finalista dos direitos subjetivos. E rapidamente a jurisprudência insurgiu-se contra tal prática, seguida de perto pela doutrina e pelas novas legislações.

De fato, o desenvolvimento econômico e social culminou com o surgimento de uma nova realidade, e o direito, que parecia uma poderosa arma contra o absolutismo do Estado, passou a ser inconveniente, vez “que se

Freitas Bastos, 1962. p. 545.

demonstrou serem relativos não só o Poder do Estado, mas também os direitos conferidos ao homem, limitados que estão pelas regras de convívio social.”²⁰.

Neste sentido a lição de EVEARDO DA CUNHA LUNA²¹:

A relatividade do direito subjetivo aumenta quando as relações dos indivíduos, em sociedade, vão se tornando cada vez mais complexas; quando os interesses, em choque, crescem em número, e a proteção dos direitos torna-se tarefa delicada e difícil. Nos tempos modernos, podemos afirmar, a par das necessidades coletivas, que se rebelam contra o individualismo tradicional, têm levado os juristas ao reconhecimento de rigorosos limites, impostos aos direitos subjetivos, as doutrinas da causa das obrigações, da imprevisão, do risco, do enriquecimento e do abuso do direito. Por serem relativos, os direitos subjetivos perdem, muitas vezes, o caráter de direito, para transformarem-se, quando em exercício, em atos contrários à ordem jurídica. Sem exceção, todos os direitos subjetivos são relativos.

PEDRO BATISTA MARTINS, ao tratar da relativização dos direitos subjetivos e do surgimento de institutos que visam limitar o exercício dos mesmos, indica²²:

Os direitos subjetivos perderam o cunho nitidamente egoísta que os caracterizava: limitações mais ou menos extensas lhes foram impostas em nome do interesse coletivo, da ordem pública, dos bons costumes; finalmente, com a doutrina da imprevisão, a da causa das obrigações e, principalmente, com a do risco, a da instituição e a do abuso do direito, aparelharam-se devidamente os tribunais para, na aplicação, corrigir as imperfeições da lei e empreender a empolgante tarefa da socialização do direito.

No desenvolvimento da Teoria do Abuso do Direito, pode-se dizer que a jurisprudência antecedeu a doutrina, passando o tema a preocupar os juristas. Mas foram as obras de SALEILLES e JOSSERAND, no final do século XIX, que concretizaram a Teoria do Abuso do Direito, assinalando a relatividade dos direitos

¹⁹ LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 46.

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 169.

²¹ LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 42/43.

²² MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora

objetivos e subjetivos preceituados no ordenamento jurídico. Especialmente JOSSERAND, que afirmou ser o abuso do direito um ato contrário ao fim da instituição jurídica, ao seu espírito e a sua finalidade.

Abordando a questão, SILVIO RODRIGUES foi enfático ao afirmar²³:

"Acredito que a teoria (do abuso do direito) atingiu seu pleno desenvolvimento com a concepção de Josserand, segundo a qual há abuso de direito quando ele não é exercido de acordo com a finalidade social para a qual foi conferido, pois como diz este jurista, os direitos são conferidos ao homem para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição".

Através de importante silogismo, CUNHA LUNA resume a essência do abuso do direito²⁴:

"O abuso de direito origina-se da relatividade dos direitos subjetivos – O estudo que fizemos, neste primeiro título de trabalho, *O direito, de que se abusa*, leva-nos a quatro conclusões fundamentais: 1.^a) o direito é norma e faculdade; 2.^a) as faculdades são contidas pelo direito subjetivo; 3.^a) os direitos subjetivos são relativos; 4.^a) a relatividade dos direitos subjetivos origina o abuso de direito.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ao empenhar seus esforços no estudo do abuso do direito, identifica o desenvolvimento da teoria no Direito Francês, que teve na jurisprudência o alicerce para o despertar da teoria²⁵:

Na expressão dos irmãos Mazeaud a caracterização da figura do abuso de direito toma forma quando o autor do dano exerceu um direito definido, mas além dos limites das prerrogativas que lhe são conferidas. Quando alguém se contenta em exercer estas prerrogativas estará usando o seu direito. Comete abuso quando as

Freitas Bastos, 1941. p. 11/12.

²³ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: parte geral*. 24 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 311.

²⁴ LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de Direito*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 46.

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 1.^a ed. Revista Eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 19.

excede. Exemplificam: o proprietário tem direito de levantarem seu terreno um tapume, mas se o eleva de maneira a causar sombra na casa de seu vizinho; ou se um demandista, usando de todos os recursos, retarda o encerramento de um processo - consideram que, não obstante exerçam um direito, fazem-no de forma a causar dano a outrem, e cometem abuso de direito, pelo qual serão obrigados a reparar o dano (Mazeaud e Mazeaud, *Responsabilité Civile*, vol. I, n° 550). Igualmente lembra o exemplo, tirado da jurisprudência, de um proprietário que ergueu em seu terreno postes de grande altura, terminados por ponteiros de metal, impedindo que o vizinho usasse o seu imóvel para aterragem de balões (ob. cit., n° 111).

Os tribunais franceses foram os que melhor trataram o assunto. A título de exemplo Henri Capitant registra decisões da Corte de Cassação, nas quais sobressai a idéia de abuso, quando o titular ultrapassa as obrigações ordinárias de vizinhança, ou a utilização, por um médico, de aparelhos de radioterapia que emitia ondas prejudiciais à atividade de um vizinho, comerciante de aparelhos de rádio (Henri Capitant, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile*, ps. 323 a 327 da ed. de 1970).

Cumprido registrar que esta teoria que afirma a existência do abuso do direito, teve, na doutrina, várias críticas pela negação da existência do abuso do direito. Inclusive, dividem-se, até hoje, os juristas quanto à espécie de responsabilidade aplicada: objetiva ou subjetiva. Mas estes assuntos, juntamente com os teóricos que fundamentam as teorias, que foram essenciais para o desenvolvimento do instituto, serão tratados adiante em separado.

Outro registro histórico da Teoria do Abuso do Direito é encontrada na lição de LINO RODRIGUES BUSTAMANTE, citado por CARVALHO NETO, que cita o Direito Canônico e Muçulmano²⁶:

“En la doctrina de los Padres de la Iglesia se contuvieron reglas de restricción al uso y ejercicio de los derechos, principalmente respecto al de propiedad. Por lo que se refiere al Derecho musulmán, interesa hacerse eco Del trabajo de Mahmoud Farthry, intitulado La doctrine musulmane Del l’abuse des droits, publicado em 1903, em el que anuncia al mundo que esta teoria tan laboriosamente elaborada por la jurisprudência francesa, había sido desarrollada con anterioridad

²⁶ CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do Direito*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2004. p.27.

por los jurisconsultos musulmanes”.²⁷

De todo o exposto, deduz-se que foi através de uma construção jurisprudencial que surgiu o abuso do direito no estereótipo atual, onde uma pessoa pode ser responsabilizada pelo mal que eventualmente cause a outrem, quando o exercício de seu direito suplanta os fins sociais, fins econômicos, boa-fé e bons costumes.

1.3.2 Terra Brasilis

Em nosso Direito Pré-codificado não se encontra qualquer registro que aponte para a Teoria do Abuso do Direito. De igual forma o Código Civil de 1916, que não foi expresso ao dispor sobre o instituto. A par disso, na doutrina, surgiram vozes no sentido de reconhecer a Teoria do Abuso do Direito através da interpretação construtiva e indireta do Artigo 160, inciso I:

Art. 160. Não constituem atos ilícitos:

I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

A interpretação era feita através de uma construção lógica. Ou seja, se não constituem atos ilícitos os praticados em exercício regular de um direito, por conseguinte, os praticados em exercício irregular estariam na órbita da ilicitude.

Igualmente, civilistas identificaram nos Arts. 100, 526, 584, 585,

²⁷ No trecho extraído da obra de BUSTAMANTE, há referências ao abuso do direito como decorrente do direito canônico, especialmente quanto ao respeito à restrição ao exercício do direito de propriedade. Traz referências de uma obra publicada em 1903 de um autor muçulmano que trata do abuso do direito, dizendo que o direito muçulmano, antes mesmo do direito francês já havia desenvolvido a teoria do abuso do direito.

587, 1530, 1531 do mesmo Código de 1916, uma fonte legal de obrigação por atos abusivos. Esta interpretação era localizada no Art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e no Art. 20 da Lei de Falências (Dec. Lei 7.661/45)²⁸.

Entende-se, pois, com o devido respeito ao posicionamento doutrinário no sentido de identificar a Teoria do Abuso do Direito nos dispositivos supramencionados, ainda que indiretamente, não é esta a interpretação que deve prosperar. A Teoria do Abuso do Direito trata do exercício demasiado de um direito, ou seja, o titular de um direito simplesmente o exerce de forma a extrapolar sua finalidade social, econômica, boa-fé e bons costumes. Se referidas normas citadas foram fruto de uma tentativa de coibir o abuso do direito, não é o caso. Se existe norma proibitiva de referidas condutas, não há que se falar em abuso do direito, mas sim em conduta expressamente contrária ao direito, com previsão típica.

28 Art. 100. Não se considera coação a ameaça do exercício anormal de um direito, nem o simples temor reverencial.

Art. 526. A propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda a profundidade, úteis ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário opor-se a trabalhos que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse algum em impedi-los.

Art. 584. São proibidas construções capazes de poluir, ou inutilizar para o uso ordinário, a água de poço ou fonte alheia, a elas preexistente.

Art. 585. Não é permitido fazer escavações que tirem ao poço ou fonte de outrem a água necessária. É, porém, permitido fazê-las, se apenas diminuïrem o suprimento do poço ou fonte do vizinho, e não forem mais profundas que as deste, em relação ao nível do lençol d'água.

Art. 587. Todo o proprietário é obrigado a consentir que entre no seu prédio, e dele temporariamente use, mediante prévio aviso, o vizinho, quando seja indispensável à reparação ou limpeza, construção e reconstrução de sua casa. Mas, se daí lhe provier dano, terá direito a ser indenizado.

Art. 1530. O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.

Art. 1531. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação.

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

Art. 20. Quem pô dolo requerer a falência de outrem, será condenado, na sentença que denegar a falência, em primeira ou segunda instância, a indenizar o devedor, liquidando-se na execução da sentença as perdas e danos. Sendo a falência requerida por mais de uma pessoa, serão solidariamente responsáveis os requerentes.

De acordo com JUDITH MARTINS-COSTA²⁹, o:

“art 187 não é, nem de longe, a “reprodução do art. 160, inciso I, do Código de 1916 (cuja regra foi apreendida, de resto, no art. 188 do novo Código), não estando, bem assim, limitado à versão subjetiva da Teoria do Abuso, de construção francesa, mas à doutrina do exercício inadmissível de posições jurídicas, que não se limita a operar com a noção de “direito subjetivo”, preferindo a categoria das “situações jurídicas subjetivas”, existenciais e patrimoniais”.

Diferentemente do que a doutrina considerava abuso do direito, pela interpretação do Art. 160, inciso I, do Código Civil de 1916 e de diversos outros artigos esparsos, o Código Civil instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em seu artigo 187, embora não tenha trazido sua denominação, conceituou e qualificou o abuso do direito, erigindo o instituto à categoria de ato ilícito ao prescrever que *também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*

Notória a vantagem metodológica de se reconhecer, claramente, em apenas um artigo, a incidência da Teoria do Abuso do Direito. Afastou-se a invocação de dispositivos esparsos, que, porquanto não pertinentes exatamente ao tema, enfraqueciam o reconhecimento e a aplicação do instituto, especialmente no âmbito da jurisprudência pátria, resistente, ainda em larga escala, aos métodos de interpretação sistemáticos-teleológicos.

Aponta-se, outrossim, como de extremo acerto, a previsão do instituto no seio de cláusulas gerais. Obedece-se, assim, à eticidade, diretriz fundamental do atual Código Civil, preconizada por MIGUEL REALE, permitindo a

²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil (estruturas e rupturas em torno do art. 187)*. Jus Navigandi, Teresina, a.4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <<http://1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?ie=513>> Acesso em: 14 mar. 2005.

indeclinável participação dos valores éticos no ordenamento jurídico.

Referido artigo 187, cuja redação é inspirada no Código Civil português, é cláusula das mais ricas do diploma civilista atual, porque reúne, em um único dispositivo, os quatro princípios éticos que presidem o sistema: o abuso do direito, o fim social, a boa-fé e os bons costumes. Bastaria acrescentar o da supremacia da ordem pública para tê-los todos à vista. Insta esclarecer que esta boa-fé, entendida como a boa-fé objetiva, vem trazer às relações jurídicas um novo senso de honestidade, probidade, lealdade, integridade e eticidade, limitando, consideravelmente, a autonomia da vontade na formação, vigência e extinção da relação jurídica obrigacional.

Pelo Código Civil de 2002, o ato ilícito resultante do abuso do direito gerador de dano a bem jurídico alheio, igualmente aos demais atos ilícitos, gera responsabilidade civil decorrente da obrigação de indenizar, conforme prescreve o Art. 927, indicando que *aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*.

A introdução do abuso do direito, no formato do Art. 187 é fruto das diretrizes axiológicas que o legislador civil utilizou para a reforma e inclusão de institutos insculpidos no estatuto atual. MIGUEL REALE, um dos responsáveis pelo projeto do Código Civil de 2002, indica a quebra de paradigmas que condicionaram a feitura do que o autor denomina de “constituição do homem comum”³⁰:

Dá ficarem assentes estas diretrizes:

³⁰ REALE, Miguel. *Visão Geral do Novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, a.6, nº 54, fev. 2002, Disponível em: < <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 06 mar. 2005.

(...)

C. Alteração geral do Código atual no que se refere a certos valores considerados essenciais, tais como o de eticidade, de socialidade e de operabilidade.

(...)

Não obstante os méritos desses valores técnicos, não era possível deixar de reconhecer, em nossos dias, a indeclinável participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem abandono, é claro, das conquistas da técnica jurídica, que com aqueles deve se compatibilizar.

Não poderia ser diferente, vez que MIGUEL REALE, em sua teoria tridimensionalista do Direito, conforme já comentado, consagra a ética como um instrumento condicionante da aplicação da lei. Dentre os valores éticos, e também sociais, a que se refere mencionado autor, estão a boa-fé, a função social do contrato, a função econômica e os bons costumes, todos eles resguardados pelo instituto do abuso do direito. Trata-se, nada mais do que um instituto agregador de princípios valorativos essenciais à afirmação da Justiça nas relações humanas, como sói ser criado e desenvolvido em sua evolução histórica, conforme já narrado.

1.4 Realidade Brasileira: intervenção estatal para limitação de direitos subjetivos e redução de desigualdades sociais e econômicas através do Direito.

Em razão da onda neoliberal que o mundo atravessa, é necessário que se discuta a função do Estado e do Direito, bem como as condições e possibilidades para se por em prática a democracia e os direitos fundamentais nos negócios jurídicos celebrados entre particulares em países que recém saíram de

regimes autoritários, uma vez que o neoliberalismo tenta convencer que houve o fim da modernidade (idéia que vem sendo aceita pela elite brasileira).

A modernidade, surgindo como um avanço, rompeu com o medievo, nos legando o Estado, o Direito e as instituições. Em um primeiro momento, surge o Estado Absolutista, passando para o liberal, o qual, posteriormente, transformou-se, surgindo o Estado Contemporâneo. Referidas transformações são decorrentes justamente da exasperação das contradições sociais decorrentes do liberalismo.

O Estado passa, pois, a ser o tutor e o suporte da economia e aponta para objetivos totalmente contraditórios: por um lado, visa garantir a igualdade de todos os indivíduos diante da lei; por outro, busca garantir a defesa do capital contra as insurreições operárias.

Essa forma de Estado, também conhecido como Estado Providência ou Social, foi estabelecido como forma de compatibilizar as promessas da Modernidade com o desenvolvimento capitalista. Para os neoliberais, o Estado Social não mais existe, eis que se trata de uma entidade nacional, portanto, desconectada do mundo globalizado.

A globalização neoliberal-pós-moderna, conforme nos ensina LENIO STRECK, *“coloca-se como um contraponto das políticas do welfare state”*³¹, exteriorizando uma nova face do capitalismo internacional, trazendo fortes sinais de retorno à pré-modernidade.

Há que se ressaltar, que nos países que efetivamente passaram

³¹ STRECK, L. L. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed., revista, atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 23.

pela etapa do *welfare state*³² as consequências da minimização do Estado foram completamente diversas daqueles que países não passaram (como no caso do Brasil). Isso porque nestes países, o Estado interventor-desevolmentista-regulador serviu apenas às elites que dele tiraram proveito, realizando privatizações, divisões, loteando o Estado com o capital internacional, com os monopólios e com os oligopólios da economia.

Por esta razão é que se afirma que a modernidade no Brasil é “*tardia e arcaica*”³³. Em nosso país, as promessas da modernidade ainda não se realizaram, ou seja, o Estado não se empenhou na redução das desigualdades. Neste quadro, a solução que se tem apresentado é o retorno ao Estado neoliberal, por paradoxal que possa parecer. Porém, referida solução não parece adequada, eis que existe um imenso déficit social em nosso país, razão pela qual as instituições da modernidade devem ser defendidas contra esse neoliberalismo pós-moderno.

Justamente no momento em que as desigualdades crescem, o Brasil se omite da realização de políticas públicas intervencionistas, em sentido contrário ao que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, o qual aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador, ou seja: um Estado Democrático de Direito.

³² A política do *Welfare State*, o Estado do bem-estar social, surgiu nos países europeus devido à expansão do capitalismo após a Revolução Industrial e o Movimento de um Estado Nacional visando a democracia. Seu início efetivo dá-se exatamente com a superação dos absolutismos e a emergência das democracias de massa. O *Welfare State* é uma transformação do próprio Estado a partir das suas estruturas, funções e legitimidade. Ele é uma resposta à demanda por serviços de segurança sócio-econômica. Surge justamente da necessidade de respostas às dificuldades individuais, visando garantir a sobrevivência da sociedade com medidas intervencionistas por parte do Estado, visando reduzir as desigualdades sociais.

Parece paradoxal (e de fato é), mas, no Brasil, a intervenção jurídica do Estado cresce na proporção da redução da atividade econômica estatal e do conseqüente aumento dos poderes privados nacionais e transnacionais.

A introdução explícita dos princípios sociais do contrato no Código Civil de 2002 (função social e econômica do contrato, boa-fé objetiva, ética contratual) chega com atraso de várias décadas e, por ironia da história, justamente quando o país caminha nos passos do neoliberalismo.

No Brasil, a regulação da atividade econômica para conter (ou ao menos controlar) os abusos dos poderes privados é medida que se impõe, sobretudo em razão do crescimento da concentração empresarial e de capital e da vulnerabilidade das pessoas que não detêm poder negocial.

Neste ambiente é que o Direito Civil, como regulamentador das relações jurídicas quotidianas, busca implementar as promessas modernas: intervencionismo estatal, repersonalização das relações jurídicas, publicização e constitucionalização do direito civil, aplicação do instituto do abuso do direito, buscando realizar a justiça social nas relações privadas.

É neste o panorama histórico brasileiro que deve ser interpretado o instituto do abuso do direito, introduzido no atual Código Civil pelo artigo 187, cerne do presente estudo, adequando-o aos princípios liberais (predominantes no Estado liberal), notadamente o da autonomia da vontade, juntamente com o intervencionismo estatal atualmente vivenciado por ocasião das disposições consagradas no diploma civilista, que explicitamente albergou a aplicação dos princípios sociais do contrato.

³³ STRECK, L. L. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do*

A autonomia da vontade do titular de um direito subjetivo deve ser limitada, para que não se veja, e como de fato se tem visto na prática, abusos por parte do detentor de um direito.

Como se diz em linguagem leiga: “o abuso do direito virou lei”. O Estado interveio nas relações privadas para dizer: basta! Chega de tanta injustiça com o uso do Direito! O Direito não foi criado para ser manipulado para a consecução de fim diverso a que foi concebido.

E esta intervenção estatal é indispensável, forçosa, inevitável, fatal, essencial e preciosa, na medida que nossa realidade neocapitalista impõe uma economia calcada na liberdade contratual e enfraquecimento estatal. É um ideal burguês que edificou direitos subjetivos absolutos, e que o Brasil, ainda, não conseguiu superar.

Com muita propriedade, PEDRO BATISTA MARTINS pontifica essa tendência intervencionista tendente a reduzir as desigualdades sociais e econômicas, e que, em Terra Brasilis, no ramo do Direito, só agora, foi instituído³⁴:

Uma vez que nem todos podem, a não ser em tese, gozar das prerrogativas legais, usar de seus direitos civis, é necessário que aqueles que se acham em condições de exercê-los não se prevaleçam deles para a satisfação de interesses egoísticos nem desnaturem, de qualquer modo, a sua destinação econômica e social.

A teoria do abuso do direito é que está confiada a importante missão de equilibrar os interesses em luta e de apreciar os motivos que legitimam o exercício dos direitos, condenando, como ante-sociais, todos os atos que, apesar de praticados em aparente consonância com a lei, não se harmonizam, na essência, com o espírito e a finalidade desta mesma lei.

Direito. 5ª ed., revista, atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 25.

³⁴ MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941. p. 16.

Eis que, com o advento do atual Código Civil, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, que também é posterior à Constituição Federal e alberga diretrizes axiológicas constitucionais, exsurtem princípios até então presentes em nível constitucional. Não obstante, pois, a indiscutível autonomia privada existente nos contratos firmados por relações não albergadas pelo Código de Defesa do Consumidor, esta não é absoluta, eis que o sistema jurídico em vigor interfere nas hipóteses que envolvem questões atinentes à ordem pública.

Em razão das recentes e constantes modificações sofridas no cenário econômico e político mundial, por óbvio também enfrentadas pelo Brasil, o contrato vem sofrendo uma série de alterações conceituais e o antigo conceito de autonomia plena da vontade, outrora ferrenhamente defendida, vem cedendo espaço para institutos mais voltados para a realidade social que envolve os atores relação contratual.

É cediço que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi o Código de Defesa do Consumidor que inaugurou doutrinas próprias da modernidade que visam incutir igualdade e equilíbrio material nas relações entre fornecedor e consumidor, caracterizando as tendências de intervenção do Estado nas relações privadas. No âmbito do Direito Civil, especialmente nas relações contratuais, somente agora, após a edição do Código Civil de 2002, é que se tem notado, com maior incidência, a intenção do legislador em incutir nas relações negociais as “promessas” da modernidade, especialmente, a defesa da parte mais vulnerável da relação.

Assim, o Código Civil atual, seguindo a linha principiológica constitucional, já consubstanciada no Código de Defesa do Consumidor, tratou de institutos como a boa-fé objetiva, função social e econômica do contrato,

comutatividade, equidade, revisão contratual decorrente da imprevisão, onerosidade excessiva, a doutrina do abuso do direito, dentre outros, redimensionando o princípio da autonomia privada, antes tido como intangível.

Esta tendência de se fixar normas que denotam uma ingerência cada vez mais presente por parte do Estado, é a promessa da modernidade. De fato, segundo JUDITH MARTINS-COSTA, estes “novos princípios” repercutem na legislação civil, a fim de torná-la adstrita a um conceito de justiça material, e não meramente formal, dando-se prevalência a valores éticos e às técnicas legislativas com eles compatíveis, como a utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados³⁵.

Conforme afirmou MIGUEL REALE³⁶, foram diretrizes como a eticidade, socialidade e operabilidade que orientaram o legislador na elaboração do atual Código Civil. Estas diretrizes axiológicas, que repercutiram no contrato, representam avanços e conquistas na legislação civil, afastando o viés individualista do vetusto Código Civil, para adequá-lo à modernidade tardia brasileira, até então carente de normas de caráter público aplicadas às relações negociais, notadamente ao contrato, estatuto fundamental do Direito Privado.

A visão fanática que conferia poder absoluto à vontade individual e à liberdade contratual, esvaziada de conteúdo axiológico e da idéia mais geral e abstrata da justiça, foi substituída por normas superiormente imperativas, na regulação dos contratos, restringindo a liberdade contratual pela adição de normas

³⁵ MARTINS-COSTA, J. *O Direito Privado como um “sistema em construção”*: as cláusulas gerais no Projeto do Novo Código Civil brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, a.4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <<http://1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?ie=513>> Acesso em: 14 mar. 2005.

³⁶ REALE, M. *Visão Geral do Novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, a.6, nº 54, fev. 2002, Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 06 mar. 2005.

de ordem pública.

E é justamente na (re)estruturação desses conceitos contratuais, com tendências constitucionalizadoras e publicizadoras, que se intenta a salvaguarda de interesses sociais mais significativos do que a autonomia privada, a qual se vê limitada pela inclusão de novos paradigmas.

A autonomia privada sofre, pois, condicionamentos de ordem legal, moral e pública, a fim de realizar um melhor equilíbrio social, não por uma mera preocupação moral de impedir a exploração do fraco pelo forte, mas também, de sujeitar a vontade dos contratantes ao interesse coletivo, no qual se inclui a harmonia social.

A ingerência por parte do Estado na estruturação do conceito de ato ilícito, instituindo o abuso do direito, tem em vista a salvaguarda de interesses sociais mais significativos que a simples pretensão dos contratantes.

Não há que se perder de vista que o contrato, na qualidade de instrumento essencial da organização social, deve evoluir sempre, como a própria evolução da pessoa humana e suas relações intersubjetivas. A dinâmica própria da sociedade e as realidades jurídicas que dela emanam, justificam a necessidade da urgência desta releitura contratual, a fim de amoldá-lo aos novos anseios sociais.

Cumpre salientar, que as mudanças trazidas pelos institutos civilistas do Código de 2002, nomeadamente pelo abuso do direito, aprimoraram as relações jurídicas privadas, adequando seus limites à justiça social tão almejada nos tempos modernos. Esta é a razão de ser dos princípios da boa-fé (objetivamente considerada), da função social e econômica do direito e dos bons costumes estarem inseridos no artigo 187 do Código civil como caracterizadores do

abuso do direito, todos limitadores da liberdade de contratar.

Esta nova organização principiológica revela, enfim, a feição contemporânea do contrato e seu traço de adaptação e coerência com a pessoa mais ética dessa pós-modernidade, centro de todo o interesse epistemológico do direito atual.

A participação eminente da Constituição de 1988 no domínio das relações civis (constitucionalização do Direito Civil) merece especial atenção, a começar pelo Art. 1º, que, entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, situa “*a dignidade da pessoa humana*”, a qual, por essa razão, constitui o pressuposto básico de todo o ordenamento jurídico.

LUIZ EDSON FACHIN, com peculiar doutrina voltada para uma nova interpretação do contrato, afirma³⁷:

Nos contratos, o sentido da comutatividade e da igualdade marca, cada vez mais, a repressão das cláusulas abusivas e a tentativa de impedir as desproporções, permitindo a revisão das equações econômicas e financeiras dos contratos.

No que atina ao intervencionismo estatal, que para muitos representa um problema, nos ensina professora GISELDA HIRONAKA³⁸:

A intervenção legislativa do Estado assim levada a cabo fez florescer um tempo novo, onde os malefícios do liberalismo jurídico foram mitigados pela proteção social que se estendeu ao economicamente mais fraco. As formas contratuais nas quais os direitos competiam todos a uma só das partes e as obrigações só à outra parte, foram repelidas severamente pelo que se convencionou chamar de *dirigismo contratual*.

³⁷ FACHIN, L. E. *Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p. 229.

³⁸ HIRONAKA, G. M. F. N. *Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado*. Jus Navegandi, Teresina, a. 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4194>>. Acesso em 25 de outubro de 2005.

Assim, se denota que com o advento do atual Código Civil não se pode afirmar que houve rigorosas quebras de paradigmas, mas sim aprimoramentos e incorporação ao Código Civil de comportamentos já há algum tempo vigentes no seio social, como no caso do instituto do abuso do direito.

Chega-se a pensar que a limitação da vontade dos contratantes, imposta por normas de ordem pública, poderia representar uma verdadeira “crise” dos contratos. SAVATIER, citado por FLÁVIO TARTUCE, chega a profetizar que o contrato tende a desaparecer, surgindo outro instituto em seu lugar³⁹.

Ocorre que, a despeito de todas as transformações sofridas, não há que se falar em “crise” no sentido de aniquilação da autonomia privada através do instituto do abuso do direito. FLÁVIO TARTUCE, em comentário ao tema, explana⁴⁰:

Na realidade, “crise” pode significar alteração da estrutura – e é realmente isto que entendemos estar ocorrendo quanto ao tema - , uma convulsiva transformação, uma renovação dos pressupostos e princípios da Teoria Geral dos Contratos, que tem por função redimensionar seus limites e não extingui-los. Entendemos que o contrato não está em crise, mas sim em seu apogeu como instituto emergente e central no direito privado (TARTUCE, Flávio, 2003).

Se por um lado se tem a sociedade brasileira carente da realização de direitos, por outro, tem-se uma Constituição Federal que garante esses direitos da forma mais ampla possível. O Estado Democrático de Direito busca garantir um mínimo de vida ao cidadão e à comunidade como um todo, sendo a lei um instrumento de ação concreta do Estado, cujo método assecuratório de efetividade é a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica.

³⁹ TARTUCE, F. *A Realidade Contratual à Luz do Novo Código Civil*. Disponível em: <<http://mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 20 de out. 2005.

⁴⁰ TARTUCE, F. *A Realidade Contratual à Luz do Novo Código Civil*. Disponível em: <<http://mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 20 de out. 2005.

Há que se interpretar o instituto do abuso do direito, como ato ilícito e causa de invalidade do negócio jurídico, com base em uma hermenêutica pautada em axiomas constitucionais (dignidade da pessoa humana, igualdade substancial e solidariedade social), bem como levando-se em conta a realidade jurídica, política, econômica e social brasileira. É preciso enxergar o contrato com “olhos de ver”, rompendo, ainda que tardiamente, paradigmas tidos como pilastras inamovíveis do direito privado.

A inserção no ordenamento civilista pátrio do instituto do abuso do direito tende a solucionar (ou ao menos apaziguar) problemas sociais decorrentes do abuso do poder econômico, por meio da limitação à autonomia privada e da aplicação aos negócios jurídicos de um senso ético de resgate aos bons costumes.

1.5 Teorias que fundamentam o abuso do direito

Como decorrência de estudos promovidos por diversos juristas, cânones do Direito, sobre a necessidade de se coibir o uso anormal de um direito, surgiram diferentes teorias em torno do tema, afirmando ou negando a existência do que se ousou denominar de abuso do direito.

Os seguidores das teorias que admitem a existência do abuso do direito (teoria afirmativista), dividem-se em dois grupos: de um lado os que vislumbram que o abuso do direito somente pode ser realizado se presentes dolo ou culpa por parte do titular do direito que se abusa; de outro, aqueles que postulam a desnecessidade do elemento subjetivo. Os primeiros são adeptos à teoria subjetivista, e os segundos, à teoria objetivista. Por sua vez, a teoria que nega a sua existência é denominada de negativista.

O abuso do direito teve sua autonomia científica negada por aqueles que consideravam o direito subjetivo como absoluto e possuíam uma visão eminentemente individualista do direito privado. Referido entendimento era seguido pelos adeptos da teoria negativista.

A teoria negativista teve como seu maior representante Marcel Planiol, o qual, na própria expressão “abuso de direito” vislumbrou uma contradição, uma *contradictio in adiectio*, argumentando, para tanto, que a idéia de abuso constitui a negação do direito, sustentando que tal instituto é uma logomaquia, pois, se alguém usa de seu direito, o ato é lícito; se for ilícito é porque ultrapassa o direito, procedendo o agente sem direito.

Para referido autor, citado por CAIO MÁRIO, o direito cessa onde começa o abuso. Não se poderia, portanto, falar em uso abusivo de um direito, pois um ato não pode, ao mesmo tempo, “ser conforme no direito e contrário ao direito”⁴¹. No mesmo sentido raciocina BARASSI, também citado por CAIO MÁRIO, ao considerar a fórmula intimamente contraditória em si mesma⁴².

A despeito da teoria desenvolvida pelos negativistas, urgia a necessidade de se reconhecer que certos atos, ainda que aparentemente estivessem de acordo com a lei, eram contrários à moral e aos princípios gerais do direito, sendo, dessa forma, contrários ao próprio ordenamento jurídico, eis que o mesmo não é formado apenas por normas postas, mas também por valores éticos que norteiam toda a sociedade à qual se dirige.

Assim, além das teorias que negam a existência do abuso do

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 1ª ed. Revista Eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.19.

⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 1ª ed. Revista Eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 19.

direito, existem aquelas que sustentam a sua existência. São as teorias afirmativistas, que se subdividem em subjetivista e objetivista.

Para a corrente subjetivista, mais tradicional, o abuso do direito restará caracterizado quando o titular de um direito, além de exceder os limites de seu exercício, o faça com a intenção de prejudicar, com o propósito de causar dano a alguém. Há necessidade, pois, que o agente tenha plena consciência de que, ao exercer seu direito, inicialmente legítimo, extrapolou os limites legais e lesionou o direito de outrem.

Assim, para a teoria subjetivista, são três os elementos caracterizadores do abuso do direito: o exercício de um direito, a intenção de causar um dano e a inexistência de interesse econômico.

Segundo os ensinamentos de RUI STOCO, a teoria subjetivista subdividiu-se em várias ramificações, por vezes exigindo o dolo (elemento volitivo intencional) para a caracterização do abuso, por outras exigindo dolo e culpa, ou, ainda, apenas esta em suas várias modalidades⁴³.

Neste sentido é que ORLANDO GOMES afirma que os defensores da teoria subjetivista oscilam entre o critério intencional e o técnico. Pelo primeiro, o abuso do direito pressupõe o ânimo de prejudicar. Pelo segundo, apenas o exercício culposo⁴⁴.

Há que se ressaltar que, mesmo entre os defensores desta teoria, não existe consenso quanto ao grau da culpa a ser considerado para a caracterização do abuso do direito, nem quanto ao elemento anímico. O consenso apenas existe quanto à exigência da ocorrência de dano ou prejuízo à pessoa

⁴³ STOCO, Rui. *Abuso do Direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 69.

⁴⁴ GOMES, Orlando. *Introdução do Direito Civil*. Atualização e notas por Humberto Theodoro Júnior.

atingida pelo ato.

Neste sentido, CLÁUDIO ANTONIO SOARES LEVADA leciona⁴⁵:

Tais teorias têm em comum a necessidade de demonstração de prejuízo por parte do atingido pelo ato que se quer imputar como abusivo. Não se questiona se o direito foi desviado de sua finalidade ou não, mas se vai examinar a intenção que moveu o agente, ou, quando menos, se não agiu ele de forma manifestamente negligente ou imprudente, caracterizando com a gravidade de sua culpa o abuso de direito.

Entre aqueles que preconizam a adoção da teoria subjetivista, pode-se mencionar CARBONNIER, citado por CAIO MÁRIO, quando afirma existir abuso do direito "quando o titular o exerce com a finalidade única de prejudicar outrem, sem interesse sério para si mesmo"⁴⁶. Seguindo o mesmo ponto de vista, ALEX WEILL e FRANÇOIS TERRÉ, igualmente citados por CAIO MÁRIO, atestam que "a jurisprudência subordina a condenação por abuso do direito à existência de uma intenção de prejudicar ou à má fé patente".⁴⁷

A partir do momento em que as idéias de responsabilidade objetiva começaram a aflorar, principalmente na França, juristas, tais como SALLEILLES, RIPERT e outros, começaram também a conceber um abuso do direito objetivo, isto é, independentemente de qualquer finalidade ou intenção de prejudicar. SALLEILLES considerava que o abuso do direito se configuraria simplesmente pelo uso anormal do Direito; bastaria, portanto, para configurá-lo que o seu titular, ao

1ª edição eletrônica. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2001. p. 69.

⁴⁵ LEVADA, Cláudio Antônio Soares. *Anotações sobre o Abuso de Direito*. Revista de Direito Privado. n. 11. Coord. Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 68/78. p. 70.

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 1ª ed. Revista Eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 19.

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 1ª ed. Revista Eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.19.

exercê-lo, ultrapassasse determinados limites; o exercesse sem nenhuma finalidade econômica, contrariando sua finalidade social, os bons costumes e a boa-fé.

Para os defensores da corrente objetivista, o elemento volitivo está, pois, dispensado, bastando que o comportamento exorbitante do titular de um direito cause um mal a outrem, independente da vontade do agente.

Entre aqueles que pretendem explicar objetivamente o abuso do direito, duas são as principais correntes seguidas: uma afirma que o abuso do direito consiste no exercício anormal de um direito; outra, que o ato abusivo resta caracterizado quando deixe de atender à função para a qual o direito foi criado.

Essas duas correntes persistiram e persistem ainda hoje no campo da doutrina e da jurisprudência; na vigência do Código Civil de 1916, essa questão era muito discutida, porque não havia uma norma legal disciplinando o abuso do direito. Ora a jurisprudência entendia que bastaria o mero exceder os limites, ora entendia que era preciso a intenção de prejudicar.

O Código Civil de 2002 adotou a teoria objetivista com relação ao abuso do direito. Não há, no art. 187, a menor referência à intencionalidade, ao fim de causar dano a alguém; basta que se exerça o direito ultrapassando os limites ali estabelecidos. Mesmo que o excesso tenha sido puramente objetivo, não haverá nenhuma influência para descaracterizar o abuso do direito.

A maioria dos autores estão se manifestando no sentido de que se tem no art. 187 um conceito objetivo de ato ilícito (ato ilícito em sentido lato), que serve de embasamento para o abuso do direito.

Inclusive, a primeira Jornada de Direito Civil acolhe a teoria objetivista, conforme o Enunciado n.º 37, que prevê: *Art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente*

*no critério objetivo-finalístico.*⁴⁸

Existe ainda, dentro da corrente objetivista, posicionamentos doutrinários ditos “finalistas”, os quais entendem que há abuso quando o direito não atende a sua finalidade, ou seja, não atende a função para a qual foi criado. E entendimentos no sentido de que o abuso do direito fica caracterizado quando do uso anormal do direito. Nestes, o principal defensor é SAILEILLES.

A diferença entre estas teorias que dividem a teoria objetivista é tênue. SAILEILLES aduz que o ato abusivo é anormal, vez que contrário à finalidade econômica e social do direito. É um ato sem conteúdo jurídico, vez que economicamente reprovado e reprovado pela consciência pública. Vê-se que é um critério eminentemente econômico.

Já a corrente finalista, parte não de critérios econômicos, mas sim, éticos e morais. O abuso decorre do exercício que excede manifestamente as regras sociais. Os direitos subjetivos têm, sobretudo, funções no seio social. Aqui, a ilicitude está em relação de contrariedade entre a conduta humana e o fim pretendido pela ordem jurídica.

1.6 Alguns exemplos de abuso do direito em ordenamentos jurídicos alienígenas

Este capítulo é dedicado a incursões acerca da maneira pela qual tem sido considerado o abuso do direito em ordenamentos jurídicos alienígenas, notadamente a sua previsão legal, que demonstra soluções diversas dadas pela

⁴⁸ Enunciado aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do Superior Tribunal de Justiça. Extraído do site do Conselho da Justiça Federal, <http://www.cjf.gov.br>, acesso em 20 de

teoria, confirmando que o abuso do direito ingressa em um dado sistema jurídico ajustando-se, quase sempre, de acordo com as concepções políticas, econômicas e sociais imperantes, também de acordo com a presença, maior ou menor, de individualismo nas relações jurídicas privadas.

O Código Civil Suíço, de 10 de dezembro de 1907, estabelece no Art. 2º o dever de exercer os direitos e executar as obrigações segundo as regras da boa fé, acrescentando simplesmente que o abuso manifesto de um direito não é protegido pela lei. Veja-se que, aqui, basta que o abuso seja manifesto para que se lhe aplique a sanção legal, não importando o elemento subjetivo; adota-se, pois, a teoria objetivista do abuso do direito:

Art. 2 (B. Entendue des droits civils; I. Devoirs généraux

1 Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi.

2 L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.⁴⁹

O Código Polonês de Obrigações traz a estrutura de um abuso do direito calcado na teoria subjetivista (dolo e culpa), bem como, em seu conceito traz a necessidade de existir dano. É uma verdadeira cláusula de indenizar pelo cometimento de abuso do direito. Neste sentido, o art. 135 do Código Civil da Polônia prescreve:

“Art. 135. O que no exercício de seu direito, intencionalmente ou por negligência, ocasiona dano a outro, que excede os limites fixados pela boa-fé e pelo fim para o qual esse direito lhe foi conferido está

janeiro de 2006. Justificativa do Enunciado 37 no ANEXO III.

⁴⁹ Tradução: Cada um deve exercer os seus direitos e executar as suas obrigações de acordo com as regras da boa fé. Os abusos manifestos de um direito não é protegido pela lei.

obrigado a repará-lo.”

O Código Civil Grego, em seu artigo 281 preceitua que: *O exercício de um direito é proibido se ultrapassar manifestamente os limites impostos pela boa fé ou pelos bons costumes, ou por seu fim econômico e social.*

Clara a influência do Código Civil Grego na redação do art. 334 do Código Civil Português – Decreto Lei n.º 47344 de 25 de novembro de 1966: *Art. 334 – É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.*

Analisando-se os artigos 334 do Código Civil Português e 281 do Código Civil Grego, denota-se que nosso legislador se influenciou por estes dispositivos, especialmente no que se refere à teoria objetivista, onde o ato abusivo do direito prescinde da idéia de dolo ou culpa. São os que guardam maior similitude com o vigente Art. 187 do Código Civil Brasileiro.

Também se encontra o instituto do abuso do direito inserido entre os dispositivos dos Códigos Cíveis peruano, mexicano, venezuelano, turco, chinês, dentre outros. É o que se verifica da doutrina de CARVALHO NETO⁵⁰:

O Código Civil peruano, no seu artigo II do título primeiro estabelece: “A lei não ampara o abuso de direito”.

O Código Civil mexicano, em seu artigo 1.912, dispõe: “Quando, ao exercitar um direito, se causa dano a outrem haverá obrigação de indenizá-lo se se prova que o direito só se exercitou com o fim de causar dano, sem utilidade para o titular do direito”.

O Código Civil venezuelano, em seu artigo 1.185, estatui:

⁵⁰ CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do Direito*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 42.

O que com intenção ou por negligência causar dano a alguém, está obrigado a repará-lo. Deve igualmente reparar quem haja causado um dano a outro excedendo, no exercício de seu direito, os limites fixados pela boa-fé e pelo objeto em vista do qual haja sido conferido o direito.

O Código Civil da Turquia, no artigo 2º, reza: “Cada um está obrigado, no exercício de seus direitos e na execução de suas obrigações, a submeter-se às regras da boa-fé. O abuso de direito que prejudica a um terceiro não é protegido pela lei”.

O artigo 148 do Código Civil da China dispõe: “O exercício de um direito não pode ter por fim principal prejudicar a outro”.

O critério adotado pelo Código civil da Prússia, nos §§ 36 e 37, foi o seguinte:

O que exerce o seu direito, dentro dos limites próprios, não é obrigado a reparar o dano que causa a outrem, mas deve repará-lo, quando resulta claramente das circunstâncias, que entre algumas maneiras possíveis de exercício de seu direito foi escolhida a que é prejudicial a outrem, com intenção de lhe acarretar dano.

O direito argentino não andou alheio ao abuso do direito, regulamentando-o:

Art. 1071. O exercício regular de um direito próprio ou o cumprimento de uma obrigação legal não pode consistir em ato ilícito. A lei não ampara o exercício abusivo do direito. Considerar-se-á tal aquele que contrarie os fins que visou reconhecer ou que exceda os limites impostos pela boa-fé, a moral e os bons costumes.

Interessante frisar a lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ao se referir ao direito soviético⁵¹:

O Código Civil soviético assegura a proteção dos direitos, salvo na medida em que sejam exercidos em sentido contrário à sua

⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 1ª ed. Revista Eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 19.

destinação econômica e social (art. 5º), o que levou Josserand a ver aí a consagração da teoria do abuso de direito (*Cours de Droit Civil Positif Français*, vol. 11, nº 437), embora René David haja observado que o conceito, no direito soviético, reprime o abuso no sentido econômico, diversamente do que se dá com o Código suíço, que cogita do aspecto moral.

Pode parecer incongruente, mas na legislação Francesa não há notícias do instituto do abuso do direito positivado. É o que informa RUI STOCO⁵²:

Conforme anotou YASSIM (1980, p. 17), “As legislações da França, Bélgica e Espanha não se ocupam do abuso do direito, apesar de nesses países existir um forte movimento jurisprudencial e doutrinário para a corporificação do princípio”.

Também o Código Civil da Bolívia prevê o instituto:

Art. 107. O proprietário não pode realizar atos com o único propósito de prejudicar ou ocasionar danos a outrem, e, em geral, não será permitido exercer seu direito de forma a contrariar o fim econômico ou social em vista do qual foi conferido o direito.

O Código Civil Italiano, de 1942, não deu a importância merecida ao instituto, relegando-o apenas aos direitos reais, ao prever: “*Art. 833. Atos de emulação - O proprietário não pode exercer seus atos que não tenham outro fim senão que avariar ou acarretar prejuízos a outrem*”.

São estas algumas demonstrações no direito alienígena de dispositivos legais que tratam do abuso do direito.

A doutrina brasileira denominou de abuso do direito, sob uma interpretação a *contrariu sensu*, o estatuído artigo 160, I, do Código Civil de 1916, no entanto, conforme já demonstrado, e que agora se confirma, não havia, no Brasil, uma regra expressamente consagradora da Teoria do Abuso do Direito.

⁵² STOCO, Rui. *Abuso do Direito e Má-fé Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 61-62.

