

CLÁUDIO ANTÔNIO SOARES LEVADA

**O ABUSO E O NOVO DIREITO
CIVIL BRASILEIRO**

DIREITO
PUC/SP

2005

CLÁUDIO ANTÔNIO SOARES LEVADA

O ABUSO E O NOVO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Civil, sob a orientação da Professora Doutora Rosa Maria Barreto Barriello de Andrade Nery.

PUC/SP
-2005

FOLHA DE APROVAÇÃO DA BANCA EXAMINADORA

Banca Examinadora:

Profa. Dra. Rosa Maria Barreto Barriello de Andrade Nery.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

**OBSERVAÇÃO: TRANSCREVER O TEXTO NO VERSO DA
Folha de Aprovação:**

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução parcial desta tese por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura: _____ Local e

Data: _____

Dedico esta tese à minha irmã Liandra Maria. Onde quer que se encontre, que esteja em paz.

RESUMO

Palavras Chave: abuso; boa – fé objetiva; equilíbrio contratual.

ABSTRACT

Abuse of Process in the New Brazilian Civil Code

The abuse of process is a theme of great repercussion in the range of the national civil responsibility, either in the contractual or extra contractual area or **Aquilian**.

The present thesis defends its relevant application in uncountable hypotheses, mainly after the edition of the current 2002 Civil Code that predicted it expressly on Art.187, in the following terms:

“Also commits an illicit act, the owner of a right that exerting it, exceeds manifestly the limits set by its economical or social purpose, by its good will or by its good customs”

This research makes a historic introduction to the subject and points the institute in the compared Law. It studies the abuse of process in its nature defending its occurrence even when there is no fault from the author of abusive behavior. It analyses related institutes, properly discriminated, its similar point and differences, together with concrete cases notes decided in Brazil and abroad, and following analysis of the solutions adopted.

In philosophical terms, we looked forward to defend that the abuse of process is incompatible with positivist doctrines, still existing necessity of ideological analysis and value of the agent's behavior and its consequences to identify it.

We noted as well the correlation between the abuse of process and several constitutional principles that expand in the range of private rights and have concrete application on it. Political questions were analyzed connected to this institute and its relation to the free choice to contract and the autonomy of the will typical of individualist doctrines from which the current Code got apart, substituting them by doctrines that value the collective interest, the social solidarity and the human dignity. The conclusions taken along this research, highlight the necessity of Judiciary intervention into the contracts and social relationships as a form of attenuate the differences between the parts and put them again into equilibrium, avoiding or reducing the damages caused to the abuse victim.

Along this research, essential aspect was the demonstration that the process abuse is an illicit act, that can be characterized independently from the abuser's intentions of causing or not damage to the victim, or even with no fault in his behavior.

The conclusions, in a number of 56 were general and tried to follow the order of the themes approached, at least as a rule.

1. INTRODUÇÃO AO TEMA

O abuso não existe apenas porque (hoje) a lei o contempla. Há um sentimento popular que o identifica e legitima sua vedação, pode-se dizer que uma intuição, até, de sua existência.

Figure-se o exemplo de um cartão de crédito cujos juros cobrados pela administradora sejam da ordem de 12% ao mês (como são efetivamente, em sua maioria). Não é preciso ser jurista ou “operador do Direito” (como virou clichê chamarmo-nos) para afirmar tais juros como abusivos. Eles simplesmente o são numa primeira e única observação a olho nu, porque ferem o bom senso e mesmo os bons costumes, ao institucionalizarem a agiotagem. São extorsivos, exacerbados, excessivos e, portanto, abusivos.

O abuso do direito já era admitido, pela doutrina e pelos Tribunais pátrios, em face do Código Civil de 1916. No entanto, era discutível se havia previsão expressa consagrando o instituto, ou se decorria ele do princípio geral que manda o juiz aplicar a lei consoante seus fins sociais, critério abstrato positivado pelo art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil ¹.

Já para quem defendia houvesse o Código de 1916 normatizado o abuso do direito, este se encontrava no art. 160, I, ao prever não constituírem atos ilícitos "Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido"; "a contrario sensu", o exercício irregular de um direito caracterizaria o abuso, para alguns

¹ Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

a ser objetivamente considerado, para outros a necessitar do elemento subjetivo, notadamente na intenção de ofender e causar dano à vítima do ato abusivo.

Fosse como fosse, a evolução legislativa do tema passou a consagrar o abuso em situações diversas: ao prevê-lo genericamente no direito de greve – Constituição Federal, Art. 9º, § 2º² - ou no direito consumerista como causa de nulificação "de pleno direito" de cláusulas contratuais prejudiciais ao consumidor – Art. 51 e incisos da Lei 8078/90³ -ou, ainda, nas hipóteses de configuração de conduta processual temerária, conforme os artigos 14 e 17 do Código de Processo Civil⁴ – procedimento

² Art. 9º. É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

(...)

§ 2º. Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

³ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor - pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (VETADO).

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido contra o consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia de direito de indenização por benfeitorias necessárias.

⁴ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa de direito;

com lealdade e boa-fé e reconhecimento de litigância de má-fé, respectivamente – e, mais recentemente, no inciso II do art. 273 do estatuto processual civil, ao apontar o abuso do direito de defesa como um dos requisitos possibilitadores da antecipação da tutela jurisdicional⁵.

O abuso do direito passou a ser, virtualmente, de aceitação unânime entre nós. Mas remanescem discussões sobre sua natureza e os embates entre os teóricos da posição subjetivista e objetivista, aspecto de relevância ímpar para a prova do abuso e para a delimitação do alcance do instituto, que se verá difundido em praticamente todos os campos do Direito Civil, âmbito a ser predominantemente examinado neste trabalho.

Nesse ponto reside a importância maior e justificativa do tema tratado: como deve ser analisado o abuso do direito a partir da vigência do novo Código Civil, Lei nº 10.406, de janeiro de 2002. Procurar-se-á demonstrar que não podem pairar mais dúvidas sobre a natureza ou a teoria a ser seguida na aplicação do instituto em nosso

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste Art. constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

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

I - deduzir 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 ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados.

VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

⁵ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

(...)

II - fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Direito, ante a clareza da posição tomada pelo legislador na nova codificação das leis civis do país, posição que deve ser também a do intérprete e a do aplicador das demais normas legais quando se referirem ao abuso entre nós.

2. CÓDIGO DE HAMMURABI

Escrito em 1780 a.C., o Código de Hammurabi ⁶ (1795 – 1750 a.C.) possui 282 artigos reconhecendo institutos de Direito atuais, como a propriedade, família e sucessões e mesmo uma moderníssima proteção consumerista, ainda que com sanções ao fornecedor bastante primitivas – “verbi gratia”, art. 108: *“Se uma taverneira não aceitar milho de acordo com o peso bruto em pagamento de bebidas, mas aceitar dinheiro, e o preço da bebida for menor que o do milho, ela deve ser acusada e atirada na água”*.

Coube a Hammurabi reunir sob seu poder os sumérios e os acadianos e expandir a hegemonia política da Babilônia sobre várias cidades-estado da Mesopotâmia, como Mari, Isin, Uruk, Ur e Nipur, além de haver conquistado Eshuna e com isso estabelecido controle sobre a rota de Dyala, ampliando o comércio entre o que é hoje o Irã e a planície mesopotâmica (Iraque), o que explica o grande número de normas relativas às relações mercantis.

Seu Código de Leis traduzia muitas vezes a preocupação com a proporcionalidade entre ofensa e castigo, ainda que prevalecesse a lei de Talião como senso de proporção – visivelmente tiraram os hebreus essas regras do Código babilônico, como se observa dos Artigos 196 e 200, respectivamente, “Se um homem

⁶ O Código de Hammurabi foi encontrado em 1901, pelo arqueólogo Jaques Morgan, em escavações na cidade de Susa (Pérsia, hoje Irã), para lá levado como troféu de guerra, provavelmente em 1175 a.C.; gravado em caracteres cuneiformes, com aproximadamente 3.500 linhas, em um grande bloco cilíndrico de pedra negra (2,25m de altura por 2m de circunferência), conserva-se atualmente no Museu do Louvre, em Paris (“O Código de Hammurabi”, tradução de Leonard William King e para língua portuguesa de Julia Vidili; Edit. Medras, 2004, p. 08, no prefácio de Sérgio Marcos Roque).

arrancar o olho de outro homem, seu olho deverá ser arrancado” e “Se um homem arrancar os dentes de seu semelhante, seus dentes deverão ser arrancados”. Olho por olho, dente por dente.