No Brasil, somente com o advento do Código Civil de 2002, é que o instituto do abuso do direito passou a ser expressamente previsto, consagrando o que há muito a doutrina e a jurisprudência reclamavam. Em que pese somente agora o Brasil pretender resgatar os valores incutidos no instituto do abuso do direito, trilhou no caminho certo, adotando os critérios e teorias mais aplaudidos.

1.7 Do abuso do direito processual

O presente trabalho versa estritamente sobre o abuso do direito material, aquele previsto no Art. 187 do Código Civil Brasileiro. No entanto, cumpre identificá-lo, diferenciando-o e comparando-o com o abuso do direito processual, aquele previsto no Código de Processo Civil.

Em que pese possuírem regime e natureza jurídica diversos, ambos os institutos são fruto das mesmas lutas pela limitação de direitos subjetivos e combate ao uso abusivo de direitos. Inclusive, grande parte das obras utilizadas no presente trabalho, versam justamente sobre o abuso do direito no Código de Processo Civil, e identificam a mesma origem histórica e evolutiva dos institutos. Ou seja, a Teoria do Abuso do Direito é uma só. Ocorre que seu campo de abrangência é bastante amplo, repercutindo em diversos ramos do direito: Penal, Tributário, Econômico, Financeiro, Trabalho, Processual Penal e Civil, Empresarial, Administrativo.

E esta abrangência é tão ampla, a ponto de RUI STOCO dizer que *“Seria até escusado dizer que o abuso do direito poderá manifestar-se em qualquer área do Direito, posto que truísmo”*.⁵³

⁵³ STOCO, Rui. *Abuso do Direito e Má-fé Processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 62.

Para fim de delimitar o presente trabalho, buscar-se-á identificar o abuso do direito material do Código Civil, diferenciando-o daquele previsto no Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil alberga institutos que decorreram da Teoria do Abuso do Direito que tratam basicamente de sua aplicação no exercício da demanda. São exemplos: o abuso do direito de ação; abuso do direito de defesa; abuso do direito de recorrer; abuso do direito de execução provisória.

O direito de ação é direito subjetivo, razão pela qual através do instituto do abuso do direito procurou-se limitá-lo. O exercício do direito de ação, quando realizado de forma a exorbitar os fins a que se destina, qual seja, deduzir a pretensão do titular de um direito em juízo, foi, primeiramente, limitado pelo Código de Processo Civil de 1939, que fazia alusão expressa ao abuso do direito:

Art. 3º. Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro.

Parágrafo único. O abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo.

A partir desse dispositivo, denota-se que abuso do direito da demanda não só aquele que postula sua pretensão em juízo; também, pelo parágrafo único acima citado, toda resistência que obstaculize a marcha processual, realizada com a intenção de prejudicar, é suscetível de reparação por perdas e danos.

Atualmente, com o Código de Processo Civil em vigência, referida matéria foi elaborada, não se fazendo menção ao “abuso do direito”. No entanto, a idéia de coibir os atos de emulação processuais praticados com má-fé, foi

denominada de litigância de má-fé, conforme conjugação dos Arts. 14, 16 e 17 do referido diploma legal⁵⁴.

Abusa do direito de postular em juízo aquele que tem a manifesta intenção de prejudicar o demandado, propondo lides temerárias, mesmo carecedor do direito pretendido. São deslealdades processuais que superam o senso normal dos limites definidos pela lei processual.

Fala-se ainda no abuso do direito de recorrer, onde a parte, procurando postergar um provimento jurisdicional definitivo, esquivando-se do adimplemento de uma obrigação, procrastina o processo com recursos infundados.

No tocante ao abuso do direito de executar provisoriamente, na visão dos irmãos MAZEAUD, citados por CAVALHO NETO, há abuso quando se permite uma execução de um título judicial não transitado em julgado⁵⁵. Esta visão talvez, ao tempo em que foi desenvolvida (1931) até poderia possuir fundamento. No entanto, em tempos de busca pela efetividade do processo, a execução provisória é medida de celeridade e garantia de satisfação da pretensão do titular do direito reconhecido no provimento jurisdicional.

Vislumbra-se, ainda, abuso do direito de defesa quando o

54 Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participarem do processo:

(...)

II – proceder com lealdade e boa-fé;

(...)

Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I – deduz pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II – alterar a verdade dos fatos;

III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV- opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V – proceder de modo temerário em qualquer incidente do processo;

VI – provocar incidentes manifestamente infundados;

VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

magistrado, diante de exceções substanciais infundadas e outros requisitos previstos no Art. 273 do Código de Processo Civil, pode conceder a tutela antecipatória, permitindo a satisfação antecipada do direito. Com isto, evita-se que um direito que é evidente, tenha sua realização protelada com mecanismos processuais e produções de provas que atrasam, consideravelmente, a satisfação da pretensão do titular de um direito. Fruto, como já se disse, do que se denominou de efetividade do processo, que possui, o mesmo senso ético que fundamenta o abuso do direito.

E cumpre frisar, que o processo, pelo caráter eminentemente público de suas normas, tem como sujeito passivo, além da contra-parte, o próprio Estado. Assim, conforme ocorre com o direito anglo-saxão, os atos atentatórios ao exercício da jurisdição, chamados de *contempt of court*, que se estendem às situações de real ofensa à ordem jurídica ocorrente no processo, são considerados, por parcela da doutrina, de abuso do direito.

A jurisprudência cuidou de interpretar a aplicação do abuso do direito processual, o que se depreende de diversos arestos que indicam, taxativamente, o propósito de coibir o exercício do direito processual demasiado e despropositado de seu fim⁵⁶.

⁵⁵ CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do Direito*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 208.

⁵⁶ 116228726 – PROCESSUAL CIVIL – PETIÇÃO – DECISÃO DA QUINTA TURMA DESTA CORTE – ALEGADA IRREGULARIDADE NA BAIXA IMEDIATA DOS AUTOS – NÃO-OCORRÊNCIA – ABUSO DO DIREITO DE RECORRER – 1. A Quinta Turma desta Corte determinou a baixa imediata do RESP nº 378.450 e aplicou multa à Embargante pelo intuito procrastinatório do feito, tendo em vista a oposição sucessiva de quatro embargos de declaração. 2. A incessante interposição de petições com vistas a prolongar o exercício da prestação jurisdicional, impedindo o trânsito em julgado, não pode ser acobertado pelo Judiciário. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo Regimental não provido. (STJ – AGP 200401810781 – (3696 MG) – C.Esp. – Rel. Min. Edson Vidigal – DJU 29.08.2005 – p. 00133)

42081725 – ABUSO DE DIREITO – RECURSO MERAMENTE PROTTELATÓRIO – INDENIZAÇÃO À PARTE CONTRÁRIA – Ficando demonstrado que o recurso interposto objetiva unicamente retardar o andamento do feito, caracterizado se encontra o abuso do direito de recorrer e, conseqüentemente, cabe indenização à parte contrária, prejudicada com o retardamento do

Conquanto não seja o foco principal do presente trabalho, somente para fins de diferenciação, verifica-se que o Código de Processo Civil, na aplicação de teorias do abuso do direito, possui forte tendência a valorizar o princípio da probidade, descrevendo taxativamente condutas não permitidas e cominando a elas sanções. Não trata do abuso do direito como uma categoria autônoma, mas traz institutos inspirados na Teoria do Abuso do Direito, especialmente na vertente subjetivista deste, que propugna dolo ou culpa para a configuração de ato abusivo.

feito. (TRT 5ª R. – AP 00225-2003-463-05-00-5 – (9.212/05) – 2ª T. – Relª Juíza Luíza Lomba – J. 12.05.2005)

130123836 – ABUSO DO DIREITO DE RECORRER – ARGUMENTAÇÃO INFUNDADA – MULTA – ARTIGO 557, § 2º, DO CPC – APLICAÇÃO – O agravo interposto contra decisão amparada em jurisprudência pacífica e reiterada desta Corte, objeto, inclusive, de enunciado de Súmula de jurisprudência uniforme, demonstra manifesto intuito de o agravante procrastinar o andamento do processo, razão pela qual a aplicação da multa do § 2º do art. 557 do CPC é providência de natureza ético-jurídica, imprescindível para se coibir o abuso do direito de recorrer, incompatível com os princípios norteadores do processo. Agravo não provido. (TST – AERR 399453 – SBDI-I – Rel. Min. Milton de Moura França – DJU 05.11.2004)

69007920 – TUTELA ANTECIPADA – Contrato de transporte - Responsabilidade por acidente de trânsito - Lesões graves em passageiro - Amputação parcial da perna - Necessidade de controle imediato e substituição eventual da prótese - Adiantamento das despesas - Admissibilidade - Verossimilhança das alegações e prova inequívoca da lesão e do nexo causal - Risco de prejuízo, caracterização do abuso do direito de defesa e também do propósito protelatório - Presença de todos os requisitos para a antecipação da tutela, afastado o pedido de pensão mensal, considerado o fato de a vítima ser ainda estudante, que não atende o requisito de urgência - Agravo parcialmente provido. (1º TACSP – AI 1315702-9 – (58533) – São Paulo – 4ª C. – Rel. Juiz Aben-Athar – J. 24.11.2004)

187022214 – ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA – CARACTERIZAÇÃO – IMPOSIÇÃO DE MULTAS – A insistência do devedor em provocar a atividade jurisdicional, movimentando o aparato judiciário com pretensão manifestamente infundada e procrastinatória, deve ser veementemente coibida, declarando-o, até mesmo ex officio, como praticante de ato atentatório à dignidade da Justiça. Havendo inequívocos e inafastáveis prejuízos ao demandante favorecido pela decisão sofismavelmente atacada pela parte contrária, criando inclusive embaraços à administração da Justiça e obrigando o Juízo a despender gastos para a efetivação de inúmeros atos processuais, impõe-se no caso a aplicação dos arts. 600 e seguintes do CPC, em face do abuso do direito subjetivo de ação. (TRT 12ª R. – AG-PET 00593-2002-020-12-00-3 – (12529/20036167/2003) – Florianópolis – 3ª T. – Redª p/o Ac. Juíza Águeda Maria Lavorato Pereira – J. 02.12.2003) JCPC.600

2 ABUSO DO DIREITO COMO CLÁUSULA GERAL NO CÓDIGO CIVIL

2.1 O sistema adotado pelo Código Civil de 1916

Tendo como paradigma o Direito Civil Francês, então baseado nas idéias difundidas pela Revolução Francesa, quando o homem passou a ser o centro do mundo, capaz de ordená-lo com sua vontade e razão, o Código Civil de 1916 apresentava uma feição nitidamente individualista, onde os contratantes estavam submetidos às disposições da avença, devendo esta ser interpretada sempre em consonância com a vontade das partes.

Neste contexto, no referido diploma legal, a ausência de cláusulas gerais era quase absoluta, eis que o conceito de justiça estava adstrito ao cumprimento exato e integral das obrigações.

Porém, com o passar dos tempos, os princípios que presidiam a codificação pretérita não mais correspondiam às relações sociais, políticas e econômicas vividas no país, após quase um século de vigência do Código Civil de 1916. Era necessário, pois, que as regras civilistas fossem reelaboradas e os princípios da autonomia privada e da obrigatoriedade dos contratos fossem

mitigados, dando lugar a mecanismos que pudessem fazer frente às tendências da modernidade, conforme já discorrido.

Assim, surgiu a necessidade do Estado intervir nas relações privadas e colocar nas mãos dos aplicadores da lei, verdadeiras janelas abertas para a mobilidade que os casos concretos exigem. Para um Código com excessivo rigorismo formal, praticamente sem referência à equidade, boa-fé, justa causa ou quaisquer critérios éticos, a solução que se apresentava era a adoção de uma técnica legislativa que permitiria ao Juiz não só o poder de suprir lacunas, como também para resolver, onde e quando previsto, em conformidade com valores éticos.

2.2 O sistema adotado pelo Código Civil de 2002: as cláusulas gerais

Como visto, o sistema individualista e fechado adotado pelo Código Civil de 1916 não mais correspondia aos anseios da sociedade atual, urgindo a necessidade de uma nova codificação.

Importante que, diante da cada vez mais crescente e veloz evolução, o novo diploma civilista trouxesse, entre seus dispositivos, cláusulas por meio das quais fosse possível se alcançar a inovação pretendida, atualizando seus dispositivos, sem a necessidade de intervenção legislativa a cada simples mudança ocorrida no contexto social, político ou econômico.

Neste sentido, GUSTAVO TEPEDINO afirma⁵⁷:

⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa*: in Problemas de Direito Civil, Gustavo Tepedino (coord.) Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 1 e ss. p. 8.

Parece indiscutível a necessidade de se desenvolver, por parte do legislador e do intérprete, a técnica das cláusulas gerais, cuja adoção evita as profundas lacunas causadas pela evolução da sociedade; sendo impossível ao legislador acompanhar o passo dos acontecimentos, e infrutífera a tentativa de tipificar a totalidade das situações jurídicas que, assim como os bens jurídicos objeto do direito, multiplicam-se a cada momento.

Assim é que o Código Civil de 2002 adotou o modelo de cláusulas gerais, elevando referido diploma legal ao nível das legislações mais desenvolvidas e avançadas.

Segundo a definição de JUDITH MARTINS COSTA⁵⁸:

[...] a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual não só resta assegurado o controle racional da sentença como, reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, através do recorte da *ratio decidendi*, a ressystematização desses elementos, originariamente extra sistemáticos, no interior do ordenamento jurídico.

A intenção do legislador ao incluir as cláusulas gerais dentre os dispositivos do Código Civil, não foi a de solucionar todos os problemas da realidade, mas a de permitir que no sistema jurídico de direito escrito, a criação da norma esteja ao alcance do juiz, como um verdadeiro convite para uma atividade jurisdicional mais criadora, destinada a complementar a legislação vigente com novos princípios e normas.

A pretensão das cláusulas gerais não é dar resposta a todos os

⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um “sistema em construção”*: as cláusulas gerais no Projeto do Novo Código Civil brasileiro. Jus Navegandi, Teresina, a.4, n. 41, maio de 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em: 08 nov. 2004.

problemas da realidade, uma vez que essas são progressivamente construídas pela jurisprudência.

Ao lado das citadas vantagens das cláusulas gerais, JUDITH MARTINS COSTA afirma que elas apresentam também a desvantagem de provocar incertezas quanto ao estabelecimento de seus limites⁵⁹:

Conquanto tenha a cláusula geral a vantagem de criar aberturas do direito legislado à dinamicidade da vida social tem, em contrapartida, a desvantagem de provocar – até que consolidada a jurisprudência – certa incerteza acerca da efetiva dimensão dos seus contornos. O problema da cláusula geral situa-se sempre no estabelecimento dos seus limites. É por isso evidente que nenhum código pode ser formulado apenas e tão somente com base em cláusulas gerais, por que, assim, o grau de certeza jurídico seria mínimo.

Os elementos que preenchem o significado das cláusulas gerais não são, necessariamente, jurídicos, podendo também advir de conceitos sociais, econômicos ou morais.

Vários artigos do Código Civil de 2002 contêm cláusulas gerais. Dentre elas, uma das que apresentam maior importância, é a que trata do instituto do abuso do direito, à qual se limita a análise por se tratar do cerne do presente estudo.

2.3 O abuso do direito como cláusula geral

Já vislumbrada, em capítulo anterior, a definição de abuso do direito e suas principais características. Cumpre-se, agora, ainda que sucintamente, com base nas singelas explanações acerca das cláusulas gerais, deter o foco do estudo

⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um “sistema em construção”*: as cláusulas gerais no Projeto do Novo Código Civil brasileiro. Jus Navegandi, Teresina, a.4, n. 41, maio de 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em: 08 nov. 2004.

apenas à caracterização do abuso do direito dentre essas regras de significados vagos e abertos.

SÉRGIO CAVALIERI FILHO, ao tratar do abuso do direito, aduz⁶⁰:

Tem sido alvo de perplexidades o fato de ter o Código de 2002 elevado o abuso de direito ao nível de princípio geral. Alega-se que constitui um verdadeiro perigo para a segurança das relações jurídicas deixar todos os direitos individuais subordinados ao arbítrio judicial; que a certeza do direito será posta em discussão se em linha de princípio tiver o juiz a liberdade de sindicá-lo discricionariamente o mérito das modalidades de exercício do direito subjetivo por parte do titular.

Afirmando a incoerência das críticas existentes, aduzindo ter andado bem o legislador ao disciplinar o abuso do direito como uma cláusula geral, o mesmo autor preceitua⁶¹:

A crítica, todavia, não procede, porque o Código – não só neste, mas também em inúmeros outros pontos – aumentou consideravelmente os poderes do juiz. Todos os negócios jurídicos terão, agora, que ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (art. 113); a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (art. 421); os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé (art. 422). Em todos esses casos – repita-se -, e em muitos outros, a lei estabeleceu como parâmetros de decisão da causa o prudente arbítrio do juiz; os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da ponderação de valores, cada vez mais utilizados pelo Judiciário até na solução de questões constitucionais, pelo quê não se pode ver exagero algum na norma do art. 187 do Código Civil.

Arremata afirmando que “A primeira cláusula geral de responsabilidade objetiva encontra-se no art. 927 do Código Civil, conjugado com o art. 187, ao qual o primeiro se refere expressamente”.⁶²

⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 173.

⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 173.

⁶² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. rev. aum. São Paulo:

Assim, conclui-se pela relevância que o legislador dedicou ao instituto do abuso do direito, cláusula geral das mais ricas, permeada por conceitos legais indeterminados e conceitos determinados pelo caso concreto. Somente assim, com esta técnica legislativa, é que se consegue aplicar o direito em sua concretude, ofertando uma maior participação decisória aos magistrados.

3. ELEMENTOS QUE COMPÕEM O CONCEITO LEGAL DE ABUSO DO DIREITO

Consoante o artigo 187 do Código Civil *“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos por seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”*. Este artigo, comprovadamente uma cláusula geral, contém o conceito legal do instituto do abuso do direito, trazendo em sua redação vários conceitos legais indeterminados.

Para fins de assimilação dos elementos caracterizadores do abuso do direito, mister se faz desmembrar seu conceito legal.

3.1 “Também comete ato ilícito...”

Vê-se que o instituto do abuso do direito está disposto clara e diretamente na parte geral do Código Civil, no Título III, que disciplina os atos ilícitos. Primeiramente se conceitua o ato ilícito e seus elementos no artigo 186, para, logo em seguida, se erigir uma nova conduta ilícita.

Ao dizer que “também comete ato ilícito” o legislador quis deixar claro que criou um novo modelo de ilicitude. A Teoria do Abuso do Direito veio expressa em um dispositivo previsto na parte geral, ou seja, é aplicada a todos os ramos do direito civil, seja obrigações, direitos reais, família ou sucessões.

Oportunamente, por ocasião do estudo e análise da natureza jurídica do abuso do direito no Código Civil, deter-se-á a identificar o ato ilícito decorrente do abuso do direito. Por ora, apenas alerta-se ao fato de que o legislador criou um novo modelo de ilicitude, com um arquétipo diverso do que a doutrina vinha admitindo durante a vigência do código civil de 1916.

3.2 “o titular de um direito que, ao exercê-lo...”

O que o código denomina de “titular de um direito” é o que a doutrina batizou de sujeito do direito. PAULO DOURADO DE GUSMÃO nos ensina que sujeito de direito “é o titular do direito, isto é, a pessoa a quem a lei ou ato jurídico dá o poder de exigir de outrem o cumprimento de uma obrigação ou que pode dispor e desfrutar de uma coisa”.⁶³

Estes sujeitos de direito, são aqueles que têm aptidão para serem titulares de direitos e obrigações, de serem titulares de relações jurídicas. Estes sujeitos das relações jurídicas são nada mais do que as pessoas, que podem ser físicas ou jurídicas.

É importante que se faça um adendo, ao que EDSON FACHIN tanto chama a atenção dos juristas: a reconstrução do sujeito de direito⁶⁴. Essa reconstrução se funda na compreensão do sujeito da relação jurídica dotado de dignidade, não uma dignidade formal, mas sim substancial. É a recolocação do indivíduo como ser coletivo, no centro dos interesses.

O titular de um direito deve respeitar o direito de outrem, à luz dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e solidariedade, respeitando o fim social e econômico de seu direito, atentando para a boa-fé e para os bons costumes.

JOSSERAND, citado por SERPA LOPES, faz referências à direitos não causados, direitos abstratos, que ao serem exercidos não admitem abuso. São os, por eles denominados de “direitos absolutos”, “direitos de espírito altruísta”,

⁶³ GUSMÃO, Paulo Dourado. *Elementos de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1969. p. 123.

⁶⁴ FACHIN, L. E. *Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 15.

‘direitos sem causa’, “direitos discricionários”, citados de exemplo o pátrio poder; direito do condômino de a todo tempo exigir a divisão da coisa comum; o direito de resposta; o direito de construir com uma distância regular⁶⁵. A sistemática adotada pelo Código Civil não fez distinção a quais direitos admitiriam, ou não, abuso. Além do que, dificilmente pode-se imaginar um direito absoluto que não comporte exceções. Até mesmo os direitos da personalidade e o poder familiar, antes ditos absolutos, foram relativizados, existindo, perfeitamente, a possibilidade de abuso do direito da personalidade e abuso do poder familiar.

Enquanto não extinto, todo direito subjetivo pode e deve ser exercido, a qualquer momento. O titular deste direito é o juiz do seu exercício. Conforme ensinamento de PAULO DOURADO DE GUSMÃO, o exercício do direito subjetivo é o uso efetivo das faculdades e poderes nele contidos⁶⁶. Referido autor cita ainda a lição de COVIELLO acerca do exercício do direito⁶⁷:

Está submetido a regras, que COVIELLO bem sintetizou: “1) cada um é livre para exercer ou não seus direitos: o exercício do direito é facultativo, não obrigatório, salvo no caso dos direitos que são deveres ao mesmo tempo, como, p. ex., o pátrio poder; 2) o direito permanece sempre o mesmo, ainda que não exercido; porém a falta de prolongado exercício, por um tempo estabelecido pela lei, produz, geralmente sua extinção, que não ocorre como pena da inércia, já que o exercício do direito não constitui dever, mas sim por interesse social; 3) cada qual pode usar de seu direito, como melhor achar”, não podendo, acrescentamos nós, usá-los anormalmente, isto é, com intenção exclusiva de molestar, de causar lesões em outrem, desviado de sua destinação econômico-social, sem interesse legítimo, de forma contrária aos bons costumes. Nas épocas de crise econômica pode-se admitir que o não-exercício do direito de propriedade, que causa prejuízo à produção, possa acarretar a sua perda pela desapropriação pelo Estado (GUSMÃO, Paulo Dourado de, 1969, p. 82/83).

⁶⁵ LOPES, Serpa. Curso de Direito Civil. v. 1. 4ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1962. p. 269.

⁶⁶ GUSMÃO, Paulo Dourado. Elementos de Direito Civil. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1969. p. 82.

⁶⁷ GUSMÃO, Paulo Dourado. Elementos de Direito Civil. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1969. p. 82/83. Os destaques no texto não constam do original.

O exercício de um direito pode se dar pelo próprio titular ou por meio de representação. Neste último caso, uma pessoa, representando outra, pratica atos cujos efeitos devem recair sobre esta.

Com clareza HELOÍSA CARPENA nos ensina que⁶⁸:

“Exercer legitimamente um direito não é apenas ater-se à sua estrutura formal, mas sim cumprir o fundamento axiológico-normativo que constitui estes mesmo direito, que justifica seu reconhecimento pelo ordenamento, segundo o qual será aferida a validade do seu exercício. A teoria do abuso do direito passa então a rever o próprio conceito de direito subjetivo, relativizando-o.”

Questão tormentosa é se o não exercício de um direito subjetivo, ou seja, a omissão, é suscetível de caracterização do abuso do direito. É o caso do titular de um direito, que, ao não exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo fim social do direito.

Quem se aventurou a tratar deste assunto foi HAROLDO VALADÃO, que sofreu críticas de PAULO DOURADO DE GUSMÃO⁶⁹:

Finalmente, não concordamos com HAROLDO VALADÃO ao admitir a possibilidade de abuso do direito na omissão, ou seja, no não-exercício do direito capaz de prejudicar a ordem econômica ou o bem-estar geral. E não concordamos porque abuso supõe uso, isto é, uso anormal. Não negamos que o não-exercício dos direitos possa criar situações tão ou mais condenáveis e prejudiciais para a sociedade do que o uso abusivo. Mas só esse motivo não justifica a deturpação da noção de abuso, que implica a de uso. Para tais casos a lei tem outros remédios, como, por exemplo, no que diz respeito ao não-uso do direito de propriedade, a desapropriação.

Importante destacar que não apenas o exercício de um direito pode caracterizar ato abusivo, como também o seu não exercício, eis que tanto ação quanto omissão são formas de exteriorização da conduta humana.

⁶⁸ CARPENA, Heloisa. *O abuso do Direito no Código de 2002: Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*. A parte Geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional/ Coord. Gustavo Tepedino. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 380.

3.3 “excede manifestamente...”

Verifica-se na redação do art. 187 a expressão “excede manifestamente”, que pode ser qualificada como um conceito legal indeterminado pelo qual, o aplicador do direito, no caso concreto, irá determinar o seu sentido e alcance.

O excesso é a demasia, a ultrapassagem do limite. Um direito é exercido regularmente enquanto o mesmo cumpre algumas limitações, como o seu fim social, econômico, a boa-fé e os bons costumes. A partir do momento em que o direito deixa de obedecer estes limites, há uma deslocação do campo do exercício normal do direito, para o campo do exercício anormal. Sai-se da esfera da licitude, e, o que aparentemente é legal, passa a ter desvalor perante o direito.

E esse excesso deve ser manifesto, ou seja, deve ser patente, claro, evidente, notório e flagrante. Por isto que o “excesso” não pode ser algo subjetivo, ou seja, não pode sua identificação advir de conjecturas ou convicções pessoais; deve vir revestido de elementos robustos que lhe dêem evidência e destaque. Conforme ensinamento de CAVALIERI FILHO, a expressão *excede manifestamente*⁷⁰:

“figura no texto legal exatamente para impedir o excessivo subjetivismo do juízes. Caberá ao julgador, apontar, em cada caso, os fatos que tornam evidente o abuso do direito, com o quê se evitará a temida arbitrariedade, ou o cerceamento do legítimo exercício do direito”.

Muitas vezes o titular de um direito subjetivo, ao exercê-lo, provoca

⁶⁹ GUSMÃO, Paulo Dourado. Elementos de Direito Civil. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1969.

um mal a outrem. Ocorre, que este mal, na maioria das vezes, é ínsito ao exercício do direito, ou seja, é inevitável. O direito, muitas vezes para alcançar o seu fim social e econômico não é cômodo para todas as partes. A pacificação social, algumas vezes, é realizada mediante aborrecimentos e frustrações para alguém.

Ocorre que, outras vezes, quando a utilização do direito, ultrapassa de forma flagrante limites impostos pelo fim econômico e social do direito, a boa-fé objetiva ou os bons costumes, estar-se-á diante de um ato ilícito, tendo-se em conta o seu exercício excessivo.

3.4 “limites impostos...”

Como já se apontou, os direitos são atribuídos ao sujeito de direito, titular do direito, para por ele serem utilizados. Este exercício do direito se processa de acordo com a sua destinação, não podendo ser exercido ilimitadamente, vez que deve guardar as devidas proporções. Os direitos subjetivos, que têm característica de relatividade do exercício, são o campo fértil onde se perpetram os maiores abusos.

Para que se caracterize o abuso do direito, mister o estabelecimento de limites ao exercício dos direitos subjetivos, limites através dos quais o sujeito adentra no plano da antijuridicidade.

Assim, como forma de identificar o momento pelo qual o titular de um direito ultrapassa o campo da licitude e adentra ao da ilicitude, foram estabelecidos limites. E estes limites podem ser preenchidos a cada caso, como o fim econômico e social do direito. Outros, devem ser respeitados no exercício de

⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 173.

todo e qualquer direito subjetivo, como a boa-fé e os bons costumes.

3.4.1 “fim econômico...”

A função econômica e também a função social do direito inserem-se no movimento da funcionalização dos direitos subjetivos. O exercício de um direito subjetivo está condicionado pela sua função.

E o fim econômico do direito, é o proveito material ou vantagem que o direito confere ao seu titular, ou a perda material resultante do não exercício do direito. Nem todo direito tem fim econômico, como ocorre no Direito de Família.

Tome-se como exemplo o contrato. O contrato tem como veste jurídica a circulação de riquezas, transferindo-as de um patrimônio para outro. O contrato, assim, tem sua função econômica na sociedade e dela não pode se desvirtuar. A partir do momento que o contrato perde este cunho, sua função econômica de instrumentalizar a circulação de riquezas da sociedade, o Estado, por meio de um instituto limitador da autonomia privada, intervém na relação havida entre os particulares, erigindo determinada conduta como abusiva do direito.

Novamente elucidativas as lições de CAVALIERI FILHO ao identificar o sentido e alcance do “fim econômico”, como elemento caracterizador do abuso do direito⁷¹:

“Esse fim econômico tem grande relevância principalmente no Direito Obrigacional. O contrato – ninguém contesta – é primeiramente um fenômeno econômico, o jurídico vem depois, para dar segurança ao econômico, aparar alguns excessos e traçar determinados rumos. Então, o fenômeno econômico está na raiz do contrato. Não poderá o titular de um direito contratual ir contra essa finalidade econômica, porque seria contrariar a própria natureza das coisas.”

⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros, 2005. 174.

E esta preocupação em proteger a função econômica do direito, vem do fato de que o direito privado vem paulatinamente sofrendo influxos publicizadores e constitucionalizadores. ARNOLD WALD explica essa mudança no contexto jurídico⁷²:

A sociedade necessita do bom funcionamento da circulação das riquezas e da segurança jurídica baseada na sobrevivência de relações contratuais eficientes e equilibradas. Num mundo em constante transformação, o contrato deixa, de definir direitos necessariamente imutáveis e situações jurídicas estratificadas para ser um instrumento de parceria no qual as partes estabelecem um determinado equilíbrio econômico e financeiro que pretendem salvaguardar, fazendo as adaptações contratuais necessárias para tal fim. Não desaparecem, pois, nem a autonomia da vontade, nem a liberdade de contratar; ambas mudam de conteúdo e de densidade, refletindo a escala de valores e o contexto de uma sociedade em constante evolução e de um Estado que precisa e deve ser eficiente por mandamento constitucional.

Essa nova ótica, adotada pela legislação brasileira, amplamente contemplada no instituto do abuso do direito, já havia sido prevista na Constituição Federal de 1998, quando em seu artigo 170, o legislador originário arquitetou princípios gerais da atividade econômica, prevendo que a *ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa , tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III – função social da propriedade; (...) IV – redução das desigualdades regionais e sociais;*

Pelo dispositivo constitucional descrito, denota-se uma ingerência estatal nas relações econômicas, de modo que o direito sirva para atender sua finalidade econômica, pautada, nos valores da existência digna do ser humano e preservando a justiça social.

⁷² WALD, Arnold. A dupla função econômica e social do contrato. Revista Trimestral de Direito Civil. v. 17. Rio de Janeiro: Padma, 2000. p. 5.

3.4.2 Fim “social...”

Conforme já noticiado, o legislador teve a socialidade como diretriz na elaboração do Código Civil de 2002. A socialidade aqui é vista como valor essencial e princípio fundamental. Os problemas oriundos das relações jurídicas privadas, atualmente, não importam somente às pessoas individualmente, mas também e fundamentalmente, ao Estado e às comunidades.

Conforme nos ensina MIGUEL REALE, em artigo intitulado Visão Geral do novo Código Civil⁷³:

“A SOCIALIDADE – É constante o objetivo do novo Código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da Lei vigente, feita para um País ainda eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população no campo.

Hoje em dia, vive o povo brasileiro nas cidades, na mesma proporção de 80%, o que representa uma alteração de 180 graus na mentalidade reinante, inclusive em razão dos meios de comunicação, como o rádio e a televisão. Daí o predomínio do social sobre o individual.

Alguns exemplos dados já consagram, além da exigência ética, o imperativo da socialidade, como quando se declara a função social do contrato...”.

O exercício dos direitos subjetivos, em decorrência destas transformações sociais, altera-se para se adequar às exigências desta nova realidade, passando a ser controlado e se submeter a uma série de imposições e limitações, mais equitativas. Ora, em uma sociedade organizada, o exercício de

⁷³ REALE, Miguel. *Visão Geral do Novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, a.6, nº 54, fev. 2002, Disponível em: < <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 06 mar. 2005.

direitos subjetivos não pode se desviar da função à qual foi confiado, sob pena de seu titular desviar de seu destino, abusando do direito.

Tendo em vista a clara e inequívoca inspiração socializante do código civil atual, os institutos tiveram que se despir do caráter individualista e primar pelo social. Exemplo maior disso são os artigos 187 e 421 do Código Civil, que prestigiam, efetivamente, a função social do direito.

Aclarando o significado da expressão fim social do direito, CAVALIERI FILHO nos orienta⁷⁴:

A questão, embora complexa, pode ser assim resumida. Toda sociedade tem um fim a realizar: a paz, a ordem, a solidariedade e a harmonia da coletividade – enfim, o bem comum. E o Direito é o instrumento de organização social para atingir essa finalidade. Todo direito subjetivo está, pois, condicionado ao fim a que a sociedade se propôs. San Tiago Dantas assinala: “pode-se dizer que, hoje, mais do que um *direito subjetivo*, o que se concede ao indivíduo é uma proteção jurídica, ou pelo menos um direitos subjetivo que não tem no arbítrio do titular a sua única medida, pois não poderá, em caso algum, ser exercido contra a finalidade social que a lei teve em mira quando o reconheceu e protegeu. Valer-se do direito para colimar resultados contrários à sua instituição, eis o abuso do direito”.

Por exemplo, o contrato deve cumprir a sua função social. Com isto, deve ser visto como um instrumento que visa promover as trocas econômicas de forma mais justa, mas igualmente seguras. O contrato de compra e venda, por exemplo, deve ser analisado sob a ótica de proporcionar o trânsito de riquezas, e não de servir como forma de opressão e de alcance de fins diversos. Os maus pagadores, os desonestos, os inadimplentes contumazes, não poderão se valer do direito para tirar proveito da sua própria torpeza, sob pena de abusarem dele e serem obrigados a indenizar os danos provenientes de sua conduta, objetivamente considerada.

Sob a égide do Código Civil de 1916, o princípio que preconiza o cumprimento, pelas partes, da palavra dada no momento da formação do contrato (*pacta sunt servanda*), passava praticamente incólume na legislação civil, pois praticamente não comportava exceções.

Não há dúvidas que o Código Civil de 2002 andou bem ao inovar a disciplina contratual positivando o princípio da função social do contrato, principalmente colocando-a como elemento caracterizador do abuso do direito. Ora, pelos contratos, os homens devem compreender-se e respeitar-se, para que encontrem um meio de entendimento e de negociação sadia de seus interesses e não um meio de opressão. Para que esse espírito de fraternidade nos contratos se preserve, o Estado lança mão de uma norma cogente – o abuso do direito - interferindo nas contratações, com sua vontade soberana, para evitar lesões.

Outro exemplo, agora no âmbito dos direitos reais, é a função social da propriedade. O fim social da propriedade é alcançado com a limitação do direito subjetivo do seu proprietário, o que se faz através da sua socialização (no sentido social e não político). É a obrigatoriedade do sujeito de direito empregar a sua riqueza na satisfação de seus interesses pessoais, sem deixar de reservar o dever de satisfazer os interesses comuns, em benefício, também, do interesse social.

Se a propriedade se desvia desta finalidade, estar-se-á diante de um ato abusivo. O caso célebre é aquele do indivíduo que colocou lanças em sua propriedade porque o seu vizinho utilizava dirigíveis. Se por um lado o proprietário tem direito ao uso e gozo de sua propriedade, podendo dela extrair a sua utilidade, por outro não pode se valer dela para prejudicar outrem com seu exercício abusivo, colocando lanças que não têm outra utilidade, a não ser a de emulação do direito

⁷⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. rev. aum. São Paulo:

alheio. Ao usar sua propriedade para cultivo, ou moradia, desempenha-se a função que o direito lhe conferiu, ao contrário, comete abuso do direito.

Ainda, no que atina à função social do direito de propriedade, a lição de ADAUTO TOMASZEWSKI⁷⁵:

Como o mundo mudou, evoluiu, os efeitos foram facilmente percebidos. Mesmo na vigência do nosso antigo Código Civil, a propriedade foi sendo limitada por todos os lados. Isto foi identificável nos momentos em que o proprietário deveria pedir autorização ou submeter-se a uma eventual interdição. Diante do interesse público, desaparecia a propriedade particular, motivo pelo qual surgiram regulamentos sobre domínio das fontes, das minas, do espaço aéreo, etc... . Tudo explicado pelo simples fato de que todo indivíduo deve cumprir uma dada função na sociedade, na razão direta do lugar que ocupa como detentor de riqueza. E porque detém tal riqueza, pode cumprir tal tarefa, pois somente ele pode aumentar a riqueza geral, fazendo valer o capital que detém. Decorrente desta noção, a propriedade já não é mais um direito subjetivo do proprietário, mas a função social do detentor da riqueza, como afirmaram LANDRY, MAURICE HAURIU e LÉON DUGUIT ao longo de suas excelentes obras.

(...)

Foi inclusive com base nesta evolução que o novo Código, mais precisamente no DIREITO DAS COISAS, trouxe uma certa modernidade em relação ao antigo, até mesmo por efeito reflexo da vigente Constituição Federal. A partir de então, o direito real é visto em razão do novo conceito de propriedade, com base no princípio constitucional de que a função da propriedade é social, superando-se aquela antiga compreensão romana quiritária, decorrente do interesse exclusivo do indivíduo, do proprietário ou do possuidor.

O proprietário que no uso de seu direito de propriedade, não a faz cumprir sua função social, não merece a mesma tutela atribuída ao que utiliza sua propriedade de forma adequada ao interesse social. É o caso da desapropriação, onde a propriedade não basta que seja produtiva no sentido econômico do termo, mas deve também realizar a sua função social.

Malheiros, 2005. p 178.

⁷⁵ TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *Breves considerações sobre o direito das coisas no novo Código Civil*. Publicado no site Mundo Jurídico em 25 de setembro de 2003. Disponível em:

Igualmente, no tocante ao projeto parental, o abuso do poder familiar pode ser entendido como violação da finalidade social do direito. A função precípua do poder familiar é proporcionar ao pai usar de autoridade para impor certas condutas ao filho, sempre no interesse do menor e para a formação de sua integridade física e psíquica em desenvolvimento. A partir do momento em que o pai, ou mãe, no exercício do poder familiar se desviar destas finalidades, estará cometendo abuso.

Na contramão, respeitada doutrina impõe críticas o grau de abstração desta norma, EVERARDO DA CUNHA LUNA, comungando do entendimento dos irmãos MAZEAUD, anota⁷⁶:

Para nós, no bom caminho de MAZEAUD et MAZEAUD, a teoria, que se fundamenta no fim social do direito, se fôsse acolhida pelo direito positivo, deixaria o juiz na mais absoluta perplexidade. Não que devamos desconfiar do magistrado, em quem, ao contrário, devemos depositar tôda a fé. Mas, como compreender o julgador o correto sentido da expressão fim social do direito? Se a lei não diz, onde i-lo buscar? Na moral? mas quê moral? a cristã? a materialista? na política? ... mas quê política? a individualista? a socialista? O fim social do direito para o juiz católico, é um; outro, para o magistrado positivista, e bem outro, para o julgador socialista. Só um critério é possível: o técnico. Claro que têm os magistrados liberdade de decisão, mas obedecendo ao critério técnico, que é o critério da lei. O poeta, o músico e o pintor são livres, quando nos comunicam, através da arte, os seus sentimentos, mas, para o fazerem, obrigam-se a seguir os princípios técnicos da poesia, da música e da pintura.

Não se julga inatingível a tarefa de perquirir, na realidade concreta, os fins sociais do direito aplicado. Este grau de abstração da norma, que deverá ser identificado concretamente pelo magistrado, já é, de outrora, bastante utilizado. Conceitos de deixar margem de liberdade objetiva para o juiz interpretar o alcance da norma são largamente utilizados em todos os ramos do direito. Inclusive, para

<<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 08 de novembro de 2004.

⁷⁶ LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 98/99.

valoração dos elementos intelectivos que compõem a lide, o juiz, em sua decisão, deve motivar fundamentadamente o direito aplicável ao caso concreto. E esta decisão poderá, ainda, em caso de insatisfação das partes, ser sujeita à revisão por um colegiado. É o que nos ensina SILVIO RODRIGUES⁷⁷:

Não que tenhamos demais o arbítrio do juiz: confiamos nele; é indispensável não o prender a regras fixas. Ao menos é preciso que ele saiba o que se lhe pede. Ora, o que se lhe pede? Pede-se-lhe determinar a função social de um direito, de dizer com que escopo o legislador reconhece a existência do direito de propriedade, do pátrio poder etc. Uma tal questão não comporta solução sobre o terreno jurídico, porque é imensa. O juiz, compelido a respondê-la, deverá sair do domínio do Direito; ele cairá no domínio da política. Eis o perigo do critério: um socialista terá o mesmo conceito sobre o fim para o qual é conferido o direito de propriedade, ou o direito de associação, que um adversário da doutrina de Karl Marx? Evidentemente não. Defender a doutrina da finalidade social dos direitos, não é absolutamente cair no socialismo, mas é compelir o juiz a encarar o problema da responsabilidade sob o ângulo da política.

O fim social do direito não está na mão do magistrado como uma “carta branca” para que ele decida ao arrepio da lei e de princípios basilares do direito privado, já sedimentados. Ele deve conjugar a sua inteligência com o fim econômico a que se dirige o direito. A exemplo, o contrato, em que pese sua função social e econômica, não deixou de exercer a sua finalidade econômica, o trânsito de riquezas e refletir a liberdade individual, igualmente protegida constitucionalmente.

O que houve foi a agregação de valores que, apesar de já estarem previstos da Constituição Federal, não haviam sido positivados. E, no Brasil, ainda, se tem uma mentalidade de, no âmbito privado, evitar-se uma interpretação dos institutos sob a ótica constitucional. A idéia foi atualizar e modernizar institutos, promovendo uma releitura de seus princípios informadores, para que o direito

⁷⁷ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Responsabilidade Civil. v.4. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1962. p.

privado não seja alvo do cometimento de abusos e desvios da finalidade alvitrada pelo interesse social.

E nunca é demais se repetir, nestes tempos de modernidade tardia, que a busca pelo fim social do direito é medida das mais necessárias. A determinação do fim social do direito é tarefa imposta ao magistrado. É sua função, é seu mister. A função social do direito será, então, determinada no caso concreto, de acordo com a realidade social, cultural e econômica vivida em dado momento histórico. O abuso do direito consiste nessa atuação anti-social que deve ser aferida pelo aplicador da lei.

3.4.3 “boa-fé...”

O art. 187 traz a boa-fé como limite ao exercício de direitos subjetivos, não indicando qual a espécie, se subjetiva ou objetiva. A boa-fé é um atributo natural do ser humano, um conceito ético e social que ingressou no Ordenamento Jurídico como norma. E dentro do direito positivo pode ser considerada sob dois ângulos: boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva, cada qual com conceitos e aplicações diferentes.

A boa-fé subjetiva é o comportamento do sujeito da relação jurídica, isento de espírito lesivo e sem a consciência e vontade de prejudicar outrem. Diz respeito ao estado psicológico e íntimo do sujeito. É a boa-fé da intenção, que deve ser pura e isenta de dolo ou engano.

A civilista JUDITH MARTINS-COSTA expressa o significado da boa-fé subjetiva, e o faz nos seguintes termos⁷⁸:

56/57.

⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado. 1ª ed. São Paulo: RT, 2000. p. 411/412.

A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a idéia de ignorância, de crença, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante a usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente etc.). Pode denotar, ainda, secundariamente, a idéia de vinculação ao pactuado, no campo específico do direito contratual, nada mais aí significando do que um reforço ao princípio da obrigatoriedade do pactuado, de modo a se poder afirmar, em síntese, que a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando o direito alheio, ou na adstrição “egoística” à literalidade do pactuado.

Já a boa-fé objetiva, não diz respeito ao elemento subjetivo do sujeito da relação jurídica. A conduta do sujeito é analisada sob o aspecto objetivo, o padrão de comportamento que homem correto possui. É uma norma de conduta que determina como as partes devem agir conforme um padrão objetivo de conduta leal. É um *standard* jurídico, um modelo, um arquétipo de conduta.

JUDITH MARTINS-COSTA, em obra específica sobre a boa-fé no direito privado que não se poderia deixar de citar pela cientificidade e clareza de raciocínio, indica distintas funções da boa-fé objetiva: cânone hermenêutico-integrativo do contrato, a de norma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos⁷⁹:

A boa-fé objetiva, por fim, implica na limitação de direitos subjetivos. Evidentemente, a função de criação de deveres para uma das partes, ou para ambas, pode ter, correlativamente, a função de limitação ou restrição de direitos, inclusive de direitos formativos. Por essa razão é alargadíssimo esse campo funcional, abrangendo, por exemplo, relações com a teoria do abuso do direito, com a *exceptio doli*, a inalegabilidade de nulidades formais, a vedação a direitos por carência de seu exercício em certo tempo para além das hipóteses conhecidas da prescrição e da decadência etc. Nesse panorama privilegiarei, porém, a invocação de três hipóteses, quais sejam a teoria do adimplemento substancial, em matéria de resolução de

⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado. 1ª ed. São Paulo: RT, 2000. p. 454.

contrato, a invocação de regra do *tu quoque*, em matéria de oposição da exceção de contrato não cumprido, e o *venire contra factum proprium*, todas possíveis de ser englobadas na ampla categoria da inadmissibilidade da adoção de condutas contrárias à boa-fé.