Mas existiam normas que refletiam nitidamente uma vedação ao abuso (sem que o termo, em si, fosse utilizado), por exemplo, ao se proibir excessos na conduta do pai, no exercício do poder familiar. Confirmam-se os Artigos 168 e 191:

“168. Se um homem desejar expulsar seu filho de casa e declarar perante o juiz: “Quero pôr meu filho para fora”, o juiz examinará suas razões. Se o filho não for culpado por grandes erros, pelos quais ele poderia ser posto para fora de direito, o pai não poderá expulsá-lo”.

“191. Se um homem, que adotou um filho e o criou, construir um lar e tiver filhos, desejando mandar embora seu filho adotivo, esse filho não deverá sair simplesmente assim. Seu pai adotivo deverá dar-lhe de seus bens um terço da porção de um filho e então pode ir. Ele não lhe deve dar campo, jardim e casa”.

Em ambos os casos, verifica-se a preocupação do legislador babilônico em relativizar o poder do pai em face do filho legítimo, na primeira hipótese, não permitindo sua expulsão sem justa causa, e quanto ao filho adotivo, na segunda, não permitindo fosse o adotado abandonado sem quaisquer bens, ambas as situações a configurar o que hodiernamente se enquadra na teoria do abuso do direito, que visa justamente à relativização do exercício dos direitos.

Pode-se dizer, em suma, que a idéia de proporção e de repressão ao exercício abusivo do direito já se encontrava, há quase quatro mil anos, na Babilônia, muito

antes da doutrina de eqüidade e de justa medida defendida por Aristóteles na antiga Grécia.

3. A NOÇÃO ARISTOTÉLICA (HISTÓRICO)

A idéia aristotélica de justiça relativa aos contratos (o “synállagma”⁷) busca a igualdade do meio como a proporção configuradora de equilíbrio entre as partes:

“De maneira que o igual vem a ser o justo meio entre o mais e o menos; o ganho se confunde com o mais; a perda, pelo contrário com o menos; o primeiro é o excesso em relação com o bem e a carência com relação ao mal; a perda é o contrário. E, posto que o igual ocupa o termo médio, diremos que ele é o justo. Em conseqüência, a justiça corretiva será o justo meio entre a perda de um e o ganho de outro. Por isso quando se produz entre os homens alguma diferença, recorrem eles ao juiz... A justiça é, pois, um justo meio, se pelo menos o juiz o é. O juiz mantém a balança equilibrada entre as duas partes. Façamos uma comparação: se uma linha foi cortada em duas partes desiguais, o juiz toma aquilo que na parte maior ultrapassa a metade, e o acrescenta à parte menor. Quando o todo está dividido com igualdade, todos reconhecem ter o que lhes toca; por ambos os lados, as partes são iguais”.

Essa noção de proporcionalidade harmoniza-se perfeitamente com o princípio de relativização dos direitos das partes – contratuais ou não -, na medida em que o absoluto só contempla uma das partes, em evidente desequilíbrio a caracterizar o injusto que seria, então, inerente a toda e qualquer conduta abusiva, já que o abuso é, por definição mesma, desproporção e desequilíbrio.

⁷ Aristóteles, “Obras, Ética nicomaquea”, livro V, Cap. 4, 1132a/1132b; “apud” João Bosco Leopoldino da Fonseca, “Cláusulas Abusivas nos Contratos”, Edit. Forense, Rio, 2ª ed., 2002, p. 12/13.

“In medium virtus”, no meio a virtude, contrapõe-se essencialmente ao vício do desequilíbrio injusto e abusivo, a exigir o restabelecimento da devida proporção de direitos e deveres entre as partes. É o que a idéia de justiça aristotélica nos permite inferir.

Em conseqüência, pode-se dizer que o senso grego de proporção (presente em tantas áreas, como por exemplo na arquitetura de seus templos) e de igualdade contém em si a noção de que o desequilíbrio abusivo é injusto e deve ser coibido.

4. EQÜIDADE, EPIQUÉIA E ABUSO.

Como ensina ROSA MARIA NERY, o direito pode resumir-se à postura elementar compreensiva de dar a cada um o que é seu, idéia representada na justa retribuição visando à preservação do equilíbrio social. ROSA NERY mostra que tal idéia provém da mitologia grega, em que “A idéia da justa medida é ínsita à figura mitológica de Ícaro, símbolo da hybris (excesso), da “démesure”⁸, do descomedimento. Ícaro tinha de manter o meio-termo entre as ondas do mar e os raios solares, mas, insensato, ultrapassou o métron e se destruiu. Para Hesíodo, o métron, a medida, é o ser: o homem dimensionado para o trabalho e para a necessidade de ser justo.

Na figura de Diké (a deusa da justa medida) está a origem da palavra díkaion (justo), ou seja, aquilo que é dividido ao meio pelo dikastés (juiz).

Como antes visto, essa também a concepção de Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*: já que o igual é um meio-termo, o justo será um meio-termo: o justo implica o dividir e dar a cada um o que é seu. O justo está ligado a uma idéia de igualdade na participação de todos os bens.⁹

Na concepção grega, verifica-se que a noção de proibição ao abuso, como conduta social, está nitidamente contida na crítica ao excesso, ao afastamento do meio-termo que se identifica com a noção de igualdade, comedimento e justiça.

⁸ A conduta de Ícaro foi abusiva porque desmesurada. O abuso é também a ausência de medida..

⁹ “Noções Preliminares de Direito Civil”, Edit. RT., 2002, pp. 26/27.

Daí seguir-se, mostra ROSA NERY em sua irreprochável tese de livre-docência¹⁰, que é impossível falar-se de vínculo obrigacional como relação jurídica de razão, sem retomar as idéias de equilíbrio, de justa medida, de sensatez, apontadas como conseqüências próprias e consentâneas com a atividade do juiz e que, dizemos nós, mostram-se concretamente quando judicialmente se afasta o abuso, como ilícito contratual ou extrajudicial, pois nesse momento é restabelecido o equilíbrio, a justa medida, a sensatez que permitem a vida harmônica e ordenada em sociedade.

Por outro lado, mostra-nos a ilustre Desembargadora e jurista paulista que o conflito decorrente da desarmonia levava à necessidade da decisão judicial, proferida por um juízo eqüitativo, posto como um juízo de valor, de moderação e ponderação comumente denominado como epiquéia, expressão grega que etimologicamente significa moderação, ou modificação racional, com que se interpreta e se suaviza o rigor de uma lei, ou matéria, relativa à justiça.

Enquanto a eqüidade é o estado de igualdade e harmonia que, rompido, precisa ser restaurado, a epiquéia¹¹ é um esforço interpretativo, por parte do julgador, para temperar a norma e, em face do caso concreto, buscar o justo – que, no ideal grego, é mesclado das idéias de moderação, de equilíbrio, do meio termo, daquilo que hoje (observamos) é analisado sob as figuras do sopesamento e da proporcionalidade.

Também às idéias de eqüidade e epiquéia contrapõe-se a noção de abuso, antítese do equilíbrio, da moderação, do meio termo; sinônimo de excesso e cobiça.

¹⁰ “Vínculo Obrigacional: Relação Jurídica de Razão (Técnica e Ciência de Proporção)”; Tese de Livre-Docência; Departamento de Direito Civil, Processual Civil e do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; página 114.

¹¹ Obra citada, página 115.

5. O ABUSO NA ROMA ANTIGA

É incontroverso que o princípio geral vigente no Direito Romano era o de que aquele que atua em conformidade a um direito subjetivo não é responsável pelo dano causado a outrem. É o princípio pelo qual “Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur” (Digesto, livro L, título 17, frase 55).

Em razão disso, muitos defenderam que os romanos não construíram uma teoria do abuso do direito, dado seu pragmatismo, existindo apenas vestígios da reprovação do exercício abusivo dos direitos, como afirma PEDRO BAPTISTA MARTINS, sintetizando tal posicionamento no dizer que “os romanos não construíram uma teoria do abuso do direito. Povo simples e rude, a formação de seu direito obedeceu às necessidades práticas da vida, sendo notório que os seus jurisconsultos não se preocupavam em regra, com as generalizações”¹².