A partir do estudo da jurista mencionada, a boa-fé é apresentada, p.ex. como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida. Bem como tem aplicação no campo contratual, especialmente quanto à resolução do contrato, onde a boa-fé objetiva é tida como norma de inadmissibilidade do exercício de direitos.

Mas, por não indicar a espécie, a qual boa-fé quis se referir o legislador no artigo 187 do Código Civil?

O direito comparado nos mostra que o nosso legislador reproduziu o modelo português de abuso do direito⁸⁰, e lá, a boa-fé aplicada neste instituto é a objetiva. Igualmente o Código Civil Grego adotou a teoria objetivista⁸¹, que, por sua vez, influenciou a feitura do dispositivo legal português.

Inclusive, JUDITH MARTINS-COSTA justifica a necessidade e a intenção do nosso legislador em se referir à boa-fé objetiva, ainda mais se se levar em consideração as diretrizes da operabilidade, socialidade e eticidade utilizadas como novos paradigmas para a releitura dos institutos privados⁸².

Uma e outra soluções, contudo, a par de dificultarem a sistematização dos variados casos de inadmissibilidade do exercício de direitos, estão ainda ancorados numa perspectiva subjetivista, marcada pela relação entre o dogma da vontade e a construção do direito subjetivo como a sua mais importante projeção. Por isso a

⁸⁰ Art. 334 – É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.

⁸¹ O artigo 281 do código civil grego preceitua que: O exercício de um direito é proibido se ultrapassar manifestamente os limites impostos pela boa fé ou pelos bons costumes, ou por seu fim econômico e social.

⁸² MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado. 1ª ed. São Paulo: RT, 2000. p. 456.

tendência, hoje é verificável, de sistematizar estes casos através do recurso à boa-fé objetiva, caminho que se insere na tendência que busca especificar os casos de aplicação da boa-fé objetiva, tornando o princípio menos fluido e de acentuado caráter técnico.

Esta não é a visão de FRANCISCO AMARAL, que interpreta a boa-fé prevista no artigo 187 como sendo, tanto a subjetiva como a objetiva⁸³:

A boa-fé entende-se sob o ponto de vista psicológico ou subjetivo e sob o ponto de vista objetivo. Psicologicamente, a boa-fé é um estado de consciência, é a convicção de que se procede com lealdade, com a certeza da existência do próprio direito, donde a convicção da ilicitude do ato ou da situação jurídica. Objetivamente, a boa-fé significa a consideração, pelo agente, dos interesses alheios, ou a “imposição de consideração pelos interesses legítimos da contraparte” como o dever de comportamento.

No sentido de que a boa-fé contida no conceito de abuso do direito do artigo 187 se trata apenas da limitação de direitos subjetivos, amoldando-se, perfeitamente, à uma das funções da boa-fé objetiva, é a lição de CAVALIERI FILHO⁸⁴:

A boa-fé a que o Código se refere no art. 187 não é a subjetiva – posição psicológica, intenção pura e destituída de má-fé, crença ou ignorância de uma pessoa -, mas sim a boa-fé objetiva ou normativa, assim entendida a conduta adequada, correta, leal e honesta que as pessoas devem empregar em todas as relações sociais. (...)

Três são as funções da boa-fé objetiva no atual Código Civil: a *função interpretativa* – regra de interpretação dos negócios jurídicos (art. 113); b) *função integrativa* – fonte de deveres anexos dos contratos (art. 422); c) *função de controle* – limite ao exercício dos direitos subjetivos (art. 187). Em sua função de controle, que aqui nos interessa, a boa-fé representa o padrão ético de *confiança* e *lealdade* indispensável para a convivência social. As partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Essa expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um componente indispensável na vida de relação. Conforme já destacado, a boa-fé,

⁸³ FRANCIULLI NETTO, Domingos, et al. *O Novo Código Civil: Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTR, 2003.p. 162.

⁸⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 178/179. Os grifos não constam do original.

em sua função de controle, estabelece um limite a ser respeitado no exercício de todo e qualquer direito subjetivo. E assim é porque a boa-fé é o princípio cardeal do Código de 2002, que permeia toda a estrutura do ordenamento jurídico, enquanto forma regulamentadora das relações humanas. Considera-se violado o princípio da boa-fé sempre que o titular de um direito, ao exercê-lo, não atua com a lealdade e a confiança esperáveis.

No mesmo sentido PABLO STOLZE e RODOLFO PAMPLONA⁸⁵:

Por meio da boa-fé objetiva, visa-se a evitar o exercício abusivo dos direitos subjetivos. Aliás, no atual sistema constitucional, em que se busca o desenvolvimento socioeconômico, sem desvalorização da pessoa humana, não existe mais lugar para a “tirania dos direitos”.

Por isso, de uma vez por todas, não se pode mais reconhecer legitimidade ou se dar espaço às denominadas “cláusulas leoninas ou abusivas” (algumas são tão terríveis, que a denominamos jacosamente, em nossas aulas “zoológicas”...), quer se trate de um contrato de consumo, quer se trate de um contrato civil em geral. (GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA Fº, Rodolfo, 2005, p. 86).

A par de todas as considerações feitas, tem-se a boa-fé objetiva como elemento integrante do conceito de abuso do direito. E a mesma está a limitar os interesses privados, impondo um comportamento ético e probo ao sujeito de direito, que deve seguir um modelo de conduta pautada na lealdade, probidade, transparência, assistência, confiança, entre outros princípios éticos.

3.4.4 “bons costumes.”

A eticidade é outra diretriz utilizada pelo legislador para a elaboração do Código Civil atual. Para uma melhor elucidação da compreensão do sentido e alcance do termo “bons costumes”, veja-se novamente a lição de

⁸⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA Fº, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos*. v IV. t. 1. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 86.

CAVALIERI FILHO⁸⁶:

“Compreendem as concepções ético-jurídicas dominantes na sociedade; o conjunto de regras de convivência que, num dado ambiente e em certo momento, as pessoas honestas e corretas praticam. Haverá abuso neste ponto quando o agir do titular do direito contrariar a ética dominante, atentar contra os hábitos aprovados pela sociedade, aferidos por critérios objetivos e aceitos pelo homem médio”.

Assim, os bons costumes nada mais são do que práticas constantes, reiteradamente praticadas e aceitas no seio social. Na visão de FRANCISCO AMARAL *“significam o conjunto das regras morais aceitas pela consciência social, correspondendo à moral objetiva, ao sentido ético impetrante na comunidade social”*.⁸⁷

Pelo que se denota, a título de exemplificação, todos os sujeitos de um contrato que não observarem um senso ético, não agirem da forma pela qual a sociedade reputa ética e moralmente correta, estará cometendo abuso do direito. Cite-se o exemplo de uma pessoa que monta um “sex shop” em frente a um templo religioso ou a um estabelecimento escolar infantil. Não há vedação legal expressa para se estabelecer uma loja que comercialize produtos eróticos em frente uma escola infantil ou um templo religioso. No entanto, rezam os bons costumes, ainda, que imagens, adereços e referências ao erotismo e pornografia ferem os “bons costumes”.

Assim, tem-se no termo “bons costumes” um conceito legal determinado pela função que exerce em cada situação específica e não abstrata, vez que é vago, impreciso e genérico, cabendo ao magistrado, no caso concreto,

⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 180.

⁸⁷ FRANCIULLI NETTO, Domingos, et al. *O Novo Código Civil: Estudos em homenagem ao Professor*

aferir, diante de valores tidos no seio social como éticos e morais, se referida conduta feriu, ou não, os bons costumes.

Vale aqui a lição de JOSÉ AUGUSTO DELGADO⁸⁸, que cita NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY:

Há que se ter atenção, ainda, para o fenômeno que o Novo Código Civil criou para ser resolvido pelo seu intérprete e aplicador. É o que determina a transmutação dos conceitos legais indeterminados em conceitos determinados pela função que exercem em cada situação específica e não abstrata. A respeito, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, ob. Cif, pg. 6, fazem as seguintes:

“Os conceitos legais indeterminados se transmudam em conceitos determinados pela função que têm de exercer no caso concreto. Servem para propiciar e garantir a aplicação correta, equitativa do preceito ao caso concreto, Nos conteúdos das idéias de boa-fé (CC 422), bons costumes (CC 187), ilicitude (CC 186), abuso do direito (CC 187) etc., está implícita a determinação funcional do conceito, como elemento de previsão, pois o juiz deverá dar concreção aos referidos conceitos, atendendo as peculiaridades do que significa boa-fé, bons costumes, ilicitude ou abuso do direito no caso concreto. Vale dizer, o juiz torna concreto, vivos, determinando-os pela função, os denominados conceitos legais indeterminados. São, na verdade, o resultado da valoração dos conceitos legais indeterminados, pela aplicação e utilização, pelo juiz, das cláusulas gerais. V. Larenz, Methodenlehre, cap. VI, 3, b, p. 482/483”.

E a justificativa na adoção deste conceito legal vem de MARIA HELENA DINIZ, quando leciona⁸⁹:

Deveras, a lei, por mais extensa que seja em suas generalizações, por mais que se desdobre em artigos, parágrafos e incisos, nunca poderá conter toda a infinidade de relações emergentes da vida social que necessitam de uma garantia jurídica, devido à grande exuberância da realidade, tão variável de lugar para lugar, de povo para povo.

Miguel Reale. São Paulo: LTR, 2003. p. 163.

⁸⁸ DELGADO, José Augusto. *O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988. Cláusulas Gerais e Conceitos Indeterminados*, 2003. Disponível em: <http://www.classecontabil.com.br/servlet_art.php?id=118>. Acesso em 20 de maio de 2006.

⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 273.

Os bons costumes, são práticas reiteradas, constantes e notórias, tidas no seio social como corretas. E é importante frisar, que os costumes variam de cultura para cultura. Mais importante ainda é reconhecer que o Brasil é um país que possui uma gama imensa de culturas, cada qual com práticas reiteradas no seio social como corretas, e até mesmo contrapostas, ou seja, cada qual com seu costume. Daí a sutileza do legislador, ao colocar no código, um termo que se ajusta à nossa realidade social e cultural, que será determinado de acordo com o caso concreto.

O Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42) que reza que *Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito*, coloca o costume como meio de se estabelecer, subsidiariamente, normas jurídicas, ou seja, o costume é aplicado quando se esgotarem todas as possibilidades legais.

No abuso do direito o costume é forma imediata de se estabelecer normas jurídicas. No artigo 187 há omissão quanto ao suporte fático hipotético e abstrato. Deixa-se por conta dos “bons costumes” a definição dos conceitos e ações do mundo dos fatos que irão incidir na norma. Ou seja, a lei coloca o costume como fonte normativa imediata e direta: o titular de um direito que exorbita os bons costumes incidiu na norma contida no artigo 187 do Código Civil. Aqui o costume é classificado como da espécie *secundum legem*, ou seja, está previsto expressamente na lei, que reconhece sua eficácia obrigatória.

4 NATUREZA JURÍDICA DO ABUSO DO DIREITO NO CÓDIGO CIVIL

O que se pretende neste capítulo é trazer considerações sobre a natureza jurídica do abuso do direito, nomeadamente a dada pelo atual Código Civil. Mas, antes de identificá-la e adentrarmos ao tema proposto, é necessário primeiramente compreender a significação terminológica da “natureza jurídica”.

Muito se fala em natureza jurídica, mas pouco se transmite sobre o seu significado. O dicionário AURÉLIO⁹⁰ dá a noção gramatical das palavras “natureza” e “jurídico”, nos significados que aqui interessam:

Natureza (ê). [De natura + -eza] S.f. (...) 4. Espécie, qualidade: Vive cheio de problemas de toda natureza. 7. Filos. Essência (5).

Jurídico. [Do lat. juridicu] Adj. 1. Relativo ou pertencente ao direito.

Por uma interpretação literal e gramatical da expressão “natureza jurídica”, tem-se que ela é a espécie ou qualidade de algo relativo ou pertencente ao direito. Ou melhor, é a qualidade de algo que está no mundo do direito.

Mas não é somente este o sentido e alcance da expressão. A Academia Brasileira de Letras Jurídicas, em seu DICIONÁRIO JURÍDICO, conceitua “natureza jurídica” como sendo *“Filos. Diz-se da afinidade que um instituto jurídico guarda para uma grande categoria jurídica por diversos pontos*

⁹⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 1ª ed. 14ª impr. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 19xx, p. 808 e 964.

*estruturais, de modo a nela poder ter ingresso classificatório.*⁹¹

À apreciação terminológica natureza, conjugada à juridicidade, o que nos interessa (natureza + jurídica), nos indica o dicionarista DE PLACIDO E SILVA⁹²:

Na terminologia jurídica, assinala, notadamente, a essência, a substância ou a compleição das coisas. Assim, a natureza se revela dos requisitos ou atributos essenciais e que devem vir com a própria coisa. Eles se mostram, por isso, a razão de ser, seja do ato, do contrato ou do negócio. A natureza da coisa, pois, põe em evidência sua própria essência ou substância, que dela não se separa, sem que a modifique ou a mostre diferente ou sem os atributos, que são de seu caráter. É, portanto, a matéria de que se compõe a própria coisa, ou que lhe é inerente ou congênita.

Identificar a natureza jurídica de um instituto é localizá-lo, dentro do Ordenamento Jurídico, em que categoria jurídica o mesmo pertence, categoria esta que contém institutos afins pelos pontos estruturais. A importância é a de que, se um instituto possui os mesmos pontos estruturais, a ele é dado tratamento semelhante por parte do direito.

Por uma interpretação sistemática, que é aquela que busca o sentido e o alcance do preceito através da localização do instituto dentro do conjunto do sistema, o abuso do direito, no atual Código Civil, é apenas ato ilícito. Ele está previsto na Parte Geral, Livro III “Dos Fatos Jurídicos”, Título III “Dos atos ilícitos”.

Assim, tem-se a natureza jurídica outorgada ao abuso do direito no atual Código Civil, ponto de partida para análise de suas implicações jurídicas, bem como se verificará se, por possuir esta natureza jurídica, ao abuso do direito é dado única e exclusivamente o mesmo tratamento do ato ilícito.

⁹¹ Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas/ J. m. Othon Sidou. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 530.

4.1 Do ato jurídico ilícito

Identificar e conceituar o ato ilícito não é tarefa das mais fáceis. Em seu estudo afloram celeumas e intrincadas discussões doutrinárias. Inclusive, sua classificação é bastante complexa.

Inicialmente as palavras de SÉRGIO CAVALIERI FILHO⁹³:

Chegamos, finalmente, ao ato ilícito, conceito da maior relevância para o tema em estudo, por ser o fato gerador da responsabilidade civil. Trata-se de uma conquista do Direito moderno, devida à obra monumental dos pandectistas alemães do século XIX, que criaram a parte geral do Direito Civil e, por conseguinte, deram-nos os fundamentos científicos de toda a teoria da responsabilidade hoje estudada. O Código Civil Alemão – BGB 1897 - foi o primeiro a abandonar a tradicional classificação romana de delito e quase delito e, no lugar dessa dicotomia, erigiu um conceito único – o conceito de ato ilícito.

Mas e o conceito de ato ilícito? O próprio autor supracitado questiona e fala da dificuldade da conceituação e a questão da ligação do conceito de culpa ao ato ilícito⁹⁴:

Mas o que se entende por *ato ilícito*? Inclui-se no seu conceito o elemento culpa? Todos os autores reconhecem tratar-se de um conceito complexo e controvertido. Assinala Caio Mário que a construção dogmática do ato ilícito sofreu tormentas nas mãos dos escritores dos séculos XVII e XIX e não melhorou muito nas dos contemporâneos nossos; antes tem sido de tal modo intrincada que levou De Page a taxar de completa anarquia o que se passa no terreno da responsabilidade civil, tanto sob o aspecto legislativo quanto doutrinário, como, ainda, jurisprudencial.

Para melhor identificação do ato ilícito, propõe-se a sua localização

⁹² SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. V. III e IV. Rio de Janeiro: Forense. 1989. p. 230.

⁹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 29-30.

⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 30.

no mundo dos fatos jurídicos.

Segundo o critério de classificação dos fatos jurídicos adotado por PONTES DE MIRANDA, onde se leva em conta a conformidade e contrariedade do fato jurídico com o direito, tem-se que os fatos jurídicos podem ser em conformidade ao direito, ditos, assim, lícitos. Mas, “há outros, no entanto, cuja concreção representa violação das normas jurídicas, e implica, assim, a negação do direito; são os fatos contrários ao direito, geralmente chamados ilícitos”.⁹⁵

Tanto o ato ilícito como o ato lícito são jurídicos. Não se deve confundir jurídico com ilícito. Assim o abuso do direito é um fato jurídico (lato sensu), pois constitui o suporte fático de norma jurídica e, à sua concreção no mundo recebe a incidência de norma, passando, então, a integrar o mundo jurídico. Bem como, tem consequências nas relações jurídicas, na medida em que pode criar, modificar ou extinguí-las.

Nas palavras de MARCOS BERNARDES DE MELLO⁹⁶:

Parece-nos já haver deixado claramente estabelecido que jurídico tem um sentido que abrange tudo aquilo, e somente aquilo, que, por força da incidência da norma jurídica, entra no mundo jurídico. Para se jurídico é preciso que o fato esteja previsto como suporte fático de uma norma jurídica juridicante e receba a sua incidência.

Ora, a ilicitude (=contrariedade a direito) constitui, exatamente, elemento nuclear do suporte fático de uma série de atos e fatos que estão regulados (previstos) por normas jurídicas, como são exemplos os artigos do Código Civil sobre o ato ilícito e as normas penais em geral. Além dessas, específicas, há a norma geral, implícita, segundo a qual constitui o ilícito todo ato jurídico praticado em infração de norma jurídica cogente. Dessas considerações parece resultar evidente que, do ponto de vista do direito, não existe diferença

⁹⁵ MELO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 113.

⁹⁶ MELO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 115.

ontológica entre o lícito e o ilícito, uma vez que ambos são jurídicos porque, e somente porque, recebem a incidência juridicizante de uma norma jurídica. A diferença que existe entre eles é, em essência, axiológica, nunca ontológica. E tanto é verdadeira essa observação que um fato que hoje seja considerado (=valorado) *ilícito* pode, amanhã, por modificações da norma jurídica, passar a ser considerado lícito.

E continua do citado autor, com outro argumento para demonstrar a juridicidade do ato ilícito⁹⁷:

Sob este aspecto, o fato contrário a direito é tão *jurígeno* quanto o fato jurídico lícito porque, se não cria um direito para quem o pratica, o faz nascer para quem sofre as conseqüências. O sentido restritivo que se dá ao adjetivo *jurígeno*, de fato que apenas gera direitos e obrigações para o agente segundo a sua vontade manifestada, não tem fundamento na realidade jurídica: jurígeno não é somente o que cria *direitos e obrigações queridos*, mas o que cria direitos e obrigações conforme a imputação do ordenamento jurídico, sejam ou não queridos. Basta lembrar que mesmos dos atos jurídicos lícitos, na sua mais lídima expressão voluntarista, o negócio jurídico, nascem muitos direitos e muitas obrigações que não têm fundamento no *querer* das pessoas, e sim nas imperiosas disposições normativas. Não vemos, portanto, como aceitar a objeção.

Inclusive, estes argumentos que demonstram a juridicidade do ato ilícito, por conseguinte do abuso do direito, são as mesmas teses que refutam a teoria negativista do abuso do direito, conforme retro mencionado.

Prosseguindo no critério de classificação dos fatos jurídicos adotado, após a identificação do fato jurídico *latu sensu* em conforme a direito e contrário a direito, passa-se ao segundo um segundo elemento distintivo, qual seja, a presença, ou não, de conduta humana volitiva à base do suporte fáctico. Há alguns em que decorrem da natureza ou do animal, prescindindo de um ato humano; são os fatos jurídicos *stricto sensu*, lícitos e ilícitos. Outros, apesar de decorrerem

⁹⁷ MELO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 116.

de um ato humano, a vontade não é relevante, pois o resultado tem mais realce do que a vontade; são os atos-fatos jurídicos, lícitos e ilícitos. Há outros em que a vontade, além de relevante, constitui o cerne do suporte fático; são os atos jurídicos *lato sensu* e atos ilícitos.

Por ora, após alocado o ato ilícito dentre os fatos jurídicos, e constatado que o ato ilícito é jurídico, e que o mesmo importa em uma contrariedade a direito, porque se configura em situações que consubstanciam a não realização dos fins da ordem jurídica, cumpre descrevê-lo, vez que o mesmo é o núcleo essencial do presente estudo.

As situações de violação da norma jurídica, portanto contrariedade a direito que, quando praticadas ou relacionadas a alguém imputável, havendo danos patrimoniais ou não, são ilícitas.

São ilícitas as seguintes situações, conforme ensina MARCOS BERNARDES DE MELLO⁹⁸:

(i) Todo ordenamento jurídico, com maior ou menor intensidade, contém, como básico, o princípio da incolumidade das esferas jurídicas individuais, consideradas estas, em sentido lato, o conjunto de direitos e deveres mensuráveis, ou não, economicamente, relacionados a alguém. Em consequência desse princípio, concretizado na fórmula latina do *neminem laedere*, a ninguém é dado interferir, legitimamente, na esfera jurídica alheia, sem o consentimento jurídico, donde haver um *dever genérico, absoluto*, no sentido de que cabe a todos, de não causar danos aos outros. Nada impede, porém, que ato humano, consciente ou inconsciente, e mesmo fato da natureza ou do animal, atinja esfera jurídica de outrem, causando-lhe danos. (...) Mas não somente se há danos materiais há ilicitude. Por isso, são também ilícitas situações em que:

(ii) nas relações jurídicas de direito relativo, ditas também de crédito ou obrigações, o devedor: (a) descumpra a sua obrigação ou a

⁹⁸ MELO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 217-218.

cumpra mal (adimplemento ruim) e incide em *mora*; (b) culposamente impossibilita a prestação;

(iii) o ato é realizado em violação de direito absoluto de natureza pessoal, como os direitos da personalidade (= direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, ao nome, à imagem, ao corpo), ou real (= direito de propriedade, e. g.);

(iv) há infração de interesse juridicamente protegido que não constitui direito subjetivo (caso dos chamados interesses difusos, que preferimos denominar direitos transindividuais, de interesse religioso, de interesse moral, e. g.);

(v) existe abuso ou exercício irregular do direito, como ocorre quando o pai castiga imoderadamente o filho;

(vi) ou alguém pratica ato jurídico contrariando norma jurídica cogente (e.g.. quando alguém firma contrato sobre objeto ilícito).

No tocante ao fato ilícito, a contrariedade ao direito, bem como a imputabilidade do fato, são elementos de sua existência, sem os quais o mesmo não é considerado jurídico, não surtindo, assim, qualquer efeito jurídico. Sem que concorram estes dois elementos, concomitantes, não há ilicitude. Os demais elementos, tais como o dolo, culpa, violação a direito absoluto, dever de indenizar, dentre outros, que se agregam à contrariedade ao direito e à imputabilidade, são apenas elementos completantes do cerne do suporte fático do fato ilícito.

Nesse aspecto, novamente MARCOS BERNARDES DE MELLO⁹⁹:

Esses dados, porém, entram na composição do suporte fático das espécies respectivas como elementos completantes do seu cerne (núcleo), portanto, da contrariedade a direito e da imputabilidade que, em todos eles, são pressupostos. Por isso, variam de espécie a

⁹⁹ MELO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 228.

espécie e não podem constituir o *cerne* do fato jurídico ilícito *lato sensu*, mas, apenas, elementos que completam o núcleo de seu suporte fático. Os fatos que permanecem constantes e inalteráveis em todas as espécies de fato ilícito são a contrariedade a direito e a imputabilidade do agente, razão pela qual consubstanciam a própria essência da ilicitude, e representam a *differentia specifica* que a caracteriza e a distingue dos fatos jurídicos lícitos.

Assim, quando a doutrina se refere à culpabilidade, ao dano ou ao dever de indenizar como dados caracterizadores do ilícito, comete o equívoco de confundir elementos completantes do núcleo do suporte fático com o seu próprio cerne.

Desse raciocínio, denota-se que o fato ilícito não pressupõe, necessariamente, o dano, vez que este não é elemento essencial, mas sim completante.

Cumpre, agora tecer considerações acerca da taxinomia dos fatos ilícitos, visando, com este sucinto estudo, identificar o abuso do direito como foi categorizado no atual Código Civil: ato ilícito.

Como primeiro critério classificatório, levando em consideração a natureza do direito ofendido (violado), ou melhor, do dever descumprido, os fatos ilícitos podem ser absolutos ou relativos. Serão fatos ilícitos absolutos se entre o agente do ato ilícito e o sujeito passivo existir uma relação jurídica de direito absoluto, como de direito da personalidade e propriedade, por exemplo. Será fato ilícito relativo, se há uma relação jurídica de direito relativo, resultante de um ato jurídico *lato sensu* (ato jurídico *stricto sensu* ou negócio jurídico), é o caso do descumprimento contratual. Nesta última, não é somente a chamada culpa contratual que encerra ilícitos relativos, mas outras como relações de parentesco, de tutela, curatela, gestão de negócios, etc.

Identificando-se a natureza do fato ilícito em absoluto ou relativo, tem-se que a obrigação decorrente de ilícito absoluto é regida pelo Art. 186 ou 187

do Código Civil, já se o ilícito é relativo, a ele são aplicadas as normas próprias, como por exemplo, a teoria geral do contrato. O que é muito importante, vez que ambos os regimes jurídicos têm disciplinamentos diversos, inclusive no tocante à prescrição.

Outro critério de classificação dos fatos ilícitos é aquele que toma o suporte fático e a presença ou ausência de um ato humano volitivo. Assim, à semelhança da classificação dos fatos lícitos, o fato ilícito *lato sensu* pode ser desmembrado em fato *stricto sensu* ilícito, ato-fato ilícito e ato ilícito *lato sensu*. São fatos ilícitos *lato sensu* aqueles em que não há uma ação humana, mas a juridicidade do fato está vinculada a alguém, criando obrigações a quem esteja a ele ligado como imputável.

Quando alguém responde pelos prejuízos decorrentes de caso fortuito, ou força maior, como nas hipóteses dos arts. 399, 492, § 1º, ex arg., 575. 667, § 1º, 862, 868 do Código Civil, por exemplo, caracteriza-se situação em que puro evento da natureza caracteriza contrariedade a direito e, portanto, ilicitude.¹⁰⁰

No ato-fato ilícito há contrariedade a direito em decorrência de ato-fato, ou seja, do ato humano em que a vontade é abstraída e não tem relevância, importando mais os resultados fáticos do que a própria vontade. Há conduta humana, mas a lei a recebe como avolitiva. Os dados psicológicos não são levados em consideração, vez que a vontade não constitui elemento relevante do suporte fático.

São exemplos de ato-fatos ilícitos¹⁰¹:

¹⁰⁰ MELO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 236.

¹⁰¹ MELO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 237.

Quando alguém faz mau uso de sua propriedade e causa dano a terceiro, há um ato-fato ilícito; não importa a vontade de prejudicar, mas o simples fato do prejuízo (ou ameaça) à segurança, sossego e saúde dos vizinhos. O mesmo ocorre quando alguém toma posse de bem com violação da posse de outrem.

Na gestão de negócio iniciada contra a vontade manifestada ou presumível do proprietário (Código Civil, art. 862) há também ato-fato ilícito. É preciso notar que o ato-fato ilícito é constituído pelo início da gestão. Se a gestão de negócios for iniciada regularmente, trata-se de ato jurídico *stricto sensu*, e se ocorre alguma situação ilícita durante a gestão, a hipótese é de ilícito relativo (...).

Já o ilícito *lato sensu*, diferencia-se das demais espécies ilícitas pela relevância da vontade determinante da conduta, que inexistente no fato *stricto sensu* ilícito e no ato-fato ilícito.

Constitui ato ilícito *lato sensu* toda ação ou omissão voluntária culposa ou não, conforme a espécie, praticada por pessoa imputável que, implicando infração de dever absoluto ou relativo, viole direito ou cause prejuízo a outrem.¹⁰²

São dois os critérios para a classificação do ato ilícito. Primeiramente o critério que considera a configuração dos elementos do suporte fático de cada espécie de ato ilícito, segundo variações de elementos de imputação e da natureza do direito ofendido ou do dever descumprido. Assim, o ato ilícito pode ser civil ou criminal.

Aqui, nos interessa o estudo do ilícito civil, que se subdivide em ato ilícito *stricto sensu* (absoluto) e ato ilícito relativo. O primeiro consiste naquela figura definida no art. 186 do Código Civil, onde não há um dever resultante de relação jurídica (com exceção das relações jurídicas onde há um sujeito passivo universal, como no caso dos direitos reais e direitos da personalidade) e o segundo na quebra

¹⁰² MELO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico*: Plano da Existência. 12ª ed. São Paulo:

de um dever decorrente de negócio jurídico ou ato jurídico stricto sensu, este também denominado de ilícito contratual.

O segundo critério de classificação do ato ilícito, é o que leva em conta a sua eficácia jurídica produzida. Por este critério, o ato ilícito poderá ser indenizativo, caducificante e invalidante. Será indenizativo quando seu efeito consistir na geração de dever de indenizar os danos causados. Caducificante é o ato ilícito cuja eficácia consisite na perda (caducidade) de um direito, como a “*perda do poder familiar nas situações do art. 1628 do Código Civil, bem assim os casos de indignidade e de inabilitação do falido para exercer cargos públicos e o comércio, por exemplo.*”¹⁰³

Por fim, os invalidantes, que são atos de violação de direito, cuja consequência seja sua invalidade. Por esta classificação, são ilícitos invalidantes os atos nulos ou anuláveis, vez que, na opinião dos doutrinadores que defendem a existência desta categoria, os atos inválidos constituem sanções que o sistema jurídico impõe a essa espécie de ilicitude. A divergência doutrinária vem expressa na doutrina de MARCOS BERNARDES DE MELLO¹⁰⁴:

Essa categoria de ato ilícito é reconhecida por quase todos os doutrinadores, desde quando consideram o ato inválido como infingente da ordem jurídica. Apesar disso, recusam-se a classificá-los como atos ilícitos. Outros doutrinadores, como Norberto Bobbio e Herbert L. A. Hart, por exemplo, são mesmo explícitos em negar que sejam tipicamente ilícitos os atos jurídicos eivados de nulidade. No entanto, Pontes de Miranda e August Thon, dentre outros, reconhecem a ilicitude de tais atos, sendo que o primeiro os classifica, especificamente, como uma espécie de ilícito, a que chama *ilícito nulificante*, sem, contudo, dedicar-se a discutir as divergências doutrinárias a respeito.

Saraiva, 2003. p. 238-239.

¹⁰³ MELO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 247.

¹⁰⁴ MELO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 248.

Após a exposição da classificação das espécies de atos ilícitos, aflora uma grande dificuldade em adequar o abuso do direito como uma das espécies apresentadas.

O abuso do direito é um ato, pois decorre de um agir humano, onde a vontade este no cerne do suporte fático. É, para efeitos do art. 187 do Código Civil, um ato ilícito civil. Poderá ser absoluto ou relativo, conforme o caso. É indenizativo, pois dele, conforme previsão expressa do art. 927 do Código Civil, decorre o dever de indenizar. Pode, ainda, importar, conforme será adiante analisado com mais acuidade, em invalidade do ato.

Malgrado o esforço em adequar o ato ilícito decorrente do abuso do direito em alguma das categorias descritas, as classificações ora apresentadas não são aptas a identificar precisamente o abuso do direito, razão pela qual, agora, após a vigência do atual Código Civil, a revisão da classificação do ato ilícito é medida que se impõe, criando-se, quem sabe, uma nova categoria de ato ilícito civil.

Por seguirem esta classificação, há críticas no sentido de que o abuso do direito não seria ato ilícito. No entanto não é somente esta classificação que prevalece.

SÉRGIO CAVALIERI FILHO fala do duplo aspecto da ilicitude (objetiva e subjetiva), propondo uma classificação do ato ilícito que obedeça esta dicotomia. Este autor classifica o ato ilícito em sentido estrito e amplo, uma classificação que consegue açambarcar todas as espécies de ilícitos, inclusive o abuso do direito. As palavras do autor¹⁰⁵:

Esse duplo aspecto da ilicitude nos permite falar do ato ilícito também com duplo sentido.

¹⁰⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 32-33.

Em *sentido estrito*, o ato ilícito é o conjunto de pressupostos da responsabilidade – ou, se preferirmos, da obrigação de indenizar. Na verdade, a responsabilidade civil é um fenômeno complexo de requisitos diversos intimamente unidos; surge e se caracteriza uma vez que seus elementos se integram. Na responsabilidade subjetiva, como veremos, serão necessários, além da conduta ilícita, a culpa, o dano e o nexo causal. Esse é o sentido do art. 186 do Código Civil. A culpa está ali inserida como um dos pressupostos da responsabilidade subjetiva. A culpa é, efetivamente, o fundamento básico da responsabilidade subjetiva, elemento nuclear do ato ilícito que lhe dá causa. Já na responsabilidade objetiva a culpa não integra os pressupostos necessários para a sua configuração.

Em *sentido amplo*, o ato ilícito indica apenas a ilicitude do ato, a conduta humana antijurídica, contrária ao Direito, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico. Tal como o ato ilícito, é também uma manifestação de vontade, uma conduta humana voluntária, soe que contrária à ordem jurídica.

Diante da responsabilidade objetiva e subjetiva, diante ainda do abuso do direito, o conceito de ato ilícito, tal como concebido pelos clássicos, tornou-se insuficiente e insatisfatório para englobar todas as formas ilícitas.

Esta idéia de ato ilícito em sentido amplo é necessária, na medida em que¹⁰⁶:

o Código, após conceituar o ato ilícito em sentido estrito em seu art. 186, formulou outro conceito de ato ilícito, mais abrangente, no seu art. 187, no qual a culpa não figura como elemento integrante, mas sim os limites impostos pela boa-fé, bons costumes e o fim econômico ou social do Direito. O abuso do direito foi aqui configurado como ato ilícito dentro de uma visão objetiva, pois boa-fé, bons costumes, fim econômico ou social nada mais são do que valores éticos-sociais consagrados na norma em defesa dos bem comum, que nada tem a ver com culpa.

Esta classificação do ato ilícito com um duplo aspecto apresentada por SÉRGIO CAVALIERI FILHO consegue atender a sistemática apresentada pelo atual Código Civil, que apresenta um novo modelo de ilicitude. O abuso do direito

¹⁰⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. rev. aum. São Paulo:

está, assim, incluído na categoria jurídica de ato ilícito em sentido amplo, sua natureza jurídica.

4.2 Breves considerações sobre a ilicitude no atual Código Civil

Reconhecer o abuso de direito como instrumento hábil a ensejar indenização decorrente de responsabilidade civil é questão um tanto quanto tormentosa, em razão da estreita separação entre o exercício regular de um determinado direito e seu exercício abusivo.

A fim de melhor elucidar o tema ora proposto, necessário se faz lembrar que a Teoria do Abuso do Direito não era expressamente abordada pelo Código Civil de 1916, sendo que os doutrinadores vislumbravam sua existência na dicção do artigo 160, inciso I, daquele diploma legal.

Extraía-se do aludido dispositivo, a *contrario sensu*, que os atos praticados no exercício irregular de um direito seriam considerados como ilícitos. Observe-se que o legislador de 1916 não consagrou diretamente a tese do abuso do direito; ao contrário, equiparou-o ao ato ilícito, atribuindo responsabilidade ao titular pelos danos causados a terceiros.

Esse tratamento legislativo em nada contribuiu para a difusão da Teoria do Abuso do Direito em nosso ordenamento, fazendo com que, tanto a doutrina quanto a jurisprudência pouco se ocupassem acerca de tão importante instituto. Restou, assim, à jurisprudência, a árdua missão de estabelecer os contornos e aplicações ao abuso do direito, evidentemente com dissonância entre os entendimentos. Cabia, pois, aos Tribunais, buscar soluções satisfatórias para situações concretas que não se amoldavam à teoria do ato ilícito.

Já o Código Civil de 2002 inseriu expressamente em seu corpo normativo a previsão do abuso do direito, positivando aquilo que doutrina e jurisprudência há muito preconizavam, muito embora não o tenha trazido em Título próprio, tendo em vista que foi incluído no Título atinente aos atos ilícitos:

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.

A despeito da aparente proximidade entre o abuso do direito previsto no Código Civil de 1916 e aquele previsto no atual Código Civil, ambos, nem de longe, se confundem. A regra do artigo 160, I do Código anterior foi apreendida pelo artigo 188, I, do Código atual.

O abuso não mais aparece relacionado ao exercício irregular de um direito ou prerrogativa individual, posto que passou a assumir função limitadora destes, mediante a imposição de limites éticos, os quais serão estabelecidos conforme a boa-fé objetiva, os bons costumes e a função social e econômica dos direitos.

O Código Civil de 2002 rompeu com a vetusta construção dogmática e ideológica que baseava a noção de ilicitude a partir do nascimento do dever de indenizar.

Referida ruptura é facilmente verificada quando se analisa comparativamente o artigo 159 do Código Civil de 1916 e o artigo 186 do Código Civil de 2002: este não reproduz a previsão expressa na parte final daquele, qual seja, “fica obrigado a reparar o dano”.

De acordo com a atual visão de responsabilidade trazida pelo atual

Código Civil, a obrigação de indenizar ganhou autonomia, sendo tratada em Título próprio, distinto da ilicitude do negócio jurídico. A obrigação de indenizar atualmente está expressa no artigo 927 do diploma civilista.

Vê-se, pois, o claro desfazimento do elo anteriormente existente entre a ilicitude e o dever de indenizar, entre a ilicitude civil e o dano.

A visão clássica do direito civil, onde o patrimônio constituía sua categoria principal, levou a doutrina a elaborar a Teoria dos Atos Ilícitos fundamentada na noção de dano e responsabilidade, seguindo a tradicional distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual.

Em razão dessa conexão, a ilicitude civil era vista de forma vinculada à culpa, ao dano e à consequência indenizatória, sendo mera condição da responsabilidade, não possuindo campo operativo próprio. Ademais, através dessa concepção, não era possível se vislumbrar aqueles casos em que o dever de indenizar existe independentemente da prática de um ato ilícito.

O atual Código Civil rompeu com essa concepção clássica, tratando o dever de indenizar em Título diverso da ilicitude e estatuiu a regra prevista no artigo 187 (abuso do direito).

4.3 Críticas ao enquadramento pelo atual Código Civil da Teoria do Abuso do Direito no título que trata dos atos ilícitos

É grande a discussão existente quanto à autonomia dogmática do abuso do direito. O abuso do direito teria autonomia dogmática pelo argumento de que seria uma categoria autônoma, distinta do ato ilícito, pois a natureza jurídica de um instituto não pode ser determinada pela localização topográfica erigida pelo Código Civil.

Dentre os adeptos à esta teoria que nega o enquadramento do abuso do direito como ato ilícito HELOÍSA CARPENA, que assim se posiciona¹⁰⁷:

Todo processo de construção doutrinária, aqui resumidamente descrito, resultou em um conceito de ato abusivo que não se confunde com o de ato ilícito. E esta distinção é particularmente importante, visto que permite a exata compreensão do instituto.

O que diferencia as duas espécies de atos é a natureza da violação a que eles se referem. No ato ilícito, o sujeito viola diretamente o comando legal, pressupondo-se então que este contenha previsão expressa daquela conduta. No abuso, o sujeito aparentemente age no exercício do seu direito, toda via, há uma violação dos valores que justificam o reconhecimento deste mesmo direito pelo ordenamento. Diz-se, portanto, que no primeiro, há inobservância de limites lógico-formais e, no segundo, axiológico-materiais. Em ambos, o agente se encontra no plano da antijuridicidade: no ilícito, esta resulta da violação da forma, no abuso, do sentido valorativo. Em síntese, o ato abusivo está situado no plano da ilicitude, mas com o ato ilícito não se confunde, tratando-se de categoria autônoma da antijuridicidade.

No entanto, como já assinalado, a ilicitude no Código Civil tem um duplo aspecto: ato ilícito em sentido estrito e amplo. O abuso do direito não é categoria jurídica autônoma, vez que foi erigido como ato ilícito e deve ser entendido como tal.

SÉRGIO CAVALIERI FILHO confirma, baseando seu entendimento na doutrina do jurista lusitano ANTUNES VARELA¹⁰⁸:

A segunda conclusão que se impõe é a de estar definitivamente afastado o entendimento doutrinário, embora minoritário, de que o abuso do direito não configura ato ilícito. A lei diz que o é, embora com características próprias e conteúdo especial. Não se trata, aqui, de ofensa frontal de um direito de outrem, nem da violação a uma norma tuteladora de um interesse alheio, como ocorre normalmente com todo e qualquer ato ilícito; mas do *exercício anormal* do direito próprio. Enquanto no primeiro (ato ilícito) a conduta não encontra

¹⁰⁷ CARPENA, Heloísa. *O abuso do Direito no Código de 2002: Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*. A parte Geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional/ Coord. Gustavo Tepedino. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 381.

¹⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 171.

apoio em dispositivo legal e até praticada contra dever jurídico preexistente, no segundo (abuso do direito) a conduta é respaldada em lei, mas, como já ressaltado, fere ostensivamente o seu espírito. O titular do direito, “embora observando a estrutura formal do poder que a lei lhe confere, excede os limites que lhe cumpre observar, em função dos interesses que legitimam a concessão desse poder. Há uma ‘contradição entre o *modo* ou o *fim* com o titular exerce o direito e o *interesse* a que o poder nele consubstanciado se encontra adstrito”

Igualmente RUI STOCO, que refuta a tese de SILVIO DE SALVO VENOSA e LIMONGI FRANÇA que negam ser o abuso do direito um ato ilícito¹⁰⁹:

Preconiza VENOZA (1988, p. 261) que não se deve colocar o abuso do direito dentro da categoria de atos ilícitos, pois nestes estará sempre presente a ação ou omissão voluntária ou o conceito de culpa, ocasionando violação de direito o prejuízo de outrem.

Entende que o abuso de direito se situa a meio caminho, ou seja, “consiste em um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito”. Nesse mesmo sentido se posicionou o saudoso e inesquecível LIMONGI FRANÇA (1977, p. 45), ao qual o autor por último citado faz referência expressa ao posicionar-se.

Não obstante, VENOSA (ob. cit.) resta admitir que, “para efeitos práticos, como o resultado é de um ato ilícito, os efeitos do abuso de direito são os mesmos do ato ilícito”.

Impõe-se, mais uma vez, discordar desse entendimento.

Recorde-se que o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002) situa o abuso do direito no campo dos atos ilícitos ao preceituar: “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. (art. 187)

Como ficou esclarecido acima o ato originalmente lícito invade o campo da ilicitude quando cometido com excesso ou abuso. Neste

¹⁰⁹ STOCO, Rui. *Abuso do Direito e Má-fé Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 74.

momento torna-se antijurídico. Com esta qualificação converte-se em ato ilícito.

Isto é de meridiana compreensão, razão pela qual não encontrou forte discepção da doutrina, salvo Pedro Baptista MARTINS (1947, p. 84), que repudia a tese.

Ao contrário, é entendimento quase pacífico no meio jurídico, sendo certo que de acordo com esta concepção, o elemento intencional, consistente no animus nocendi, é que transforma em ato ilícito o exercício do direito (este entendimento, entre outros, de SOUDART, RIPERT, BONNECASE e SALEILLES).

No mesmo sentido JORGE AMERICANO¹¹⁰:

O abuso forma modalidade especial do acto ilícito exactamente porque se acoberta num direito exercido pelo agente. A não ser assim, não haveria razão para constatar tais requisitos, porque a simples ausência de direito, com dano para outrem, caracteriza a generalidade dos actos ilícitos.

JUDITH MARTINS COSTA, com clareza que lhe é peculiar, indica o novo conceito de ilicitude no atual Código Civil, para o fim de espantar a idéia de que o legislador se equivocou em erigir o abuso do direito como ato ilícito¹¹¹:

Na insurgência de um novo Código, tão importante quanto prestar atenção à sua letra é observar a sua estrutura: a estrutura “fala” e devemos estar aptos a escutar a sua voz. Exemplo paradigmático dessa eloquência é o novo modelo de ilicitude civil, comandada pelos arts. 186 e 187.

SÉRGIO CAVALHIERI FILHO, arremata¹¹²:

O art. 187 estabelece: “Também comete ato ilícito...” – esta

¹¹⁰ AMERICANO, Jorge. *Do Abuso do Direito no Exercício da Demanda*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva & Comp Editores, 1932. p. 40.

¹¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil (estruturas e rupturas em torno do art. 187)*. Elaborado em maio de 2003. Disponível em: <<http://mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto382.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2004.

¹¹² CAVALHIERI FILHO. *Responsabilidade Civil no Novo Código Civil*. Revista da EMERJ. v.6, n. 24. 2003. p.36.

expressão tem uma relevância enorme, porque anuncia um outro ato ilícito, diferente daquele que foi conceituado no art. 186. E quem cometer esse ato ilícito do art. 187, também vai ficar obrigado a indenizar pela norma do art. 927.

A ilicitude do abuso do direito tem o seguinte sentido: o ato é lícito no antecedente, mas, exorbitando limites legais, torna-se ilícito no conseqüente. Este ilícito conseqüente, que tem natureza jurídica de ato ilícito *lato sensu*, é o abuso do direito, embora com características e conteúdo diversos do ato ilícito *stricto sensu*.