A terminologia abuso do direito não era realmente conhecida dos romanos, pois seu atual sentido é obra dos juristas e canonistas de um período posterior, diferente de seu sentido original de “uso interno” como mostra ROSALICE FIDALGO PINHEIRO¹³, apontando ainda que os vestígios do abuso foram delineados na noção

¹² “O Abuso do Direito e o Ato Ilícito”; 3ª ed. Hist., Rio, Forense, 1997, p.15.

¹³ “O Abuso do Direito e as Relações Contratuais”, Edit. Renovar, Rio, 2002, p.35. Citando MARIO ROTONDI, diz-se que, enquanto hoje o termo “abuso” significa uso reprovável, entre os romanos o significado era outro, ou seja, “un uso intenso, uno sfruttamento completo, e em particolare l’uso che consuma definitivamente lacosa, quindi quell’uso che non è concesso all’utente e che si contrappone appunto al godimento contenuto nel diritto di uso” (“L’abuso di diritto “aemulatio”. Padova, CEDAM, 1979, pp.37/38). Nesse sentido original é que se deve entender a extensão do direito de propriedade à época, quando se entendiam presentes o “ius fruendi”, o “ius disponendi”, “ius utendi” e o “ius abutendi”, isto é, de uso intenso da coisa e não de sua utilização abusiva.

de “emulatio” desenvolvida pelo direito medieval a partir das questões relativas ao uso das águas, estendendo-se ao depois às relações de vizinhança.

Apesar disso, é inequívoco que o termo não era tão utilizado, no entanto frisava o grande JORGE AMERICANO que a noção existia, “não tão imprecisa que não permitisse a CÍCERO proferir o conceito: ”summum jus summa injuria” (“De Officiis”, I, 10)”¹⁴. Os exemplos citados no direito de propriedade – no impedimento às obras sem proveito ao proprietário e nas limitações em face dos vizinhos – e mesmo no direito de família, na proteção aos escravos contra o abandono e dos filhos contra os maus tratos, demonstram à sociedade, e em suma, que os romanos não sistematizaram o abuso como é hoje entendido, mas que tinham, sim, a noção da limitação dos direitos subjetivos quando exercidos de modo ilegítimo, o que nada mais é senão a idéia central do abuso do direito.

ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORRÊA também demonstra que os romanos sentiram claramente a necessidade de proibir o abuso dos direitos, notadamente em matéria de propriedade, embora não se tenham preocupado em formular princípios sobre a matéria. O ilustre romanista aponta, em exemplos como o das responsabilidades do tutor e do curador, usucapião, proteção à “*bona fides*”, etc., a influência persistente do ideal de “*Aequitas*” entre os romanos, incompatível com o abuso dos direitos. E o faz com interjeição para enfatizar a incompatibilidade. (“Enciclopédia Saraiva do Direito”, vol.2, 1977, Coordenação do Prof. RUBENS LIMONGI FRANÇA, verbete “Direito Romano”, pp. 48/58). Exemplo notável vem da Lei das XII Tábuas, na proibição ao “*pater familias*” de vender mais de três vezes o próprio filho (“*Si pater filium ter venum dui filius a patre liber est*”).

¹⁴ “Do abuso do direito no exercício da demanda”, Casa Vanorden, São Paulo, 1923, p.12. Mostra JORGE AMERICANO que, entre os romanos, o direito de propriedade, “tanto quanto modernamente, faculta o uso das fontes e águas correntes como convier ao proprietário, para seu proveito ou utilidade, fazendo obras, açudes, desvios, etc., mesmo com prejuízo dos proprietários inferiores. Mas a lei romana põe obstáculo a obra realizada com o fim de prejudicá-los, sem proveito para o proprietário: D. de aqua 1.1 § 12: *Denique Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens, vicini fontem avertit, nihil posse agi: nec de dolo actionem; et sane non debet habere, SI NON ANIMO VICINO NOCENDI, SED SUUM AGRUM MELIOREM FACIENDI ID FECIT*” (grafia da época; destaque no original).

6. DIREITOS ABSOLUTOS E EM COLISÃO

A visão individualista dos direitos os aponta, em seu início e em seus defensores radicais, como absolutos, ou seja, desde que respeitados os limites objetivos da lei, eventuais danos a terceiros são irrelevantes: "Neminem laedit qui suo iure utitur". A evolução do Direito faz desenvolver um absolutismo crítico e atento às exigências de ordem moral, bem como às complexidades da vida social, passando-se a admitir o abuso do direito quando houvesse a intenção de lesar terceiros e sem que o ato tivesse utilidade prática para o agente – aspecto que pode não ter sido amplamente aceito pelo direito romano, como visto, mas que foi passado para o direito moderno pela doutrina medieval da "aemulatio".

Essa concepção individualística, verdadeiramente metafísica do Código Napoleônico construíra um sistema de direitos absolutos, sob o fundamento da igualdade de todos perante a lei, como princípio geral abstrato; o direito é um poder que promana da lei, como vontade geral, ou da vontade particular, nas suas múltiplas manifestações em atos jurídicos e exercê-lo amplamente, ainda que com lesão a terceiros, é uma prerrogativa amparada por lei. Tem-se a sociedade como a soma dos indivíduos justapostos e a proteção da pessoa como formadora do conteúdo da noção de direito ¹⁵.

¹⁵ Como escrevemos, em RT 667/44 ("Anotações ao Abuso de Direito"): "Após o triunfo da Revolução Francesa, a liberdade, a honra, a propriedade e a vida foram proclamadas como direitos fundamentais do homem, inalienáveis e imprescritíveis, passando tais direitos individuais a constituir permanente fonte de restrições ao poder de organização do Estado.

Conquanto a tomada do poder político pela burguesia tenha representado inequívoco passo à frente no sentido de democratização da sociedade da época, a concepção individualista das legislações de

Nessa concepção, a única fonte jurídica da obrigação é a vontade interna – a declaração é apenas o meio de veiculação da vontade, cujo dogma fundamenta o negócio jurídico, expressão surgida no século XX com a Pandectística como instrumento de manifestação do poder autônomo da vontade. Nasce aí a expressão “autonomia privada”, a designar o “poder de estabelecer normas jurídicas individuais para regulamentar sua própria atividade jurídica, manifestada a vontade por meio de figura específica, o negócio jurídico”. Poder que caracteriza um imperativo categórico, segundo KANT¹⁶, decorrente da condição do homem como ser racional e livre.

Não que a lesão aos direitos de outrem não seja permitida, em inúmeros casos, sem que essa lesão leve a qualquer tipo de responsabilidade, seja pelo conflito natural de interesses humanos, como na concorrência comercial regular ou entre profissionais prestadores de serviços; seja pela possibilidade de lesão a seus próprios direitos, em condições de não razoabilidade de sua admissão, como na legítima defesa ou no

então, das quais é exemplo maior o Código Civil de Napoleão, construiu um sistema de direitos absolutos, pelo qual o exercício de um direito, ainda que dele decorressem conseqüências funestas para a sociedade, era protegido em toda e qualquer hipótese e jamais poderia configurar abuso.

Lembre-se que, historicamente, o Direito passava a ser a mais poderosa arma contra o absolutismo do Estado, representado até então na figura do Monarca “divinamente inspirado”, e sua tarefa consistia principalmente em salvaguardar a autonomia da vontade e a liberdade das convenções, excluindo o Estado, tanto quanto possível, de intervenções nas relações dos contratantes.

O que em princípio representou um avanço passou com o tempo a mostrar-se de grande inconveniência em face dos novos problemas sociais surgidos com a emergência de uma era industrial em que a complexidade das relações entre capital e trabalho impunha soluções que enxergassem além daquela doutrina predominante, de caráter nitidamente individualista. As noções de Direito e abuso eram, então, antinômicas, vigendo com toda amplitude – ainda maior do que a conheceram os romanos – a máxima “*nullus videtur dolo facera qui jure suo utitur*”.

À sombra desse brocardo sancionaram-se os mais grosseiros abusos, assegurando-se a impunidade a tantos quantos que, sob o pretexto de exercitarem um direito reconhecido por lei, desvirtuavam sua finalidade social para causarem um dano injusto a terceiro.

Desconheciam-se então limitações, impostas pela finalidade da norma jurídica, enquanto regra destinada a produzir a paz e bem-estar sociais”.

¹⁶ KANT, Immanuel: “Fundamentação da metafísica dos costumes”; São Paulo, Abril Cultural, p. 144. Segundo John Rawls, “ Por imperativo categórico Kant entende um princípio de conduta que se aplica a uma pessoa em virtude de sua natureza de ser racional igual e livre” (“Uma Teoria da Justiça”, Martins Fontes, São Paulo, 2002, tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímole, p.277).

estado de necessidade; seja em situações nas quais se molesta o vizinho, com obras permitidas e legítimas aos interesses do proprietário; ou, ainda, quando exercemos nosso direito de crítica aos pensamentos ou conduta alheios de forma válida e não injuriosa ou difamante. Em inúmeras ocasiões pode-se lesar o direito alheio, sem que do fato decorra alguma responsabilidade ao autor do dano, cuja existência não é, por si só, configurador de ilícito civil ou penal.

No entanto, embora se possa lesar o direito de terceiros, é preciso que tal conduta tenha-se efetivado de modo a não contrariar princípios e valores maiores do que os perseguidos pelo ato que se terá por abusivo. A noção de ilícito não se confunde com a de ilegal, esta limitando-se à contrariedade à lei, enquanto aquela é abrangente não apenas da norma-regra, mas também da norma-princípio, cuja dimensão axiológica é muito maior – tenha-se em mente, por mero exemplo, o ilícito por lesão à boa-fé, ou aos bons costumes, aspectos que não se confundem de nenhum modo com a lesão à letra da lei, somente. De se ver que a diferença entre regra e princípio é importante na definição de suas respectivas aplicações em face do que se convencionou chamar de colisão de direitos. Citando RONALD DWORKIN (“Is law a system of rules?”, p.37), afirma THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE que regras são aplicáveis na modalidade do “tudo-ou-nada”: se os fatos que uma regra estipula em sua hipótese de incidência se realizam, então a resposta que ela prevê (para o problema) deve-se realizar também, salvo se a regra for inválida; já os princípios possuem uma dimensão de peso ou de importância, a ser considerada quando houver

conflito, ocasião em que um dos princípios prepondera sobre o outro, sem que qualquer deles se tenha tornado inválido ou deixado de integrar o sistema jurídico¹⁷.

A situação é, para nós, particularmente importante quando se tenham, em conflito, os princípios da dignidade humana, ou o da boa-fé objetiva, de um lado, e o da autonomia privada, de outro, no exame de cláusula contratual que, caracterizada como abusiva, levará à nulificação respectiva, preponderando um princípio sobre outro sem que tenha havido a declaração de invalidade do contrato – o que há é mera invalidade da cláusula, por abusiva, com a decorrente ineficácia do princípio cujo peso tenha sido considerado menor, na hipótese. É modalidade de proporcionalidade, aplicada ao Direito Privado, como se verá.

¹⁷ "Revista dos Tribunais" 829/90-102; "Sobre o Reconhecimento e a Fundamentação de Normas Implícitas no Direito Brasileiro". Não se concorda, porém, com a conclusão do autor, no sentido de que "os princípios necessitam ser concretizados por meio de regras, eis que eles não prevêm as conseqüências da sua violação" (p. 100); o princípio da boa-fé objetiva, por exemplo, é aplicado pela análise judicial em cada caso concreto, sem necessidade alguma de regras a estabelecerem a conseqüência de sua violação – especificamente quando se trate do abuso a contrariar a boa-fé, as conseqüências serão definidas judicialmente, com a nulidade da cláusula contratual ou o desfazimento dos atos tidos por abusivos (na impossibilidade, na reparação das perdas e danos havidos).

7. TEORIAS NEGATIVAS

A mais conhecida objeção ao caráter científico do abuso do direito provém de PLANIOL, para quem "le droit cesse où l'abus commence", o direito cessa onde começa o abuso, fórmula que caracterizaria uma logomaquia¹⁸, pois ou eu uso do meu direito e meu ato é lícito ou, sendo ele ilícito, ultrapassei o meu direito e atuei sem ele. Um só e mesmo ato não pode ser simultaneamente conforme ao direito e contrário a ele. CUNHA DE SÁ demonstra o perigo de uma afirmação peremptória desta ao citar GROSHEINTZ¹⁹: "em dois terrenos vizinhos, situados numa colina, um por cima, outro por baixo, o proprietário deste realiza nele escavações a uma certa profundidade, com observância de todas as formalidades legais e regulamentares, vindo, porém, o terreno superior a desmoronar-se, em consequência da natureza da estratificação e da conformação do solo e afirmando os peritos que, fossem quais fossem as precauções tomadas, nunca o desmoronamento poderia ser evitado; a *Cour d'appel* de Colmar condenou o proprietário do terreno inferior a indenizar o proprietário do terreno superior, mesmo reconhecendo a correção do exercício de direito de propriedade (pelo menos, as precauções ordinárias, usuais, tinham sido tomadas) e a inexistência de qualquer *animus nocendi*. Descubrem-se assim limites ao exercício desse direito, diversos do que haveria em condições normais, de onde parece poder-se concluir, pelo menos, que a correção do exercício de direito tem de ser apreciada *em concreto* e que o princípio *qui suo iure utitur neminem laedit* só pode

¹⁸ Filosofia Geral. 1. Discussão na qual os interlocutores tomam as mesmas palavras em sentidos diferentes. 2. Argumentação verbal alusiva a termos mal definidos (Lalande). Dicionário Jurídico, vol. 3, 1998, Maria Helena Diniz, Edit. Saraiva.

¹⁹ "Abuso do Direito", Almedina, 1997, Coimbra, pp. 321/322.

ser encarado como orientação geral. Por outras palavras: que os direitos são relativos a que essa mesma sua relatividade nem sequer pode ser apreciada em abstracto".

“O direito cessa onde começa o abuso” é expressão que confunde os conceitos de legalidade e de licitude. Nem tudo que é legal é lícito, é a premissa a partir da qual se justifica a ocorrência do abuso do direito, ou seja, o abuso de seu exercício, nada obstante se possa partir de uma situação de legalidade aparente, como no exemplo retro citado.

O conceito de ilícito abrange também o ilegal. É mais amplo dizer-se “lícito” do que se dizer “legal”, pois aquele significa não só a lei mas também os usos e costumes, a integração analógica, os princípios gerais de direito. A legalidade respeita à lei; a licitude, ao ordenamento jurídico.

As teorias negativas foram abandonadas, com o passar do tempo, e à evidência foram desprezadas pelo Código Civil atual, que acolheu o abuso em seu artigo 187 – o que será adiante analisado.

Em suma, discutem-se o alcance e as hipóteses de incidência do abuso, não mais sua existência em si.

8. O ABUSO NO DIREITO COMPARADO

8.1. ALEMANHA

O BGB alemão, de 1896, é cronologicamente o primeiro a prever em lei o abuso do direito, em seu §226: "O exercício de um direito é ilícito se tem por único fim causar prejuízo a outrem".

É exigida a intenção, o espírito emulativo, para caracterização do abuso, por isso podendo-se dizer que o BGB adotou a teoria subjetiva e, no citado §226, especificamente exige-se dolo na conduta do agente.

§ 226.º do BGB «die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kan, einem anderen Schaden zuzufügen».

No entanto, muito mais amplo é o §242 do BGB, de natureza objetiva e que busca a condenação do exercício antifinalístico de direito, somente, ao prever que o devedor é obrigado a efetuar a prestação como o exigem a lealdade e a confiança recíproca, em correspondência com os usos socialmente admitidos – norma que tem nítida correlação com o art. 422 do nosso Código Civil, no que tange à aplicação contratual da boa-fé objetiva (art. 422: "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé").

§ 242.º do BGB «*der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*».