4.4 Divergências doutrinárias acerca da aplicação da teoria invalidade ao abuso do direito

Ao se referirem ao Art. 187 do Código Civil, além do dever de indenizar, parcela da doutrina¹¹³, cita como decorrências do ato abusivo a invalidade do ato. Justifica-se esta afirmação na tese de que, se ação humana exorbita seus fins sociais ou econômicos, contraria a boa-fé ou os bons costumes, igualmente a caracterizar ato ilícito, agride a ordem jurídica como um todo, não podendo subsistir.

Nesse sentido RUI STOCO¹¹⁴:

Não havendo dano, não há a reparar à aquele que foi atingido pelo ato abusivo.

Contudo, ainda assim, impõe-se convir que um ato escorado no direito positivo que, portanto, se mostra lícito na sua morfologia ou aspecto formal, mas, na sua gênese ou formação, desborda para o excesso abusivo, vicia-se e contamina-se. Nesse momento ingressa no campo das nulidades, de modo que, como o prejuízo daí decorrente só interessa ao terceiro prejudicado, a só ausência desse

¹¹³ Nelson Nery Junior, Rosa Maria Andrade Nery, Rosalice Fidalgo Pinheiro e Rui Stoco.

¹¹⁴ STOCO, Rui. *Abuso do Direito e Má-fé Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 67.

prejuízo não retira a eiva daquele ato, pois ofende o ordenamento jurídico como um todo.

Antes de ofender o particular, o ato abusivo ofende a sociedade e a higidez dele próprio.

Igualmente ROSALICE FIDALGO PINHEIRO¹¹⁵:

Mas ocorre que o abuso do direito sempre foi equiparado ao ato ilícito, nos efeitos, ensejando, na maioria das vezes, a sanção referida. Hoje, a ampliação de seu conceito tornou insuficiente este regime repressivo, pois em muitos casos restaria ineficaz. Há portanto, uma diversidade de sanções para o ato abusivo, à qual poderia se recorrer para diferenciá-los.

Nesse sentido, nem sempre há que se aplicar a obrigação de indenizar ao abuso do direito, sendo necessário que sobrevenha o dano, tal qual como acontece com o ato ilícito. Assim alega-se a respeito de algum vício, como aquele que se revela na realização de um negócio jurídico, ato jurídico, que se revela abusivo.

E a supracitada autora transcreve a doutrina de ANTUNES VARELA, onde indica que¹¹⁶:

“... resta entretanto acentuar que os efeitos jurídicos do abuso do direito não se confinam, como erroneamente poderia supor-se em face da mais antiga jurisprudência francesa, à obrigação de indenizar os danos causados a outrem pelo exercício do abuso do direito.

Podem ser outros, muito diferentes, os efeitos decorrentes da ofensa do elemento axiológico-normativo do direito, consoante a natureza da violação cometida.”

Dessa forma, para esta corrente, ante a gravidade da violação, o combate ao ato abusivo não pode se restringir a uma eventual ação de reparação

¹¹⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O Abuso do Direito e as Relações Contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 121-122.

¹¹⁶ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O Abuso do Direito e as Relações Contratuais*. Rio de Janeiro:

civil proposta por particular prejudicado. Deve ficar, outrossim, a cargo do Estado, que poderá, nas mais diversas situações declarar de ofício as nulidades. Para Nelson Nery¹¹⁷, a referida eiva encontraria fundamento legal no art. 166, inciso VI do Código Civil.

Conforme já alinhado, compreendendo o abuso do direito sistematicamente disposto dentro do Código Civil, identificando-o com os demais institutos igualmente localizados e que lhes são correlatos, por se articularem de uma maneira lógica, chega-se à conclusão de que o abuso do direito tem a natureza jurídica de ato ilícito. E se é ato ilícito, dele decorrem as implicações jurídicas do tratamento que o ordenamento dispensa ao ato em desconformidade com o direito. Não por outra razão que o legislador incluiu no Art. 927 do Código Civil, que está sujeito ao dever de reparar, tanto o ato ilícito do Art. 186 como o do Art. 187 do Código Civil.

Nem se diga que ao abuso do direito se aplicam institutos como o da invalidade do negócio jurídico, também aplicado aos atos jurídicos lícitos. Veja-se os motivos pelos quais esta tese, que não se encontra semelhante nos manuais utilizados para a consecução da presente dissertação, deve proceder.

O Código divide muito bem a Parte Geral em três livros: primeiramente trata das pessoas; após, trata dos bens; e, por último, trata dos Fatos Jurídicos, compreendidos como fatos jurídicos *lato sensu*.

Conforme o critério de classificação pontiana, adotada, dentre outros seguidores de PONTES DE MIRANDA, por MARCOS BERNARDES DE

Renovar, 2002. p. 122.

¹¹⁷ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. Código Civil Anotado e legislação extravagante. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 256.

MELO¹¹⁸ e ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO¹¹⁹, os Fatos Jurídicos *Lato Sensu* podem ser: conforme o direito (lícitos) e contrários ao direito (ilícitos).

Os fatos jurídicos *lato sensu* conformes ao direito (lícitos) subdividem-se em três categorias, seguindo ainda os critérios de classificação de PONTES DE MIRANDA, em: fato jurídico *stricto sensu*; ato-fato jurídicos; e ato jurídico *lato sensu*. O ato jurídico *lato sensu*, subdivide-se em: ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico.

Ao ato jurídico *lato sensu* o Código dispensou uma maior acuidade, tendo em vista que nestes, o elemento volitivo está no cerno de seu suporte fático, demandando uma série de questões que implicam um maior disciplinamento por parte do legislador.

Os fatos jurídicos *lato sensu* contrários ao direito (ilícitos) também se subdividem. Esta subdivisão e classificação será abordada posteriormente, o que importa, no momento, é indicar que o ato ilícito de que o abuso do direito trata é uma espécie de fato jurídico *lato sensu* contrário ao direito (ilícito).

Pois bem. No livro que trata dos fatos jurídicos *lato sensu*, o Código dividiu-o em cinco títulos. Tratou primeiramente do fato jurídico que mais suscita controvérsias e a intervenção do direito para a solução de controvérsias: o negócio jurídico, que tem no contrato a sua expressão mais acabada.

Ao tratar do negócio jurídico (que é um ato jurídico *lato sensu* lícito) açambarcou várias questões, como por exemplo, acerca da invalidade do negócio jurídico (nulidade e anulabilidade), dedicando oitenta e um artigos para discipliná-lo.

¹¹⁸ MELO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico*: Plano da Existência. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹¹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico*: existência, validade e eficácia. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

No “Título II - Dos Atos Jurídicos Lícitos”, posterior ao tratamento do negócio jurídico, o legislador dedicou apenas um artigo, noticiando no Art. 185 que *“Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.”*

Merece destaque na redação do Art. 185 os termos “atos jurídicos lícitos” e “Título anterior”. O primeiro termo destacado exclui a idéia de aplicação para os atos jurídicos ilícitos, que são tratados no próximo título, o Título III “Dos atos jurídicos ilícitos.” O segundo termo destacado, indica que a mesma disciplina dedicada ao negócio jurídico (invalidade, p. exemplo) não é aplicada à outros fatos jurídicos *lato sensu*, sejam lícitos ou ilícitos.

De fato, aos fatos jurídicos lícitos da espécie *stricto sensu*, não há como verificar a sua validade ou invalidade, vez que elemento volitivo não está presente em seu suporte fático. Os fatos jurídicos *stricto sensu* estão ligados a algum acontecimento da natureza, que independe de um ato humano como dado essencial. E nestes, por não haver elemento vontade, não há que se falar em validade ou invalidade. Assim, um nascimento de um bebê, um vendaval que provoca prejuízos, a produção de frutos, a aluvião, a avulsão não podem ser invalidades.

O mesmo ocorre com os ato-fatos jurídicos, em que o elemento volitivo também não está no suporte fático. Aqui, apesar de se tratar de uma ação humana, a mesma não é relevante para a norma. A norma abstrai qualquer elemento volitivo que houver. Assim, se um amental pinta um quadro, pouco importa o seu elemento volitivo, assim, o quadro (este sim considerado) não pode ser nulo ou anulável.

Exclui ainda, da aferição de validade ou invalidade, pela redação do

Art. 185 e as disposições sistemáticas que o legislador adotou, os fatos jurídicos *lato sensu* ilícitos. Assim, pelo código, não se afere se um ato ilícito é nulo ou anulável. Conseqüentemente, não se afere se o abuso do direito (ao ilícito que é) é nulo ou anulável.

Neste sentido MARCOS BERNARDES DE MELO¹²⁰:

Se o fato jurídico existe e é daqueles em que a vontade humana constitui elemento nuclear do suporte fático (ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico) há de passar pelo plano da validade, onde o direito fará a triagem entre o que é perfeito (que não contém qualquer vício invalidante) e o que está eivado de defeito invalidante.

Inicialmente, é preciso destacar o que antes já foi referido de passagem – os fatos jurídicos lícitos em que a vontade não aparece como dado do suporte fático (fatos jurídicos *stricto sensu* e ato-fato jurídico), como os fatos ilícitos *lato sensu* (inclusive o ato ilícito), não estão, sujeitos a transitar pelo plano da validade, uma vez que não podem ser nulos ou anuláveis.

E continua o autor¹²¹:

Nos fatos jurídicos em que a vontade não é elemento do suporte fático e nos fatos ilícitos não há como pretender possam ser inválidos. Quanto aos fatos jurídicos *stricto sensu*, que resultam da juridicização de fatos da natureza ou do animal, e aos atos-fatos, que são realidades físicas decorrentes da ação humana, até involuntária, seria ilógico considerá-los deficientes e punidos com a invalidade pelo direito. Um nascimento não pode ser nulo, como não pode ser nula a sementeira que gerou a plantação. Aqui as realidades fácticas impedem que se lhes negue validade.

Nos fatos ilícitos, a nulidade seria contra-senso porque resultaria benefício àquele que praticou o ilícito.

No plano da validade é onde têm atuação as normas jurídicas

¹²⁰ MELO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico*: Plano da Existência. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 97

¹²¹ MELO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico*: Plano da Existência. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 98 e 99.

invalidantes. A incidência delas se dá, na verdade, quando o suporte fático ocorre, mas os seus reflexos, as suas conseqüências, aparecem somente nesse plano.

Quanto aos fatos jurídicos *stricto sensu*, atos-fatos jurídicos, e fatos ilícitos *lato sensu*, salvo *lex specialis*, basta que existam. Quer isso dizer que essas espécies de fato jurídico do plano da existência ingressam, diretamente, no plano da eficácia e irradiam, instantaneamente, a sua eficácia. Não estão, nem podem estar, sujeitos a termos, condições ou quaisquer outras determinações que atuem na sua eficácia.

Por aí denota-se que incurrir a um ato abusivo do direito a pecha de nulidade, é o mesmo que dar um prêmio ao titular do direito que abusou, vez que os efeitos da invalidação de um negócio favorecem aquele que exorbitou os limites impostos no art. 187.

O que se pode cogitar, é que, se constatado que em um negócio jurídico existe um ato abusivo do direito, este negócio venha a ser nulificado por outro dispositivo legal. Exemplificando, se um negócio jurídico contém cláusula que fere o fim social do contrato, aplicando-se o Art. 421 do Código Civil, ter-se-á nula a cláusula contratual. Ou, se determinado sujeito ao realizar um ato jurídico fere a boa-fé objetiva, aplicar-se-ia o Art. 422 do Código Civil. Assim, na hipótese da lei ser expressa quanto à ocorrência de invalidade de um determinado negócio ou ato jurídico, aplica-se a teoria da invalidade.

O que não se pode confundir é o ato ilícito com o ato lícito. Conforme já dito, o abuso do direito, como ilícito que é, não passa pelo plano da validade. Basta que se constate que uma determinada conduta humana é relevante para o direito, pois contrária ao mesmo e com agente imputável, que se estará diante de um ato ilícito.

Exemplificando: a construção de uma mina d'água que seca a mina

da propriedade vizinha; é um ato aparentemente lícito, pois cada um tem o direito de uso e gozo de sua propriedade, no entanto é ilícito, pois fere a fim social do direito de propriedade. Não se pode dizer que o buraco no terreno que secou a mina do vizinho é nulo ou anulável!

Agora, um contrato que prevê uma cláusula que fere os bons costumes. Esta cláusula, por si, não é nula nem anulável. Não existe previsão legal para a sua nulificação. Ocorre que, desta cláusula infere-se que há, por parte do titular do direito que estipulou unilateralmente a cláusula, um excesso quanto aos bons costumes e, portanto, abusa do direito. Neste caso, havendo danos, sejam materiais ou morais, haverá reparação por parte do agente.

5 DO DEVER DE INDENIZAR O ABUSO DO DIREITO

Não lesar a ninguém, já dizia o brocardo romano denominado *neminem laedere*. Igualmente era pronunciado que, caso houvesse uma lesão, o dano deveria ser restituído em sua integralidade, completamente e por inteiro, o que se infere do adágio *restitutio integrum*.

É justamente da conjunção destes princípios oriundos do direito romano, que surge o dever de indenizar, como um princípio de ordem pública definidor da responsabilidade civil.

Não é dado a ninguém agir ilicitamente, no entanto, quando, por um ato ilícito, o seu agente causa um dano patrimonial, surge, imediatamente, um dever de reparar este dano, restituindo-se o patrimônio do lesado ao *status quo ante*. Esta idéia é baseada em um sentimento natural de justiça, pois o dano rompe com o equilíbrio da relação social.

No instante em que se comete um ato ilícito gerador de dano, imediatamente se forma uma relação jurídica obrigacional, que tem como fonte o ato ilícito. Nesta relação jurídica, o dever do sujeito que cometeu o ato ilícito é de indenizar pelos prejuízos. E esta indenização deve ser integral, completa (*restitutio in integrum*), sendo que, indenizar pela metade, é responsabilizar a própria vítima pelos danos.

É a idéia de que o dever de reparar surge do dano, e não da culpa.

É justamente esta a lição apresentada por SÉRGIO CAVALIERI FILHO¹²²:

Observa o insigne Antônio Montenegro que a teoria da indenização de danos só começou a ter uma colocação em bases racionais quando os juristas constataram, após quase um século de estéreis discussões em torno da culpa, que o verdadeiro fundamento da responsabilidade civil devia-se buscar na quebra do equilíbrio econômico-jurídico provocada pelo dano. A partir daí, conclui, a tese de Ihering de que a obrigação de reparar nascia da culpa, e não do dano, foi-se desmoronando paulatinamente. (Cavaliere Filho, Sérgio, 2005, p. 36)

No que atina ao dano, ADAUTO DE ALMEIDA TOMASZEWSKI esclarece¹²³:

Oriundo do latim *damnum*, dano, de forma genérica significa uma ofensa, um mal; na área jurídica sua concepção chega a ser mais ampla, uma vez que corresponde ao prejuízo originário de ato de terceiro, quer pela sua ação ou omissão, diminuído ou afetando o patrimônio juridicamente tutelado.

Nesta esteira, todo dano provocado contra o direito, “*damnum iniuria datum*”, comporta o ressarcimento ou indenização, excetuando-se os decorrentes de força maior ou caso fortuito. (...)

Se formos buscar no Dicionário contemporâneo, a palavra DANO importa em qualquer mal ou ofensa pessoal; também é empregada no contexto de deteriorização; perdas e danos: a soma dada a alguém para indenizar um prejuízo. Exposto como tal, demonstra a amplitude da palavra dano.

É justamente da conduta lesiva de terceiro que diminui o patrimônio de alguém que surge a idéia e concepção do dano. Mas o patrimônio de que se fala não é somente o material, ou seja, o *confronto entre o patrimônio realmente existente após o dano e o que possivelmente existiria se o mesmo não se tivesse*

¹²² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 36.

¹²³ TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *Separação, Violência e Danos Morais*. São Paulo: PAULISTANAJUR LTDA., 2004. p. 242.

*produzido*¹²⁴, mas também os não patrimoniais.

O patrimônio é o conjunto de bens de uma pessoa, sejam materiais ou não materiais. Daí decorre que a noção de dano é muito mais ampla do que a simples questão de diminuição financeiras (danos materiais), mas afetação do patrimônio não material do sujeito. Este patrimônio não material, quando lesado, gera o dano moral.

Não se pode confundir, danos imateriais, que não são suscetíveis de reparação, mas sim de compensação, com os danos materiais, que devem ser reparados a fim de que o sujeito lesado, seja integralmente satisfeito em seu prejuízo patrimonial (*restitutio in integrum*).

Os danos materiais são aqueles que integram o complexo pecuniário do sujeito, causando um prejuízo econômico ou pecuniário, mensurável por cálculo aritmético. Já os danos morais, utilizados para designar todo dano “não material”, referem-se aos prejuízos causados aos bens que não podem ser mensurados economicamente, como a vida, o corpo, a reputação, a honra, o nome, a imagem e outros bens jurídicos objetos dos direitos da personalidade.

O professor ADAUTO TOMASZEWSKI bem explica esta diferenciação¹²⁵:

Enquanto que no caso dos danos materiais a devida reparação tem por escopo repor as coisas lesionadas ao seu statu quo ante, ou, possibilitar à vítima a aquisição de outro bem semelhante ao destruído, o mesmo não ocorre com relação ao dano eminentemente moral, dada a impossibilidade de se repor as coisas em seu estado anterior. Desta forma, a reparação reside no pagamento de uma soma pecuniária arbitrada pelo consenso do magistrado, de forma a possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória de sua dor íntima.

¹²⁴ TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. Separação, Violência e Danos Morais. São Paulo: PAULISTANAJUR LTDA., 2004. p. 243.

¹²⁵ TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. Separação, Violência e Danos Morais. São Paulo: PAULISTANAJUR LTDA., 2004. p. 244.

Sinteticamente, enquanto uma reparação pretende repor o patrimônio do lesado, a outra pretende compensar os dissabores sofridos pela vítima, em virtude de uma ação do lesionador. Reside aqui, então, a diferença básica entre o dano material e o dano moral, porque as causas e efeitos são distintos. No primeiro, o que é atingido é o bem físico, reparando-o ou a sua perda. No segundo, fulmina-se o bem psíquico, tentando-se compensar através de uma soma em dinheiro que assegure à vítima uma satisfação compensatória.

E o dano, para ensejar a responsabilização civil de seu causador deve decorrer (ter um nexo) entre uma conduta culposa (dolo ou culpa) ou de uma circunstância legal que justifique a reparação, como uma circunstância meramente objetiva. O abuso do direito é uma destas circunstâncias objetivas legalmente impostas ao sujeito.

5.1 Da responsabilidade extracontratual objetiva no abuso do direito

A responsabilidade de que trata o art. 927 do Código Civil e que faz remissão ao instituto do abuso do direito (art. 187 do Código Civil) é a responsabilidade extracontratual, ou seja, aquela que não decorre da quebra de deveres jurídicos de uma relação jurídica pré-existente.

É certo que a responsabilidade extracontratual tem por fonte a imputação de um dever de indenizar independente da existência de um prévio vínculo entre o agressor e o lesado, justificando-se, exclusivamente, pela ocorrência de um dano imputável ao agressor.

Quanto ao tratamento dado pelo Código Civil, a responsabilidade contratual, aquela fundada na quebra de um vínculo constituído a partir do poder de autonomia privada, é fundamentada nos arts. 389 a 405, enquanto a responsabilidade civil extracontratual é prevista nos arts. 186 a 188, como nos arts. 927 a 954, todos do Código Civil.

A responsabilidade extracontratual objetiva é aquela onde também

há a conduta ilícita, o dano e o nexo, somente não há o elemento culpa. A culpa é essencial na conduta que fundamenta responsabilidade subjetiva. A culpa (dolo ou culpa *stricto sensu*) poderá existir, mas, para o surgimento do dever de indenizar, a mesma é prescindível. O que é indispensável é o nexo de causalidade entre a conduta ilícita e o dano, logo, as causas de exclusão do nexo causal têm aplicação.

O Código Civil de 1916 era extremamente subjetivista. Já o atual Código Civil ajustou-se à evolução do direito privado, especialmente as promovidas no século XX decorrente das transformações sociais, que culminaram no desenvolvimento da teoria do risco. SÉRGIO CAVALIERI FILHO esclarece¹²⁶:

Embora tenha mantido a responsabilidade subjetiva, optou pela responsabilidade objetiva, tão extensas e profundas são as cláusulas gerais que a consagram, tais como o abuso do direito (art. 187), o exercício de atividade de risco ou perigosa (parágrafo único do art. 927), danos causados por produtos (art. 931), responsabilidade pelo fato de outrem (art. 932, c/c o art. 933), responsabilidade pelo fato da coisa e do animal (...)

E continua o supracitado autor, indicando que nosso legislador, a exemplo da moderna codificação civil, adotou a teoria objetivista¹²⁷:

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

O Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, promoveu estudos em torno de aspectos polêmicos do atual Código Civil, elaborando enunciados que serviriam de norte ao aplicador da lei. Justamente o art.

¹²⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 168.

¹²⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. rev. aum. São Paulo:

187 foi um dos dispositivos legais alvo de discussões, onde ficou definido que se tratava de responsabilidade objetiva, conforme Enunciado 37.

Na justificativa ao enunciado 37 se descreve os fundamentos para a conclusão de que a responsabilidade decorrente do abuso do direito independe de culpa. Veja-se excerto da justificativa ¹²⁸:

E, apesar de, topograficamente, incluído no título reservado ao ato ilícito, fica evidente sua autonomia em relação a essa figura. Primeiro porque, ao definir ato ilícito no art. 186, como já o fazia no vigente art. 159, o legislador atrelou sua configuração à noção de culpa *lato sensu*.

Todavia o mesmo não fez no concernente ao abuso de direito. A simples interpretação literal do dispositivo sugere que a caracterização do ato abusivo resulta de dados objetivos e, quando não, de aspectos subjetivos totalmente diversos daqueles exigidos para o ato ilícito como tal.

Melhor teria feito se tivesse consagrado o instituto em título próprio. Entretanto, do modo como está posto, estampa-se um progresso, em consonância com a moderna doutrina que trata do assunto.

Desse modo, tem-se que o abuso de direito prescinde da noção de culpa, ou seja, não se indaga se o agente agiu intencionalmente, ou se foi imprudente ou negligente ou imperito. Questiona-se se o ato praticado extrapolou os limites impostos pelo seu fim econômico ou social. E, no plano subjetivo, se houve má-fé ou feriram-se os bons costumes.

Naturalmente que a boa ou má fé necessita de exame da intencionalidade do ato, mas esta não direciona para o resultado danoso, cinge-se tão-somente ao ato em si. É que, diversamente do que ocorre com ato ilícito praticado com culpa, a previsão do dano é elemento normativo do tipo. Tanto é assim que, no próprio texto do art. 186, alude-se à violação de direito e à ocorrência de dano a outrem.

Malheiros, 2005. p. 170.

¹²⁸ Anexo III.

Reforça esse argumento o disposto no parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, ao asseverar que haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, nos casos especificados em lei.

De outra parte, a doutrina acerca do assunto, embora sustente que o abuso de direito situar-se-ia muito melhor não como uma figura jurídica, mas como um fenômeno social, reconhece que deve ser visto como categoria jurídica.

O que importa é saber, do ponto de vista prático, como devem ser regulados os seus efeitos. E, nesse ponto, por ser uma transgressão de um direito, suas conseqüências deverão ser assemelhadas às conseqüências mesmas do ato ilícito. Essa a lição de Sílvia de Salvo Venosa (*in Direito Civil, Teoria Geral*. São Paulo: Atlas. 1984, pp. 435 e seguintes). Isso não significa circunscrevê-lo às noções de culpa e dolo, pois, se assim fosse, bastaria a regulamentação específica do ato ilícito.

Não obstante, RUI STOCO discorda da responsabilização objetiva, o que o faz nos seguintes termos¹²⁹:

Discordamos veementemente desse entendimento.

Lembro, utilizando de argumento lógico-formal, que se o ato ilícito conceituado no art. 186 funda-se na culpa, posto que o novo Código Civil consagrou a culpa como pressuposto da responsabilidade do agente, não há como afirmar que o art. 187, que está situado no Título III, relativo aos atos ilícitos, possa dispensar esse fundamento.

Veja-se a dicção do preceito: “*também comete ato ilícito...*”.

Ora, a que ato ilícito está se referindo o art. 187, se não aquele definido imediatamente acima, no art. 186?

¹²⁹ STOCO, Rui. *Abuso do Direito e Má-fé Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 806-808.

Direito, antes de tudo é lógica, coerência e bom senso.

No campo da incidência do art. 187, o abuso do direito só se converte em ato ilícito se presente um dos atributos da culpa, tal como previsto no art. 186: ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência.

Significa que há de prevalecer a teoria subjetiva do abuso do direito, a significar que este se caracteriza quando presente o elemento intencional, ou seja, impõe-se que o agente tenha consciência de que o seu direito, inicialmente legítimo e *secundum legis*, ao ser exercitado, desbordou para o excesso ou abuso, de modo a lesionar ou ferir o direito de outrem. O elemento subjetivo é a reprovabilidade ou a consciência de que poderá causar algum mal, assumindo esse risco ou deixando de prevê-lo quando devia.

No entanto, o posicionamento doutrinário pela teoria subjetiva é minoritário e rechaçado com argumentos mais robustos e consentâneos com o atual disciplinamento do abuso do direito no Código Civil.

O argumento que reforça a tese de que a responsabilidade civil do abuso do direito é objetiva, é o fato de que, conforme já salientado, adota-se o mesmo modelo legislativo importado do Código Civil português, onde a teoria objetiva fundamenta a responsabilidade por abuso do direito¹³⁰.

Além disso, o art. 187 que trouxe a figura do abuso do direito é um novo modelo de ilicitude, com um novo arquétipo, uma conduta que o legislador equiparou a ato ilícito.

¹³⁰ Ver Anexo II, decisões do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal.

6 DA TUTELA INIBITÓRIA E DE REMOÇÃO DO ABUSO DO DIREITO

Conforme aludido em tópico anterior, uma das conseqüências do ato abusivo é o dever de indenizar que incumbe àquele que o praticou, o qual se efetiva por meio da tutela ressarcitória. E, para que haja o dever de indenizar, é necessário que o ato ilícito tenha sido praticado e, conseqüentemente, tenha gerado um dano ao ofendido. Inexistindo o dano, inexistente o dever de indenizar.

Porém, há determinados casos que, embora ainda não possibilitem vislumbrar um ato ilícito, ensejam a possibilidade de tutela Estatal para impedir a sua ocorrência, com respaldo na mera probabilidade de que este venha a acontecer. Esta forma de prevenção de ilícitos se dá por meio da denominada Tutela Inibitória.

O conteúdo da Tutela Inibitória é claramente preventivo, eis que visa efetivamente impedir a ocorrência de um ato ilícito. Não se fala, aqui, na necessidade de verificação de um ato ilícito anterior, muito menos na necessidade de se vislumbrar um dano ao detentor do direito violado, como ocorre nos casos das ações ressarcitórias. Referida forma de ação se volta contra a mera possibilidade de ocorrência do ilícito.

Vê-se, pois, que não se vislumbra apenas a desnecessidade de ocorrência do dano para que este espécie de ação possa ser proposta. Dispensa mesmo a ocorrência do ato ilícito. Neste sentido, LUIZ GUILHERME MARINONI¹³¹:

A distinção entre ilícito e dano abriu as portas para a doutrina esclarecer que a tutela preventiva objetiva impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito. A diferenciação entre ilícito e dano não só evidencia que a tutela ressarcitória não é a única tutela contra o ilícito, como também permite a configuração de uma tutela genuinamente preventiva, que nada tem a ver com a probabilidade do dano, mas apenas com a probabilidade do ato contrário ao direito (ilícito).

Dessa forma, a ação inibitória pode ser buscada em três momentos distintos: para impedir a prática de ilícito, mesmo que nenhum ilícito anterior tenha sido produzido; para obstar a repetição de um ato ilícito; para coibir sua continuação. No primeiro aspecto, a missão imposta ao juiz é mais árdua, eis que a dificuldade em se constatar a probabilidade de ocorrência de um ilícito sem que haja qualquer ato anterior que aponte neste sentido é muito maior que nas outras duas hipóteses.

Embora a ação que visa interferir na esfera jurídica do réu antes mesmo da ocorrência de qualquer ato ilícito anterior que fundamente o temor de que

¹³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*: individual e coletiva. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 47.

mencionado ato possa voltar a ser praticado, seja a mais pura forma de Tutela Inibitória, todas as modalidades apresentadas são demonstrações de verdadeira efetividade do processo, pois a função primeira do Poder Judiciário deve ser a de conferir tutela preventiva aos direitos e não a de ressarcir eventuais prejuízos gerados em razão da sua violação.

A Tutela Inibitória se caracteriza, assim, como uma ação de conhecimento preventiva, não se confundindo com ação declaratória (que visa somente declarar acerca de uma relação jurídica), nem com ação cautelar (a qual exige uma ação principal, sendo dela mero instrumento).

Em nosso ordenamento, a Tutela Inibitória está prevista no artigo 461 do Código de Processo Civil, o qual prevê que “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação, ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento”.

Mencionado dispositivo ainda confere ao juiz o poder de, segundo as circunstâncias do caso concreto, impor multa diária ao réu (§ 4º) ou decretar medida de execução direta (§5º), seja no curso do processo, seja na sentença, tudo com o escopo de garantir a efetividade do processo.

Pelo dispositivo supra transcrito, conclui-se que a Ação Inibitória visa obstar o ato ilícito, seja ele comissivo ou omissivo, isto é, tanto pode servir para impor uma abstenção (um não-fazer), como pode determinar uma ação (um fazer). Esta possibilidade fica ainda mais evidente quando se considera que o próprio artigo 461 do Código de Processo Civil dá ao juiz o poder de impor um fazer mesmo quando a parte pleiteou um não-fazer, no intuito de viabilizar uma tutela jurisdicional mais efetiva.

Mister que se ressalte a evidente distinção entre uma ação com eficácia ilícita continuada, de uma ação continuada ilícita. No primeiro caso, está-se diante de uma ação, cujo efeito ilícito perdura no tempo, porém a ilicitude não está com ela relacionada, mas apenas com o efeito dela decorrente, que se propaga no tempo. Na segunda hipótese, a ação ilícita é continuada e a ilicitude permanece na medida em que a ação prossegue.

A Tutela Inibitória refere-se à ação ilícita continuada, e não ao ilícito que tem seus efeitos prolongados no tempo. Esta espécie de tutela tem por finalidade evitar o prosseguimento de um agir ou de uma atividade ilícita; só tem cabimento quando se refere a um agir ou a uma atividade.

Quando o ato ilícito já houver sido praticado, estando presentes apenas os seus efeitos, a medida cabível é a denominada Tutela de Remoção do Ilícito. A diferença entre ambas reside, pois, na verificação ou não da prática de um ato ilícito. Caso este ainda não tenha sido praticado, tem cabimento a Tutela Inibitória – o ilícito que se deseja atingir está no futuro; caso já tenha ocorrido, permanecendo apenas os seus efeitos, tem lugar a Tutela de Remoção do Ilícito – o ilícito que se deseja atingir está no passado.

Citadas formas de ação se dirigem contra o ato contrário ao direito em si, sendo que, por esta razão, não trazem entre os seus pressupostos o dano e o elemento subjetivo (dolo ou culpa), relacionado à imputação ressarcitória.

Frise-se que, embora a tutela de remoção do ilícito sirva para afastar os efeitos de uma ação ilícita que já ocorreu, a mesma não se confunde com a tutela ressarcitória, pois, assim como na Tutela Inibitória, aqui não se exige a ocorrência do dano, bastando a constatação do ato ilícito. Tratando da questão,

LUIZ GUILHERME MARINONI¹³² assim se manifesta:

Importa notar, entretanto, que a tutela de remoção do ilícito, assim como a tutela inibitória, *não é uma tutela contra o dano*. A tutela de remoção do ilícito objetiva a remover ou eliminar o próprio ilícito, isto é, a causa do dano; não visa ressarcir o prejudicado pelo dano. No caso de tutela de remoção do ilícito, é suficiente a transgressão de um comando jurídico, pouco importando se o interesse privado tutelado pela norma foi efetivamente lesado ou se ocorreu um dano.

É nítida, pois, a diferença existente entre a tutela ressarcitória (para reparação do dano), a tutela inibitória e a tutela de remoção do ilícito. Nestas, busca-se evitar a ocorrência do dano, respectivamente antes ou após a verificação do ato ilícito, ao passo que naquela, se busca corrigir o estrago por ele ocasionado.

Após estas breves considerações, fácil é constatar que as três formas de Tutela Estatal são aplicáveis ao instituto do abuso do direito. Em relação à possibilidade de aplicação da tutela ressarcitória, já se apresentou estudo em tópico anterior. Quanto às outras duas, também não há que se negar a possibilidade de sua utilização.

Restou evidente, no decorrer do presente estudo, que o abuso do direito se caracteriza como um ato ilícito. Por se tratar de ato ilícito, a mera probabilidade de sua ocorrência pode ensejar a propositura de Ação Inibitória para coibir a sua prática. A intenção do autor, neste caso, é evitar que o abuso do direito se consuma, ou seja, que o ato ilícito aconteça.

Quanto à utilização da Tutela para Remoção do Ilícito, basta que um ato abusivo tenha sido praticado e seus efeitos se protraíam no tempo, podendo vir a causar um dano. Aqui, pretende o autor evitar que o abuso do direito, já

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*: individual e coletiva. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 154.

cometido, gere danos à sua esfera juridicamente protegida.

7 ABUSO DO DIREITO NA JURISPRUDÊNCIA

Para fins de ilustrar o presente trabalho com exemplos práticos de aplicação do instituto do abuso do direito, mister que se traga à baila julgados de Tribunais de Cúpula pátrios e de Tribunais de outros países.

Apesar de ter como origem a jurisprudência, a aplicação do instituto do abuso do direito pelos Tribunais como fundamento de direito para as decisões é, ainda, e mesmo após o advento do atual Código Civil, por demais tímida. Na maioria das vezes se utiliza apenas a expressão “abuso” como qualificação, ao invés da aplicação do instituto jurídico propriamente dito.

Dedicando um estudo atualizado sobre o tema, HELOÍSA CARPENA indica que na *“maioria das decisões pesquisadas o abuso é relacionado ao princípio da boa-fé, este atuando como parâmetro para definir os limites do antijurídico.”*¹³³.

Apresentar-se-á, a fim de seguir a seqüência lógica por meio da qual se procurou abordar o tema proposto, o modelo jurisprudencial brasileiro, antes e após a vigência do atual Código Civil, fazendo uma breve comparação deste com o modelo português, e, após, procurar-se-á apresentar um panorama crítico sobre o papel social do jurista na efetivação do instituto do abuso do direito.

¹³³ CARPENA, Heloísa. *O abuso do Direito no Código de 2002: Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. A parte Geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*/ Coord.

7.1 Antes do Código Civil de 2002

O aresto que se transcreve a seguir é exemplo emblemático da aplicação do abuso do direito na área contratual, acórdão do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, proferido nos autos nº 599/96, cujo relator é o jurista SÉRGIO CAVALIERI FILHO:

Ensino – Mensalidades escolares atrasadas – Retenção da documentação necessária à transferência do aluno – Abuso do Direito – Constitui abuso do direito reter o estabelecimento de ensino a documentação necessária à transferência do aluno, a título de compelir os responsáveis a pagarem as mensalidades escolares atrasadas. A ordem jurídica vigente não autoriza fazer justiça com as próprias mãos a pretexto do eventual exercício do direito de cobrança, nem permite causar dano irreparável a outrem, como no caso ocorreria se ficasse o aluno impedido de continuar os seus estudos em outro colégio. Desprovemento do recurso. (Cavaliere Filho, Sérgio, 2005, p. 175)

Em caso idêntico se manifestou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

MANDADO DE SEGURANÇA. MENSALIDADE ESCOLAR. DÉBITO. DOCUMENTO ESCOLAR. RETENÇÃO INDEVIDA. ABUSO DE DIREITO. SENTENÇA CONFIRMADA. Apelação Cível. Mandado de Segurança. Atividade escolar desenvolvida por ente particular. Função delegada pelo Poder Público. Cabível portanto, o mandado de segurança. No mérito, a segurança dever ser concedida, com confirmação da medida liminar. Pequena dívida decorrente de mensalidade escolar, não justifica a retenção dos documentos de conclusão do 2º Grau e do histórico escolar. Comportamento que se reveste de abuso e, assim, não se sustenta juridicamente. Sentença que se confirma. Improvimento da apelação.¹³⁴

Da análise dos julgados supra, denota-se que entre os litigantes havia uma relação jurídica contratual, um contrato de prestação de serviços

Gustavo Tepedino. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 387.

¹³⁴ TJRJ, 13ª Câmara Cível, Apelação Cível 2000.001.08132, Rel. Maurício G. Oliveira, Julg. 5.4.01.

educacionais, com a conseqüente contraprestação da obrigação de dar quantia certa. Em ambos os casos, o aluno estava em mora com a prestação obrigacional, consistente no pagamento de pecúnia. Como forma de “fazer justiça com as próprias mãos”, o estabelecimento se negou a entregar os documentos que mantinha sob sua custódia. Assim, julgando exercer seu direito de crédito, usurpou a finalidade social do contrato de prestação de serviços educacionais. Valeu-se do contrato e da notória hipossuficiência do aluno, para exorbitar os limites do direito de cobrança.

Veja-se também o exemplo de uma conduta, a princípio lícita, mas que se torna ilícita posteriormente, conforme se infere de acórdão do Superior Tribunal de Justiça¹³⁵:

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.

Veja-se a incidência do instituto contra danos a direitos da personalidade, onde se buscava limitar direitos ou liberdades:

RESPONSABILIDADE CIVIL DE EMPRESA JORNALÍSTICA. PUBLICAÇÃO JORNALÍSTICA. PUBLICAÇÃO OFENSIVA. HONRA PESSOAL. ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. Responsabilidade Civil. Notícias em jornal que vão além da mera menção a relatório de comissão Investigatória de Ilícitos Praticados por Policiais, imputando ao relatório de tal Comissão recomendação de afastamento do autor e menção a bens incompatíveis “a sua renda que não constam de tal relatório. Abuso do direito de informar, que excede à liberdade de pensamento e de imprensa protegidos pela Constituição Federal, caracterizando

¹³⁵ STJ, 4ª Turma, RESP 250523/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 18.12.00, p. 203.

violação à honra e imagem do ofendido, o que é vedado pela Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso X. Dever ressarcitório configurado. Dano moral. Indenização. Arbitramento que deve se dar considerando a gravidade da ofensa, a repercussão na órbita do ofendido e a capacidade econômica do ofensor, sobretudo sopesando que a vítima, então ocupante de cargo de comando da Polícia Militar, deveria ser espelho para seus comandados. Aspecto, ainda, tanto compensatório à vítima, como punitivo ao ofensor, da verba indenizatória, que, porém, não pode representar valor acima do “prudente arbítrio” do julgador, que vem sendo preconizado pelo STJ. Recurso Improvido.¹³⁶

Nas relações contratuais firmadas entre fornecedor e consumidor, a incidência de abusos decorrentes da extrapolação de fins sociais e econômicos é freqüente. A anormalidade do dano e o descumprimento de elementos éticos indicam a abusividade. A título de exemplos:

RESPONSABILIDADE CIVIL. SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO (S.P.C.). CADASTRO DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. COLOCAÇÃO INDEVIDA. ABUSO DO DIREITO. DANO MORAL. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA. PROVIMENTO PARCIAL. Responsabilidade civil. Danos morais. Indevida negativação do nome do autor em instituição de proteção ao crédito. Sentença que julga improcedente o pedido inicial, sob o fundamento de que o autor não comprovara o pagamento da totalidade do débito. Evidência de equívoco do banco no lançamento da autenticação mecânica do recibo, além de abuso do exercício de direito ao ser promovida a negativação do nome do autor por suposto não pagamento da quantia de dez reais. Reforma da sentença.¹³⁷

4. Constitui-se em verdadeiro abuso de direito a negativação de nome do mutuário nos cadastros restritivos de crédito, enquanto a matéria estiver sub-judice. 5. Decisão impeditiva do abuso homenageia os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal.¹³⁸

Ação de Indenização. Dano moral. Consumidor. Suspeita de furto em supermercado. Exposição pública da situação. Submissão a revista

¹³⁶ TJRJ, 18ª Câmara Cível, Apelação Cível 2000.001.15245, Rel. Binato de Castro, Julg. 6.11.01.

¹³⁷ TJRJ, 17ª Câmara Cível, Apelação Cível 2001.001.09819, Rel. Des. Fabrício Bandeira Filho, Julg. 1.8.01.

¹³⁸ TJRJ, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível 2001.002.16595, Rel. Des. Mário dos Santos Paulo, Julg. 5.3.02.

peçoal. Abuso do direito de proteção à propriedade. Lesão à honra e à imagem configurados. Sentença confirmada. 1. É natural que supermercados previnam contra furtos de mercadorias, mas a repreensão de suspeito de subtração de produto deve ser cautelosa, sob pena de causar lesões à esfera da personalidade do consumidor. Pessoa inocente que é abordada, sem escrúpulos, por segurança do supermercado e submetida a revista pessoal, ficando exposta à humilhação e ao constrangimento público, tem sua honra e a sua imagem violadas, fazendo jus a compensação dos danos morais sofridos (arts. 5º., X, CF e 6º, VI, CDC).¹³⁹

Destes, entre outros julgados dos mais diversos tribunais pátrios, denota-se que o abuso do direito era utilizado mais como adjetivo de uma ilegalidade, do que como instituto propriamente dito, em que pese alguns juristas admitirem estar presente o instituto em vários dispositivos esparsos pelo Código Civil de 1916.

7.2 Após a vigência do atual Código Civil

Após pesquisa em diversos Tribunais estaduais e federais e nas superiores instâncias, no encalço de buscar a interpretação que se tem dado ao Art. 187 do atual Código Civil, constata-se que, apesar do número crescente de demandas judiciais e questões de excessos manifestos aos limites impostos pela boa-fé, fim econômico, fim social e bons costumes, o instituto do abuso do direito, nomeadamente a aplicação do Art. 187, está sendo timidamente utilizado, para não dizer inutilizado.

Some-se que, o Código Civil entrou em vigor apenas em 2003 e, provavelmente, diante, talvez do desconhecimento do instituto e da morosidade do Poder Judiciário decorrente do elevado volume de demandas judiciais, dos meios

¹³⁹ TJPR, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível 19395500, Rel. Des. Accácio Cambi, Julg. 20.5.02.

protelatórios de adiamento de decisões definitivas de mérito, e da falta de aparelhamento do Poder Judiciário, os tribunais não tiveram oportunidade de se manifestar quanto à interpretação do abuso do direito, de forma a constituir jurisprudência sobre o assunto.

O magistrado Fernando Habibe, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, enfrentou o tema¹⁴⁰:

REVISÃO DE CONTRATO – BANCO DE DADOS – REGISTRO – ABUSO DE DIREITO – 1 - A discussão da dívida em juízo inibe, em princípio, a inscrição do nome do suposto devedor em cadastro reservado a maus pagadores. 2 - O exercício de um direito qualquer, sob pena de configurar-se abusivo, deve ser necessário para atender a um legítimo interesse do seu titular, não podendo extrapolar os limites impostos pelo seu fim econômico ou social (cód. Civil 187). 3 - O legítimo interesse do titular de um crédito é o devê-lo satisfeito. Para alcançar esse desiderato, não precisa inscrever o nome do suposto devedor, que está questionando a dívida, no rol dos inadimplentes. 4 - A dignidade da pessoa humana é um dos pilares da nossa república; a moral constitui direito fundamental. É certo que o patrimônio também ostenta dignidade constitucional. Cumpre observar, porém, ser possível dispensar-se tutela liminar, provisória, àqueles valores sem nenhum prejuízo para este último. A recíproca, todavia, não é verdadeira.

Em seu voto, referido magistrado demonstra sensibilidade aos valores constitucionais, enfatizando a doutrina do abuso do direito e valores constitucionais como fundamento de sua decisão¹⁴¹.

¹⁴⁰ TJDF – AGI 20040020081620 – 2ª T.Cív. – Rel. Des. Fernando Habibe – DJU 23.08.2005 – p. 251
¹⁴¹ O exercício de um direito qualquer, sob pena de configurar-se abusivo, deve ser necessário para atender a um legítimo interesse do seu titular, não podendo extrapolar os limites impostos pelo seu fim econômico ou social (Cód. Civil 187).

A propósito, tenha-se presente a lição de CAIO MARIO:

“(...) o sujeito, que tem o poder de realizar o seu direito, deve ser contido dentro de uma limitação ética, a qual consiste em cobrir [coibir] todo exercício que tenha como finalidade exclusiva causar mal a outrem (...)”.

Ora, o legítimo interesse do titular de um crédito é o de vê-lo satisfeito. Para alcançar esse desiderato, não precisa inscrever o nome do suposto devedor, que está questionando a dívida, em cadastro reservado a maus pagadores.

Com efeito, o registro não é condição para o credor obter tutela judicial para o seu pretensão direito. Independentemente dele, pode utilizar-se dos meios processuais que a lei põe ao seu alcance, inclusive, se título hábil possuir, a própria execução (CPC 558, 1º).

Não se equipara essa situação à do protesto, pois este gera efeitos jurídicos relevantes e necessários para resguardar direitos.