CUNHA DE SÁ²⁰ cita inúmeros exemplos extraídos da jurisprudência alemã e que se referem ao abuso, como a emissão de informações sabidamente falsas ou de falso parecer sobre o estado de espírito de outrem para o fazer interditar; a exigência de uma prestação que por outra razão jurídica tem de ser restituída ao devedor; a hipótese de uma parte celebrar o contrato sem a forma exigida, com a intenção de não o cumprir e de invocar tal defeito, para isso induzindo em erro a outra parte sobre a necessidade da forma; a invocação do atraso na recepção de uma declaração, quando ele foi devido a qualquer circunstância (ainda que não culposa) relativa à pessoa do próprio destinatário e o declarante a repete sem demora depois de desaparecido o obstáculo; a pretensão de ressarcimento do interesse negativo ou do interesse de confiança, pela desconformidade da declaração emitida pela outra parte com a sua vontade real, quando foi o próprio prejudicado quem motivou o erro; a cessão do crédito a um terceiro, quando dela resulte um agravamento anormal da prestação para o devedor; a oposição do cônjuge inocente ao pedido de divórcio (*Widerspruchsrecht*) feito pelo cônjuge culpado, nos termos da al. 2 do § 48.º da *Ehegesetz* de 20 de fevereiro de 1946 (Lei matrimonial da República Federal da Alemanha), quando aquele não tenha vontade real de restabelecer a coabitação e o

²⁰ Ob. cit., pp. 61/63. Enumeram-se ainda outros reflexos da doutrina do abuso, em outras normas do BGB, como na exclusão dos direitos ou do exercício por falta de interesse ou pela pequena importância de interesse do respectivo titular (§§ 320.º, al. 2, 459.º, al. 1, 498.º, al. 2, 542.º, al. 2, 634.º, al. 3, 905.º, 2ª parte), no direito de proibir as emissões (§ 906.º) ou no direito de cortar raízes (§ 910.º, al. 2), no *ius tollendi* (§ 997.º), no direito de exigir a mudança de lugar de exercício de um direito de servidão (§ 1023.º), na proibição do abuso dos direitos do marido em relação à mulher (§§ 1353.º, al. 2, 1354.º, al. 2, 1357.º, al. 2, 1358.º, al. 2), etc (p. 60).

seu comportamento nunca tenha revelado qualquer ligação (*Bindung*), ainda que apenas sentimental, ao vínculo que só formalmente perdura; o pedido de declaração de nulidade do segundo casamento por bigamia, apenas se querendo o divórcio e não o restabelecimento da primeira sociedade conjugal, ou a deliberação por parte da assembléia geral de uma sociedade em contrário da decisão tomada por todos os sócios sobre o mesmo assunto e já anteriormente comunicada ao administrador.

8.2. ARGENTINA

A partir da reforma introduzida pela lei nº 17.711, de 1968, o art. 1071 do Código Civil argentino passou a prever o abuso do direito de forma bastante semelhante ao direito brasileiro, também o fazendo de forma finalística:

“Art. 1.071. “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación no puede constituir como ilícito ningún acto. – La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraría los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los limites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

87.3. PERU

O Código Civil peruano prevê o abuso no art. II do Título Preliminar ²¹, nos seguintes termos: “La ley no ampara el abuso del derecho. El interesado puede exigir

²¹ Quando ainda em vigor o Código Civil de 1916, Haroldo Valladão tentou, em sua projetada Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, que substituiria a Lei de Introdução ao Código Civil, reprimir o abuso do direito, sob a rubrica “Condenação do Abuso do Direito”, em seu Art. 11: “Não será protegida

la adopción de medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, em su caso, la indemnización que corresponda”.

SESSAREGO²² festeja a novidade de se haver estabelecido a possibilidade de adoção de medidas preventivas, já que se permitem providências judiciais para evitar o abuso, o que entre nós é desnecessário, em lei ordinária, tendo em vista o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição tanto em face da lesão, como da mera ameaça a direito (Art. 5º, inciso XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). De todo modo, entre nós também a antecipação da tutela jurisdicional mostra-se adequada para evitar e, portanto, prevenir o abuso – art. 273 e §§, CPC.

A definição do abuso no direito peruano, nota-se, é inteiramente casuística, inexistindo critérios objetivos como ofensa à boa fé, bons costumes ou finalidade social da lei, a serem perseguidos pelo juiz nos casos concretos. Os critérios naquele país, afirma SESSAREGO, são tarefa da doutrina e da jurisprudência²³.

8.4. ITÁLIA

O peruano CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO nega que o Código Civil italiano de 1942 tenha consignado uma cláusula geral condenatória do abuso do

o direito que for ou deixar de ser exercido em prejuízo ao próximo ou de modo egoísta, excessivo ou anti-social”. Tanto os atos emulativos como os de desvio da finalidade social da lei estavam compreendidos, portanto, em texto de espírito similar ao do atual Art. 187 do Código Civil e que integraria não o Código Civil, mas a lei geral de aplicação normativa, como nos moldes do Código Peruano.

²² Ob. cit., p. 302.

²³ Ob. cit., p. 301.

direito, o que considera estranho, em face dos importantes antecedentes representados pelos Códigos alemão e suíço²⁴.

A razão, porém, para nós está com FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE SÁ²⁵, jurista luso para quem o Código Civil italiano consagrou expressamente a teoria do abuso do direito, ainda que não numa fórmula genérica, citando-se a respeito a proibição de vantagem injusta do art. 1438: “la minaccia di far valere un diritto può essere causa di annullamento del contratto solo quando è diretta a conseguire vantaggi ingiusti”, bem como no art. 833, ao proibir os atos do proprietário praticados com espírito emulativo, com o único fim de prejudicar outrem: “Il proprietario non può

²⁴ “Abuso Del Derecho”, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1992, p.217. Em abono de sua tese cita Rotondi, para quem o problema do abuso do direito coloca-se na Itália fora do âmbito do direito positivo (“L’abuso del diritto”, “Rivista de Diritto Civile”, 1965, p.105 e seguintes, 209 e seguintes); este autor vê no abuso um fenômeno social, não um conceito jurídico, daqueles “que el derecho no podrá jamás disciplinar em todas sus aplicaciones que son imprevisibles”. Categoria metajurídica que dará ensejo a uma norma positiva no futuro.

²⁵ Ob. cit., pp. 55/58. Tantos outros artigos são apontados pelo doutrinador luso em sua clássica obra, tendo como fundamentos a boa fé nos contratos, função, motivo justo ou justa causa na conduta. Além disso, são mencionados inúmeros exemplos jurisprudenciais das Cortes italianas, como característicos do abuso. “In verbis”:

“A jurisprudência italiana, por seu turno, individualiza hipóteses de abuso relativamente ao direito de propriedade, ao direito dos contratos, ao direito do trabalho, ao direito de crítica. Considera como actos abusivos, por exemplo, o acto do proprietário de um terreno que, na proximidade dos limites deste, coloca diversos espantalhos destinados unicamente a afugentar a caça do terreno vizinho; a exploração de casas de prostituição, conduzida sem cautela e de modo a ofender a moral dos vizinhos; o uso do cavalo comodatado, com o fim de poupar o cavalo próprio, em serviços e trabalhos que este poderia muito bem fazer; o figurar uma situação social em contraste com a real, a fim de evitar o procedimento de liquidação da sociedade e poder deliberar a respectiva dissolução; o despedimento de um inválido sem observância do procedimento previsto pela lei para a rescisão do respectivo contrato de trabalho; as manifestações de luta sindical, tais como a «não colaboração», a «sabotagem» ou a greve a *scachiera*, etc., que se resolvem numa prestação irregular da actividade laboral ou que privam o empresário de alguns dos outros bens por ele organizados para o exercício da actividade da sua empresa; expor-se as obras de um pintor na Bienal de Veneza sem o seu consentimento e rotulá-las, no catálogo respectivo, de pintura metafísica, sem obras de outro gênero ou tipo; a crítica, num periódico, de novos produtos nacionais ou estrangeiros aparecidos no mercado, não com o fim de melhorar os conhecimentos técnicos dos leitores, mas de denegrir estéril ou malévola a reputação de tais produtos, criando uma concorrência comercial desvirtuada, com lesão dos direitos ou interesses alheios; o não uso, por parte de um proprietário, do direito de acção contra os ocupantes dos seus prédios, em prejuízo dos restantes habitantes regularmente titulados, etc.”.

fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri”. É claramente subjetiva a teoria adotada pelo direito italiano.

Além dos exemplos citados, vale ressaltar que o “Codice Civile” italiano também prevê medidas para a cessação da ofensa ao decoro ou à reputação da vítima. A citação é tirada de obra de ODUVALDO DONNINI e ROGÉRIO FERRAZ DONNINI ²⁶, ao destacarem que a proteção à imagem na Itália, ao contrário daqui, é apenas infraconstitucional:

“O mesmo ocorre na Itália, onde somente o Codice Civile, de 1942, no art. 10, trata desse tema, da seguinte forma: “Abuso dell’immagine altrui. – Qualora l’immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l’esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l’autorità giudiziaria, su richiesta dell’interessato, può disporre che cessi l’abuso, salvo il risarcimento dei danni.””

8.5. FRANÇA

Ao menos modernamente, é consenso que o abuso do direito é criação da jurisprudência francesa (é sempre citado como “leading case” o célebre processo de CLÉMENT BAYARD, no qual se houvera colocado ofendículas em espigões de ferro, para destruir os dirigíveis do proprietário vizinho, visando à venda forçada do imóvel. Típico exemplo em que se decidiu pelo abuso do direito de propriedade, utilizado por

²⁶ “Imprensa Livre, Dano Moral, Dano à Imagem, e sua Quantificação à Luz do Novo Código Civil”; Edit. Método, São Paulo, 2002, p.62.

mero espírito emulativo e sem atender à sua função social), sem que haja artigo de lei específico a tratar do assunto, mas apenas a regra geral do art. 1382 do Código Civil francês, pelo qual se amolda à figura do nosso art. 186, mas não à do art. 187 do nosso Código Civil.

“Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autri un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer”.

Em atualização à consagrada obra de PEDRO BAPTISTA MARTINS sobre o abuso²⁷, JOSÉ DA SILVA PACHECO aponta outros dispositivos legais que se relacionam com o abuso, nos mais diversos campos de direito, frisando que a jurisprudência francesa permanece atenta ao tema e aplicando a doutrina do abuso relativamente aos contratos, ao direito de greve, de propriedade, do trabalho, direito de voto e controle societário, direito de vizinhança, etc.

²⁷ O. cit., item XVI. Confira-se o rol: a) de direito do trabalho, principalmente os artigos L. 122-13, L. 412-2 (Henri Roland e Laurent Boyer, "Obligations", 4ª ed., Paris, 1991, nº 333, pp. 166 a 167); b) de direito das locações, como por exemplo, a Lei de 1º de setembro de 1948, art. 21; a Lei de 06 de julho de 1969, quanto às locações para habitação (cf. J. L. Aubert e Ph. Bihr, *La Location d'Habitation*, Sirey, 1990, nº 191); c) de direito das locações rurais, notadamente o art. L. 441-66 do código rural (cf. J. Haudault, *Droit Rural*, 1987, nº 181); d) de direito de propriedade industrial, artística e literária, especialmente dos artigos. 20 e 29 da Lei de 11 de março de 1957; e) de direito fiscal, como por exemplo do art. 64 *do Procédure de Répression des Abus de Droit* (cf. p. ex.: N. Chahid-Nourai e outros, *Optimisation Fiscale et Abus de Droit*, Litec, 1990); f) de direito dos consumidores, como por exemplo, o art. 35 da Lei nº 78-23 de 10 de janeiro de 1978, relativo a cláusulas abusivas; e g) de direito processual, tais como os dos artigos. 32-1, 559, 560, 581 e 628 do novo Código de Processo Civil da França (Dec. de 20 de janeiro de 1978). O art. 32-1 estabelece poder ser condenado quem agir, perante a justiça, de modo dilatório ou abusivo (cf. *Nouveau Code de Procédure Civile*, 24ª ed., Dalloz, 1995, p. 55, bibliografia; R. Martin, "De l'Abus du Droit d'Action à l'Art. 700", in *Juris Classeur Périodique*, 76, IV, nº 6630; Pansier, "Abus de Procédure, art. 700 e Référé", in *Juris Classeur Périodique*, 83, I, 3.105 e 3.111).

8.6. SUÍÇA

O art. 2º do Código Civil suíço prevê que se devem exercer os direitos e cumprir as obrigações segundo as regras da boa-fé²⁸. Prevê ainda que o manifesto abuso do próprio direito não é protegido pela lei.

O código suíço dará inspiração ao grego; este, ao português que, em seu art. 334, serviu de fonte ao art. 187 do Código Civil atual²⁹.

8.7. GRÉCIA

O direito helênico é a fonte maior do nosso art. 187. E isto porque o art. 334 do Código Civil português, fonte imediata da norma, abeberou-se de direito grego – o qual, por sua vez, inspirou-se no retrocitado art. 2º do Código Suíço –; confira-se o texto, do qual o nosso apreendeu o sentido e é virtualmente cópia literal: "o exercício de direito é proibido se excede manifestamente os limites prescritos quer pela boa-fé e pelos bons costumes, quer pelo fim social e econômico do mesmo direito".

Este é o art. 281 do Código Civil grego, de 23 de fevereiro de 1940, que nos trouxe o critério finalístico, social e econômico, bem como a necessidade de resguardo da cláusula geral da boa-fé objetiva e do conceito, também aberto, de bons costumes.

²⁸ É o seguinte o texto francês: "Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi – L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi". E o respectivo texto italiano diz: "Ognuno è tenuto ad agire secondo la buona fede, così nell'esercizio dei propri diritti come nell' adempimento degli obblighi. – Il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge", p. 66, CUNHA DE SÁ.

²⁹ Conforme NELSON NERY JR. e ROSA MARIA NERY, "Código Civil Anotado e Legislação Extravagante", 2ª ed., Edit. RT, São Paulo, 2003, p. 255.

O legislador grego também volta a se preocupar com os bons costumes no art. 178, que prevê a nulidade do ato jurídico contrário aos bons costumes, e no art. 179 – entendido pela doutrina grega como atinente aos contratos abusivos –, que também tem como nulo, por ser contrário aos bons costumes, o ato jurídico que restringe desmesuradamente a liberdade da pessoa ou pelo qual, explorando-se a necessidade, a leviandade ou a inexperiência da outra parte, se estipula ou se recebe em proveito próprio ou em proveito de terceiro, em troca de uma prestação, benefícios patrimoniais que, dadas as circunstâncias, encontram-se em manifesta desproporção com tal prestação³⁰. Qualquer semelhança com a repressão à lesão, no art. 157 do Código Civil ("ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta"), por certo não terá sido mera coincidência.

8.8. PORTUGAL

Dispõe o Código Civil português, de 1966, o seguinte, em seu 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".

Alterando-se "ilegítimo" por "proibido", ter-se-á o art. 281 do Código Civil grego, mas o espírito é o mesmo em ambas as normas, bem como em nosso art. 187, cujo texto mantém o caráter de repressão antifinalístico, tão-somente acrescentando a natureza ilícita do ato abusivo (o que implica sua proibição e ilegitimidade,

³⁰ CUNHA DE SÁ, ob. cit., p. 80.

conseqüentemente): "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".

Também em Portugal o abuso tem sido alvo de constante preocupação doutrinária ("v.g.", o excelente trabalho de FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE SÁ) e jurisprudencial, citando-se inúmeros casos anteriores e posteriores ao Código Civil de 1966 como configuradores de abuso a ser reprimido³¹.

³¹ Note-se o posicionamento do Supremo Tribunal de Justiça português que, em hipótese de deliberações sociais abusivas, "veio consagrar a idéia de que pouco importa que o abuso do direito se tenha verificado sob a alçada da lei velha ou da nova, porque tanto no domínio do Código de 1867 como na *concepção objectivista consagrada no Art. 334.º do Código actual* se deve entender que o acto é abusivo, e por isso *ilícito ou ilegítimo*, quando praticado com *intuito diverso* do fim social ou econômico do respectivo direito. E, fazendo-se eco de que o abuso do direito é *repellido pela própria norma de que emerge o direito exercido*, conclui que o exercício abusivo desse direito se volve na *violação, indirecta embora, dessa mesma norma*, pelo que, conforme já defendera um outro acórdão do mesmo Supremo Tribunal, toda a evolução tem sido no sentido de *equiparar o abuso à violação directa da lei para o sujeitar ao regime estabelecido para esta*". In CUNHA DE SÁ, ob. cit., pp. 248/249.

9. A DOUTRINA NACIONAL NO CÓDIGO CIVIL DE 1916.

A aceitação do abuso é a regra, em nossa doutrina, que geralmente o via no art. 160, I, interpretado "a contrario sensu". Não constituindo atos ilícitos "os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido", o exercício irregular configuraria o abuso – cuja natureza, então, só poderia ser a de ato ilícito, como terminou por prever o Código Civil atual.