Também exemplo de utilização do Art. 187 é o acórdão da lavra do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, do Superior Tribunal de Justiça¹⁴²:

CONDOMÍNIO – BEM INDIVISÍVEL – ALIENAÇÃO JUDICIAL – CITAÇÃO DO CONDÔMINO – AUSÊNCIA – NECESSIDADE – MORADIA DA FAMÍLIA – ABUSO DE DIREITO – "Condomínio. Bem indivisível. Alienação judicial. Falta de citação do condômino. Moradia da família. O condômino do imóvel indivisível que se quer alienar judicialmente deve ser citado. Art. 1.105 do CPC. Servindo o imóvel modesto para a moradia da ex-mulher e dos filhos do autor, a imposição da perda do bem com a alienação forçada caracteriza abuso de direito, pois a medida servirá apenas para preservar 25% da propriedade do autor. Art. 187 do Novo Código Civil. Recurso conhecido e provido."

Outros exemplos, como se observa no Anexo I, em sua maioria, decorrentes de relações entre consumidor e fornecedor, na verdade, não apontam para o instituto do abuso do direito conforme previsão do Art. 187 do Código Civil de 2002, mas sim, como sinônimo da ilegalidade, confundindo-o com o conceito de ato ilícito do Art. 186.

Assim, vislumbra-se pequenos avanços, praticamente insignificantes. Prova de que ainda há muito que se caminhar para alcançar estes intentos no Brasil, são as decisões juntadas, que demonstram uma cultura jurídica de enxergar o abuso do direito como um adjetivo, uma qualidade do ilícito, ao invés de desenvolver o instituto. São apenas passos isolados. Mas há muito que se progredir no desenvolvimento da aplicação da Teoria do Abuso do Direito no cenário pátrio, ao contrário do que ocorre em Portugal, de cujo ordenamento foi plagiado o

Em casos como o dos autos, a anotação no banco de dados traduz ilegítimo instrumento de pressão, de opressão, porque daí não resulta nenhum benefício para o suposto credor ou para quem quer que seja, ocasionando, apenas, desastrosas consequências para a parte contrária.

É preciso ponderar valores. E no caso concreto esse exercício não resulta na preterição de nenhum dos bens envolvidos.

De fato. A dignidade da pessoa humana é um dos pilares da nossa República; a moral constitui direito fundamental. É certo que o patrimônio também ostenta dignidade constitucional. Cumpre observar, porém, ser possível dispensar-se tutela liminar, provisória, àqueles valores sem nenhum prejuízo para este último. A recíproca, todavia, não é verdadeira.

¹⁴² STJ – REsp 367.665 – SP – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 15.12.2003 – p. 314.

instituto previsto no Art. 187 do Código Civil Brasileiro.

7.3 No direito português

Em vigor há quase quarenta anos, o Código Civil Português, instituído pelo Decreto Lei nº 47344 de 25 de novembro de 1966, albergou o instituto do abuso do direito, sendo que sua aplicação vem sendo verdadeiramente exercitada pela Jurisprudência lusitana, o que se depreende das decisões do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, verdadeiras aulas sobre o abuso do direito.

Conforme já exposto, o Art. 334 do Código Civil lusitano orientou nosso legislador na redação do Art. 187 do Código Civil de 2002, onde foram adotados os mesmos critérios e teorias para aferição do ato abusivo. Razão pela qual, o direito alienígena é fundamental para orientar o exegeta na aplicação da lei.

Das inúmeras decisões do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, foram selecionadas várias decisões¹⁴³, que demonstram a viabilidade e possibilidade de aplicação prática do instituto do abuso do direito.

Dentre elas, cumpre transcrever um importante excerto de fundamentação de voto, que serve de orientação para nossos Tribunais na aplicação do instituto do abuso do direito:

O abuso do direito constitui assim um - limite normativamente imanente ou interno dos direitos subjectivos, pelo que no comportamento abusivo são os próprios limites normativo-jurídicos do direito particular que são ultrapassados" - conf., neste sentido, Castanheira Neves, in - Questão de Facto e Questão de Direito -, pág 526, nota 46 cit no Ac STJ de 31-1-96, in BMJ nº 453, pág 517.

¹⁴³ As decisões do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal estão no Anexo II.

A nossa lei adoptou a concepção objectiva do abuso do direito; isto é, não exige que o titular do direito haja procedido com consciência do excesso ou com «animus nocendi» do direito da contraparte, bastando pois que tais limites sejam e se mostrem ostensiva e objectivamente excedidos.¹⁴⁴

Além desta, outras decisões, muito elucidativas, constantes do Anexo II deste trabalho, demonstram que o Tribunal de Cúpula lusitano, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, contribui para o desenvolvimento e efetivação dos desígnios do instituto do abuso do direito, exemplo que deve ser seguido pelos nossos juristas.

7.4 O papel do jurista para a concreção do instituto: responsabilidade social na aplicação do Direito e formação de um novo modelo de pensamento jurídico em torno do abuso do direito

Em que pese ter sua origem histórica na jurisprudência, o instituto do abuso do direito não recebeu um tratamento merecido, ainda, nos tribunais tupiniquins. Antes, durante a vigência do Código de 1916 justificava-se este quadro diante da ausência de norma de incidência. Agora, com a previsão, diga-se, inspirada no Direito português, não há justificativas pela sua não aplicação.

Conforme já salientado, cabe aos juristas, aplicadores do Direito, interpretar e aplicar este instituto, cômicos de sua responsabilidade social. De fato, conforme salientado no decorrer deste estudo, o Brasil enfrenta um período de forte intervencionismo estatal na área jurídica, e um recrudescimento, cada vez maior, em outros setores como o social e o econômico.

¹⁴⁴ Acórdão 03 do Anexo II.

ROSALICE FIDALGO PINHEIRO alerta para a responsabilidade social dos juristas, não para a “reprodução” de um sistema de aplicação do direito, mas sim de “construção” e desenvolvimento do instituto do abuso do direito¹⁴⁵:

Com um perfil “progressivo, ativo-produtivo, prático, destacam-se novos modelos de pensamento jurídico, sob as vestes da Jurisprudência dos Interesses e da Jurisprudência dos Valores ou Valorações. O jurista é chamado a transpor os limites daquela atuação, antes esboçada, voltando sua atenção para os “interesses” e “valores” que os institutos jurídicos podem cumprir.

LENIO STREK nos remete a um universo em que a hermenêutica se refere ao mundo prático em escólio de sua obra, que não poderia deixar de ser citado¹⁴⁶:

Assim, a partir disso, pode-se dizer que, no Brasil, predomina/prevalece (ainda) o *modo de produção* de Direito instituído/forjado para resolver disputas interindividuais, ou, como se pode perceber nos manuais de Direito, disputas entre Caio e Tício ou onde Caio é o agente/autor e Tício (ou Mévio), o réu/vítima. Assim, se Caio (sic) invadir (ocupar) a propriedade de Tício (sic), ou Caio (sic) furtar um botijão de gás ou automóvel de Tício (sic), é fácil para o operador do Direito resolver o problema. (...)

Esta é a crise de modelo (ou modo de produção) de Direito, dominante nas práticas jurídicas de nossos tribunais, fóruns e na doutrina. No âmbito da magistratura – e creio que o raciocínio pode ser estendido às demais instâncias de administração da justiça –, Faria aponta dois fatores que contribuem para o agravamento dessa problemática: “o excessivo individualismo e o formalismo na visão de mundo: esse individualismo se traduz pela convicção de que a parte precede o todo, ou seja, de que os direitos do indivíduo estão acima dos direitos da comunidade; como o que importa é o mercado, espaço onde as relações sociais e econômicas são travadas, o individualismo tende a transbordar em atomismo: a magistratura é treinada para lidar com as diferentes formas de ação, mas não consegue ter um entendimento preciso das estruturas

¹⁴⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O Abuso do Direito e as Relações Contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 417.

¹⁴⁶ STRECK, L. L. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed., revista, atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 34-36.

socioeconômicas onde elas são travadas. Já o formalismo decorre do apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocratizados e impessoais, justificados em norma da certeza jurídica e da ‘segurança do processo’. Não preparada técnica e doutrinariamente para compreender os aspectos substantivos dos pleitos a ela submetidos, ela enfrenta dificuldades para interpretar os novos conceitos dos textos legais típicos da sociedade industrial, principalmente os que estabelecem direitos coletivos, protegem os direitos difusos e dispensam tratamento preferencial aos segmentos economicamente desfavorecidos”.

E para viabilizar a atuação dos operadores do direito (praticantes, aplicadores da lei, guardiões da doutrina, acadêmicos etc), apresenta-se novos instrumentos, como as cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, outrora esquecidos pelo Código Napoleônico, mas lembrados pelo BGB, e que, no Brasil, não foram desenvolvidos e aplicados satisfatoriamente, em que pese o enorme avanço do Código Civil de 2002 e a luta diuturna da doutrina civilista. Sua aplicação exige uma nova postura dos juristas, “despindo-se das vestes de um sistema fechado com vistas a se configurar como um sistema aberto”.¹⁴⁷

E essa responsabilidade social deve ter origem no “berço”, ou seja, nas cadeiras das universidades, incutindo valores axiológicos como primeiro fundamento de aprendizado para posterior aplicação do direito, para fins de repersonalização do direito civil em um Estado Democrático de Direito como o Brasil, onde o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social.

É um problema seríssimo: por um lado tem-se uma sociedade faminta pela realização de direitos, e de outro, um instituto que garante esses direitos da forma mais ampla possível. O abuso do direito, como cláusula geral das mais ricas, permeado por conceitos legais indeterminados e determinados pela função que exercem no caso concreto, é terreno dos mais férteis para o alcance das

¹⁴⁷ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O Abuso do Direito e as Relações Contratuais*. Rio de Janeiro:

distantes, mas tão almejadas, promessas da modernidade.

CONCLUSÕES

Ante ao exposto, conclui-se que o abuso do direito é um instituto que demonstra a ingerência estatal nas relações privadas, limitando a autonomia da vontade, sendo erigido – intencionalmente – pelo legislador como uma nova categoria de ato ilícito, ampliando o conceito de ilicitude descrito nos moldes tradicionais.

A evolução histórica e teórica apresentada, bem como a (ainda que breve) menção a outros ordenamentos jurídicos alienígenas, faz conclusão pela utilização do modelo grego e especialmente português do abuso do direito para a redação do Art. 187 do Código Civil Brasileiro. Neste aspecto é que as decisões dos Tribunais Portugueses se mostram de grande valia para orientação dos juristas brasileiros para identificação e interpretação do Art. 187 do Código Civil.

A definição legal de abuso do direito é uma cláusula geral com vários conceitos legais indeterminados e conceitos determinados pela circunstância concreta, razão pela qual sua aplicação dependerá do senso de equidade e justiça do aplicador do direito, que deve, antes de aplicar a lei, (re)conhecer a realidade social, econômica, política e jurídica brasileira.

As consequências jurídicas do abuso do direito são as mesmas de todo e qualquer ato ilícito: dever de indenizar, decorrente de responsabilidade

objetiva, tutela inibitória e de remoção do ilícito. Nem se diga que do Art. 187 do Código Civil decorre nulidade, pois o ato ilícito não adentra ao plano da validade.

A jurisprudência diz pouco, ou nada diz, sobre a aplicação do instituto do abuso do direito. As poucas decisões encontradas são isoladas, e demonstram que o profissional do direito (ainda) não está preparado para a aplicação do instituto do abuso do direito, com vistas à realização dos fins a que o mesmo foi criado, qual seja, incutir um senso de justiça, eticidade, socialidade e equidade nas relações privadas

O direito, nascido da necessidade da sociedade obter pacificação social através da solução de conflitos, não deve ser protagonista de desvios de finalidade, consistentes na usurpação de seu fim social e econômico, boa-fé e bons costumes no uso da norma. Pelo contrário, deve romper com as pilastras até então inamovíveis do individualismo, que ainda se achavam impregnadas no Código Civil novecentista e burguês, que desconhecia maiores limitações ao exercício de um direito reconhecido por lei.

O instituto do abuso do direito é meio adequado para, através do Direito – já que no Brasil as políticas públicas sociais e econômicas não foram capazes – solucionar problemas decorrentes do exercício demasiado de direitos subjetivos. Concebido como ato ilícito, o abuso do direito ainda não foi acolhido pela jurisprudência, apesar de seu amplo campo de aplicação aos casos concretos.

Uma ação agressiva dos exegetas e aplicadores do Direito é medida que se impõe: coragem para aplicar o instituto; interpretar o Artigo 187 à luz da Constituição Federal e dos princípios e valores nela insculpidos; bem como, (re)conhecer o atual momento histórico-jurídico vivenciado pelo Brasil, denominado de modernidade tardia.

Na verdade, *“sem olhos para ver (a letra) e sem ouvidos para ouvir (o espírito) nada diremos ao art. 187, e ele nada nos dirá. E continuaremos, resignadamente, a repetir que nada mudou, porque nada mudamos.”*¹⁴⁸ Seria o fim do que não teve início.

O abuso do direito veio tardiamente. Mas antes tarde do que nunca. Talvez (o que se confia), com este novel (para nós) instituto, as vetustas vestes que obinubilam a visão dos juristas possam ser retiradas. É do nascimento de uma nova visão voltada para valores axiológicos de índole constitucional (Constituição democrática e garantista) que dependerá a efetividade do Art. 187.

ANEXO I

¹⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil (estruturas e rupturas em torno do art. 187)*. Elaborado em maio de 2003. Disponível em: <<http://mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto382.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2004.

ACÓRDÃOS DE TRIBUNAIS BRASILEIROS APÓS O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO CIVIL¹⁴⁹

01) 186037803 – DANO MORAL – INDENIZAÇÃO – FURTO EM SUPERMERCADO – PRÁTICA IMPUTADA A MENORES – GERENTE QUE ANUNCIA A PRÁTICA DO DELITO – FALTA DE PROVAS DE QUE A CONDUTA FOI PRATICADA PERANTE O PÚBLICO – IMPROCEDÊNCIA NO JUÍZO A QUO – INSURGÊNCIA – MENORES REVISTADOS POR POLICIAIS – AUSÊNCIA DE FURTO – **ABUSO DE DIREITO PRATICADO POR PREPOSTO DE SUPERMERCADO** – MENORES EXPOSTOS A RIDÍCULO – PREJUÍZO PSICO-SOCIAL DOS INFANTES – OFENSA À HONRA – DANO MORAL EVIDENTE – QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS – FIXAÇÃO QUE NÃO DESNATURE ASPECTO MORAL DA CONDENAÇÃO – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA – RECURSO PROVIDO – É abuso de direito ofender honra íntima de menores que em supermercado têm suas roupas revistadas por preposto de estabelecimento comercial, expondo-os a vexame, em manifesto prejuízo psicossomático aos infantes, quer porque não cometeram furto, quer porque, indevidamente, foram enviados ao Conselho Tutelar da Cidade em viatura policial. A fixação pecuniária por danos morais deve observar a posição econômica do ofensor e dos ofendidos e a gravidade da culpa pela repercussão da ofensa aos menores, fixando-se um valor indenizatório que não retire a essência moral do valor arbitrado.¹⁵⁰

02) 186012319 – LOCAÇÃO COMERCIAL – AÇÃO REVISIONAL CONEXA COM AÇÃO DE DESPEJO C/C COBRANÇA DE CLÁUSULA PENAL – JULGAMENTO SIMULTÂNEO – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO REVISIONAL E IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS DESALIJATÓRIO E DE COBRANÇA – INCONFORMISMO – CONTRATO DE ADESÃO – OFENSA AO PRINCÍPIO DA LIBERDADE CONTRATUAL – CENTRO COMERCIAL – INSERÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL ESTABELECEENDO RESTRIÇÃO À VENDA DE PRODUTOS DE TERCEIROS – LIMITAÇÃO COMERCIAL IMPOSTA SOMENTE A UM LOJISTA – ABUSO DE DIREITO E AFRONTA A BOA-FÉ CONTRATUAL – NULIDADE RECONHECIDA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO – Aderindo ao contrato, o aderente não exterioriza autonomia e liberdade de contratar porque a adesão é manifestação viciada. É abusiva e, conseqüentemente, nula - por abuso de direito e violação ao princípio da boa-fé objetiva - a cláusula contratual imposta somente a um lojista/locatário integrante de centro comercial quando os demais não sofrem incidência da mesma cláusula, que estipula a comercialização exclusiva de produtos de fabricação própria do lojista.¹⁵¹

03) 132019069 – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL – Imputação de débito já resgatado e anotação do nome da consumidora no rol de inadimplentes.

¹⁴⁹ Todos os destaques no texto não constam do original, foram inseridos como forma de identificar o instituto do abuso do direito, destacando os trechos mais significativos das ementas e votos.

¹⁵⁰ TJSC – AC 1998.014464-7 – Seara – 2ª CDCiv. – Rel. Des. Monteiro Rocha – J. 16.12.2004.

¹⁵¹ TJSC – AC 02.018436-0 – Brusque – 2ª CDCiv. – Rel. Des. Monteiro Rocha – J. 18.11.2004.

Abuso de direito e ilegitimidade da inscrição. Ofensa à intangibilidade pessoal e aos atributos da personalidade da devedora. Ofensas passíveis de qualificarem-se como dano moral. Compensação pecuniária devida I. Deparando-se a consumidora com a imputação de débito que havia resgatado e com a inserção do seu nome no rol dos inadimplentes sem lastro material subjacente passível de legitimar essa anotação, perdurando o registro por largo espaço de tempo, ficam caracterizados o abuso de direito da credora e a ilegitimidade dos atos que praticara, pois vulneraram a intangibilidade pessoal e patrimonial da devedora, deixando-a sujeita aos constrangimentos, aborrecimentos, dissabores, incômodos e humilhações de ser tratada como inadimplente e consumidora refratária ao cumprimento das obrigações que lhe estão destinadas, qualificando-se o ocorrido como ofensa aos seus atributos da personalidade e aos seus predicados intrínsecos, ficando patenteado que o dano moral que experimentara é apto a gerar uma compensação pecuniária. II. Apuradas a imputação de débito inexistente, porque já resgatado, e a ilícita anotação do seu nome no rol dos inadimplentes, ficando qualificado o dano moral experimentado pela consumidora, cuja caracterização na espécie se compraz com a mera ocorrência dos atos que consubstanciaram-se no seu fato gerador, assiste-lhe o direito de merecer a compensação pecuniária compatível com os danos havidos ante o aperfeiçoamento do silogismo delineado pelo artigo 159 do Código Civil para que o dever de indenizar resplandeça, ratificando-se a mensuração promovida na instância originária por ter guardado conformação com o ocorrido, com as pessoas dos envolvidos e com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. III. Recurso conhecido e improvido. Unânime.¹⁵²

04) 713050 – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – Revisão contratual - Tutela antecipada visando impedir a inscrição do nome do devedor no órgão de proteção ao crédito - Cabimento - Recurso parcialmente provido - Ajuizada ação tendente a revisar cláusulas contratuais, caracteriza abuso de direito a negativação do nome do acionante, justificando-se a suspensão de sua inscrição em órgão de proteção ao crédito enquanto não julgada em definitivo a questão. (TJSP – AI 888953-0/8 – São Paulo – 35ª CDPriv. – Rel. Des. Artur Marques – J. 21.03.2005)

132068918 – RESPONSABILIDADE CIVIL – SERVIÇOS TELEFÔNICOS – DÉBITOS DESPROVIDOS DE CAUSA SUBJACENTE LEGÍTIMA – COBRANÇAS INDEVIDAS E INSERÇÃO DO NOME DO CONSUMIDOR NO ROL DOS MAUS PAGADORES – OFENSA À INTANGIBILIDADE PESSOAL E À CREDIBILIDADE – DANO MORAL CARACTERIZADO – COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA DEVIDA – 1. As insistentes cobranças de débitos inexistentes e a anotação do nome do consumidor no rol dos inadimplentes, revelando falha nos serviços de telefonia que lhe eram fornecidos, caracterizam-se como ato ilícito e abuso de direito, qualificando-se como fato gerador do dano moral ante a afetação na sua credibilidade, bom nome e decoro e dos transtornos, chateações e situações vexatórias aos quais fora submetido em decorrência de ser qualificado como inadimplente quando efetivamente não detinha essa condição. 2. Somente a operadora de telefonia de longa distância que concorrera de forma imediata para os atos ofensivos está revestida de legitimação para integrar a relação processual e

¹⁵² TJDF – ACJ 20020110043216 – 2ª T.R.J.E. – Rel. Des. Teófilo Rodrigues Caetano Neto – DJU 02.12.2002 – p. 41.

responder junto ao consumidor que fora por eles alcançado pelos efeitos deles originários, assistindo-lhe, em contrapartida, o direito de reclamar junto à operadora de telefonia local a composição dos prejuízos que experimentara em decorrência da negligência em que incorrera ao habilitar de forma indevida uma linha telefônica e lhe comunicar a habilitação, ensejando o lançamento do nome daquele que figurara como seu usuário nos seus cadastros e como responsável pelos serviços através dela fruídos. 3. Guardando a mensuração da compensação pecuniária derivada do dano moral havido conformação com o ocorrido, com as pessoas das envolvidas e com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, refletindo uma justa penalização à ofensora pelo ilícito que praticara e pelo seu menosprezo para com o bom nome alheio, e, de outra parte, uma compensação deferida à ofendida com um lenitivo passível de amenizar os danos que sofrera, ratifica-se o importe aquilatado. 4. Recurso conhecido e improvido. Unânime.¹⁵³

05) 132068844 – CIVIL – CONSUMIDOR – NEGATIVAÇÃO NO SPC – MANUTENÇÃO INDEVIDA DO NOME DE CLIENTE – CANCELAMENTO DE COMPRA MAS MANTIDAS AS RESTRIÇÕES CADASTRAIS – AGRESSÃO AO DISPOSTO NO ART. 43 §2º DO CDC – ABERTURA DE REGISTRO DE DADO PESSOAL NÃO COMUNICADA AO CONSUMIDOR – INÉRCIA E NEGLIGÊNCIA CONFIGURADAS – DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – ABUSO DE DIREITO – PREJUÍZO AO CONSUMIDOR – DANO MORAL CONFIGURADO – ART. 186 C/C 927, CCB/02 – PRECEDENTES DAS TURMAS RECURSAIS – CONSTRANGIMENTOS SUPORTADOS – MATÉRIA PACIFICADA – QUANTUM A SER FIXADO EM SINTONIA COM OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – 1 - A negativação indevida de nome de consumidor em cadastros de proteção ao crédito acarreta, para o causador do ilícito, a obrigação de reparar o dano moral, diante da lesão, injusta, àquele bem juridicamente tutelado, que é o nome. 2 - A empresa prestadora de serviços é responsável pelos danos causados por seus prepostos ou má por prestação de serviços (art. 7º parágrafo único c/c art. 14, CDC - Lei nº 8078/90); risco da atividade empresarial (art. 927 caput e parágrafo único, do CCB/02). 3 - Patente a agressão ao disposto no art. 43 §2º do CDC a abertura de registro de dado pessoal não comunicada ao consumidor, configurando negligência e defeito na prestação do serviço, além de abuso de direito em prejuízo ao sistema protetivo do código consumeirista, evidenciando os constrangimentos suportados. 4 - A responsabilidade in casu, como se trata de relação de consumo, é objetiva e solidária (art. 7º parágrafo único do CDC). Interessa ao consumidor a coleta da informação objetiva a seu respeito (conhecer seu conteúdo), principalmente aquela que vai ser arquivada sobre sua pessoa, justificando, por isso, o direito à comunicação do armazenamento, ao acesso a essa informação e também à retificação. 5 - O quantum fixado na indenização de danos morais deve atentar para as circunstâncias específicas do evento, para a situação patrimonial das partes (condição econômico-financeira), para a gravidade da repercussão da ofensa, atendido o caráter compensatório, pedagógico e punitivo da condenação, sem gerar enriquecimento indevido, sempre em sintonia com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Sentença reformada. Recurso

¹⁵³ TJDF – ACJ 20040110878656 – 1ª T.R.J.E. – Rel. Des. Teófilo Rodrigues Caetano Neto – DJU 24.08.2005 – p. 93.

conhecido e provido. Unânime.¹⁵⁴

06) 1602015919 – SFH – TABELA PRICE – CAPITALIZAÇÃO DE JUROS – IPC DE MARÇO/90 – LIMITAÇÃO DA TAXA DE JUROS EM 10% – CONTRATO ASSINADO SOB A ÉGIDE DO DECRETO 63.182/68 – NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 478 DO CC – 1. O Sistema Francês de Amortização (Tabela Price), previsto no contrato em análise, corresponde à legislação aplicável, porque pressupõe o pagamento do valor financiado em prestações periódicas, iguais e sucessivas, constituídas por duas parcelas - Amortização e juros -, a serem deduzidas mensalmente, por ocasião do pagamento. 2 Sem a comprovação de que o sistema de amortização utilizado importe violação de Lei ou de norma infralegal, ou, ainda, de que a respectiva cláusula, que prevê a aplicação da Tabela Price, à qual o mutuário adere, configure flagrante abuso de direito ou enriquecimento ilícito do Mutuante, não há falar em ilegalidade. 3. A maior evidência de que há desequilíbrio na fórmula de amortização adotada é a ocorrência de amortização negativa, ou seja, o pagamento de prestação insuficiente para abater a parcela de capital necessária à amortização real da dívida, o que representa ameaça à quitação do contrato no prazo acertado, caracterizando violação do contido no art. 5º da Lei nº 8.692/93. 4. Isto, porque os juros excedentes serão cumulados, gerando os efeitos da capitalização mensal, configurando prática vedada pelo ordenamento jurídico pátrio. 5. No presente caso, os documentos acostados aos autos, em especial a planilha de evolução do financiamento (fls. 45-48), evidenciam que as amortizações realizadas ao longo da contratualidade foram negativas, sendo necessária a revisão dos valores contratados e da sistemática de amortização (Tabela Price), em todo o período da contratualidade, de modo que seja restabelecida a composição das prestações e dos juros, nos limites que permitam a redução gradual da dívida. 6. No concernente à atualização monetária do saldo devedor, no período de março/90, deve obedecer a incidência da variação do IPC (84,32%), face à relação existente entre a indexação os contratos do SFH e os índice de remuneração dos depósitos da caderneta de poupança, bem como dos saldos das contas vinculadas ao FGTS, que são as fontes originárias dos recursos destinados à habitação. 7. Firmado o contrato antes da Lei nº 8682/93, que estabeleceu juros de 12% ao ano, aplica-se a limitação do Decreto nº 63.182/68 que é de 10% ao ano. 8. Não há que se falar em aplicação do art. 478 do CC, porquanto a hipótese presente não se trata de Resolução contratual e sim de revisão. 9. Recurso da CEF parcialmente provido.¹⁵⁵

07) 224272 – PROCESSO CIVIL – DANO MORAL – ACUSAÇÃO DE FURTO – OFENSA PRATICADA PELA EMPREGADORA – ALEGAÇÃO DE EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO – ABUSO DO DIREITO – REQUISITOS DO ATO ILÍCITO – QUANTUM DA INDENIZAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO – I - A simples iniciativa de se solicitar providências policiais mesmo causando dano não leva necessariamente à indenização. Assim, muito embora se reconheça que a apelante

¹⁵⁴ TJDF – ACJ 20040111248158 – 2ª T.R.J.E. – Rel. Des. Alfeu Machado – DJU 10.08.2005 – p. 108.

¹⁵⁵ TRF 4ª R. – AC 2002.71.11.006395-9 – 3ª T. – Rel. Juiz Fed. Joel Ilan Paciornik – DJU 21.09.2005 – p. 621.

ao solicitar providências policiais agiu no exercício regular de seu direito, afere-se que a mesma abusou do pretense direito, excedendo manifestamente os limites impostos. Em verdade, a apelante não só tomou providências quanto ao desaparecimento do bem, como também afirmou para outras pessoas que a autora havia subtraído o relógio de sua residência. II - O dano moral tem fundamento no direito da personalidade; trata-se, pois, da dor da vítima quanto a humilhação e constrangimento acarretados. III - Cabe ao julgador o dever avaliar e sopesar a dor do ofendido, a fim de propiciar-lhe o adequado conforto material como forma de compensação, levando-se em conta o potencial econômico e social da parte obrigada, bem como as circunstâncias e a extensão do evento danoso. No particular, o quantum arbitrado pelo MM. Juiz a quo busca, com rigor, compensar o dano sofrido com a eminente função preventiva e educativa do dano moral. IV - Recurso improvido.¹⁵⁶

08) 216218 – APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO DE VIZINHANÇA – ABUSO DO DIREITO DE PROPRIEDADE – Bar que, sem alvará, promove shows de música ao vivo madrugada adentro, com prejuízo para o sossego da vizinhança. Ação, com pedido de imposição de obrigação de não fazer, com cominação de multa, bem como com pedido reparatório por dano moral. Sentença que julga procedente em parte o pedido. Apelos. Agravo retido contra a decisão que substitui a figura do sócio-gerente pela da sociedade comercial, que não existia, porém, à época da propositura de demanda. Índícios de tentativa, pelo réu, de frustrar futura execução, uma vez que inexistia patrimônio em nome da sociedade. Provimento parcial do agravo retido, para que figurem, no pólo passivo, tanto o nome do réu originário, como da sociedade posteriormente constituída. Desnecessidade de nulidade do feito, em face da decisão retro, uma vez que a defesa realizada aproveita a ambos réus, tendo sido efetuada por patrono com procuração outorgada, tanto pelo réu originário, tanto como pessoa natural, quanto na qualidade de sócio-gerente da pessoa jurídica. Inteligência do art. 244 do CPC. Rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva, matéria superada pelo julgamento do agravo retido. Mérito. Vasto conjunto probatório, justificando a correção do entendimento da sentença em sua fundamentação. Verba reparatória de 100 salários mínimos, que se justifica, em seu aspecto punitivo, ante o comportamento altamente reprovável dos réus, no decorrer da lide, inclusive desrespeitando medida cautelar e ensejando prisão. Pretensão autoral de majoração do valor indenizatório, que não se justifica, eis que bastante o montante determinado pelo Juízo. Condenação em litigância de má-fé desnecessária, tendo-se em vista que os réus somente mobilizaram o arsenal processual disponível, dada a exigência do devido processo legal, tendo já sido penalizados pela prisão e pela pesada condenação imposta na sentença. Provimento parcial do agravo retido. Preliminar rejeitada. Improvimento de ambos recursos de apelação.¹⁵⁷

¹⁵⁶ TJDF – AC 2004.01.1.036712-6 – 1ª T.Cív. – Rel. Des. Hermenegildo Gonçalves – DJU 25.08.2005 – p. 129.

¹⁵⁷ TJRJ – AC 20.046/02 – 15ª C.Cív. – Rel. Des. José Pimentel Marques – DJRJ 10.02.2004 – p. 368.

09) 1400455985 – CIVIL – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – ECT – INADIMPLÊNCIA – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – IMPUGNAÇÃO DO VALOR DA CAUSA – PROCEDIMENTO INADEQUADO – LEGALIDADE DA MULTA CONTRATUAL – 1. Não restou configurada má-fé processual por parte da autora, pois a inicial preenche todos os requisitos exigidos pelo art. 282, do CPC e a omissão quanto a existência de acordo estabelecido entre as partes não configura, in casu, uma conduta típica. 2. Pelas circunstâncias que cercam o fato e por tudo que foi produzido no feito conclui-se que não houve abuso de direito com violência à direito do réu, mormente quando o próprio Digesto Processual impõem a este o ônus de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333), e, ainda, porque a omissão da autora não trouxe qualquer prejuízo processual, sendo o caso de aplicar-se a Súmula 159 do STF, verbis: "Cobrança excessiva, mas de boa fé, não dá lugar às sanções do Art. 1.531 do Código Civil. " 3. A singela e genérica alegação de que houve má-fé não é suficiente para impor-se tal condenação, principalmente quando no apelatório não há sequer indicação de quais incisos do referido artigo 17 do CPC restaram vulnerados. Neste sentido a decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, RESP 314.470/RJ, Rel. Ministro Edson Vidigal, DJ 20.08.2001. 4. A via adequada para impugnar o valor da causa seria através de petição apartada, oferecida no prazo da contestação, a ser protocolada, distribuída por dependência e autuada como incidente processual, permanecendo apensa à principal e julgada anteriormente à esta. Desta feita, não há que se falar em omissão do Juízo a quo em apreciar a impugnação ante a inobservância do procedimento adequado (STJ, AR 164/SP, Rel. Ministro Adhemar Maciel, Primeira Seção, DJ 05.03.1990). 5. Ainda que em observância ao preceito constitucional (art. 5º, inciso LXXVIII) Que orienta no sentido do máximo aproveitamento dos atos processuais, e ciente de decisões do Colendo STJ excepcionando e acolhendo a impugnação ao valor da causa quando não autuada em apenso, mas aduzida em preliminar (RESP 256157/SP, DJ 01.4.2002), no caso sub examen tal não seria possível, isto porque o apelante tanto na contestação quanto no apelo deixou de fundamentar e demonstrar qual o valor entendia correto. 6. Se mostra legítima a cobrança da multa prevista no contrato no caso de inadimplemento da obrigação. Nesse eito, a jurisprudência do STJ já se firmou no sentido de que, na conformidade da Lei 6.840/80 e do Decreto-Lei 413/69, art. 58, é legítima a cobrança da multa de 10% no caso de inadimplemento da obrigação, desde que estipulada no contrato. 7. Recurso conhecido e desprovido.¹⁵⁸

10) 1302007264 – ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO DE OBTER INFORMAÇÕES DO PODER PÚBLICO PARA EVENTUAL PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL – ART. 5º, XXXIII E XXXIV, LETRA "B", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/1988 – POSSIBILIDADE – 1. A negativa das repartições públicas, que têm o dever de atender pedido de informações que lhes seja formulado, exceto aquelas cujo sigilo é imprescindível à segurança da sociedade e do estado, constitui abuso de direito o não fornecimento das informações de

¹⁵⁸ TRF 2ª R. – AC 1999.02.01.054615-0 – 8ª T.Esp. – Rel. Des. Fed. Poul Erik Dyrland – DJU 08.09.2005 – p. 189.

interesse legítimo do cidadão, conduta que viola a garantia inscrita no art. 5º, XXXIII e XXXIV, letra "b", da Constituição Federal/1988. 2. Constatado que não se trata de caso de informações sigilosas necessárias à segurança da sociedade, ou do estado, é dever da administração pública fornecer informações ou documentos solicitados pelo administrado para a defesa e esclarecimento de situações de seu interesse, ensejando o controle jurisdicional pela via do mandado de segurança, a sua negativa. 3. Remessa oficial improvida.¹⁵⁹

11) 1700312165 – SEGURADORA – VEÍCULO DE CARGA – DEMORA NO CONserto – CONDENAÇÃO DA EMPRESA SEGURADORA AO PAGAMENTO DE LUCROS CESSANTES – NULIDADE DA CITAÇÃO IMPROCEDENTE PELO COMPARECIMENTO DA PARTE RÉ – Improcede a preliminar de ilegitimidade ativa por constar no contrato de seguro o nome do proprietário do veículo. Também é de se rejeitar a alegada carência de ação por não abrangidos os lucros cessantes na apólice de seguro porque não se trata de indenização contratual, mas extracontratual decorrente de conduta lesiva da seguradora em providenciar o conserto do veículo sinistrado. O recibo de quitação assinado pelo segurado não impede o segurado de vir a juízo em face do princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário. Quanto à juntada da apólice improcede a irresignação por trazida aos autos pela parte demandante, além do que tal providência incumbe à seguradora nos limites do seu ônus probatório. Evidenciado abuso de direito da seguradora em ultimar o conserto de veículo utilizado para carga de mercadoria, além de prazo razoável, deve indenizar o consumidor lesado. A demora da seguradora não pode ser definida como risco do seguro não coberto pela apólice, pelo que não incide a norma do art. 1.460 do NCCB. Demonstrado o nexo causal entre o dano – lucros cessantes e o fato ilícito – demora abusiva da seguradora em liberar o conserto do veículo, resta configurada a pretensão indenizatória. Lucros cessantes demonstrados por provas contábeis devem ser indenizados. Desnecessária a juntada de declaração de Imposto de Renda e outros documentos. Os conhecimentos de transporte de carga de período anterior e de outro veículo similar no período em que o caminhão ficou parado, são documentos hábeis para a prova dos lucros cessantes. O arbitramento do lucro líquido em 40% do total bruto constitui valor adequado, mormente que utilizado para fins fiscais. Recurso improvido.¹⁶⁰

12) 116215603 – AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO – OMISSÃO INEXISTENTE – FUNDAMENTOS NÃO IMPUGNADOS – SÚMULA Nº 288/STF – 1. O Tribunal de origem enfrentou, uma a uma, todas as preliminares suscitadas no recurso de apelação, além de, no mérito, conter devida fundamentação. Não há falar, assim, em negativa de prestação jurisdicional. 2. Para se aferir a alegação de julgamento extra petita, indispensável o exame da petição inicial da ação. A ausência do traslado de referida peça faz incidir a Súmula nº

¹⁵⁹ TRF 5ª R. – REOMS 2004.81.00.002515-0 – (91338) – CE – 1ª T. – Rel. Des. Fed. Ubaldo Ataíde – DJU 13.09.2005 – p. 480.

¹⁶⁰ TJRS – Proc. 71000554329 – 3ª T.R.Cív. – Relª Desª Maria José Schmitt Santanna – J. 15.03.2005.

288/STF. 3. Quanto ao protesto, reconheceram os julgadores que "correto o protesto ofertado pelo requerido", sendo certo que "o aforamento do protesto contra alienação de bens é o exercício regular de um direito, ausente o alegado abuso de direito" (fl. 31). O recorrente não menciona qualquer dispositivo legal que disponha de forma contrária, deixando de impugnar devidamente essa afirmação. 4. Agravo regimental desprovido.¹⁶¹

13) 224272 – PROCESSO CIVIL – DANO MORAL – ACUSAÇÃO DE FURTO – OFENSA PRATICADA PELA EMPREGADORA – ALEGAÇÃO DE EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO – ABUSO DO DIREITO – REQUISITOS DO ATO ILÍCITO – QUANTUM DA INDENIZAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO – I - A simples iniciativa de se solicitar providências policiais mesmo causando dano não leva necessariamente à indenização. Assim, muito embora se reconheça que a apelante ao solicitar providências policiais agiu no exercício regular de seu direito, afere-se que a mesma abusou do pretense direito, excedendo manifestamente os limites impostos. Em verdade, a apelante não só tomou providências quanto ao desaparecimento do bem, como também afirmou para outras pessoas que a autora havia subtraído o relógio de sua residência. II - O dano moral tem fundamento no direito da personalidade; trata-se, pois, da dor da vítima quanto a humilhação e constrangimento acarretados. III - Cabe ao julgador o dever avaliar e sopesar a dor do ofendido, a fim de propiciar-lhe o adequado conforto material como forma de compensação, levando-se em conta o potencial econômico e social da parte obrigada, bem como as circunstâncias e a extensão do evento danoso. No particular, o quantum arbitrado pelo MM. Juiz a quo busca, com rigor, compensar o dano sofrido com a eminente função preventiva e educativa do dano moral. IV - Recurso improvido.¹⁶²

14) 87019933 – DANOS MORAIS – ACUSAÇÃO INJUSTA DA PRÁTICA DE ILÍCITO PENAL – A imputação de crime de furto, roubo ou apropriação indébita feita ao empregado pelo empregador, sem que haja certeza absoluta do fato, submetendo-o à situação vexatória e permitindo o seu conhecimento por outras pessoas, em completo desrespeito à sua integridade moral e à sua imagem, caracteriza abuso do direito, resultando fatalmente em ofensa à honra, passível de reparação.¹⁶³

15) 216218 – APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO DE VIZINHANÇA – ABUSO DO DIREITO DE PROPRIEDADE – Bar que, sem alvará, promove shows de música ao vivo madrugada adentro, com prejuízo para o sossego da vizinhança. Ação, com

¹⁶¹ STJ – AGRAGA 200400126007 – (585742) – RS – 3ª T. – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJU 27.06.2005 – p. 00370.

¹⁶² TJDF – AC 2004.01.1.036712-6 – 1ª T.Cív. – Rel. Des. Hermenegildo Gonçalves – DJU 25.08.2005 – p. 129.

¹⁶³ TRT 12ª R. – RO-V 07066-2001-001-12-00-0 – (12017/2004) – Florianópolis – 3ª T. – Relª Juíza Lília Leonor Abreu – J. 13.10.2004.

pedido de imposição de obrigação de não fazer, com cominação de multa, bem como com pedido reparatório por dano moral. Sentença que julga procedente em parte o pedido. Apelos. Agravo retido contra a decisão que substitui a figura do sócio-gerente pela da sociedade comercial, que não existia, porém, à época da propositura de demanda. Indícios de tentativa, pelo réu, de frustrar futura execução, uma vez que inexistia patrimônio em nome da sociedade. Provimento parcial do agravo retido, para que figurem, no pólo passivo, tanto o nome do réu originário, como da sociedade posteriormente constituída. Desnecessidade de nulidade do feito, em face da decisão retro, uma vez que a defesa realizada aproveita a ambos réus, tendo sido efetuada por patrono com procuração outorgada, tanto pelo réu originário, tanto como pessoa natural, quanto na qualidade de sócio-gerente da pessoa jurídica. Inteligência do art. 244 do CPC. Rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva, matéria superada pelo julgamento do agravo retido. Mérito. Vasto conjunto probatório, justificando a correção do entendimento da sentença em sua fundamentação. Verba reparatória de 100 salários mínimos, que se justifica, em seu aspecto punitivo, ante o comportamento altamente reprovável dos réus, no decorrer da lide, inclusive desrespeitando medida cautelar e ensejando prisão. Pretensão autoral de majoração do valor indenizatório, que não se justifica, eis que bastante o montante determinado pelo Juízo. Condenação em litigância de má-fé desnecessária, tendo-se em vista que os réus somente mobilizaram o arsenal processual disponível, dada a exigência do devido processo legal, tendo já sido penalizados pela prisão e pela pesada condenação imposta na sentença. Provimento parcial do agravo retido. Preliminar rejeitada. Improvimento de ambos recursos de apelação.¹⁶⁴

16) INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – REPORTAGEM TELEVISIVA – IMPUTAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO EM QUADRILHA DE ESTELIONATÁRIOS – FATO INEXISTENTE – ABUSO DE DIREITO – Dever de indenizar o dano moral decorrente. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Pedido de suspensão da ação civil até o julgamento da ação penal instaurada contra os infratores. Indeferimento, tendo em vista a não participação do autor na prática do delito. Preliminar de ilegitimidade passiva acobertada pela coisa julgada. Matéria já decidida em sede de agravo de instrumento. Sentença devidamente fundamentada. Recurso desprovido. Manutenção do valor da indenização. Ausência de pedido de redução. 1. Se o autor não tinha qualquer participação com os elementos que foram presos, mas mesmo assim o seu nome foi incluído na notícia como se fosse um dos criminosos, cabe à emissora de televisão que divulgou a matéria indenizar os danos morais causados ao autor, eis que a repórter que transmitiu a notícia foi negligente e imprudente ao relacionar o nome do autor com a prática de crimes que ele não cometeu. Era dever da repórter, ao divulgar a notícia sobre a prisão dos meliantes, investigar por que motivo o veículo do autor tinha sido apreendido pela polícia e também por que sua carteira de identidade encontrava-se recolhida na delegacia de polícia. Ao divulgar a notícia inverídica sobre o autor, inclusive afirmando que ele também tinha sido preso, o que, pois, não era verdade, a notícia causou ao autor constrangimento, humilhação, sofrimento e vergonha, enfim, causou dano moral. 2. Como o autor não foi denunciado na ação penal, eis que não teve qualquer participação na prática dos

¹⁶⁴ TJRJ – AC 20.046/02 – 15ª C.Cív. – Rel. Des. José Pimentel Marques – DJRJ 10.02.2004 – p. 368.

delitos imputados aos elementos que foram presos, correta a decisão que indeferiu o pedido da ré para que a ação de indenização por danos morais fosse suspensa até o julgamento da ação penal. O indeferimento do pedido de suspensão da ação civil não configurou cerceamento de defesa. 3. Uma vez analisada e rejeitada em sede de agravo de instrumento a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela emissora de televisão, que quis atribuir a culpa pela transmissão da notícia inverídica à polícia, não cabia ao juiz de primeiro grau examinar novamente essa preliminar ao exame de mérito da questão na sentença. 4. Como a parte ré não pediu na apelação para reduzir o valor da indenização do dano moral, fixado em cinquenta mil reais, mantém-se o valor arbitrado, eis que não cabe a redução ser feita de ofício pelo magistrado. 5. A liberdade de imprensa deve ser exercida com consciência e responsabilidade, em respeito à dignidade alheia, para que não resulte em prejuízo à honra, imagem e ao direito de intimidade da pessoa abrangida na notícia, hipótese em que o exercício regular de um direito converte-se em abuso de direito.¹⁶⁵

17) CIVIL – MORA CONTRATUAL – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS – Negativa de atendimento a contratada faltando três dias para término do prazo do convênio, ou seja, no prazo de vigência. Abusividade. Descumprimento do pactuado. Constrangimentos suportados. Abalo íntimo e pesar. Abuso de direito. Dignidade da pessoa humana. Incidência do CDC - Lei nº 8078/90. Prestação de serviços ineficiente, inadequada e defeituosa. Dano moral configurado. Manutenção do quantum fixado. Precedentes das turmas recursais. Impossibilidade de majoração em sede de contra-razões. Recurso conhecido e improvido. Unânime.¹⁶⁶

18) PROCESSO CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – NEGATIVA DE PROVIMENTO – AGRAVO REGIMENTAL – CONSUMIDOR – INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE INADIMPLENTES – DISCUSSÃO DO MONTANTE DA DÍVIDA EM JUÍZO – ABUSO DE DIREITO – SÚMULA 83/STJ – DESPROVIMENTO – 1 - Este Tribunal já proclamou o entendimento no sentido de que o registro do nome do consumidor, como devedor inadimplente, no Serviço de Proteção ao Crédito, quando o valor da dívida está sendo discutido em juízo, representa abuso de direito. Precedentes (RESP nºs 191.326/SP e 170.281/SC). 2 - Aplicável, portanto, à hipótese, o enunciado sumular de nº 83/STJ. 3 - Agravo Regimental conhecido, porém, desprovido.¹⁶⁷

¹⁶⁵ TJDF – APC 20000110786057 – 1ª T.Cív. – Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati – DJU 30.08.2005 – p. 103.

¹⁶⁶ TJDF – ACJ 20030110837908 – 2ª T.R.J.E. – Rel. Des. Alfeu Machado – DJU 29.08.2005 – p. 89.

¹⁶⁷ STJ – AGA 520678 – RS – 4ª T. – Rel. Min. Jorge Scartezzini – DJU 06.12.2004 – p. 00320.

ANEXO II

ACÓRDÃOS SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA¹⁶⁸ – PORTUGAL¹⁶⁹

01) Processo: 05A1798

Nº Convencional: JSTJ000

Relator: FERNANDES MAGALHÃES

Descritores: **CONTRATO. GARANTIA BANCÁRIA. DECLARAÇÃO NEGOCIAL. INTERPRETAÇÃO. ABUSO DE DIREITO**

Nº do Documento: SJ200506220017986

Data do Acórdão: 22/06/2005

Votação: UNANIMIDADE

Tribunal Recurso: T REL LISBOA

Processo no Tribunal Recurso: 7961/03

Data: 09/12/2004

Texto Integral: S

Privacidade: 1

Meio Processual: REVISTA.

Decisão: NEGADA A REVISTA.

Sumário :

I - Há que interpretar por modo correcto o contrato de garantia bancária (suas cláusulas) por modo a não esquecer a diferença entre garantia de bom cumprimento contratual e garantia de subsistência de oferta em concurso público de a empreitada.

II - A interpretação da declaração negocial tem por objectivo fixar o seu sentido e alcance juridicamente decisivos, sendo a justiça o seu fundamento necessário (justiça do caso concreto).

III - **O comportamento abusivo outra coisa não é senão o exercício de um direito aparente: trata-se de um comportamento que exhibe a forma, a aparência de um direito que, na verdade, não existe.**

Decisão Texto Integral: ACORDAM NO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

¹⁶⁸ Extraídos do site <http://www.stj.pt>.

¹⁶⁹ Todos os destaques no texto não constam do original, foram inseridos como forma de destacar os trechos mais significativos das ementas e votos.

O Município de Lisboa, em 10/12/2001 intentou acção ordinária contra o Banco A, S.A. pedindo a condenação desta a pagar-lhe 22.999.876\$00 e juros. Contestou a Ré que, além do mais, deduziu o incidente de intervenção acessória provocada de B, sociedade Metropolitana de Construções, S.A., tendo esta contestado também.

Findos os articulados foi proferido despacho saneador sentença a julgar a acção improcedente.

Inconformada com tal decisão apelou o Autor sem êxito, recorrendo agora de revista. Formula nas suas alegações as seguintes conclusões:

«...

I. A garantia bancária autónoma prestada pelo A a favor do Município de Lisboa realizava a função de garantia de subsistência da oferta da B no concurso público;

II. Tratando-se de uma garantia de subsistência da oferta, a perda da caução pode ocorrer, nos termos do art. 103º, nº 3 do Dec.-Lei nº 235/86, de 18 de Agosto, pelo facto de não se ter celebrado o contrato de empreitada, por motivo imputável ao concorrente, conforme sucedeu;

III. O nº 3 do art. 103º do Dec.-Lei nº 235/86 não deixa dúvidas quanto à circunstância de o adjudicatário perder a favor do dono da obra a caução prestada se o contrato de empreitada não se vier a celebrar por motivo que ao primeiro seja imputável;

IV. No caso, a não celebração do contrato de empreitada ficou exclusivamente a dever-se ao facto de a B não ter a sua situação contributiva regularizada perante a Segurança Social, o que impedia o Município de Lisboa de com ela contratar;

V. Sendo que a B tinha a obrigação de manter a sua proposta;

VI. Pelo que o Município de Lisboa podia legitimamente accionar a garantia bancária de que era beneficiário;

VII. Ao não entender assim, o douto Acórdão recorrido violou as normas dos arts. 92º, nº 1 e 103º, nº 3 do Dec.-Lei nº 235/86, de 18 de Agosto, e do art. 15º, al. a) do Dec.-Lei nº 411/91, de 17 de Outubro;

VIII. E mais: o douto Acórdão recorrido violou igualmente as normas dos arts. 236º, nº 1 e 334º do Código Civil;

IX. O primeiro preceitua que o sentido decisivo da declaração negocial é aquele que seria apreendido por um declaratório normal, ou seja, o sentido que da mesma seja razoável retirar ou presumir e não aquele que o declarante pretende ter querido atribuir-lhe;

X. Deste modo, uma garantia bancária autónoma prestada para garantir a subsistência de uma proposta efectuada no âmbito de um concurso público não pode ser interpretada no sentido de só poder ser accionada se o contrato tiver sido celebrado;

XI. A garantia bancária autónoma em causa deve ser antes interpretada de acordo com a finalidade para que foi prestada e o momento em que tal ocorreu, bem como em função do condicionalismo jurídico aplicável;

XII. Segundo o próprio texto da garantia, a mesma correspondia ao «depósito de garantia definitivo para a empreitada»;

XIII. O montante da garantia - 29.999.876\$00 - mostra bem, por comparação com o valor da proposta da B - 599.997.516\$00 -, a referida finalidade de caução;

XIV. Do que resulta a completa irrelevância da não celebração do contrato de empreitada para a possibilidade de ser exigido o cumprimento da garantia de subsistência da proposta;

XV. Por último, temos que também não podem quer o banco emitente da garantia quer a entidade que a entregou para caucionar a subsistência da sua proposta pretender que a mencionada garantia apenas seria accionável após a celebração do contrato de empreitada;

XVI. Pois tal representa um manifesto abuso de direito (art. 334º do Código Civil), por contrariedade com a posição assumida no concurso, de que ao Supremo Tribunal de Justiça cabe conhecer.»

Corridos os vistos, cumpre decidir.

É a seguinte a matéria de facto provada:

«...

2.1) O Banco C emitiu e constituiu a garantia n.º 02/1000019845 cujo teor corresponde ao conteúdo do documento de folhas 21 e 22 dos autos.

2.2) A Câmara Municipal de Lisboa, lançou um concurso público de empreitada para a Construção do ... do Casal Vistoso, através do Anúncio 39/93, publicado na III Série, n.º 129 de 3.6.1993.

2.3) Nesse mesmo anúncio o acto público de concurso foi marcado para as 9.30 horas do dia 20 de Julho de 1993.

2.4) Em 21.12.1993 foi elaborada a informação que consta a folhas 53/54 dos autos;

2.5) Em 25.01.1994 o Gabinete de Estudos e Planeamento da C.M.L. emite parecer sobre a adjudicação da empreitada à B, informação n.º 239/GEP/DPPC/94, que se alcança a folhas 55/57 dos autos.

2.6) Este parecer foi levado à votação na reunião da Câmara Municipal de Lisboa, através da proposta 106/95, e foi aprovada em 8.3.95.

2.7) Pelo ofício n.º 951493/DD de 28.3.1995 foi a B "notificada" de que foi aprovada a sua proposta para a Empreitada n.º 5/DD/93 -"Construção do Pavilhão do Casal Vistoso".

2.8) Na mesma data do anterior, recebeu, ainda, o ofício n.º 95/494/DD, com comunicação para realização do depósito definitivo de Esc. 29.999.786\$00, que constitui a garantia para essa Empreitada.

2.9) A data limite para a apresentação do depósito de garantia era o dia 17.4.1995.

2.10) Em 17.4.1995 a B enviou a garantia bancária n.º 02/1000019845, emitida pelo C, pelo valor de 5% da empreitada.

2.11) A B foi "notificada" da minuta do contrato através do ofício n.º 74 da CML, com

data de 16.8.95, cujo teor consta a folhas 64 dos autos.

2.12) O teor de tal minuta corresponde ao conteúdo do documento de folhas 65/67 dos autos.

2.13) A B respondeu à CML por ofício cujo conteúdo corresponde ao teor do documento de folhas 68 dos autos.

2.14) Em 10.10.95 através dos serviços de Notariado da CML a B foi "notificada" para o seguinte: "Queiram indicar quem vem assinar e se estão interessados em assinar no dia 20.10.95 às 15h.

2.15) Por acordo entre a CML e a B a data marcada ficou sem efeito.

2.16) Em 8.4.96 a B devia ao Centro Regional de Segurança Social de Lisboa e Vale do Tejo a quantia de 356.091.758\$00.

2.17) A "B" SA fez correr processo especial de recuperação de empresa que teve os seus termos nesta Vara (então Juízo) e secção, com o nº 276/96.»

Feita esta enumeração, e delimitado como está o objecto do recurso pelas conclusões das alegações do recorrente, Município de Lisboa, começaremos por dizer que este carece de razão.

Com efeito, há desde logo que acentuar que a garantia bancária prestada pelo A (doc. de fls. 12) visava o incumprimento do contrato de empreitada a celebrar entre o Município de Lisboa e a B - Sociedade Metropolitana de Construções, S.A. (e não que esta última criasse condições necessária à celebração do contrato). Sucede, porém, que tal contrato não chegou a ser celebrado, tendo ficado provado que por mútuo acordo entre o Município de Lisboa e a B foi dada sem efeito a data marcada para a assinatura de tal contrato.

Por outro lado a não concretização do contrato de empreitada entre a B e o Município de Lisboa é apenas imputável a este último por não ter acatada nem sequer um dos diversos prazos que ao tempo a lei impunha que acatasse (v. art.ºs 81 e seguintes do D.L. 235/86 de 18/8 então em vigor).

Estamos em face de uma garantia de cumprimento do contrato de empreitada (e não de garantia de subsistência de oferta), sendo também de salientar que, contrariamente ao alegado pelo recorrente, se não provou que a não celebração do contrato se ficou a dever ao facto de a B não ter a sua situação contributiva regularizada perante a Segurança Social, o que impedia o Município de Lisboa de com ela contratar.

E porque assim é, evidente se torna que não há legitimidade para este último accionar, a garantia bancária em causa.

É esta a solução a que conduz o sentido decisivo de declaração negocial em análise, face ao preceituado no art.º 236º n.º 1 C. Civil, que consagra a doutrina da impressão do destinatário.

Como se sabe a interpretação da declaração negocial tem por objectivo fixar o seu sentido e alcance juridicamente decisivos, sendo a justiça o seu fundamento necessário (justiça do caso concreto).

Refere ainda o recorrente Município de Lisboa que há um manifesto abuso de direito (art.º 334º C. Civil) por parte do A e da B na sua pretensão de não poder accionar-se a mencionada garantia.

Já se viu do que se deixou dito que não colhe a tese do recorrente em que tal alegação assenta, sendo apenas de recordar que o abuso de direito é um limite normativo imanente ou interno dos direitos subjectivos - pelo que no

comportamento abusivo são os próprios limites normativo-jurídicos do direito particular invocados que são ultrapassados.

O comportamento abusivo outra coisa não é senão o exercício de um direito aparente: trata-se de um comportamento que exhibe a forma, a aparência de um direito que, na verdade, não existe (Questão de Facto - Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade, pág.ªs 526 e nota 46, Almedina).

Por tudo o exposto, e sem necessidade de mais amplas considerações, improcedem as conclusões das alegações do recorrente, sendo de manter o decidido no acórdão recorrido, que não cometeu nulidades nem violou preceitos legais, "maxime" os invocados pelo recorrente.

Decisão:

1 - **Nega-se a revista.**

2 - Sem custas por o recorrente estar isento.

Lisboa, 22 de Junho de 2005

Fernandes Magalhães,
Azevedo Ramos,
Silva Salazar.

02) Processo: 05B398

Nº Convencional: JSTJ000

Relator: FERREIRA DE ALMEIDA

Descritores: **ABUSO DO DIREITO**

Nº do Documento: SJ200504070003982

Data do Acórdão: 07/04/2005

Votação: UNANIMIDADE

Tribunal Recurso: T REL GUIMARÃES

Processo no Tribunal Recurso: 527/04

Data: 29/09/2004

Texto Integral: S

Privacidade: 1

Meio Processual: REVISTA.

Decisão: NEGADA A REVISTA.

Sumário :

I. Só existirá, em princípio, abuso do direito, quando, admitido um certo direito como válido (isto é não só legal, mas também legítimo, razoável) todavia, no caso concreto, ele aparece exercitado em termos clamorosamente ofensivos da justiça, ainda que ajustados ao conteúdo formal do direito.

II. Não age com abuso do direito, mas antes no exercício normal de um direito de aquisição o cônjuge que, sete meses depois de dissolvido o matrimónio, e já depois de aceite que a casa de morada de família se destinava a ser fruída pelo outro cônjuge, se propôs adquirir o respectivo imóvel por escritura pública.

Decisão Texto Integral:Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

1. "A" intentou, com data de 14-6-00, acção ordinária contra B, pedindo a condenação deste a reconhecer que:

- a) - os bens que identifica no art. 8º da petição não integram o activo do património comum do extinto casal;
- os bens constantes do art. 27º têm o valor ali indicado;
- os bens indicados nos arts. 28º, 30º e 31º integram o activo do património comum;
- o recheio do estabelecimento "Eureka " integra o activo do património comum; e que
- do património comum faz parte a quantia de 529.626\$50;

b) - a entregar os bens relacionados sob os artigos 15º e 32º; e

- a restituir o valor do trespasse ao património comum.

Alegou, para tanto, e em síntese que:

- o casamento celebrado entre as partes foi dissolvido por decisão judicial, tendo, em consequência, sido requerido inventário para partilha dos bens;
- existem bens que nunca deviam ter sido relacionados pelo seu marido, enquanto cabeça de casal e em relação a outros bens entende haver excesso de relação.
- há falta de relação de outros bens que indicou.

4. Contestação o Réu por impugnação, na qual concluiu pela improcedência da acção, formulando ainda pedido reconvenicional no qual peticionou metade do valor referido, dado que se trataria de actividade comercial exercida por ambos.

5. Na réplica, a A. concluiu como no articulado inicial, tendo porém, e posteriormente, vindo alterar o pedido e a causa de pedir, solicitando se declarasse que:

- por escritura celebrada em 13-7-94, a A. adquirira a propriedade da fracção que identificou no articulado inicial; e que
- a mesma não integrava o património comum do extinto casal.

6. A esse último pedido respondeu o R., deduzindo ainda pedido reconvenicional no qual requereu se declarasse ser o mesmo proprietário da controvertida fracção.

7. Por sentença de 23-10-03, o Mmo Juiz de Viana do Castelo julgou a acção parcialmente procedente e, em consequência, declarou que:

- o bem indicado sob a verba n.º 108º foi herdado pela A. e não integra o activo do património do extinto casal;
- os bens relacionados no art. 27º da petição inicial têm o valor indicado em sede de factos provados;
- o recheio do estabelecimento Eureka e móveis referidos no quesito 140º integram o activo do património comum do extinto casal; e
- que a A. é a proprietária da fracção designada pela letra BF, correspondente ao quinto andar direito trás, no bloco torre, destinado a habitação com uma varanda e um lugar de garagem na cave, do prédio urbano constituído em propriedade horizontal, sito no lugar da Abelheira, São Vicente, Urbanização Capitães de Abril, freguesia de santa Maria Maior - BF, inscrito na matriz respectiva sob o art. 2.669º e

inscrito na Conservatória do Registo Predial de Viana do Castelo;

Mais condenou o R. a restituir ao património comum o valor do trespasse do estabelecimento Eureka e a reconhecer tal direito, absolvendo, no restante, o R. do pedido;

E, finalmente, julgou improcedente o pedido reconvenicional formulado por B, dele absolvendo a Ré.

8. Inconformado com tal decisão, dela veio o Réu apelar, mas o Tribunal da Relação de Guimarães, por acórdão de 29-9-04, negou provimento ao recurso, assim confirmando a decisão recorrida.

9. De novo irresignado, desta feita com esse aresto, dele veio o mesmo Réu recorrer de revista para este Supremo Tribunal, em cuja alegação formulou as seguintes conclusões:

1ª- O Tribunal não tem elementos probatórios para concluir que "o recheio do estabelecimento Eureka e móveis referidos no quesito 140º integram o activo do património comum do extinto casal";

2ª- Cabia à recorrida a alegação e prova dos factos constitutivos do direito que se arroga - e que se trata da peticionada "restituição do valor do trespasse ao património comum"- nos termos do n.º 1 do artigo 342º do Código Civil, e, não tendo estes conseguido fazê-lo, aquele pedido não pode proceder, face às regras sobre o ónus da prova. Por outro lado,

3ª- Não foram alegados pela recorrida quaisquer factos atinentes à aquisição originária do imóvel;

4ª- Na falta de outros elementos, o Tribunal não pode concluir, sem mais, pela propriedade da fracção a favor da recorrida e muito menos condenar o recorrente a reconhecer esse direito, quando é este quem lá habita, por força da aquisição em inventário e ainda do deferimento da providencia cautelar referida nos autos;

5ª- A recorrida, com a presente acção pretende obter para si uma vantagem patrimonial ilegítima, pois que sabe muito bem que a fracção era então bem comum do casal e que não lhe pertence;

6ª- Ao celebrar unilateralmente a escritura, já depois de dissolvido o casamento, e depois ao instaurar a presente acção, pretendendo reaver parte do que cedeu por meio de licitações, através de um procedimento a todos os títulos condenável, excedeu os limites impostos pela boa-fé e pelos bons costumes, abusando de direito;

7ª- A errada apreciação, ponderação e sustentação determina a nulidade do acórdão proferido, uma vez que não atendeu a elementos probatórios fornecidos, baseou-se em pressupostos processuais e factuais comprovadamente errados, não observa preceitos legais e regulamentares, em violação da lei substantiva e do processo, não se pronunciando, por isso, sobre as questões que lhe foram colocadas, violando os preceitos dos artºs 668º, 721º, 722º do CPC e 334º e 342º e, estes do CC).

10. Colhidos os vistos legais, cumpre apreciar.

11. Em matéria de facto relevante, remete-se para o elenco dado como assente pela Relação - conf. artº 713º, nº 6, aplicável "ex-vi" do artº 726º, ambos do CPC. Direito aplicável.

12. Objecto da revista:

São as seguintes as questões suscitadas pelo recorrente nas respectivas conclusões de revista:

- falta de elementos probatórios para concluir que "o recheio do estabelecimento Eureka e móveis referidos no quesito 140º integram o activo do património comum do extinto casal";
- não satisfação pela A. ora recorrida do ónus da prova, que sob si impendia, acerca da peticionada "restituição do valor do trespasse ao património comum";
- falta de alegação pela A. de quaisquer factos atinentes à aquisição originária do imóvel, pelo que o tribunal não poderia assim concluir, sem mais, pela propriedade da fracção a favor da recorrida e muito menos condenar o recorrente a reconhecer esse direito, quando é este quem lá habita, por força da aquisição em inventário e ainda do deferimento da providencia cautelar referida nos autos;
- a A. pretende obter para si uma vantagem patrimonial ilegítima, pois que sabe muito bem que a fracção era então bem comum do casal e que a mesma lhe não pertence;
- a A. agiu com abuso do direito ao celebrar unilateralmente a escritura, já depois de dissolvido o casamento, e depois ao instaurar a presente acção, pretendendo reaver parte do que cedeu por meio de licitações, através de um procedimento a todos os títulos condenável, excedendo assim os limites impostos pela boa-fé e pelos bons costumes;
- o acórdão recorrido é nulo, uma vez que não atendeu a elementos probatórios fornecidos, baseou-se em pressupostos processuais e factuais comprovadamente errados, não observou preceitos legais e regulamentares, em violação da lei substantiva e do processo, não se pronunciando, por isso, sobre as questões que lhe foram colocadas, violando os preceitos dos artºs 668º, 721º, 722º do CPC e 334º e 342º e, estes do CC.

13. Nulidade do acórdão.

Sustenta o recorrente que acórdão recorrido é nulo, uma vez que não atendeu a elementos probatórios fornecidos, baseando-se em pressupostos processuais e factuais comprovadamente errados, não observou preceitos legais e regulamentares, em violação da lei substantiva e do processo, não se pronunciando, por isso, sobre as questões que lhe foram colocadas, violando os preceitos dos artºs 668º, 721º, 722º do CPC e 334º e 342º, estes dois últimos do CCivil). Sem qualquer razão, porém.

O recorrente confunde manifestamente nulidade do acórdão por omissão ou excesso de pronúncia com hipotéticos "erros de julgamento" relativos à fixação/assentamento dos factos materiais da causa, só sindicáveis em sede de mérito, que não em sede de mera forma.

14. Matéria de facto. Poderes de cognição.

Perante a Relação, o Réu, ora recorrente, sustentou que as respostas aos quesitos 27º a 125º não se compadeceriam com a prova produzida, nomeadamente em face

da avaliação feita em Janeiro de 2002 (conclusões 1ª a 6ª), havendo, de resto, contradição entre as respostas aos quesitos 1º e 2º, deve prevalecer aquela e ser parcialmente revogada a sentença (conclusões 7ª e 9ª). E mais: que as respostas aos quesitos 134º a 140º não se coadunariam com a prova produzida, de resto não objecto da respectiva análise crítica, com excesso de pronúncia e em violação das regras sobre ónus probatório.

A Relação entendeu, todavia, que não era de alterar/modificar as questionadas respostas.

Para o não uso dessa faculdade, esclareceu a Relação que o ora recorrente não deu oportuno e cabal cumprimento ao disposto no art. 690-A CPC, nem se tendo, por isso, procedido à gravação da prova produzida em audiência, sendo que o ora recorrente não deduziu qualquer reclamação às respectivas respostas (artº 653º).

Considerou a Relação que, no fundo, o que o recorrente pretendia então, - e continua agora a pretender diga-se de passagem - é questionar o princípio da liberdade de julgamento e da livre apreciação da prova (artº 655º) prova essa baseada essencialmente de natureza testemunhal, e inexistindo qualquer outro elemento processualmente adquirido que pudesse inculcar decisão de sentido contrário, não havendo a Relação descortinado qualquer contradição lógica entre respostas aos quesitos.

Abra-se aqui um parêntesis para observar que sem embargo de haver decidido pela incoerência de uma tal contradição, entendeu a Relação que o tribunal de 1ª instância havia incorrido em erro material, (lapso manifesto), assim procedendo desde logo, e a título oficioso, à respectiva rectificação em ordem a que se devesse passar a ler-se: "quesito 1º: não provado, à excepção da verba nº 108 que é provado e ao 2º: não provado".

Ora, nunca é demais salientar que Supremo, como tribunal de revista que é, só conhece, em princípio, de matéria de direito, limitando-se a aplicar definitivamente o regime jurídico que julgue adequado aos factos materiais fixados pelo tribunal recorrido - artºs 26º da LOTJ99 aprovada pela L 3/99 de 13/1 e 729º nº 1 do CPC; daí que o eventual erro na apreciação das provas e na fixação da matéria de facto pelo tribunal recorrido só possa ser objecto do recurso de revista quando haja ofensa de uma disposição expressa da lei que exija certa espécie de prova para a existência do facto ou que fixe a força de determinado meio de prova (art.s 721, nº 2 e 722º, nºs 1 e 2, do CPC); excepções esta últimas que claramente não ocorrem no caso «sub-judice».

Não cabe nos poderes do Supremo Tribunal de Justiça censurar o não uso pela Relação da faculdade de alterar/modificar as respostas dadas aos quesitos pelo Tribunal Colectivo.

O que o Supremo poderia sindicar, isso sim, era o bom ou mau uso (formal) dos poderes de alteração/modificação da decisão de facto que à Relação são conferidos nas restritas hipóteses contempladas nas três alíneas do nº 1 do artº 712º do CPC; como a Relação não exercitou tal faculdade, a factualidade dada por si como assente - assim confirmando a já elencada como provada pelo tribunal de 1ª instância - terá de permanecer agora como incontroversa.

15. Abuso do direito.

Quanto ao aventado abuso de direito relativamente à declaração da titularidade da fracção da fracção imóvel BE entendeu - e bem - a Relação não se descortinar a respectiva ocorrência, nos termos e para os efeitos do art. 334 do C. Civil.

Alega o recorrente que a A., ora recorrida, ao celebrar unilateralmente a escritura já depois de dissolvido o casamento, e já depois de instaurada a presente acção, pretenderia reaver parte do que cedeu por meio de licitações, pelo que terá adoptado "um procedimento a todos os títulos condenável" (sic).

Na realidade, a A., com data de 13-7-94, (ou seja, sete meses depois de acordado o divórcio e aceite que a casa de morada de família se destinava a ser fruída pelo ora recorrente), é que declarou adquirir por escritura pública, o prédio em apreço pelo preço de 6.000.000\$00, mediante a negociação de adequado financiamento bancário (5.400.000\$00).

Mas trata-se, em boa verdade, do exercício normal de um direito de aquisição. O âmago do conceito de abuso do direito, encontra-se lapidariamente balizado (então ainda «de jure constituendo») pelo Prof Manuel de Andrade in "Teoria Geral das Obrigações", Coimbra, Almedina, 1963, pág 63, para quem " grosso modo, existirá um tal abuso, quando, admitido um certo direito como válido (isto é não só legal, mas também legítimo, razoável) todavia, no caso concreto, ele aparece exercitado em termos clamorosamente ofensivos da justiça (ainda que ajustados ao conteúdo formal do direito) " (sic),

O que não é manifestamente o caso dos autos, pois que se não surpreende de forma alguma nessa forma de aquisição - o recorrente não o demonstra - "o exercício de um direito em termos manifestamente ofensivos da boa fé, dos bons costumes ou do fim económico e social desse direito", ou seja uma não actuação legítima e conforme os padrões ético-sociais dominantes.

16. Caso julgado.

Quanto à excepção dilatória de caso julgado por alegada existência de diverso título aquisitivo anterior dessa fracção, a mesma não se verifica, porquanto, por decisão judicial de 16-10-97, prolatada no inventário para separação de meações, as partes foram remetidas para os competentes meios comuns no que tange à relação de bens apresentada, decisão processual essa (ela sim) com eficácia vinculativa iter partes.

E só em caso de um desfecho positivo dessa (futura) acção proponenda, as partes se poderiam vir a confrontar com a necessidade de uma partilha adicional. Mas também nessa situação de não vislumbraria a chamada "tripla identidade" a que se reporta o artº 497 do CPC.

17. Decisão:

Em face do exposto, decidem:

- negar a revista;
- confirmar, em consequência, o acórdão recorrido.

Custas pelo recorrente.

Lisboa, 7 de Abril de 2005.
Ferreira de Almeida,
Abílio Vasconcelos,
Duarte Soares.

03) Processo: 02B2967
Nº Convencional: JSTJ000
Relator: FERREIRA DE ALMEIDA
Descritores: **ABUSO DE DIREITO**

Nº do Documento: SJ200211130029672
Data do Acórdão: 13/11/2002
Votação: UNANIMIDADE
Tribunal Recurso: T REL PORTO
Processo no Tribunal Recurso: 550/02
Data: 11/04/2001
Texto Integral: S
Privacidade: 1
Meio Processual: REVISTA.
Decisão: NEGADA A REVISTA.
Área Temática: DIR CIV - TEORIA GERAL.
Legislação Nacional: CCIV66 ART334.
Jurisprudência Nacional: AC STJ PROC1334/01 2SEC DE 2001/06/07.
AC STJ PROC284/02 2SEC DE 2002/03/07.
AC STJ PROC3293/01 2SEC DE 2001/11/22.

Sumário :

I - A nossa Lei adoptou a concepção objectiva do abuso de direito - não exige que o titular do direito proceda com consciência do excesso.

II - Abusa do direito o proprietário que pede a demolição de uma edificação feita pela proprietária do prédio contíguo numa placa de um anexo daquele quando, 14 anos antes - altura em que era arrendatário, não só consentiu nela como ajudou na sua construção.

Decisão Texto Integral: Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

1. A e B propuseram, nas Varas Cíveis do Porto, contra C acção ordinária, pedindo que a Ré fosse condenada a:

- a)- ver declarado o direito de propriedade dos AA sobre o prédio constante dos itens 1.º e 2.º da petição inicial, em toda a sua extensão, em todos os seus elementos e dentro das suas confrontações incluindo sobre a parte do imóvel que a Ré ocupa, isto é, a placa onde a Ré edificou a dita construção;
- b)- ver declarada a sua posse insubsistente, ilegal e de má-fé;
- c)- desocupar e a restituir aos AA a parte do imóvel que ilicitamente ocupa, entregando-lha livre de pessoas e coisas;
- d)- demolir a construção edificada e repor a placa no estado em que se encontrava anteriormente, vedando-a com tela impermeabilizada, arranjando o interior do anexo para eliminar o salitre e os fungos e pintá-lo, ou em alternativa, pagar aos AA a

quantia de 470.000\$00, acrescida de juros de mora desde a citação até efectivo e integral pagamento, correspondente ao montante necessário para a demolição da construção e reparação da placa e do interior do anexo - (sic).

Alegaram, para tanto, e em síntese, que:

- são donos do prédio urbano, identificado no artigo 1º da petição, por o terem comprado por escritura outorgada em 2-8-99 e por usucapião;
- já nele habitavam desde 12-5-71 na sequência de um contrato de arrendamento celebrado com a anterior proprietária;
- a Ré, que habita num prédio contíguo, há cerca de 14 anos, sem autorização da anterior proprietária ou dos AA, ocupou a placa do anexo situado nas traseiras do prédio actualmente deles e aí efectuou uma pequena construção, onde se encontra instalada uma casa de banho e uns arrumos;
- em Agosto de 1999, interpelaram a Ré para abandonar o referido espaço e demolir a construção nela edificada;
- a Ré, apesar de o ter prometido, não procedeu à demolição e a casa de banho por ela construída está a provocar danos no anexo.

2. A Ré, na sua contestação, alegou, em resumo, e além do mais, que, há cerca de 14 anos, ela e seu falecido marido - com o consentimento e colaboração dos AA -, procederam à construção da mencionada placa no anexo situado nas traseiras do prédio deles e depois aí construíram a casa de banho, pelo que solicitou a improcedência da acção.

3. Os AA, na réplica, mantiveram a sua posição inicial .

4. O Mmo Juiz da 6ª Vara Cível da Comarca do Porto, por sentença de 21-12-01, reconheceu o direito de propriedade dos AA. sobre o prédio identificado nos artºs 1º e 2º da petição inicial e condenou a Ré a reparar o tecto e paredes do anexo situado nas traseiras do prédio dos AA., procedendo à limpeza do tecto e paredes do interior do dito anexo, para eliminar o salitre e os fungos. Absolveu, porém, a Ré das restantes parcelas do pedido.

5. Inconformadas, apelaram os AA, solicitando se condenassem os RR na totalidade do pedido, mas o Tribunal da Relação do Porto, por acórdão de 11-4-02, negou provimento ao recurso, reiterando a asserção de que os AA, ao formularem o pedido de demolição da construção, cuja edificação foi por eles autorizada e incentivada, há 14 anos, incorreram em abuso de direito, na modalidade de - venire contra factum proprium -.

6. De novo irresignados, desta feita com tal aresto, dele vieram os AA recorrer de revista para este Supremo Tribunal, em cuja alegação formularam as seguintes conclusões:

A) - O actual exercício do direito de reivindicação pelos recorrentes não constitui um abuso de direito, porque os recorrentes não excederam quaisquer limites impostos pela boa-fé ou pelos bons costumes, uma vez que não traíram a boa-fé, nem actuaram em sentido contrário a qualquer expectativa que criassem na recorrida; nem excederam os limites impostos pelo fim social ou económico do direito de propriedade, pois o exercício do direito de reivindicação, sequela do direito de

propriedade, é perfeitamente normal e, muito menos, se verifica um excesso manifesto, como a lei exige;

B) - Nem o actual exercício do direito de reivindicação pelos recorrentes integra a modalidade de abuso de direito, - venire contra factum proprium -, porque o consentimento anterior dos recorrentes objectivamente interpretado em face à lei não seria exercido pois não obteve consentimento do então proprietário do prédio em causa, que a recorrida bem conhecia, a Venerável Irmandade da Nossa Senhora da Lapa, nem os recorrentes, na ocasião meros inquilinos, adoptaram, então ou posteriormente, qualquer comportamento susceptível de induzir tal confiança na recorrida;

C) - Os recorrentes, à data da ocupação da placa do anexo sito nas traseiras do seu prédio, eram meros inquilinos, portanto com poderes de disposição limitados em relação ao prédio, e nem sonhavam que uma dia seriam seus proprietários . E, na sua convicção, a oposição àquela ocupação teria de passar pela intervenção do seu então proprietário, o que condicionava a sua actuação, pois tal entidade era não só sua senhoria, como também entidade patronal do recorrente marido;

D) - O direito de propriedade é um dos direitos a que a lei reconhece maior liberdade de actuação e decisão, pois confere ao seu titular a universalidade de poderes que ao prédio se podem referir, sendo o direito de reivindicação a expressão mais dinâmica da sua estrutura para prossecução do interesse do proprietário ;

E) - O exercício do direito de reivindicação pelos recorrentes não pretende prejudicar a recorrida, não compromete o gozo de qualquer direito daquela, nem existe qualquer desproporção entre a utilidade do exercício do direito de reivindicação pelos recorrentes e as consequências que a recorrida tem de suportar ;

F) - Ainda que o actual exercício do direito de reivindicação pelos recorrentes fosse considerado contraditório ao anterior consentimento dos recorrentes à ocupação feita pela recorrida, o que não se concede, sempre tal contradição seria aparente porquanto aquela reivindicação estaria justificada pelos prejuízos que, entretanto, a construção edificada veio trazer aos recorrentes ;

G) - E porque tal ocupação trazia prejuízos aos recorrentes, desde o momento em que adquiriram a propriedade do imóvel em causa, livre de quaisquer ónus ou encargos, sempre vêm exigindo à recorrida a restituição daquele espaço ;

H) - Mesmo que na altura em que a recorrida e seu marido ocuparam parte do prédio em questão, os recorrentes já fossem seus proprietários, sempre estariam em condições de exigir a entrega da parte ocupada, a todo o tempo ; Iria contra o espírito do nosso sistema jurídico que a mera tolerância dos recorrentes, mesmo que fossem proprietários, conferisse à recorrida um direito vitalício e ainda para mais gratuito de detenção da placa;

É que é contrária à ordem pública que alguém se vincule indefinidamente por um contrato obrigacional, ainda por cima gratuito.

E depois, a ser acolhido outro entendimento, tomar-se-ia um obstáculo a que de futuro os cidadãos usem de tolerância e benevolência nas suas relações sociais

I) - A ocupação da placa dos recorrentes pela recorrida não tem qualquer título que a justifique, nem pode produzir os efeitos que se pretende no acórdão recorrido pois não existe nenhum estado de confiança da recorrida a ser protegido;

Tal ocupação viola o direito de propriedade dos recorrentes;

E a recusa da restituição de tal espaço corresponde à negação do seu direito de propriedade;

J) - Assim, ainda que se recuse a demolição da construção edificada pela recorrida não se poderá recusar aos recorrentes a restituição daquele espaço, sua propriedade, porque tal pedido não corresponde a qualquer abuso de direito;

K) - Pelo exposto, o douto acórdão viola o artigo 1131º, aplicando indevidamente o artigo 334º do mesmo diploma, que não tem aqui aplicação.

7. Contra-alegou a Ré, pugnando pela confirmação do acórdão recorrido, para o que formulou as seguintes conclusões:

1ª- O exercício do direito de reivindicação formulado pelos recorrentes configura - abuso de direito -, na modalidade de - venire contra factum proprium". Os recorrentes actuaram contra as expectativas que criaram na recorrida, utilizaram o seu direito fora das condições em que a lei o permite, o que tem por efeito a falta do próprio direito. Neste sentido, o Prof. Vaz Serra, in - Abuso de Direito -, nº 8;

2ª- Decidiram muito bem os Venerandos Desembargadores em terem concluído que os recorrentes, ao formularem o pedido de demolição da construção que autorizaram e incentivaram há já 14 anos, têm a sua actuação incursa na figura do abuso de direito, na modalidade do - venire contra factum proprium -;

3ª- O abuso de direito manifesta-se em - venire contra factum proprium", isto é, quando a conduta anterior do titular do direito, objectivamente interpretada em face da lei, dos bons costumes e da boa fé, legitima a convicção de que tal direito não será exercido, pois que, então, a ulterior atitude do titular que tal convicção desminta passa a ser reportada, objectivamente, como desleal, ofensiva dos bons costumes e da boa fé;

5ª- Contrariamente ao afirmado pelos recorrentes, não se está perante uma recorrida usurpadora e despida de título ;

6 -Não houve, pois, qualquer violação do artº 1311º do C.Civil, nem o artº 334º do mesmo código foi aplicado indevidamente.

8. Colhidos os vistos legais, cumpre decidir:

9. Em matéria de facto relevante, deu a Relação como assentes os seguintes pontos :

1º- Os AA são donos e legítimos proprietários do prédio urbano, composto por casa de dois pavimentos, com quintal, destinado a habitação, sito na Travessa, nº, freguesia de Cedofeita, Porto, por o haverem adquirido à sua anterior proprietária a Venerável Ordem de Nossa Senhora da Lapa, conforme declarado em escritura pública outorgada a 2-8-99, lavrada a fls. 5 e 6 do Livro de notas 17-C do 2º Cartório Notarial do Porto, sendo que a dita aquisição está registada a favor dos AA pela Ap. 14 de 05/08/99 a fls. 154 do Livro G sob o nº 105979;

2º- O predito prédio acha-se descrito na competente Conservatória do Registo Predial do Porto sob o nº 6318 a fls. 53 do Livro B-18 e inscrito na respectiva matriz sob o art - 6734 ;

3º- Os AA, por si e antepossuidores, há mais de 30 anos, praticam sobre o aludido prédio actos próprios e inerentes a verdadeiros proprietários, designadamente, pagando as suas contribuições, tudo isto à vista de toda a gente, sem qualquer oposição e interrupção e na convicção de que o prédio lhes pertence;

4º- Por contrato escrito celebrado em 12-5-71, os AA tomaram de arrendamento o ajuizado prédio, dado pela Venerável Ordem de Nossa Senhora da Lapa, para sua habitação, conforme documento junto a fls. 14 dos autos;

- 5- A Ré habita há cerca de 35 anos o prédio sito na Travessa, nº, freguesia de Cedofeita, Porto, contíguo ao dos AA ;
- 6º- Há cerca de 14 anos a Ré procedeu à edificação da placa no anexo situado nas traseiras do prédio dos AA, ocupando-a, estando aí edificada uma construção, onde se encontra instalada uma casa de banho e uns arrumos;
- 7º- Já em Agosto de 1999 os AA interpelaram a Ré para abandonar o predito espaço e para o repor como estava aquando da ocupação, demolindo a edificação sobre a dita placa ;
- 8º- Os AA deram o seu consentimento e ajudaram a Ré a edificar a construção referida em 6º ;
- 9º- A edificação na placa do anexo situado nas traseiras do prédio dos Autores, onde se encontra instalada uma casa de banho e uns arrumos, provoca infiltrações de humidades no tecto e paredes do referido anexo ;
- 10º- Para a demolição da predita construção e consequente vedação do terraço com tela impermeabilizada, limpeza do tecto e paredes do interior do anexo articulado, para eliminar o salitre e os fungos e sua pintura, é necessário despende a quantia de 250.000\$00.

Passemos agora ao direito aplicável.

10. O «thema decidendum» circunscreve-se à matéria da excepção peremptória inominada de abuso do direito que as instâncias deram como verificada, na parte em que os AA, ora recorrentes, impetraram a condenação dos RR à demolição da construção, cuja edificação havia sido por eles autorizada e incentivada, há cerca de 14 anos .

Haviam com efeito alegado os AA ora recorrentes que - a Ré, que habita num prédio contíguo, há cerca de 14 anos, sem autorização da anterior proprietária ou dos AA, ocupou a placa do anexo situado nas traseiras do prédio actualmente deles e aí efectuou uma pequena construção, onde se encontra instalada uma casa de banho e uns arrumos - (sic) .

Que dizer ?

Estatui o artº 334º do C.Civil, que «é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito» .

Tal como se considerou, v.g, nos Acs deste Supremo Tribunal de 7-6-01, in Proc 1334/01 e de 7-3-02, in Proc 284/02, ambos da 2ª Sec, «o abuso do direito pressupõe um excesso ou desrespeito dos respectivos limites axiológico-materiais, traduzido na violação qualificada do princípio da confiança, sendo que, para que tal aconteça, não se torna necessário que o agente tenha consciência do carácter abusivo do seu procedimento, bastando que este o seja na realidade» - conf., neste sentido, o Prof Galvão Teles, in - Obrigações -, 3ª ed, pág 6.

Situação que logo se configura quando o titular do direito se deixa cair numa

longa inércia sem a respectiva exercitação, susceptível de criar na contraparte a convicção ou expectativa fundada de que esse direito não mais será exercido, e que a sua posição jurídico-substantiva se encontra já consolidada, nela investindo, em conformidade, as suas expectativas e até o seu capital; violação drástica do princípio da confiança, que a doutrina sintetiza na máxima - venire contra factum proprium -.

Quer a doutrina, quer a jurisprudência, são concordantes em que, para se concluir por tal ilegitimidade se torna necessária a verificação cumulativa de três pressupostos : uma situação objectiva de confiança digna de tutela jurídica e tipicamente consubstanciada numa conduta anterior que, objectivamente considerada, seja de molde a despertar noutrem a convicção de que o agente no futuro se comportará coerentemente de determinada maneira ; que, face à situação de confiança criada, a outra parte aja ou deixe de agir, advindo-lhe danos, se a sua confiança legítima vier a ser frustrada ; ou seja, frustrada a boa-fé da parte que confiou. (Conf. Baptista Machado, in - Tutela de Confiança" - RLJ, Anos 117º e 118º, páginas 322 e 323 e 171 e 172, respectivamente) .- conf., ainda, o Ac do STJ de 22-11-01, in Proc 3293/01 - 2ª SEC).

O abuso do direito constitui assim um - limite normativamente imanente ou interno dos direitos subjectivos, pelo que no comportamento abusivo são os próprios limites normativo-jurídicos do direito particular que são ultrapassados" - conf., neste sentido, Castanheira Neves, in - Questão de Facto e Questão de Direito -, pág 526, nota 46 cit no Ac STJ de 31-1-96, in BMJ nº 453, pág 517.

A nossa lei adoptou a concepção objectiva do abuso do direito; isto é, não exige que o titular do direito haja procedido com consciência do excesso ou com «animus nocendi» do direito da contraparte, bastando pois que tais limites sejam e se mostrem ostensiva e objectivamente excedidos.

O - venire contra factum proprium - traduz, pois, o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. O Prof Menezes Cordeiro, in - Da Boa-fé no Direito Civil - pág 752 e segs refere, a este respeito, que - o investimento da confiança, por fim, pode ser explicitado com a necessidade de, em consequência do factum proprium a que aderiu, o confiante ter desenvolvido uma actividade tal que o regresso à situação anterior, não estando vedado de modo específico, seja impossível em termos de justiça -.

Ora, o que nos mostram os autos?

Não vem mais controvertido o direito de propriedade dos AA., ora recorrentes, sobre o espaço que é ocupado pela construção levada a cabo pela Ré e seu falecido marido, de resto desde logo reconhecido pela decisão de 1ª Instância.

O que os AA. ora recorrentes pedem é - repete-se - que a Ré, ora recorrida, seja pura e simplesmente condenada a demolir e desocupar a construção, realizada há 14 anos, com o consentimento e ajuda deles mesmos AA, sem que se haja provado que, durante aquele longo lapso temporal, alguma vez se hajam por alguma forma

(«factis vel actis») oposto sua utilização.

E, tal como bem observa a Relação, a circunstância de até 2-8-99 os AA serem apenas arrendatários do prédio em causa, tal não constituía, de per si, obstáculo a que pudessem solicitar judicialmente a restituição do espaço ocupado pela Ré, conforme resulta do artigo 1037º nº 2 do C. Civil.

Temos pois de concluir que a exercitação pelos AA., ora recorrentes, do seu direito a pedir (também) a demolição pura e simples da construção cuja edificação foi por eles autorizada, incentivada e até auxiliada há 14 anos, integra abuso de direito na modalidade do - venire contra factum proprium -, nos termos e para os efeitos do artº 334º do C. Civil, tal como vem decidido pelas instâncias .

11. Assim havendo decidido neste pendor, não merece o acórdão revidendo qualquer censura, assim improcedendo todas as conclusões da alegação dos recorrentes.

12. Decisão:

Em face do exposto, decidem :

- negar a revista ;
 - confirmar, em consequência, o acórdão recorrido .
- Custas pelos recorrentes .

Lisboa, 13 de Novembro de 2002

Francisco Manuel Lucas Ferreira de Almeida,
Abílio Vasconcelos Carvalho,
Manuel Maria Duarte Soares.

04) Processo: 04S2603

Nº Convencional: JSTJ000

Relator: MARIA LAURA LEONARDO

Descritores: **ABUSO DE DIREITO.** RESCISÃO PELO TRABALHADOR.
RETRIBUIÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO.