RUBENS LIMONGI FRANÇA³² o vê no artigo citado e também, de modo implícito, no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, ao estabelecer que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige". Do mesmo sentir é SÍLVIO RODRIGUES³³, que enfatiza a necessidade de exercício de direitos de acordo com sua finalidade social, já que, citando JOSSERAND, "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".

PONTES DE MIRANDA aponta o abuso igualmente no art. 160, I, do Código Civil de 1916, afirmando ainda que a prova da regularidade do ato cabe a quem o pratica, ao contrário do direito alemão: "A regra jurídica brasileira impõe-se ao intérprete como regra jurídica pré-excludente: se há dano, o que exercia direito comete ato ilícito, salvo se "regularmente" o exercia, donde o ônus da prova, no direito brasileiro, ir ao culpado do dano, e não ao que sofreu, pois a esse momento incumbe

³² Revista do Advogado nº 19, p. 43, São Paulo.

³³ "Direito Civil – Parte Geral", Edit. Saraiva, 15ª ed., 1985, p. 321.

provar o dano e a culpa, apontando a contrariedade a direito". E mais: "O que alega ter sido o ato praticado no exercício regular de direito é que tem de provar esse exercício e essa regularidade. É exatamente o contrário do que ocorre no direito alemão: nesse, o que prova ter exercido direito, causando dano (ao lesado prová-lo, como em direito brasileiro), não precisa provar que tal exercício foi regular".³⁴

Pede-se vênia de aproveitamento de pesquisa utilizada em artigo nosso contido em RT 667/47³⁵, no qual identificados autores nacionais clássicos que trataram da matéria sob diferentes matizes, sob o Código Civil revogado:

"Washington de Barros Monteiro e Carvalho Santos admitem o abuso de direito apenas quando haja a intenção maléfica do autor do ato danoso. Exigem a emulação para caracterização do ato como abusivo, filiando-se pois à teoria subjetiva".

"Clóvis Beviláqua entende que a lei brasileira acolheu a doutrina de Saleilles, do abuso de direito como exercício anormal de um direito, não se indagando, pois, do elemento subjetivo. Filia-se à teoria objetiva e cita o reconhecimento do abuso, na lei civil, nos arts. 160, I, e 100 do Código Civil".

"Everardo da Cunha Luna, em sua monografia sobre a matéria, só admite o abuso de direito quando derivado de culpa ou dolo. Embora seja mais flexível do que aqueles que exigem sempre a intenção dolosa, não se filia também à teoria objetiva de conteúdo social e econômico".

"Pedro Baptista Martins, igualmente em monografia sobre a matéria, demonstra tendência em aceitar o critério econômico de Brèthe, filiando-se, pois à teoria objetiva, posto que abusivo todo ato que contrarie os fins econômicos e sociais do direito".

³⁴ "Tratado de Direito Privado", vol. 2, § 185, p. 291.

³⁵ "Art. cit., p. 47.

“Para Adroaldo Leão, e conforme a definição de Josserand, abuso do direito é a relação de contrariedade entre a conduta do homem e o fim pretendido pela ordem jurídica; filia-se à teoria objetiva”.

“Também Sílvio Rodrigues filia-se à teoria objetiva, em aceitação ao critério finalista defendido por Josserand, argumentando que a lei brasileira admitiu o abuso de direito no art. 5º da LICC”.

*“Haroldo Valladão, embora condene o abuso de direito, defende que seu reconhecimento atual é **de lege ferenda**, pois não o reconhece no inc. I do art. 160 do Código Civil e não analisa o cabimento em face do art.5º da LICC; propõe mudanças para que seja coibido o exercício anti-social, egoísta ou excessivo do direito”.*

“Por fim, o mestre Carlos Alberto Bittar, após frisar tratar-se de matéria muito discutida entre nós, filia-se à teoria objetiva, segundo o critério finalista, defendendo a configuração do abuso pelo excesso, no exercício de direito, aos limites impostos pelos fins econômicos ou sociais, pela boa-fé ou pelos bons costumes, consoante a redação do art. 185 do projeto de Código Civil. Afirma a aplicação da teoria jurisprudencialmente, em que pese à dissensão doutrinária existente”.

“Ainda professando a teoria finalista podem ser citados Eduardo Espínola e José Olímpio de Castro Filho, este em obra clássica sobre o abuso do direito processual (Abuso do direito no Processo Civil, Rio, Forense, 1960, p.21), além de Alvino Lima, que destaca a necessidade de atendimento aos princípios superiores da moral, vencendo os limites imprecisos e incompletos da norma positiva”.

Nosso posicionamento doutrinário sobre o abuso, à época (1990), não mudou, substancialmente, ao que será aqui defendido.

Dizíamos:

“Como se constata, a maior parte de nossa doutrina admite, implícita ou explicitamente, o reconhecimento do abuso de direito no ordenamento jurídico. Variam, porém, e grandemente, os critérios de aceitação da teoria, alguns baseando-se nos critérios de ordem subjetiva, outros defendendo os critérios teleológicos da norma jurídica. Como exposto, filiamo-nos a estes últimos, por considerarmos que o abuso de direito se configura na ocorrência de um dano,

objetivamente injusto, decorrente de um ato praticado em contrariedade às finalidades sociais da norma jurídica”.

Como percebido, à época dizíamos “abuso de direito”, mas, nosso convencimento atual é o de que o abuso se dá no exercício do direito. Exercício excessivo e anti-finalístico do direito. “Abuso do direito”, portanto, é a expressão utilizada no presente trabalho.

10. ASPECTOS HISTÓRICOS DO ABUSO EM RELAÇÃO AO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Já se tratou de como era interpretado o abuso à luz do Código Civil de 1916. Vai-se tratar agora de alguns antecedentes históricos, que culminaram com o art. 187 do Código Civil.

O notável CAIO MÁRIO chama a si a introdução do instituto do abuso, em seu Anteprojeto de Código de Obrigações, que abrangia a Teoria Geral e as Fontes das Obrigações: Contratos, Gestão de Negócios, Declaração Unilateral de Vontade e Responsabilidade Civil.

Finalizado e entregue o Anteprojeto em 25 de dezembro de 1963, na Exposição de Motivos que o precedia assim expunha o grande civilista pátrio: "Começando pela reparação do dano causado por fato próprio, o projeto assenta as regras fundamentais, a saber: dever de indenização por culpa, dever de indenização sem culpa, reparação do dano moral e ressarcimento do dano causado pelo abuso de direito".

Especificamente em face do abuso, afirma o autor: "Outra inovação, dentro no instituto da Responsabilidade Civil, foi o acolhimento à repressão ao "abuso de direito". Trata-se de matéria igualmente polêmica, principalmente depois que MARCEL PLANIOL, no seu "Traité Élémentaire de Droit Civil" (vol. I, nº 111), lhe dirigiu cerrada

crítica, acusando-a de tautologia, a dizer que "abuso" e "direito" são expressões antagônicas ("ce sont des mots qui hurlent de se trouver ensemble"), pois que, dizia ele, "se é abuso, não é direito", e vice-versa, "se é direito, não pode ser considerado abuso". Não obstante a resistência do grande MARCEL PLANIOL, e de quantos comungavam na mesma opinião, a teoria do "abuso de direito" triunfou (Eugene Gaudemet, "Théorie Générale des Obligations", p. 318; De Page, "Traité", vol. I, nº 111; Mazeaud et Mazeaud, "Responsabilité Civile", vol. I, nº 553). Assim sendo, o meu Anteprojeto não poderia silenciar, como efetivamente se não calou. Inscreveu-a no Projeto, art. 857: "aquele que abusar de seu direito será obrigado a reparar o dano que causar"³⁶.

E, em seguida, a não deixar dúvidas quanto ao reconhecimento da pleiteada paternidade sobre a matéria (após ter dito, lembrando Virgílio, que "os fados se opuseram" a que seu Projeto fosse convertido em lei), afirma que o Projeto nº 634-B, enviado à Câmara dos Deputados em 1975, "Abriu espaço para a teoria do abuso de direito, quando o titular, no seu exercício, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187)". Foi assim fiel às suas teses na parte relativa à responsabilidade civil, conclui, já que se acolheram "os três pontos por mim defendidos – reparação do dano moral, repressão ao abuso de direito, indenização de dano causado pela culpa do agente, ou independentemente de culpa sua"³⁷.