Nº do Documento: SJ200411170026034

Data do Acórdão: 17/11/2004

Votação: UNANIMIDADE

Tribunal Recurso: T REL PORTO

Processo no Tribunal Recurso: 5798/03

Data: 02/02/2004

Texto Integral: S

Privacidade: 1

Meio Processual: REVISTA.

Decisão: NEGADA A REVISTA.

Sumário :

1. Para aferir da legitimidade ou ilegitimidade do exercício de um direito, fornece a lei três conceitos: boa fé, bons costumes e o fim social e económico do direito.

2. A manifestação mais clara do abuso do direito é a chamada conduta contraditória (*venire contra factum proprium*) em combinação com o princípio da tutela da confiança.

3. A “neutralização do direito” é considerada, em geral, como uma modalidade especial da proibição do *venire contra factum proprium*.

4. Não constitui abuso de direito a rescisão do contrato de trabalho por parte do trabalhador/motorista, com fundamento no não pagamento de parte do subsídio de agente único – situação que já não era inédita -, estando esse trabalhador ao serviço da entidade patronal há cerca de 27 anos e a 3 anos e três meses da reforma e ainda que haja manifesta desproporção entre o valor da indemnização (por antiguidade) e o montante em dívida e aquele subsídio tenha sido acordado por valor superior ao que resultaria da aplicação da respectiva CCT.

Decisão Texto Integral:Acordam na Secção Social do Supremo Tribunal de Justiça

I - "A", residente no Lugar de Sampaio, em Penajóia, Lamego, instaurou acção declarativa, com processo comum, emergente de contrato individual de trabalho, contra B, com sede na Rua Alexandre Herculano, nº,, Porto, pedindo se declare que rescindiu com justa causa o contrato de trabalho celebrado com a ré e que esta seja condenada:

- a reconhecer que o autor tinha direito a receber mensalmente o acréscimo de 25% sobre a remuneração normal, com base em 8 horas diárias, a título de remuneração como agente único, com repercussão nas férias e nos subsídios de férias e de Natal;
- a pagar-lhe as quantias de € 478,51, a título de trabalho suplementar, e € 20.558,44, a título de indemnização pela rescisão do contrato de trabalho com justa causa, todas estas quantias acrescidas de juros de mora, à taxa legal, desde a citação até efectivo e integral pagamento.

Alega, em síntese, que foi contratado pela ré para exercer as funções de motorista e que, a partir de Novembro de 1995, passou a acumular essas funções com as de cobrador-revisor, auferindo pelo facto de ser agente único um acréscimo diário de 25% sobre 8 horas; que, pelo facto de a ré em Maio de 2001 não ter efectuado o pagamento integral desse subsídio, correu termos um processo administrativo que terminou por acordo, em que a ré se comprometeu a pagar o subsídio de agente único, vencido até 31.10.01, em prestações. Mais alega que a ré, não obstante ter feito tal acordo, continuou a não pagar o valor das 8 horas diárias de agente único nos meses de Novembro, Dezembro de 2001 e Janeiro de 2002 e no subsídio de Natal e de férias de 2001, razão pela qual o autor rescindiu o contrato com efeitos a partir de 28.02.02.

Na contestação, a ré defendeu-se por impugnação e excepção, sustentando que o autor não trabalhava todos os dias e que, por isso, o subsídio de agente único não era calculado com base em 8 horas diárias, mas em 4; que, ao rescindir o contrato à beira da reforma e nas circunstâncias em que o fez, o autor agiu com manifesto abuso de direito.

Houve resposta.

Saneado o processo e discutida a causa, foi proferida sentença que, julgando a acção parcialmente procedente, condenou a ré a pagar ao autor:

- € 20.501,88, a título de indemnização por antiguidade pela rescisão do contrato de trabalho com justa causa;
- € 478,51, a título de trabalho suplementar;

- e os respectivos juros de mora, à taxa legal, desde a citação até efectivo e integral pagamento.

Inconformada, a ré interpôs recurso da decisão, mas sem sucesso, limitando-se a Relação a julgar a apelação improcedente e a confirmar a decisão recorrida.

De novo irresignado, a ré vem pedir revista, concluindo as suas alegações do seguinte modo:

1ª) O Tribunal recorrido não podia julgar no sentido de haver justa causa para a rescisão do contrato, devendo, antes, concluir no sentido da existência de "abuso de direito" da parte do autor;

2ª) Com efeito, este atingiria a sua reforma em 19/05/2005, o que significava que se encontrava a "escassos dias" de a obter, pois para isso necessitaria apenas de trabalhar 3 anos e 3 meses, tendo em atenção a data da rescisão apresentada pelo mesmo;

3ª) O autor pede uma indemnização no montante de € 21.036,95, porque a ré lhe devia €: 179,67;

4ª) A ré propôs ao autor, em sede de "Audiência de Partes", a sua reintegração, acrescida de uma indemnização no montante de €: 5.000,00, mais o pagamento da retribuição em débito, o que este veio a declinar em absoluto;

5ª) Não parece ser grave a falta da ré e muito menos servirá de fundamento para o exercício do direito de rescisão por parte do autor;

6ª) Pelo contrário, o autor excedeu os limites da boa fé e abusou do direito;

7ª) Na verdade, por acordo celebrado entre a ré e o autor nos Serviços do Ministério Público do Tribunal de Trabalho de Lamego, em processo administrativo datado de 08/01/2002, as partes estabeleceram o pagamento do subsídio em falta até Outubro de 2001, não fazendo qualquer referência aos meses subsequentes, uma vez que os mesmos ultrapassavam o objecto do pedido;

8ª) Contudo ficou estabelecido entre as partes que até ao final do mês de Março de 2002 seriam pagos todos os valores em causa ao autor e aos restantes colegas, o que não poderia ter sido efectuado em data anterior, tal como tinha acontecido com os meses de Maio a Outubro de 2001, por dificuldades de ordem financeira;

9ª) Para demonstrar toda esta situação, atente-se no facto de o autor ter aceite, no mencionado processo administrativo que correu termos neste Tribunal, ser pago somente a partir do mês de Março de 2002, conforme consta do acordo junto aos autos, cujo teor se tem aqui por integralmente reproduzido;

10ª) Vir o autor exigir à ré o pagamento de 8 horas diárias, quando sabia que apenas prestava em média 2 horas diárias é manifesta má fé e falta de lisura e transparência por parte do autor, sendo certo que a ré, ao longo de mais de 30 anos, nunca deixou de lhe pagar o justo salário, a que acresce o facto de o autor se encontrar prestes atingir a sua reforma;

11ª) O depoimento da testemunha do autor, de nome C expressou toda a má fé e abuso de direito do autor;

12ª) Só com presunções à revelia de qualquer facto concreto é que se pode concluir que o exercício do direito não foi abusivo;

13ª) E o mais grave que tem toda esta situação, é que ex-colegas do autor, ao serviço da ré na presente data, estão de "olhos postos" no presente processo e, conforme o resultado, poderão vir no futuro, apresentar os seus pedidos de rescisão contratual, mesmo que esteja em causa o atraso no pagamento de "alguns euros";

14ª) Assim e nesta perspectiva, entende a ré que, mesmo que seja sancionada pelo

atraso no pagamento do subsídio de agente único no valor de € 179,67, nunca a indemnização poderá ser fixada no montante de € 21.036,95, mas noutra que seja proporcional e adequado à situação em causa.

Não houve contra-alegações.

No seu douto parecer, a Exm^a Procuradora-Geral Adjunta pronuncia-se no sentido de ser negada a revista.

II – O que importa resolver

Fundamentalmente isto: se ao rescindir o contrato de trabalho, ao abrigo da Lei nº 17/86 (LSA), o autor actuou com abuso de direito.

III - Os Factos

1. A ré exerce a actividade de transportes rodoviários pesados de passageiros.
2. O autor foi admitido ao exercício da ré em Maio de 1974, por contrato verbal e por tempo indeterminado, com a categoria profissional de motorista afecto ao serviço público, acompanhado por um cobrador-bilheteiro, competindo-lhe zelar pelo bom funcionamento, conservação da viatura e proceder à verificação directa dos níveis de óleo, água e combustível.
3. A partir da data referida em 2.), o autor passou a exercer as indicadas funções de motorista sob a autoridade, direcção e fiscalização da ré.
4. Era a ré que indicava o traçado rodoviário e os destinos a atingir pelo autor, dentro dos horários por ela pré-estabelecidos.
5. Como contrapartida pelo exercício da sua actividade profissional, o autor auferia, ultimamente, o quantitativo mensal de € 513,76 líquidos de salário base, acrescido de € 80,82 de diuturnidades (6 diuturnidades de € 13,47, cada) e, bem assim, os subsídios de férias e de Natal, de valores iguais.
6. O autor está sindicalizado no Sindicato dos Trabalhadores de Transportes Rodoviários e Urbanos do centro, o qual é filiado na FESTRU.
7. O autor tinha como dias de descanso semanal o domingo e complementar o Sábado.
8. O local de trabalho do autor vinha sendo, há cerca de 30 anos, a cidade de Lamego, sendo nesta que habitualmente iniciava e terminava, diariamente, o serviço.
9. O autor praticava o horário de 40 horas semanais, distribuídas por cinco dias, de segunda a sexta-feira, entre as 07,00 e as 18,30 horas.
10. A partir de Novembro de 1995, a ré deixou de ter cobradores-bilheteiros ao seu serviço, extinguindo esses postos de trabalho.
11. A partir da mesma data, a ré na secção de Lamego, deixou de ter trabalhadores ao seu serviço com a categoria de cobrador-bilheteiro.
12. Tendo sido o autor, a partir da mesma data, que passou a desempenhar as funções que anteriormente competiam ao cobrador-bilheteiro, durante o exercício da actividade de motorista.
13. A partir da mencionada data e em consequência de um acordo que celebrou, nesse sentido, com o autor, a ré passou a pagar-lhe o serviço de agente único (pelo serviço que anteriormente era desempenhado pelo cobrador-bilheteiro) a 25% sobre as 8 horas diárias, independentemente do número de horas de serviço por ele prestadas.
14. A evolução salarial do autor ao serviço da ré foi a seguinte:

- Março de 1995: salário de 87.550\$00 + 15.540\$00 (diuturnidades) = 103.090\$00
- Março de 1996: salário de 90.200\$00 + 15.840\$00 (diuturnidades) = 106.040\$00
- Março de 1997: salário de 92.000\$00 + 15.840\$00 (diuturnidades) = 107.840\$00
- Março de 1998: salário de 94.500\$00 + 16.020\$00 (diuturnidades) = 110.520\$00
- Março de 1999: salário de 97.500\$00 + 16.020\$00 (diuturnidades) = 113.520\$00
- Março de 2000: salário de 100.000\$00 + 16.020\$00 (diuturnidades) = 116.020\$00
- Março de 2001: salário de 103.000\$00 + 16.200\$00 (diuturnidades) = 119.020\$00.

15. A ré, até Maio de 2001, pagou ao autor a remuneração correspondente a agente único à referida razão de 25% sobre oito horas diárias.

16. No final de Maio de 2001, o autor recebeu a informação escrita que se encontra junta a fls 19, cujo teor aqui se dá por reproduzido, na qual a ré comunicava, designadamente, que pretendia “implementar a uniformização do subsídio de agente único”, de modo a ser “pago a todos os motoristas pelo mesmo critério.”

17. Nesse mês de Maio de 2001, o autor trabalhou 21 dias, a 8 horas diárias, e a ré pagou-lhe apenas 72 horas de agente único.

18. Perante este facto, por carta registada com A/R, datada de 08/06/2001, o autor enviou à ré (assim como outros trabalhadores) a missiva junta a fls. 22, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido, na qual, designadamente, solicitava a esta que procedesse, até final de Junho de 2001, ao pagamento da parte da remuneração de agente único do mês de Maio anterior que não lhe foi paga.

19. Como a ré nada fez, o autor comunicou aquele facto ao IDICT, delegação de Lamego, tendo corrido termos nos Serviços do Ministério Público do respectivo Tribunal um processo administrativo que terminou com o acordo entre autor e ré, datado de 08/01/2002, cuja cópia consta de fls. 24 e que aqui se dá por reproduzido.

20. A ré também não pagou ao autor o serviço de agente único nos meses de Novembro e Dezembro de 2001 e Janeiro de 2002, nem o incluiu nos subsídios de férias e de Natal referentes àquele primeiro ano, pelo valor das 08 horas diárias.

21. Perante esta situação, o autor, por carta registada com A/R, datada de 18/02/2002, rescindiu o contrato de trabalho em causa, nos termos que constam do documento junto a fls. 25, cujo teor aqui se dá por reproduzido, no qual dava conhecimento à ré, designadamente, que cessaria as suas funções no dia 28/02/2002.

22. O autor deu a conhecer ao IDICT aquela rescisão, por carta registada com A/R.

23. A partir de 28/02/2002, o autor não mais prestou serviço à ré.

24. Entre 01/11/2001 e 28/02/2002, mais propriamente durante 62 dias úteis, o autor trabalhou a mais, em cada um deles, um hora e meia.

25. No início de Março de 2002, a ré pagou ao autor os valores correspondentes à remuneração de agente único, a 25% sobre 08 horas diárias, dos meses de Novembro, Dezembro, subsídio de férias e subsídio de Natal de 2001, Janeiro e Fevereiro de 2002.

26. Todos os serviços efectuados pelo autor tinham cobrança de bilhetes ou verificação dos passes de alunos.

IV – Apreciando

O Tribunal da Relação, considerando que se mostravam verificados os pressupostos previstos no artº 3º da LSA, concluiu, tal como fizera a 1ª instância, que o autor tinha rescindido o contrato de trabalho com justa causa.

Entendeu ainda, contrariamente ao defendido pela ré, que o comportamento do autor não era subsumível ao artº 334º do CC.

O objecto do recurso circunscreve-se à questão do abuso do direito. A “justa causa” não é, em si, uma questão colocada pela recorrente. O que esta defende é que havendo abuso de direito não se pode sustentar que houve rescisão com justa causa.

Debrucemo-nos, antes de mais, sobre as conclusões 4ª, 8ª e 11ª da alegação da recorrente.

Pretende esta demonstrar a *falta de lisura* do autor através dos factos que menciona naquelas duas primeiras conclusões (ter ficado estabelecido, em processo administrativo, que os valores em falta, por dificuldades de ordem financeira, seriam pagos até final de Janeiro de 2002 e ter o autor aceite, no mencionado processo administrativo, ser pago somente a partir do mês de Março de 2002 - 8ª concl.; não ter o autor aceite, em sede de “Audiência de Partes”, a proposta da ré no sentido da sua reintegração, com o pagamento de uma indemnização no montante de € 5.000,00, mais o pagamento da retribuição em débito - 4ª concl.) e do depoimento da testemunha do autor, de nome C, aludido na 11ª conclusão.

Quanto à matéria vertida na 8ª conclusão, dir-se-á que o único acordo que consta dos autos é o que se mostra fotocopiado a fls 24, que teve lugar em 8.01.2002, nos serviços do MP, no Tribunal de Trabalho de Lamego. Ora, o que dele resulta é que as partes se conciliaram relativamente «aos créditos emergentes de acertos de agente único, com 8 horas diárias, correspondentes aos 12º, 13º e 14º meses do ano de 1999 e 2000 e horas extras até ao dia 31.10.2001 constantes do contrato de trabalho, desistindo o autor da propositura da correspondente acção emergente do CIT contra a requerida». Ou seja, em lado nenhum do acordo consta – nem resulta da matéria provada – que ficasse estabelecido entre as partes que todos os valores em falta, inclusive os vencidos posteriormente a 31.10.01, só fossem pagos a partir do mês de Março de 2002 por dificuldades financeiras da ré. Acontece que o fundamento da rescisão do contrato foi a falta de pagamento do subsídio de agente único relativo aos meses posteriores a Outubro de 2001, concretamente, Novembro e Dezembro de 2001 e Janeiro de 2002 e a sua repercussão no subsídio de férias e de Natal. Por isso, se entendeu no acórdão recorrido que este circunstancialismo fáctico (apenas) permitia concluir que, quando o autor solicitou o patrocínio do MP para peticionar créditos emergentes do contrato de trabalho, ainda não se haviam vencido as prestações que haviam de servir de fundamento à rescisão do contrato. Ora, não estando provado que a conciliação abrangesse os créditos vencidos posteriormente a 31 de Outubro de 2001, cai por terra a argumentação da ré, alicerçada no pressuposto duma situação que não coincide com a realidade apurada.

Quanto aos factos constantes da conclusão 4ª - não ter o autor aceite, em sede de “Audiência de Partes”, a proposta da ré no sentido da sua reintegração, com o pagamento de uma indemnização no montante de € 5.000,00, mais o pagamento da retribuição em débito – bastará dizer que os mesmos não constam do elenco dos provados, nem transparecem de qualquer acto do processo. Finalmente, quanto à conclusão 11ª - que contém um juízo de valor sobre o depoimento de uma testemunha - entendemos que tal invocação é, no mínimo, descabida, face aos limitados poderes do STJ, enquanto tribunal de revista (artº 729º do CPC).

Posto isto, vejamos, então, se houve abuso de direito da parte do autor ao rescindir o contrato de trabalho.

Para aferir da legitimidade ou ilegitimidade do exercício de um direito, fornece

a lei três conceitos: *boa fé*, *bons costumes* e o *fim social e económico do direito* (artº 334º do CC).

A *boa fé* pode ser encarada objectivamente (como norma de conduta) ou subjectivamente (como estado de espírito). Expressam-se estas duas dimensões, falando numa actuação *segundo* a *boa fé* ou *de* *boa fé*. É a face objectiva deste conceito que está contemplada no artº 334º do CC. Neste sentido, o conceito traduz, ele próprio, um princípio geral do direito. Enunciando-o, o legislador apela à ética jurídica que exige que cada um proceda de modo honesto e leal, mantendo nas relações com os outros a palavra dada e a confiança. Será de acordo com esta normatividade exterior - conteúdo do princípio da *boa fé* objectivado pela convivência social – que o julgador irá preencher valorativamente o correspondente conceito jurídico (*boa fé*, enquanto conceito indeterminado).

Quanto aos *bons costumes*, há que entendê-los como um conjunto de regras de convivência que num dado tempo e lugar as pessoas honestas e correctas aceitam partilhar. Esse conjunto de normas constitui a ordem pública moral. Será, assim, contrário aos *bons costumes* o exercício de um direito que viole normas elementares impostas pelo decoro social. Só aqueles (*boni mores*) podem servir de critério para efeitos do citado artº 334º.

Sabido que cada direito possui uma função instrumental própria, que justifica a sua atribuição ao titular e define o seu exercício, deve tal exercício respeitar a finalidade social ou económica tida em vista pelo legislador na regulamentação do respectivo instituto.

Se os limites em que a lei encerra o exercício do direito forem ultrapassados (de forma manifesta), há abuso de direito.

Como sublinha Pessoa Jorge, a sanção contra o abuso de direito tem uma finalidade diferente do recurso à equidade; com esta pretende evitar-se a injustiça a que conduz, em certos casos a *aplicação concreta* da norma; aquela pretende impedir que a norma seja *desvirtuada* no seu real sentido e alcance. Num caso *afasta-se* a norma; no outro quer-se *aplicar* a norma, mas com plena *fidelidade* ao seu espírito. (1)

Resumindo:

Para determinar os limites impostos pela *boa fé* e pelos *bons costumes*, há que atender de modo especial às concepções ético-jurídicas dominantes na colectividade; quando esses limites decorrem do fim económico e social do direito impõe-se apelar para os juízos de valor positivo consagrados na própria lei (2).

Sem esquecer, porém, que, traduzindo-se a atribuição de um direito no reconhecimento da supremacia de certos interesses sobre outros com eles conflitantes, só o exercício que *exceda manifestamente* aqueles limites pode ser considerado ilegítimo.

A manifestação mais clara do *abuso do direito* é a chamada conduta contraditória (*venire contra factum proprium*) em combinação com o princípio da tutela da confiança (exercício dum direito em contradição com uma conduta anterior em que a outra parte tenha confiado, vindo esta com base na confiança gerada, e de *boa fé*, a programar a sua vida e a tomar decisões). Como figuras próximas, temos a *renúncia* e a *neutralização do direito*. Segundo Baptista Machado, esta última figura é considerada, em geral, como

uma modalidade especial da proibição do *venire contra factum proprium* e ocorre quando se verificam cumulativamente as seguintes circunstâncias: o titular dum direito deixa passar longo tempo sem o exercer; com base neste decurso do tempo e com base ainda numa particular conduta do dito titular ou noutras circunstâncias, a contraparte chega à convicção justificada de que o direito já não será exercido; movida por esta confiança e com base nela, essa contraparte orienta em conformidade a sua vida, tomando medidas ou adoptando programas, de sorte que o exercício tardio e inesperado do direito lhe acarretará uma desvantagem maior do que o seu exercício atempado (RLJ 118/228).

Voltando ao caso dos autos.

Não há dúvida que o acordo celebrado em 8.01.02, entre autor e ré, contemplou apenas as prestações em dívida – relativamente ao subsídio de agente único – anteriores a 1 de Novembro de 2001.

Por outro lado, resulta da matéria provada que, nessa data, estavam também em falta outras prestações - relativamente aos meses de Novembro e Dezembro de 2001 e a não inclusão do valor desse subsídio (de agente único) nos subsídios de férias e de Natal desse ano, pelo valor das 08 horas diárias - e, ainda, que as quantias correspondentes não se mostravam liquidadas, em 28.02.02, altura em que o autor declarou rescindir o contrato de trabalho, ao abrigo do disposto no artº 3º-1 da LSA.

Igualmente decorre da matéria provada que, na data da declaração de rescisão, se encontrava por pagar o serviço de agente único relativamente aos meses de Janeiro e Fevereiro de 2002.

Do que se trata de saber é se, no circunstancialismo apurado, o exercício do direito de rescisão por parte do autor é *abusivo*. Entendemos que não.

Antes de mais, a declaração de rescisão não representa uma atitude contraditória (*venire contra factum proprium*) relativamente ao acordo celebrado em 8.01.02. Com efeito, a celebração deste acordo por parte do autor não é uma conduta que, objectivamente considerada, seja de molde a criar a convicção de que ele, coerentemente, no futuro, não exerceria o direito de rescisão do contrato de trabalho relativamente a salários em atraso não abrangidos por aquele acordo (*situação objectiva de confiança*). Tão-pouco se poderá configurar como um *investimento* merecedor de tutela jurídica o não pagamento das remunerações em falta (nem em Janeiro, nem em Fevereiro de 2002), considerando que esse não pagamento correspondia a uma tomada de posição da ré (organização do seu plano de vida) baseada na situação de confiança gerada pela celebração daquele acordo. Nem há razões que permitam sustentar a *boa fé* da ré.

Face aos factos provados, fica igualmente patente que não se verificam os requisitos da «*neutralização do direito*».

Também não se pode concluir que, ao rescindir o contrato nas apontadas circunstâncias, o autor tenha excedido – muito menos de forma manifesta - os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social e económico do direito.

A recorrente defende posição contrária, argumentando:

- estar o autor a escassos dias de obter a sua reforma, o que aconteceria em 19/05/2005;
- haver desproporção entre o valor da indemnização - € 21.036,95 – e o montante em dívida - € 179,67;
- nunca a ré ter deixado de pagar ao autor, ao longo de mais de 30 anos, o justo salário;
- vir o autor exigir à ré o pagamento de 8 horas diárias, quando sabia que apenas prestava em média 2 horas por dia;
- haver ex-colegas do autor, ao serviço da ré na presente data, a aguardar o resultado deste processo e que poderão vir no futuro, apresentar os seus pedidos de rescisão contratual.

Não procede tal argumentação.

Além de não se poder sustentar que, no momento da rescisão, o autor estava a escassos dias de obter a reforma (segundo a própria recorrente, ainda necessitaria de trabalhar 3 anos e 3 meses), a verdade é que o direito de rescisão conferido pelo artº 3º-1 da LSA não está condicionado pela distância a que o trabalhador está do termo da sua vida activa. Recorrer ao instituto do abuso de direito para afastar a tutela do direito relativamente aos trabalhadores com mais tempo de serviço seria, no mínimo, discriminatório.

Também não colhe o segundo argumento. É evidente que haverá sempre uma desproporção entre o valor do salário (ou parte do salário) em atraso e o montante da indemnização devida no caso de rescisão do contrato ao abrigo da citada disposição e que essa desproporção será tanto maior quanto maior for a antiguidade do trabalhador. Simplesmente, como doutamente se sublinha na sentença da 1ª instância, um trabalhador pelo facto de “ter muitos anos de casa” (no caso concreto, quase 28 anos), não pode ter menos direitos que um trabalhador recém-contratado. Ou seja, o direito a uma elevada indemnização por antiguidade não converte em ilícita (abusiva) a rescisão do contrato feita ao abrigo daquela disposição. A entender-se doutro modo, seria um convite para o empregador ser menos diligente a pagar os salários aos trabalhadores mais antigos. Ora, não foi esta seguramente a intenção do legislador. Com efeito, é conhecida a finalidade visada pela Lei 17/86: proteger os trabalhadores contra o flagelo dos salários em atraso e, em certa medida, pressionar a entidade patronal a cumprir a correspondente obrigação, reconhecendo-se como *jurídica, social e moralmente inaceitável* a existência de trabalhadores com salários em atraso, em empresas em laboração. E, porque se considerou que a falta de pagamento, mesmo duma parcela da retribuição, tinha reflexos negativos na vida dos trabalhadores, foi a primitiva redacção do citado artº 3º-1 alterada, deixando o direito à rescisão ou à suspensão de estar dependente de dois prazos distintos: 90 ou 30 dias, consoante o montante em dívida fosse ou não inferior ao valor duma retribuição mensal, respectivamente (o prazo passou a ser único – 30 dias).

No caso dos autos, afigura-se claro que a falta de pagamento atempado do subsídio de agente único tinha reflexos negativos na vida do autor e da sua família, face ao montante do seu salário base (na altura, € 513,76), sendo, por isso, legítimo (e não abusivo) que, não querendo tolerar por mais tempo o atraso no pagamento de parte da retribuição, tivesse lançado mão do direito conferido pelo citado artº 3º-1.

Perde assim sentido a alegação da recorrente quando afirma não ser grave a sua falta e que a mesma não pode servir de fundamento para o exercício do direito de

rescisão por parte do autor (ver conclusão 5ª, supra em I).

Igualmente não viola o princípio da boa fé, os bons costumes ou o fim social e económico do direito, a rescisão do contrato pelo autor, em 2002, tendo a ré cumprido as suas obrigações durante cerca de 27 anos. Na verdade, o autor limitou-se a reagir, em termos legais, contra um comportamento ilícito da ré, comportamento que nem sequer era inédito, uma vez que em Maio de 2001 e nos meses seguintes até Outubro do mesmo ano, face ao que resulta do acordo junto a fls 24, já a ré havia deixado de pagar ao autor a totalidade do dito subsídio, sendo certo que, nessa altura, o autor não rescindiu o contrato, embora pudesse fazê-lo.

Quanto à argumentação de que o autor apenas prestava em média 2 horas diárias – além deste facto não estar demonstrado – dir-se-á que o mesmo é irrelevante, dado que ficou provado que a ré se obrigou a pagar ao autor o subsídio pelas funções de agente único, 25% sobre 8 horas diárias, independentemente do número de horas de serviço prestado. Embora na cláusula 16ª-3 da CCT, aplicável ao caso, publicada no BTE, nº 8, 1ª série, de 29.02.80, se estabeleça que aquele subsídio é relativo ao «tempo efectivo de serviço prestado na qualidade de agente único, com o pagamento mínimo correspondente a 4 horas de trabalho diário nessa situação», a verdade é que as partes afastaram tal regulamentação, estabelecendo um regime mais favorável ao autor/trabalhador, ao abrigo do disposto no artº 14º-1 do DL 519-C1/79, de 29.12.

Ora, podendo a ré obrigar-se nos termos em que se obrigou, tinha o autor direito a exigir o cumprimento dessa obrigação, sem que tal exigência significasse a violação de regras éticas elementares, como seja a da lealdade nas relações entre as pessoas. Na verdade, a vinculação assumida por negócio jurídico válido passa a ter o valor duma *norma*. Por isso, como sublinha Baptista Machado, não se pode dizer que, ao tutelar a vinculação negocial, o direito está a tutelar a confiança que o promissário tem na promessa que lhe foi feita, mas sim o que é *de direito*, o que tem *qualidade normativa*, conferindo-lhe a necessária garantia jurídica. Assim, perante o incumprimento da ré (não pagamento do subsídio com base em 8 horas de trabalho, sendo indiferente que o serviço efectivo prestado tivesse duração inferior), era lícito ao autor, verificados que fossem os pressupostos previstos no artº 3º-1 da LSA, rescindir o contrato.

O último argumento – haver ex-colegas do autor, ao serviço da ré na presente data, a aguardar o resultado deste processo e que poderão vir, no futuro, apresentar os seus pedidos de rescisão contratual – é totalmente irrelevante. Não se podem retirar direitos a um credor para evitar que o devedor seja confrontado com posteriores exigências de outros credores.

Face a tudo o que vem exposto, também caem por terra as conclusões 12ª (que só com presunções à revelia de qualquer facto concreto é que se pode concluir que o exercício do direito não foi abusivo) e 14ª (redução da indemnização a um montante proporcional e adequado à situação em causa) da recorrente.

V- Decidindo

Nestes termos, acordam em negar a revista e em confirmar o acórdão recorrido.

Custas pela recorrente.

Lisboa, 17 de Novembro de 2004

Maria Laura Leonardo
Vitor Mesquita
Fernandes Cadilha

-
- (1) "Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil", 1968, nota 166.
(2) Antunes Varela, "Das Obrigações em Geral", 10ª ed, pgs 544 e sgs, e M.J. Almeida e Costa, "Direito das Obrigações", 10ª ed., pg 70 e sgs, entre outros.

05) Processo:02B3659
Nº Convencional:JSTJ000
Relator:EDUARDO BAPTISTA
Descritores:**ABUSO DE DIREITO**
Nº do Documento:SJ200301090036592
Data do Acórdão:09/01/2003
Votação:UNANIMIDADE
Tribunal Recurso:T REL LISBOA
Processo no Tribunal Recurso:1836/02
Data:18/04/2002
Texto Integral:S
Privacidade:1
Meio Processual:REVISTA.
Decisão:NEGADA A REVISTA.
Área Temática:DIR CIV - TEORIA GERAL.
Legislação Nacional:CCIV66 ART334.

Sumário :

- I - Em negociações livres, nenhuma parte está obrigada a acolher servilmente, a posição da contraparte.
II - Não pode considerar-se excessiva e injustificada a exigência da ré expo de que os termos em que a autora podia continuar a laborar na parcela de terreno que vinha ocupando fossem reduzidos a um protocolo, em que se discriminassem as condições e o tempo em que o poderia fazer.
III - Embora os direitos de uso privativo de bens dominiais na área da expo98 tenham sido extintos pelo Dec-Lei 207/93 de 14.06, e a autora conhecesse desde 1991 a possibilidade de o terreno em causa ser abrangido pela Expo98, não era a ré, que já prolongara a desocupação, obrigada a conceder mais tempo para o efeito.

Decisão Texto Integral:Acordam os Juizes Conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça:

1 - "A - Construção de Embarcações em Plástico Reforçado, L.da", Autora na acção declarativa ordinária, em que é Ré "B, SA" e que correu termos pela 1ª Secção do 6º Juízo Cível (actualmente 6ª Vara Cível) de Lisboa, inconformada com o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 18 de Abril de 2002, que julgou improcedente a apelação interposta pela ora Recorrente e confirmou a sentença, proferida na 1ª instância, que absolvera a Ré do pedido de pagamento de uma indemnização civil de 692.939.810\$00 e por outros danos, cuja liquidação remetia

para execução de sentença, mantendo a condenação da Autora no pagamento de uma indemnização de 300.000\$00, referente ao pedido reconvenicional, dele veio recorrer, de revista, para este Supremo Tribunal. A Recorrente apresentou alegações, que concluiu da forma seguinte:

"1ª - A Recorrente, alegando comprovados fundamentos, os factos e os documentos abrangidos pela douda ESPECIFICAÇÃO alíneas I), N), P), Q) , R) e S), as respostas "PROVADO" aos quesitos 29 e 33 e o documento n.º 30/PI de fls.188 e 189, provou que

1.1. - Que a declaração formal, subscrita pessoalmente pelo Presidente do Conselho de Administração da Recorrida notificando a Recorrente para entregar a parcela em causa em 31 de Março de 1994, aliás acatada, enfermava afinal de gravíssima falta de verdade, porquanto os factos supervenientes demonstraram que a mesma entidade pudera sem prejuízo próprio ter feito essa notificação para 31 de Março de 1995.

1.2.- Tal declaração falha de verdade levou a Recorrente a entregar a par-cela em 31 de Março de 1994;

1.3. - Perdendo, consequentemente, um ano de laboração fabril (31/03/94 a 31/03/95), a conclusão da embarcação "...." , a conclusão da embarcação "....." e finalmente o próprio estaleiro.

"2ª - A Recorrida não juntou, em contrário, o "calendário de demolições e construções no que respeita à área onde se encontrava o estaleiro" -quesito 78 - que somente por tal documento poderia ser provado.

"3ª - Nem a resposta "PROVADO" a tal quesito poderá subsistir com base no testemunho de duas únicas testemunhas da Recorrida - Eng.º C e Dr. D - in FUNDAMENTAÇÃO fls. 853.

"4ª - É aliás incompatível logicamente com o facto de em 31 de Março de 1995, a parcela ainda estar ocupada com as construções desmontáveis da Recorrente - resposta "PROVADO" ao quesito 79 -, quer por serem as construções desmontáveis, quer por a penhora não impedir a sua remoção a requerimento do fiel depositário.

"5ª - Nestes termos é infundado que a Recorrente pudesse causar o mínimo prejuízo à Recorrida.

"6ª - A falta de verdade na declaração subscrita pelo Presidente do Conselho de Administração, no exercício do direito de propriedade, EXCEDE MANIFESTAMENTE LIMITES IMPOSTOS PELA BOA FÉ E PELOS BONS COSTUMES, cominados pelo disposto no Código Civil Art. 334.

"7ª- Tendo-a Recorrente aceite por verdadeira e acatado como suposto exercício lícito de direito alheio, face ao qual estaria em posição de correcta sujeição.

"8ª- Somente um ano após, pôde a Recorrente conhecer ao falta de verdade da citada declaração do Presidente do Conselho de Administração da Recorrida e o consequente prejuízo de um ano de laboração perdido, e contabilizar os comerciais prejuízos demais consequentes.

"9ª- Quer a aliás douda sentença, quer o aliás venerando acórdão, além de não terem realmente julgado a acção intentada tal como articulada pela recorrente sua autora, antes se deixaram enredar na contra acção, articulada sem nexo legal com a primeira, pela Recorrida e alimentada na confusão do Direito Administrativo com o Direito Civil.

"10ª- Consequentemente, ambos os arestos enfermam de nulidade por violação do disposto no C.P.C. Art.º 668º n.º 1 alíneas b) e d), nomeadamente quanto ao pedido B- b 2 "... PTE: 106.820.0000\$00 - inpetitório inicial - fls. 12 verso.

"11ª- Consequentemente, são ambos os arestos nulos, pelo que deverão ser declarados nulos ex-vi Art. 668 n.º 1, com as legais consequências.

"12ª- Sem prejuízo do definitivo julgamento da presente revista na parte do Direito aplicável à causa, tal qual definida na P.I., no duto Despacho Saneador, nomeadamente quanto à aplicação do disposto no C.C. Art.º 334.º, competência do Tribunal e adequada forma de processo".
A Recorrida apresentou contralegações.

Nas suas contralegações, a Recorrida sustenta o acórdão recorrido, defendendo que ele fez correcta aplicação da lei pertinente aos factos provados, pelo que deverá ser confirmado e que o recurso de revista interposto carece de bom fundamento, pelo que deverá ser desatendido.

Foram recolhidos os legais vistos dos Ex.mos Juízes Conselheiros-Adjuntos. Mantendo-se a regularidade formal da lide, há que conhecer do mérito do recurso.

2 - Há que verificar quais os factos relevantes para apreciar e decidir o presente recurso.

2.1 - Das instâncias vieram apurados os seguintes factos relevantes:

"1) A Autora é uma empresa de construção de embarcações em plástico reforçado a fibra de vidro. [A] da Especificação].

2) Sempre exerceu a sua indústria no estaleiro de construção naval que construiu na parcela de terreno n.º 2415 do domínio público, com área de 5327 m², situada em Olivais, Beirolas, Freguesia de Santa Maria dos Olivais, Rua da Cintura do Porto de Lisboa, junto à Doca dos Olivais, Topo Norte, 1800 Lisboa. [B] da Especificação].

3) Parcela essa cedida e construção do estaleiro autorizada pela Administração do Porto de Lisboa, por deliberação tomada em sua sessão de 20 de Janeiro de 1983 sobre o assunto n.º 65 da respectiva acta. [C] da Especificação]

4) Com base nessa deliberação foi instruído o processo administrativo n. 1477/GP e passada em 4 de Dezembro de 1987 a licença de utilização n. 981 da referida parcela a favor exclusivo da Autora. [D] da Especificação]

5) A Ré foi constituída como sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos pelo Dec-Lei n. 88/93 de 23 de Março. [E] da Especificação]

6) Simultaneamente, pelo Dec-Lei n. 87/93, da mesma data, foi aprovada a localização da B e logo tomadas medidas preventivas para a respectiva área, definida no seu anexo I. [F] da Especificação]

7) A Ré, logo em Junho seguinte, obteve pelo Dec-Lei n. 207/93 de 14 de Junho a propriedade da parcela, que tinha sido cedida à Autora pela Administração do Porto de Lisboa e incluída naquela área. [O] da Especificação]

8) A Ré enviou à Autora cartas, datadas de 22.6.93 e 28.6.93, de teores iguais às de fls. 41/42 e 43/44. [H] da Especificação]

9) Datados de 15.7.93 a Autora enviou à Ré os faxes e documentos de fls. 45 a 49 cujos teores aqui se reproduzem. [I] da Especificação]

10) Datada de 11.8.93, a Autora enviou à Ré carta de teor igual à de fls. 50 e 51, carta essa acompanhada dos documentos de fls. 54. [N] da Especificação]

11) Seguiu-se, pelo menos, uma reunião entre Autora e Ré. [O] da Especificação]

12) Datada de 2.9.93 a Autora enviou à Ré carta de teor igual à junta a fls. 55 a 57, acompanhada do documento de fls. 58 a 60 intitulado " Avaliação das Imobilizações Corpóreas da A" e bem assim como de todos os documentos de fls. 61 a 74. [P] da Especificação]

13) Datada de 19.11.93 a Ré enviou a Autora a carta de fls. 75/76 onde se diz: "Na sequência do Dec-Lei 207/93 de 14.6, por força do qual foram extintos todos os direitos de uso privativo sobre bens dominiais situados na zona de intervenção da B, foi-vos oportunamente comunicada a autorização para continuarem a ocupar a parcela objecto da licença agora extinta até 32.12.1993. Os estudos, entretanto desenvolvidos permitem agora estabelecer, em termos definitivos, o prazo e as condições em que deverá ser feita a desocupação dos terrenos:

- 1) Em 31.3.94, o terreno deverá estar totalmente desocupado de bens e materiais.
- 2) Pela ocupação precária da parcela objecto da licença extinta deverá a "A - Construção de Embarcações em Plástico Reforçado, Lda." pagar à "B, S.A." a quantia mensal de 259.501\$00 acrescida da importância em dívida desde 14 de Outubro de 1993.
- 3) O pagamento deve ser efectuado da forma seguinte:
 - a) Até 10 de Dezembro de 1993, as quantias respeitantes aos meses de Novembro e Dezembro e aos dias 14 a 31 de Outubro, no montante de 657.403\$00
 - b) A 20 de Dezembro e, posteriormente, até ao dia 20 de cada mês, a quantia respeitante ao mês seguinte.
- 4) A partir de 31 de Março de 1994, a B, S.A. procederá à desocupação dos terrenos, sendo V. Ex.as responsáveis por todas as despesas a realizar para o efeito.

Com os melhores cumprimentos (...). [O] da Especificação) 14] Datada de 24.1. 94 a Ré enviou à Autora carta de fls. 77 com os seguintes dizeres: "O Presidente do Conselho de Administração do "B, S.A.", no uso dos poderes que lhe são conferidos pelo n. 2 do art.º 7º do Dec-Lei 88/93 de 23/3 e pelo n. 1 do artº 4º do Dec-Lei 354/93 de 9.10, notifica a A - Construção Embarcações Plásticas Reforçado, Lda. e o Senhor E, na qualidade de gerente, da referida Sociedade, de que:

- 1) Até 31.3.94, o terreno objecto da licença extinta pelo Dec-Lei n. 207/93, de 14/6, deverá estar totalmente desocupado de bens e materiais.
- 2) - A partir de 1 de Abril de 1994, a B, S.A. procederá a diligências que forem necessárias para obter a desocupação e disponibilidade do terreno em questão.
- 3) O agora notificado é responsável por todas as despesas com a operação, nos termos do artigo 157º do Código de Processo Administrativo, obedecendo a respectiva cobrança coerciva ao disposto no Código de Processo das Contribuições e Impostos (...). [R] da Especificação]
- 15) A Autora dirigiu ao Chefe de Repartição de Finanças do 19º Bairro Fiscal de Lisboa aos 30.9.94, carta de teor igual à de fls. 181 cujo o teor aqui se reproduz. [S] da Especificação]
- 16) Habilitou todos os trabalhadores ao Fundo de Desemprego. [T] da Especificação]
- 17) Instalou uma sede provisória para responder pelas suas obrigações legais e contratuais. [U] da Especificação]
- 18) Comunicou-se por carta circular com todos os credores, fornecedores e armadores. [V] da Especificação]
- 19) A Autora, de acordo com o previsto no contrato referente ao "...", chegou a receber do armador, em sede de adiamento, um valor superior a 20.000.000\$00. [Y] da Especificação]
- 20) Houve a necessidade de acelerar os trabalhos. (resposta aos quesitos 1 ° a) e 10°)
- 21) A natureza das construções, as exigências técnicas e as precauções de

segurança ditavam uma cadência nos trabalhos. [resposta ao quesito 1 ° b)]

22) Um trabalhador tirou férias em 21.02.1994. (resposta ao quesito 2°)

23) O encarregado fabril pediu a rescisão do seu contrato de trabalho, depois de ter conseguido novo posto de trabalho. (resposta ao quesito 6°)

24) Os armadores das embarcações em construção exerceram pressão sobre a Autora para garantirem a entrega das embarcações antes de 31 de Março de 1994. (resposta ao quesito 9°)

25) A autora, lançou à água, entre a comunicação da extinção da licença de utilização feita pela ré - Junho de 1993 - e a data notificada - 31 de Março de 1994 - as embarcações de pesca:

"Bate a Asa", 10,15 f.f

"Xavier José", 10, 15 f.f

"Tó Manel", 10,50 f.f

" Luz do Talismã", 8,45 f.f. (resposta ao quesito 12°)

26) Os gerentes da autora procuraram encontrar lugar onde reconstruir o seu estaleiro e reiniciar a sua actividade fabril. [resposta ao quesito 28° a)]

27) Decorrido quase um ano sobre a entrega da parcela em causa e do estaleiro à Ré, e da embarcação "... " ao seu armador, na data da propositura desta acção ainda a parcela em causa se encontra ocupada com o estaleiro da Autora - construções desmontáveis, contentores e moldes. (resposta ao quesito 29°)

28) A embarcação "... " ficou em condições de ser lançada à água pelo armador e pela firma que o concluiu - a "INAVE"-, em fins de Novembro de 1994. (resposta ao quesito 30°)

29) A ré permitiu que a "INAVE" continuasse a construção da dita embarcação no estaleiro da autora até que esta estivesse em condições de ser lançada ao mar. (resposta ao quesito 31°)

30) Em Fevereiro do ano seguinte -1995 - a dita embarcação ainda estava em acabamentos finais na Doca do Poço do Bispo. (resposta ao quesito 32°)

31) Em Fevereiro de 1995 as construções e utensílios do estaleiro - moldes, contentores e construções desmontáveis, etc. - ainda se encontravam na parcela em causa. (resposta ao quesito 33°)

32) Já estavam concluídos, para a embarcação "...", o projecto e a traçagem de metade da construção correspondendo a esta fase um período de trabalhos de 4 meses de acordo com o cronograma de fls. 54. (resposta ao quesito 39°)

33) Em Março de 1994, aquando do encerramento da actividade, a autora tinha um crédito de IVA de 13.120.540\$00. (resposta ao quesito 46°)

34) A partir de 1991 a Autora conhecia a possibilidade de o terreno em causa ser abrangido pela área de implementação da "B, S.A." e a possibilidade de ser obrigada a desocupá-lo. (resposta ao quesito 53°)

35) Conforme solicitado pela ré na sua carta de 12 de Junho de 1993, deu-se início ao processo de contactos directos com a autora na pessoa dos seus representantes os quais reuniram por diversas vezes, tendo ocorrido uma reunião em 21.7.93 e outra em 12.08.93 (resposta ao quesito 55°).

36) Um dos problemas com que a autora se deparava era a necessidade de realocização da sua actividade. (resposta ao quesito 56°)

37) A ré desenvolveu várias iniciativas no sentido da realocização da actividade da autora e a autora colocou sucessivos obstáculos. (resposta ao quesito 57°)

38) A ré manteve a abertura para o encontro de uma solução que salvaguardasse os interesses de ambas as partes. Para esse efeito, pretendia a celebração de um documento (protocolo) que traduzisse e fixasse a solução encontrada,

principalmente no que respeitava, às condições e momento da desocupação efectiva do terreno. (resposta ao quesito 58°)

39) No início do mês de Março, a ré foi contactada pelos armadores do único barco que permanecia ainda em construção, a firma Aguiar & Aguiar os quais vinham solicitar, pessoalmente, que fosse encontrada uma solução que permitisse a conclusão da construção da embarcação, uma vez que a autora se encontrava já com um atraso superior a dez meses nos seus trabalhos (tratava-se de um contrato de 1991 com um prazo de construção previsto para 16 meses), com os consequentes prejuízos para os armadores, que não poderiam suportar financeiramente a perda do navio. (resposta aos quesitos 60° e 61°)

40) Em Março de 1993 a expectativa de conclusão dos trabalhos apontava para o mês de Maio de 1994. (resposta ao quesito 62°)

41) O navio "... " corresponde a um contrato de 1991 com um prazo de construção previsto em 16 meses e tratava-se de uma embarcação de grande envergadura, em que se encontravam já investidos nesse momento quase centena e meia de milhares de contos, do armador e do IFADAP. (resposta ao quesito 63°)

42) No final do mês de Março de 1994, a embarcação encontrava-se numa fase de construção que não permitia já o seu transporte para outro estaleiro. (resposta ao quesito 64°)

43) Restavam apenas, como alternativas, terminar no local a sua construção ou considerá-la totalmente perdida. [resposta ao quesito 64° a)]

44) A sociedade Direito ao Trabalho, com o acordo da A, comprou a posição de uma outra entidade armadora de uma embarcação que se encontrava já em construção nos estaleiros da autora - o navio Zim-brapesca. (resposta ao quesito 65°)

45) A autora, pelo menos desde de 1985 não efectuava os pagamentos à Segurança Social; não pagou a contribuição autárquica de 1991; tinha dívidas para com os CTT referentes a 1984 e 1985; tinha dívidas para com o Fundo de Desemprego referentes a 1985 e 1986; e não pagava as taxas devidas à APL desde Janeiro 1993. (resposta ao quesito 70°)

46) Em virtude da actuação da autora, a ré sofreu prejuízos com atrasos nos seus trabalhos. (resposta ao quesito 71 °)

47) A verba referida em Y) foi totalmente aplicada no projecto e desenhos entregues na Inspecção de Navios e Segurança Marítima, na traçagem do plano geométrico à escala de 1: 1 que ocupava toda uma nave coberta, nas cópias em plástico remetidas para o carpinteiro, nas madeiras por este compradas, no molde do convés e castelo, e noutras despesas. (resposta ao quesito 72°)

48) A embarcação com o termo de construção previsto para Maio de 1994 que é referida no cronograma anexo ao doc. n. 20 da Contestação é o "... ". (resposta ao quesito 73°)

49) A embarcação com o termo de construção prevista para Abril de 1995 que é referida no cronograma anexo ao doc. n. 20 da contestação é o "... ". (resposta ao quesito 74°)

50) A Ré procedeu à alteração do seu calendário de demolições e construções no que respeita à área onde se encontrava o estaleiro. (resposta ao quesito 78°)

51) O estaleiro da Ré foi objecto de penhora pela Fazenda Nacional, não tendo sido encontrado comprador para o mesmo, tendo a Ré acabado por adquiri-lo por 300.000\$00 no final do 1º trimestre de 1995. (resposta ao quesito 79°)

2.2 - Dado que a ora Recorrente arguiu as nulidades do acórdão recorrido do "C.P.C. Art.º 668º n.º 1 alíneas b) e d), nomeadamente quanto ao pedido B- b 2 "... " PTE: 106.820.0000\$00 - in petitório inicial - fls. 12 verso", que, alegadamente,

também se verificavam na sentença proferida em 1ª instância, importa também fixar alguns factos indispensáveis para fazer esta apreciação.

Nas conclusões das alegações que a Autora, ora Recorrente, apresentou na apelação que interpôs, suscitou esta as seguintes três questões: Que se deve declarar a "procedência de todos os pedidos constantes da petição inicial", pois verificar-se-ia o alegado abuso de direito, por parte da Ré-Apelada; Que os pedidos reconventionais devem ser julgados improcedentes; E que os depoimentos de duas testemunhas não podem ser valorizados, por falta de idoneidade destas, devendo "tais depoimentos ser substituídos pela prova concretizada na " especificação, e nos muitos depoimentos citados nos autos - por aplicação ao caso do disposto no C.P.C. Art. 712º, n. 1 alínea a)".

No duto acórdão recorrido, o Tribunal da Relação apreciou as seguintes questões: Se havia abuso de direito por parte da Ré, que "constituía a causa de pedir na presente acção", concluindo pela negativa; Apreciou a procedência da reconvenção; E apreciou a pretensão da Apelante ver alterada a matéria de facto. No final concluiu pela improcedência da apelação, com confirmação da sentença recorrida.

3 - Encontrados estes factos relevantes, há que apreciar as questões suscitadas pela Recorrente, que são, no essencial, as seguintes:

Apreciar se houve as referidas nulidades do acórdão recorrido;

Apreciar a questão da eliminação dos depoimentos de duas testemunhas arroladas pela Ré e alteração da resposta dada ao quesito 78º;

E apreciar se a acção é procedente, por ter havido abuso de direito por parte da Recorrida.

3.1 - Antes de entrar em maiores análise, importa recordar alguns princípios básicos dos recursos em geral e dos recursos para o Supremo Tribunal de Justiça em especial.

Os recursos destinam-se a reapreciar as questões decididas no Tribunal recorrido e não a emitir julgamento sobre questões novas, salvo se estas forem de conhecimento oficioso (art.s 676º, n. 1 e art. 684º, n.s 2 e 3 do Cód. Proc. Civil) (1). Ora, no caso sub Júdice, a Recorrente coloca algumas questões novas, que não apresentou no Tribunal da Relação, como sejam se determinados factos só podiam ter sido provados por certos documentos e se deve alterar-se a resposta ao quesito 78º; Que a duta sentença proferida em 1ª instância enferma de nulidade. Pela razão exposta este Supremo Tribunal não poderá conhecer delas. Mas, em breve parêntesis, dir-se-á que não se conhece norma legal (e a Recorrente também não a indica) que exija, para as matérias indicadas pela Recorrente, um determinado tipo de prova, designadamente de natureza documental.

Acresce, que este Supremo Tribunal, como tribunal de revista, tem que aceitar a matéria de facto fixada nas instâncias (2), não lhe cabendo a ele sindicar essa matéria, em relação decidido no Tribunal da Relação (art. 729º, n. 2 e art. 722º, n. 2, do Cód. Proc. Civil).

No duto acórdão do Tribunal da Relação, ora em recurso, entendeu-se que a

matéria de facto comprovada era a que nele se descreveu e nele não se fez uso dos poderes contidos no art. 712º, n.s 1 e 4 do mesmo diploma legal, pelo que não pode este Tribunal pronunciar-se sobre esses factos nem sobre as conclusões de facto que a Relação retirou dela.

Vale isto por dizer que, também por esta razão, não serão apreciadas as questões do valor do depoimento de determinadas testemunhas, da idoneidade destas e da alteração da resposta dada a um quesito.

3.2 - De seguida, há que apreciar se o acórdão recorrido enferma de quaisquer nulidades, designadamente das previstas no art. 668º, n. 1, al.s b) e d) do Cód. Proc. Civil.

Tais nulidades resultariam de no acórdão recorrido se ter ignorado que, em Março de 1994, estava ainda em construção a embarcação "...", a que se referia o pedido B.b.2 da petição inicial, tendo-se nele afirmado que "Em Março de 1994, a única embarcação ainda em construção era o "...".

As nulidades arguidas são a falta de fundamentação de facto e de direito [al. b)] e, embora a Recorrente não o diga expressamente, no referente à mencionada al. d), considera-se que ela estará a referir-se à omissão de pronúncia. Serão estas duas nulidades que se apreciarão seguidamente.

3.2.1 - Como se sabe, a sentença é, na sua estrutura lógica, tradicionalmente vista como um verdadeiro silogismo (o chamado "silogismo judiciário"), cuja premissa maior é constituída pela norma legal aplicável, a premissa menor é constituída pelos factos apurados no processo e a conclusão é constituída pela decisão proferida (3).

As nulidades (em rigor, são causas de anulabilidade da decisão) previstas nas al.s b) a e) daquele n. 1 dizem respeito à estrutura lógica ou aos limites da decisão (4) , e nada têm a ver como "o chamado erro de julgamento, a injustiça da decisão, a não conformidade dela com o direito substantivo aplicável, o erro na construção do silogismo judiciário" (5).

A nulidade da falta de especificação dos fundamentos de facto e de direito, que justificam a decisão [al. d)] diz respeito à omissão de indicação ou explicitação daquela estrutura lógica da sentença e as nulidades da omissão - tal como a de excesso de pronúncia - [al. d)] diz respeito aos limites da decisão (6), querendo-se dizer, respectivamente, que há uma deficiência na construção da estrutura lógica da sentença ou do acórdão, ou que não se conheceu de todas as questões que se deviam conhecer - ou, no caso do excesso de pronúncia, conheceu de questões de que não se podia conhecer.

3.2.2 - Arguiu a Recorrente a nulidade da falta de fundamentação do acórdão recorrido, prevista no art. 668, n. 1, al. b) do Cód. Proc. Civil, como vimos em 1.

Segundo esta al. b), constitui nulidade da sentença, no caso em apreço do acórdão, ou do despacho (art. 666, n. 3 do mesmo Código) a falta de especificação dos "fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão". Esta norma deve ser conjugada com o disposto no art. 659º, n. 2 do Cód. Proc. Civil, onde se estabelece a obrigação do juiz fundamentar de facto e de direito as suas decisões judiciais, designadamente a sentença, cuja infracção se comina com a nulidade da decisão.

Segundo este n. 2, o juiz deve "discriminar os factos que considera provados e

indicar, interpretar e aplicar as normas jurídicas correspondentes". No entanto, vem sendo uniformemente entendido que apenas a absoluta falta ou completa ausência de fundamentação, de facto ou de direito, constitui esta nulidade (7) e que, por isso, não constitui nulidade uma fundamentação sumária, deficiente ou mesmo errada (8) e (9).

Ora, como se pode ver por uma sumária análise do acórdão recorrido, este contém a enumeração dos factos que foram considerados provados, como contém uma exaustiva apreciação do direito que é aplicável ao caso em apreço, relativamente a uma das questões apreciadas e que as restantes duas também trazem fundamentação jurídica, para além de ter remetido para a sentença recorrida, que está profusamente fundamentada.

Não se verifica, portanto, no acórdão recorrido a nulidade da omissão de fundamentação de facto ou de direito.

3.2.3 - Nos termos da al. d) do n. 1 do art. 668º do Cód. Proc. Civil, há nulidade da sentença se o juiz deixou de apreciar qualquer questão que devesse conhecer.

Esta nulidade, geralmente designada por omissão de pronúncia, está relacionada com o disposto no art. 660 do Cód. Proc. Civil, constituindo a sanção para a sua inobservância.

Segundo este art. 660º, o tribunal deve apreciar, além das questões que possam levar "à absolvição da instância" (cujo conhecimento tenha sido relegado para final ou que sejam supervenientes) e das que "a lei lhe permitir ou impuser o conhecimento oficioso", deve resolver "todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, exceptuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras" (n.2).

Têm-se suscitado dificuldades em fixar o exacto conteúdo das "questões a resolver" que devem ser apreciadas pelo juiz na sentença, sendo certo que há acentuado consenso no entendimento de que não se devem confundir as "questões a resolver" propriamente ditas com as razões ou argumentos, de facto ou de direito, invocados por cada uma das partes, para sustentar a solução que defende a propósito de cada "questão a resolver" (10), sendo certo que a nulidade não se verifica quando o juiz deixe de apreciar algum ou todos os argumentos invocados pelas partes, conhecendo contudo da questão.

É ainda de salientar que "questão a resolver", para os efeitos do art. 660º do Cód. Proc. Civil, é coisa diferente de "questão" jurídica (v.g., determinação de qual a norma legal aplicável e qual a sua correcta interpretação (11) que, como fundamento ou argumento de direito, pudesse (ou até, devesse) ser apreciada no âmbito do conhecimento da "questão a resolver". A melhor resolução da "questão a resolver" deveria, porventura, levar à apreciação de várias "questões" jurídicas, como válidos argumentos e como fundamentos da decisão sobre a "questão a resolver"; Se o juiz não apreciar todas essas "questões jurídicas" e não invocar todos os argumentos de direito, que cabiam na melhor ou mais desejável fundamentação da sua sentença ou acórdão, mas vier a proferir decisão, favorável ou desfavorável à parte, sobre a "questão a resolver", haverá apenas fundamentação pobre ou, no máximo, falta de fundamentação, mas não omissão de pronúncia.

O Prof. Dr. Alberto dos Reis, a propósito do critério de reconhecimento do que se deve entender por "questão a resolver", pondera "as questões suscitadas pelas

partes só podem ser devidamente individualizadas quando se souber não só quem põe a questão (sujeitos), qual o objecto dela (pedido), mas também qual o fundamento ou razão do pedido apresentado" (12). Deverá, assim, o juiz apreciar, para efeitos daquela identificação, "todos os pedidos deduzidos, todas as causas de pedir e excepções invocadas" (13), além das questões que forem de conhecimento oficioso.

Ou seja, terá o intérprete a identificar, caso a caso, quais as "questões" que lhe foram postas ou de conhecimento oficioso e que deverá decidir. No caso dos recursos, esta análise recairá, essencialmente, sobre as conclusões das alegações de recurso.

Deste modo, analisando as conclusões das, aliás doutas, alegações da apelação interposta, pudemos identificar, as questões indicadas em 2.2.

Ora, como vimos, a Autora e ora Recorrente ancora todas as suas pretensões indemnizatórias na existência de abuso de direito, por parte da Ré-Recorrida, ao exigir-lhe a entrega das instalações onde tinha o seu estaleiro em Março de 1994.

No acórdão recorrido, apreciou-se se houve ou não abuso de direito por parte da Ré-Recorrida, concluindo-se que não houve qualquer abuso de direito.

Deste modo, ficou prejudicado o conhecimento especificado de todos e cada um dos pedidos formulados pela ora Recorrente, como resulta do já citado art. 660º (in fine) do Cód. Proc. Civil, pelo que o Tribunal da Relação não tinha já que se pronunciar sobre eles, designadamente sobre o pedido indemnizatório referente à embarcação "...".

As restantes duas questões foram expressamente apreciadas no acórdão recorrido.

Não incorreu, portanto, o acórdão recorrido na arguida nulidade da omissão de pronúncia.

3.3 - Cabe agora apreciar se houve, por parte da Recorrida, abuso de direito em notificar a Autora para entregar o local onde estava instalado o seu estaleiro em Março de 1994, para, em caso afirmativo, ver se há fundamento para condenar a Recorrida a pagar-lhe as indemnizações pedidas.

O abuso de direito, como se diz no acórdão recorrido, é também "uma forma de antijuricidade ou ilicitude, que, desde que se verifiquem os requisitos gerais da responsabilidade civil, pode dar lugar à obrigação de indemnizar.

Importa, por isso, caracterizar o abuso de direito.

Nos termos do art. 334º do Código Civil, é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.

Para que se possa falar de abuso de direito, impõe-se, portanto, a verificação cumulativa dos seguintes requisitos: Existência do direito; Exercício desse direito; Excesso, como esse exercício, dos limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito; E que tal excesso seja manifesto.

Ou seja, como anotam os Mestres Pires de Lima e Antunes Varela (14), para que haja abuso de direito basta que, objectivamente, o exercício do direito

feito, ou pretendido, exceda manifestamente os limites postos a esse exercício pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito. Isto é, o abuso de direito "pressupõe logicamente a existência do direito (direito subjectivo ou mero poder legal), embora o titular se exceda no exercício dos seus poderes. A nota típica do abuso de direito reside, por conseguinte, na utilização do poder contido na estrutura do direito para a prossecução de um interesse que exorbita o fim próprio do direito ou o contexto em que ele deve ser exercido" (15). Importa, portanto, que o titular do direito invocado se proponha exercê-lo "em termos clamorosamente ofensivos da justiça" (16).

Para determinar os limites impostos pela boa fé e pelos bons costumes, há que lançar mão dos valores éticos predominantes na sociedade e para os impostos pelo fim social ou económico do direito, "deverão considerar-se os juízos de valor positivamente consagrados na lei" (17).

Para que o exercício de um direito seja abusivo, é preciso que o titular, observando embora a estrutura formal do poder que a lei lhe confere, exceda manifestamente os limites que lhe cumpre observar, em função dos interesses que legitimam a concessão desse poder (18) e (19); Ou seja, finalmente como se disse atrás, que o direito seja exercido em termos clamorosamente ofensivos da justiça.

Vista a caracterização do abuso de direito, importa ver se o quadro factual apurado nos autos permite concluir, que a Recorrida agiu em abuso do seu direito de propriedade sobre a parcela de terreno, em que a Autora-Recorrente tinha instalado o seu estaleiro.

Ficou provado que, a partir de 1991, a Autora conhecia a possibilidade de o terreno em causa ser abrangido pela área de implementação da "B" e a possibilidade de ser obrigada a desocupá-lo (cfr., n. 34 de 2.1 e a resposta ao quesito 35º).

Provou-se ainda que a Ré, em cartas datadas de 22.6.93 e 28.6.93, comunicou à Autora a necessidade de conseguir uma rápida desocupação dos solos (cfr., o n. 8 de 2.1).

A Ré enviou ainda à Autora a carta de 19.11.93 na qual estabelece o prazo até 31.3.94, para esta proceder à desocupação da parcela (cfr., o n. 13 de 2.1), comunicação que reiterou em 24.01.94 (cfr., o n. 14 de 2.1).

Durante esse período ocorreram diversos contactos entre a Ré e a Autora, nomeadamente os referidos no n. 35 de 2.1.

Nessa altura, os gerentes da Autora procuravam encontrar lugar onde reconstruir o seu estaleiro e reiniciar a sua actividade fabril (cfr., o n. 26 de 2.1), que era um dos problemas com que a Autora se deparava (cfr., o n. 36 de 2.1). Mas também ficou provado que a Ré desenvolveu várias iniciativas no sentido da realocação da actividade da Autora, tendo esta colocado sucessivos obstáculos (cfr., o n. 37 de 2.1).

Mais se provou que a Ré manteve abertura para encontrar uma solução, que salvaguardasse os interesses de ambas as partes. Para esse efeito, pretendia a celebração de um documento (protocolo), que traduzisse e fixasse a solução encontrada, principalmente no respeitante às condições e momento da desocupação efectiva do terreno (cfr., o n. 38 de 2.1).

Em Março de 1994, a única embarcação ainda em construção era o "...", tendo os respectivos armadores - a firma "F" - contactado pessoalmente a Ré no sentido de ser permitida a conclusão da construção, que se encontrava com um atraso superior

a 10 meses, perspectivando-se a sua conclusão para Maio de 1994 e já não era possível removê-la para outro local (cfr., os n.s 39, 40, 42 e 43 de 2.1).

A Ré permitiu que a "INAVE" continuasse a construção da embarcação "..." no estaleiro da Autora, até que a mesma pudesse ser lançada à água, o que só aconteceu em Novembro de 1994 (cfr., os n.s 28 e 29 de 2.1).

Quanto ao facto de em Fevereiro de 1995 ainda se encontrarem na parcela as construções e edifícios do estaleiro (cfr., os n.s 27 e 30 de 2.1), tal resultou do facto de existir uma penhora da Fazenda Nacional sobre o mesmo e que apenas foi desbloqueada pela ré, no primeiro trimestre de 1995, vendo-se obrigada a adquiri-lo pelo montante de 300.000\$00 (cfr., o n. 51 de 2.1).

De tudo quanto se deixou dito resulta que a ré, durante todo o processo, procurou encontrar soluções no sentido de minimizar eventuais danos para a autora, nomeadamente procurando soluções para a realocação das instalações da autora - ao que esta sempre levantou obstáculos - e tentou celebrar um protocolo (à semelhança da maior parte das empresas na situação da autora - fl.s 367 a 436) que permitisse à autora, em condições a acordar, prolongar por mais algum tempo a ocupação da parcela de terreno, o que ela não aceitou, sendo também certo que a manutenção na parcela das construções do estaleiro, até ao primeiro trimestre de 1995, se ficou a dever ao facto de a Fazenda Nacional ter penhorado o estaleiro da Autora, levando a Ré-Recorrida a proceder à alteração do seu calendário de demolições e construções, no que respeita à área onde se encontrava o estaleiro (cfr., o n. 50 de 2.1).

Adianta-se ainda que carecem de qualquer fundamento sério as razões invocadas pela Autora para defender a inaceitabilidade do protocolo pretendido pela Ré, pois, em negociações livres, nenhuma parte está obrigada a acolher, servilmente, a posição da contraparte e não se pode considerar exigência excessiva e injustificada da Ré a pretensão de que os termos, em que a Autora podia continuar a laborar na parcela de terreno que vinha ocupando, fossem reduzidos a um protocolo, em que se descriminassem as condições e o tempo em que o poderia fazer. Significa isto que não se vê que a Ré-Recorrida, em toda a sua actuação, relacionada com a desocupação da parcela de terreno em que estava instalado o estaleiro da Autora, tenha excedido os limites impostos pela boa fé, os bons costumes ou pelos fins sócio-económicos do direito de propriedade, atentas as circunstâncias e finalidades com que este lhe foi conferido; E, ainda menos, se pode concluir, que a actuação da Recorrida tenha excedido tais limites de forma manifesta ou clamorosamente ofensiva da justiça.

Isto é, a Ré não agiu em abuso de direito.

Constatando-se que a Ré não agiu com abuso de direito, falharam as bases em torno das quais a Recorrente alicerçou as suas pretensões indemnizatórias, ficando, por isso, prejudicado o seu conhecimento.

3.4 - Em face de tudo quanto ficou exposto, concluímos que as pretensões formuladas pela Recorrente nas conclusões da sua, aliás douda, alegação não são, numa parte, susceptíveis de apreciação por este Supremo Tribunal, são improcedentes ou ficaram prejudicadas pela solução dada a questões anteriores.

Significa isto que não se vê que o douto acórdão recorrido tenha feito errada aplicação das normas legais apontadas pela Recorrente - ou de quaisquer outras que lhe coubesse aplicar - pelo que deverá ser inteiramente confirmado. Ao invés e por esse motivo, deverá julgar-se improcedente o presente recurso de revista.

4 - Pelo exposto, acorda-se em negar a revista pretendida e confirma-se inteiramente o acórdão recorrido.
Custas pela Recorrente.

Lisboa, 9 de Janeiro de 2003

Eduardo Baptista,
Moitinho de Almeida,
Joaquim de Matos.

-
- (1) Cfr., entre muitos, o Ac. deste Supremo de 25.2.97 (Proc. n. 604/96 - 1ª Secção), in "Sumários de Acórdãos do STJ", Fevereiro de 1997.
- (2) Entre muitos, cfr. os recentes Ac.s do STJ de 05.07.2001 (Revista n.º 1751/01 - 7ª Secção), in "Sumários..." cit., Julho de 2001, de 27.09.2001 (Revista n.º 2115/01 - 7ª Secção), in "Sumários...." cit., Setembro de 2001, de 10.01.2002 (Revista n.º 3642/00 - 2.ª Secção), in "Sumários...." cit., Janeiro de 2002 e de 19.02.2002 (Revista n.º 3379/01 - 1.ª Secção) in "Sumários...." cit., Fevereiro de 2002.
- (3) Cfr., Manuel de Andrade, in "Noções Fundamentais de Direito Civil", 1976, pág. 294 e Antunes Varela, J. M. Bezerra e S. Nora, op. cit., pág.s 679/680.
- (4) Cfr., Lebre de Freitas, A. Montalvão Machado e Rui Pinto, in "Código de Processo Civil Anotado", vol. 2º, 2001, pág. 669.
- (5) Cfr., Antunes Varela e outros, op. cit., pág. 686.
- (6) Cfr., Lebre de Freitas e outros, op. e vol. cit.s, pág. 669.
- (7) Cfr., entre muitos, os Ac.s do STJ de 3.7.73, in "BMJ" n. 229º, pág. 155, de 15.3.74, in "BMJ" n. 235º, pág. 152, de 14.5.74, in "BMJ" n. 237º, pág. 132, de 13.10.82, in "BMJ" n. 320º, pág. 361.
- (8) Cfr., entre muitos, os Ac.s do STJ de 28.2.69, in "BMJ" n. 184º, pág. 253, de 8.4.75, in "BMJ" n. 246º, pág. 131, de 5.1.84, in "Rev. Leg. Jur.", ano 121º, pág. 305, de 5.6.85, in "Ac.s Doutr.", n. 289º, pág. 94.
- (9) No caso de fundamentação errada estar-se-ia perante um erro de julgamento e não de uma nulidade.
- (10) Cfr., o Prof. Dr. Alberto Reis, in "Cód. Proc. Civil Anotado", vol. V, pág. 143 e, entre muitos, os Ac.s do STJ de 6.1.77, in "BMJ" n. 263º, pág. 187, de 5.6.85, in "Ac.s Doutrinários" n. 289º, pág. 94, de 11.11.87, in "BMJ" n. 371º, pág. 374 e de 27.1.93, in "BMJ" n. 423º, pág. 444.
- (11) Porventura, recorrendo aos elementos relevantes para a sua interpretação e fazendo a análise das várias posições que sobre ela tenham sido tomadas pela doutrina e pela jurisprudência.
- (12) Cfr., op. e vol. cit.s, pág. 53.
- (13) Cfr., Lebre de Freitas e outros, op. e vol. cit.s, pág. 670.
- (14) In "Cód. Civil Anotado", vol. I, pág. 298.
- (15) Cfr., Pires de Lima e Antunes Varela, in "Código Civil Anotado", vol. I, pág. 300.
- (16) Cfr., Menezes Cordeiro, in "Da Boa Fé no Direito Civil", vol. II, pág. 661, Cunha de Sá, in "Abuso de Direito", pág. 454, Coutinho de Azevedo, in "Do Abuso de Direito", pág. 56 e os Ac.s deste Supremo Tribunal de 7.10. 88, in "BMJ" n. 380º, pág. 362 e de 21.9.93, in "Col. Jur. - STJ", ano I, tomo 3º, pág. 19.
- (17) Cfr., Pires de Lima e Antunes Varela, op., vol. cit.s, pág. 299 e Almeida Costa, in "Dir. Obrigações", pág.s 65 e 845.
- (18) Antunes Varela, in "Das Obrigações em Geral", vol. I, pág.s 498 e 499.
- (19) Cfr., os Ac.s deste Supremo Tribunal de 3.4.86, in "BMJ" n. 356º, pág. 315, de

25.7.86, in "BMJ" n. 358º, pág. 470, de 7.10.88, in "BMJ" n. 380º, pág. 362, de 4.3.97 (Revista n. 694/96), in "Sumários de Acórdão do STJ", Março de 1997, de 9.12.99 (Revista n. 870/99), in "Sumários...." cit., Dezembro de 1999 e de 20.3.2001 (Revista n. 286/01), in "Sumários...." cit., Março de 2001.

06) Processo:99A409

Nº Convencional:JSTJ00037112

Relator:FERNANDES MAGALHÃES

Descritores:**ABUSO DE DIREITO**

Nº do Documento:SJ199905250004091

Data do Acórdão:25/05/99

Votação:UNANIMIDADE

Tribunal Recurso:T REL PORTO

Processo no Tribunal Recurso:765/98

Data:05/11/98

Texto Integral:N

Privacidade:1

Meio Processual:REVISTA.

Decisão:NEGADA A REVISTA.

Área Temática:DIR CIV - TEORIA GERAL.

Legislação Nacional:CCIV66 ART334.

Sumário :

Actuar com abuso do direito - por representar um verdadeiro venire contra factum próprio - a parte que, decorridos mais de 10 anos depois de haver conferido expressa autorização à contraparte para, através de um seu logradouro, aceder a uma pequena construção para depósito de botijas de gás existente em outras fracções (que pela segunda, veio, a ser arrendada no pressuposto da subsistência de tal autorização) vem agora, ao arrepio da actuação objectiva de confiança por si criada, pedir a condenação do beneficiário a abster-se de usar tal logradouro para o transporte daquelas botijas.

07) Processo:97B518

Nº Convencional:JSTJ00033505

Relator:COSTA MARQUES

Descritores:**ABUSO DO DIREITO**

Nº do Documento:SJ199711130005182

Data do Acórdão:13/11/97

Votação:UNANIMIDADE

Tribunal Recurso:T REL PORTO

Processo no Tribunal Recurso:836

Data:19/12/96

Texto Integral:N

Privacidade:1

Meio Processual:REVISTA.

Decisão:NEGADA A REVISTA.

Área Temática:DIR CIV - DIR REAIS.
Legislação Nacional:CCIV66 ART334 ART1311.

Sumário :

A relevância do abuso de direito na modalidade do venire contra factum proprium, a chamada conduta contraditória, supõe a verificação de vários pressupostos entre os quais se salienta a situação objectiva de confiança: prática de um acto (factum proprium) gerador de um previsível comportamento futuro, concretamente adequado ao primeiro.

08) Processo:066024

Nº Convencional:JSTJ00024087

Relator:JOSE FERNANDES

Descritores:**ABUSO DO DIREITO.** ACÇÃO DE ANULAÇÃO. DIREITO DE PREFERÊNCIA.

Nº do Documento:SJ197603230660241

Data do Acórdão:23/03/76

Votação:UNANIMIDADE

Texto Integral:N

Privacidade:1

Meio Processual:REVISTA.

Decisão:NEGADA A REVISTA.

Área Temática:DIR CIV - DIR CONTRAT.

Legislação Nacional:CCIV66 ART334 ART1687.

Sumário :

Constitui abuso de direito instaurar acção em que a autora pede a anulação da venda feita pelo marido, não com a intenção de evitar que o património conjugal fique comprometido por efeito de tal negócio mas unicamente com o fim de prejudicar ou eliminar o direito de preferência do arrendatário comercial do prédio vendido.

09) Processo:072014

Nº Convencional:JSTJ00014642

Relator:LUIS GARCIA

Descritores:**ABUSO DE DIREITO.** ARRENDAMENTO. QUESTÃO NOVA. MA-FE. PETIÇÃO INICIAL. DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA. ACTUALIZAÇÃO DA INDEMNIZAÇÃO. ALTERAÇÃO ANORMAL DAS CIRCUNSTANCIAS.

Nº do Documento:SJ198507110720142

Data do Acórdão:11/07/85

Votação:UNANIMIDADE

Texto Integral:N

Privacidade:1

Meio Processual:REVISTA.

Decisão:NEGADA A REVISTA.

Área Temática:DIR CIV - TEORIA GERAL.

DIR PROC CIV.

Legislação Nacional:CCIV66 ART265 N1 ART267 - ART269 ART280
ART334 ART562 N2 ART569.
CPC67 ART456 N2.

Sumário :

I - Diz-se ilegítimo o exercício de um direito quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fe, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito (abuso do direito) por isso, sendo ilegítimo o direito exercido pela re, e nulo o contrato de arrendamento.

II - A ma fe existe não so pela forma como a re agiu, abusando do direito ao celebrar o arrendamento, como também por ter deduzido oposição cuja falta de fundamento não ignorava.

III - Para que em recurso se possa actualizar indemnização por desvalorização da moeda, ou alteração das condições, era necessario que isso se tivesse solicitado no pedido de acção e que isso tivesse sido objecto ou devesse ter sido objecto da decisão recorrida, sob pena de se considerar "questão nova", vedada ao conhecimento do Supremo.

10) Processo:081178

Nº Convencional:JSTJ00013134

Relator:MIGUEL MONTENEGRO

Descritores:**ABUSO DO DIREITO.** CONCEITO.

Nº do Documento:SJ199201070811781

Data do Acórdão:07/01/92

Votação:UNANIMIDADE

Tribunal Recurso:T REL COIMBRA

Processo no Tribunal Recurso:1034/90

Data:19/03/91

Texto Integral:N

Privacidade:1

Meio Processual:REVISTA.

Decisão:NEGADA A REVISTA.

Área Temática:DIR CIV - TEORIA GERAL.

Legislação Nacional:CCIV66 ART334.

Sumário :

Não ha abuso de direito quando dele apenas se pretendem tirar os efeitos que a lei confere.

11) Processo:073094

Nº Convencional:JSTJ00008271

Relator:AURELIO FERNANDES

Descritores:**ABUSO DE DIREITO.** REQUISITOS. CONSTRUÇÃO DE OBRAS.
CASO JULGADO. DESPACHO SANEADOR. DEMOLIÇÃO DE OBRAS.

LICENCIAMENTO DE OBRAS. CAMARA MUNICIPAL. QUESTÃO NOVA.
PODERES DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Nº do Documento: SJ198604080730941

Data do Acórdão: 08/04/86

Votação: UNANIMIDADE

Referência de Publicação: BMJ N356 ANO1986 PAG314

Texto Integral: N

Privacidade: 1

Meio Processual: REVISTA.

Decisão: NEGADA A REVISTA.

Área Temática: DIR CIV - TEORIA GERAL.

Legislação Nacional: DL 37575 DE 1949/10/08 ART2.

CPC67 ART664 2PARTE ART677 ART682 N1

CCIV66 ART334.

Sumário :

I - Ao definir os requisitos do abuso do direito, dispõe o artigo 334 do Código Civil que é ilegítimo o exercício de um direito quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fe, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.

II - Não se vê em que e que a exigência de demolição de uma construção, na parte em que se encontra ilegalmente implantada, possa exceder - e muito menos por forma manifesta, como exige aquele preceito - esses limites, nomeadamente os impostos pelo fim social do direito que o autor pretende fazer valer.

III - O facto de o respectivo projecto ter sido aprovado pela competente Câmara Municipal e irrelevante para o efeito pretendido pelos reus, isto é, para obstar à demolição, pois, de concessão de licença camarária para construção urbana assenta tão-só na verificação de determinados pressupostos técnicos e urbanísticos, nada tendo a ver com a observância ou inobservância dos direitos de outrem, podendo assim colidir com certas prescrições legais gerais ou violar certos limites legais.

IV - E que, como é evidente, as Câmaras Municipais não são, nem actuam, nomeadamente no licenciamento de quaisquer obras de construção urbana de sua competência, como organismos do Estado.

V - Não recorrendo os vencidos quanto à decisão no despacho saneador-sentença, não podem em recurso para o Supremo Tribunal de Justiça voltar a equacionar a mesma questão por transitada em julgado, nos termos do artigo 677 do Código de Processo Civil.

VI - Não pode o Supremo Tribunal de Justiça conhecer de matéria não alegada nos articulados, porque tratando-se de matéria nova, não foi, nem obviamente podia ter sido, considerado pelas instâncias - artigo 664, 2.ª parte, do Código de Processo Civil.

ANEXO III
JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO N.º 37 DA I JORNADA DE DIREITO CIVIL
PROMOVIDA PELO CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA
JUSTIÇA FEDERAL ¹⁷⁰

Enunciado 37. Arts. 186 e 187: A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.

João Maria Lós: Desembargador do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

JUSTIFICATIVA

O novo Código Civil brasileiro trará significativo avanço ao consagrar, como figura autônoma, o abuso de direito, ainda que o tenha qualificado como ato ilícito.

Com efeito, o art. 187 do novel Código Civil prevê: “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

¹⁷⁰ Enunciado aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do Superior Tribunal de Justiça. Extraído do site do Conselho da Justiça Federal, www.cjf.gov.br, acesso em janeiro de 2006.

costumes.”

Diferentemente do previsto no art. 160, I, do atual Código, o abuso de direito passará a ser conteúdo de norma expressa. Não resultará de uma análise *a contrario sensu*. Ou seja, seria lícita a conduta não-abusiva. Além disso, seus preceitos normativos, de ordem ontológica e cunho subjetivo, fixados no texto no art. 187, deram os contornos precisos do instituto do abuso de direito.

E, apesar de, topograficamente, incluído no título reservado ao ato ilícito, fica evidente sua autonomia em relação a essa figura. Primeiro porque, ao definir ato ilícito no art. 186, como já o fazia no vigente art. 159, o legislador atrelou sua configuração à noção de culpa *lato sensu*.

Todavia o mesmo não fez no concernente ao abuso de direito. A simples interpretação literal do dispositivo sugere que a caracterização do ato abusivo resulta de dados objetivos e, quando não, de aspectos subjetivos totalmente diversos daqueles exigidos para o ato ilícito como tal.

Melhor teria feito se tivesse consagrado o instituto em título próprio. Entretanto, do modo como está posto, estampa-se um progresso, em consonância com a moderna doutrina que trata do assunto.

Desse modo, tem-se que o abuso de direito prescinde da noção de culpa, ou seja, não se indaga se o agente agiu intencionalmente, ou se foi imprudente ou negligente ou imperito. Questiona-se se o ato praticado extrapolou os limites impostos pelo seu fim econômico ou social. E, no plano subjetivo, se houve má-fé ou feriram-se os bons costumes.

Naturalmente que a boa ou má fé necessita de exame da intencionalidade do ato, mas esta não direciona para o resultado danoso, cinge-se

tão-somente ao ato em si. É que, diversamente do que ocorre com ato ilícito praticado com culpa, a previsão do dano é elemento normativo do tipo. Tanto é assim que, no próprio texto do art. 186, alude-se à violação de direito e à ocorrência de dano a outrem.

Reforça esse argumento o disposto no parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, ao asseverar que haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, nos casos especificados em lei.

De outra parte, a doutrina acerca do assunto, embora sustente que o abuso de direito situar-se-ia muito melhor não como uma figura jurídica, mas como um fenômeno social, reconhece que deve ser visto como categoria jurídica.

O que importa é saber, do ponto de vista prático, como devem ser regulados os seus efeitos. E, nesse ponto, por ser uma transgressão de um direito, suas conseqüências deverão ser assemelhadas às conseqüências mesmas do ato ilícito. Essa a lição de Sílvio de Salvo Venosa (*in Direito Civil, Teoria Geral*. São Paulo: Atlas. 1984, pp. 435 e seguintes). Isso não significa circunscrevê-lo às noções de culpa e dolo, pois, se assim fosse, bastaria a regulamentação específica do ato ilícito.

Conclui-se, portanto, com Sílvio de Salvo Venosa: *O projeto, de forma elegante e concisa, prescinde da noção de culpa (...) para adotar o critério objetivo-finalístico.*

Fica, portanto, válida a afirmação feita supra de que o critério de culpa é acidental e não essencial para a configuração do abuso (op.cit., pág. 442).

REFERÊNCIA

AMERICANO, Jorge. *Do Abuso do Direito no Exercício da Demanda*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva & Comp Editores, 1932.

AZEVEDO, Álvaro Villaça (coordenador). *Código Civil comentado: negócio jurídico. Atos jurídicos lícitos. Atos ilícitos*. Vol. II. São Paulo: Atlas, 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

BERNAL, José M. M. *El Abuso del Derecho*. Madri: Editorial Montecorvo, S.A., 1982.

BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo II. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

CARPENA, Heloísa. *O abuso do Direito no Código de 2002: Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. A parte Geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-consitucional/ Coord. Gustavo Tepedino*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 377/395.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do Direito*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAVALIERI FILHO. *Responsabilidade Civil no Novo Código Civil*. Revista da EMERJ. v.6, n. 24. 2003. p.30/46.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas: uma análise do Ensino do Direito de Propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, <http://www.cjf.gov.br>, acesso em janeiro de 2006.

DELGADO, José Augusto. *O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988. Cláusulas Gerais e Conceitos Indeterminados*, 2003. Disponível em: <http://www.classecontabil.com.br/servlet_art.php?id=118>. Acesso em 20 de maio de 2006.

DICIONÁRIO JURÍDICO: Academia Brasileira de Letras Jurídicas/ J. m. Othon Sidou. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

FACHIN, L. E. *Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 1ª ed. 14ª impr. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 19xx.

FERRI, Luigi. *La Autonomia Privada*. Traduzida por Luis Sancho Mendizabal. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

FRANCIULLI NETTO, Domingos, et al. *O Novo Código Civil: Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTR, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA Fº, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Novo Curso de Direito Civil: Obrigações*. v II. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos*. v IV. t. 1. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 2ª ed. v III. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Introdução do Direito Civil*. Atualização e notas por Humberto Theodoro Júnior. 1ª edição eletrônica. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2001.

GUSMÃO, Paulo Dourado. *Elementos de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1969.

HIRONAKA, Giselda. M. F. N. *Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado*. Jus Navegandi, Teresina, a. 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4194>>. Acesso em 25 de outubro de 2005.

_____. *Responsabilidade Civil e Contemporaneidade: Retrato e Moldura*. Disponível em: <http://www.flavioartuce.adv.br/secoes/artigos/Giselda_Responsabilidade.doc>. Acesso em setembro de 2005.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Revisado y completado por André Brun. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Tomo I. Vol. III. Buenos Aires: Bosch Y Cia. Editores, 1950.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Revisado y completado por André Brun. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Tomo II. Vol. I. Buenos Aires: Bosch Y Cia. Editores, 1950.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. *Anotações sobre o Abuso de Direito*. Revista de Direito Privado. n. 11. Coord. Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 68/78.

LÔBO, P. L. N. *Contrato e mudança social*. Revista Forense, nº 722. Rio de Janeiro: Forense;

_____. *Dirigismo Contratual*. Revista de Direito Civil, nº 52. São Paulo : Revista dos Tribunais;

_____. *O contrato: exigência e concepções atuais*. São Paulo : Saraiva, 1986;

LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

LOPES, Serpa. *Curso de Direito Civil*. v. 1. 4ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1962.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. 3ª ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Biblioteca de Direito do Consumidor, vol. 01;

MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um “sistema em construção”*: as cláusulas gerais no Projeto do Novo Código Civil brasileiro. Jus Navegandi, Teresina, a.4, n. 41, maio de 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em: 08 nov. 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil (estruturas e rupturas em torno do art. 187)*. Elaborado em maio de 2003. Disponível em: <<http://mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto382.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941.

MELO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico*: Plano da Existência. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas Limitativas e Exclusão de Responsabilidade Civil*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1985.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 28ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil Anotado e legislação extravagante*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Abuso do Poder Econômico-contratual e Boa-fé*. Revista de Direito Privado. n. 11. Coord. Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 138/153.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 1ª ed. Revista Eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O Abuso do Direito e as Relações Contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 1ª ed. t. II. Atual. Por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REALE, Miguel. *Visão Geral do Novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, a.6, nº 54, fev. 2002, Disponível em: < <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 06 mar. 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Responsabilidade Civil. v.4. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: parte geral*. 24 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1994.

SERPA LOPES, Miguel M. de. *Curso de Direito Civil*. 4ª ed. vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1962.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. V. III e IV. Rio de Janeiro: Forense. 1989.

STARC, Boris. ROLAND, Henri. BOYER, Laurent. *Obligations*.1. Responsabilité délictuelle. Paris: Éditions Litec, 1991.

STOCO, Rui. *Abuso do Direito e Má-fé Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil pela prática de atos lícitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. rt. 731. p. 86-88. set. 1996. Ano 85.

STRECK, L. L. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed., revista, atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

Superior Tribunal de Justiça, <http://www.stj.gov.br>, acesso em janeiro de 2006.

Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, www.stj.pt, acesso em janeiro de 2006.

Supremo Tribunal Federal, <http://www.stf.gov.br>, acesso em janeiro de 2006.

TARTUCE, F. *A Realidade Contratual à Luz do Novo Código Civil*, 2003. Disponível em: <<http://mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 20 de out. 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*: in Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Crises de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002*. Revista forense, v. 364, Rio de Janeiro, nov./dez. 2002, p. 113.

_____. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In:

_____. *Temas de direito civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001,

TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa*: in Problemas de Direito Civil, Gustavo Tepedino (coord.) Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 1 e ss.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *A lógica do razoável e o negócio jurídico: reflexões sobre a difícil arte de julgar*. In *Negócio Jurídico: aspectos controvertidos à luz do novo Código Civil*. Marcos Jorge Catalan (coord). São Paulo: Mundo Jurídico, 2005. p. 11 a 49.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *Breves considerações sobre o direito das coisas no novo Código Civil*. Publicado no site Mundo Jurídico em 25 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 08 de novembro de 2004.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *Separação, Violência e Danos Morais*. São Paulo: PAULISTANAJUR LTDA., 2004.

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, <http://www.tj.pr.gov.br>, acesso em janeiro de 2006.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, <http://www.tj.rj.gov.br>, acesso em janeiro de 2006.

Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, <http://www.trt05j.gov.br>, acesso em janeiro de 2006.

Tribunal Superior do Trabalho, <http://www.tst.gov.br>, acesso em janeiro de 2006.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Extinto Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, <http://www.ptac.sp.gov.br>, acesso em janeiro de 2006.

Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, <http://www.trt12.gov.br>, acesso em janeiro de 2006.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal, <http://www.tjdf.gov.br>, acesso em janeiro de 2006.

Tribunal Regional Federal da 5ª Região, <http://www.trf5.gov.br>, acesso em janeiro de 2006.

Tribunal de Justiça de Santa Catarina, <http://www.tj.sc.gov.br>, acesso em janeiro de 2006.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região, <http://www.trf4.gov.br>, acesso em janeiro de 2006.

Tribunal Regional Federal da 2ª Região, <http://www.trf2.gov.br>, acesso em janeiro de 2006.

Tribunal Regional Federal da 12ª Região, <http://www.trf12.gov.br>, acesso em janeiro de 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnold. *A dupla função econômica e social do contrato*. Revista Trimestral de Direito Civil. v. 17. Rio de Janeiro: Padma, 2000. p. 3/10.