³⁶ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "Direito Civil – Alguns aspectos de sua evolução", Edit. Forense, Rio, 2001, p. 124/125.

³⁷ Ob. cit., página 127.

11. O NOVO CÓDIGO CIVIL

Desde a década de 40 falava-se em modificar o Código Civil de 1916. Nada obstante a excelência de seu texto era sentida a necessidade de atualização de muitas situações jurídicas previstas – “v.g.”, as profundas alterações havidas por meio de leis extravagantes no Direito de Família – e, em outros casos, de revogar institutos em desuso, como o dote ou a enfiteuse, ou incorporar outros que só timidamente haviam sido apontados pelo legislador de 1916 (nessa hipótese enquadra-se a agora expressa previsão do abuso do direito).

A primeira tentativa restringiu-se ao surgimento de um Anteprojeto de Código de Obrigações, Parte Geral, proposto por Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hannemann Guimarães. Seguiram-se os projetos de Orlando Gomes, de 31.03.1963, e o Código de Obrigações de Caio Mário da Silva Pereira, em 25.12.1963. Não foram adiante, embora representassem inequívocos avanços em relação ao Código então vigente.

Cita SILVIO DE SALVO VENOSA³⁸ os acontecimentos subseqüentes:

"Tendo levado em consideração essas manifestações, em 1969, uma comissão nomeada pelo Ministro da Justiça prefere elaborar novo Código, em vez de fazer tão-só uma revisão. Daí o surgimento de um anteprojeto, em 1972, elaborado sob a supervisão do grande mestre e filósofo de direito, Miguel Reale. A comissão era integrada pelos profs. Agostinho de Arruda Alvim (Direito das Obrigações), Sylvio

³⁸ "Direito Civil"; Parte Geral; volume 1, 2ª ed., 2002, Edit. Atlas, São Paulo, p. 134.

Marcondes (Atividade Negocial), Ebert Vianna Chamoun (Direito das Coisas), Clóvis do Couto e Silva (Direito da Família) e Torquato Castro (Direito das Sucessões). Depois de ter recebido muitas emendas, o Anteprojeto foi publicado em 1973."

E, em seguida, veja-se a minudente cronologia do moroso trâmite legislativo do Projeto nº 118/84 (anterior 634/75), na exposição passo a passo de RICARDO RODRIGUES GAMA³⁹:

"Já em 1975, contando com o empenho de Miguel Reale, o projeto de lei foi proposto pelo presidente da República e recebeu o nº 634/75. Ao lado disso, acentue-se que a Mensagem nº 160/75 do Presidente da República foi lida no plenário da Câmara dos Deputados em 11 de junho de 1975 e, no dia 23 do mesmo mês e ano, foi designada a primeira Comissão Especial para dar parecer ao projeto. Em 05 de novembro de 1981, a Comissão Especial passou a ter nova composição e sua renovação se deu outra vez em 04 de abril de 1983. Nesse mesmo ano, mais precisamente em 28 de junho, o parecer do Relator-Geral da Comissão Especial foi lido e votado, e quase três meses depois foi publicado tal parecer. Depois de discutido em plenário em 16 de novembro de 1983 o projeto foi aprovado em 16 de junho de 1984, e despachado para o Senado Federal. Em 25 de junho de 1984, já sob o número 118/84, o Projeto de Lei passa a ser objeto de estudo da Comissão Especial criada na oportunidade, tendo como presidente Nelson Carneiro. A Comissão sofre alteração em sua composição em 23 de março de 1995, passando a presidi-la o senador Ronaldo Cunha Lima e, como relator, o senador Josaphat Marinho. Em 13 de novembro de 1997, o Projeto nº 118/84 foi aprovado na Comissão Especial e, em 26

³⁹ "O Novo Código Civil Brasileiro", Bookseller Edit., Campinas, 2002; apresentação do texto.

do mesmo mês e ano, deu-se a sua aprovação do plenário do Senado Federal, ressalvados os destaques. Com as adequações apresentadas pelo relator, o Projeto nº 118/84 só foi aprovado em 12 de dezembro de 1997. Quatro dias depois o projeto foi encaminhado para a Câmara dos Deputados, os quais instalaram uma Comissão Especial para apreciar e dar parecer sobre as emendas que o projeto sofreu no Senado. Nessa seqüência, como se disse acima, em 15 de agosto de 2001, às dezessete horas e cinqüenta e cinco minutos, o projeto de Código Civil foi votado e aprovado por unanimidade pelos deputados federais".

Após aprovação na Câmara dos Deputados, como exposto por unanimidade, elaborou-se a chamada redação final, submetida a plenário e aprovada em 06.12.2001.

Do projeto aprovado pelo Senado Federal em 12.12.1997 à redação final que se transformaria no art. 187 do Código (art. 186 do Projeto aprovado no Senado), a única mudança foi a adição da expressão "também" ao início do artigo, para vinculá-lo ao anterior, e geral da responsabilidade aquiliana, na caracterização do abuso como ato ilícito cometido pelo agente.

Não há, presentemente, qualquer projeto de lei visando à alteração do atual artigo 187.

12. A NATUREZA DO ABUSO DO DIREITO

Se para PEDRO BAPTISTA MARTINS o abuso do direito não passa de um fenômeno social, a grande discussão sobre a natureza do instituto é a que divide os autores entre os que admitem o abuso como um ato ilícito – e aí o será subjetiva ou objetivamente – e os que o vêem de forma diversa do ilícito, como uma categoria autônoma, ainda que de resultados equivalentes ao ilícito.

Cite-se, nesse ponto, o pensar de RUBENS LIMONGI FRANÇA: “De nossa parte, sustentamos tratar-se de uma categoria de conteúdo próprio – como se vê em DUGUIT e em PLANIOL –, que se situa na zona intermediária entre o ato lícito e o ato ilícito. Assim, conforme definimos, consistiria em um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito⁴⁰”.

Essa noção intermédia, também adotada por JORGE AMERICANO, para quem o abuso é “uma modalidade especial do ato ilícito”, é vigorosamente combatida por EVERARDO CUNHA LUNA, que afirma simplesmente tratar-se de ato ilícito, na lei e na essência⁴¹. Confira-se a acerba crítica: “Ecletismo desnecessário, o de JORGE AMERICANO. Por quê dizer-se que o abuso de direito é “uma modalidade especial do ato ilícito”, quando se pode afirmar, simplesmente, que é um ato ilícito? que se rege pelos princípios dos atos ilícitos? que tem a essência na ilicitude da conduta?

⁴⁰ Revista do Advogado nº 19, p. 42.

⁴¹ “Abuso de Direito”, Edit. Forense, Rio de Janeiro, 1959, p. 95.

que causa dano, por dolo ou culpa? que gera obrigação de reparar o prejuízo causado? O “especial” tem todos os predicados do genérico e mais um, que o torna especial. Se o gênero é o ato ilícito, e o abuso de direito, a espécie, onde encontrar o caráter específico? Em vão, tentaríamos buscá-lo, e, se, porventura, surgisse diante de nós, é que estaríamos, já, para além da esfera jurídica – “jenseits von Gut und Boese”⁴². De se notar que o autor pernambucano, além de defender a ilicitude do abuso, fá-lo nos limites da teoria subjetiva, só admitindo a idéia de ilícito onde houver culpa e negando a existência, que seja, do ilícito objetivo.

SÍLVIO DE SALVO VENOSA frisa a aparência de licitude do ato, mas enfatiza a ilicitude do resultado do ato danoso, apontando ter sido o abuso situado como categoria autônoma, uma responsabilidade especial, paralela ao ato ilícito e da qual, tendo sido ocasionados prejuízos, cabe ao agente o dever de indenizar, sem se perquirir de sua culpa. “Ocorre, porém, que o abuso de direito deve ser tratado como categoria jurídica simplesmente porque traz efeitos jurídicos. Aquele que transborda os limites aceitáveis de um direito, ocasionando prejuízo, deve indenizar. Como vemos, os pressupostos são por demais assemelhados aos da responsabilidade civil. Contudo, como no campo da responsabilidade civil, há quase sempre a noção de culpa; no abuso de direito, essa noção, se bem que possa integrar a natureza do ato, deve ser afastada⁴²”.

CAIO MÁRIO não ressalta o caráter ilícito e sim a limitação ética da conduta, ao frisar que a lei não deve permitir que alguém se sirva de seu direito exclusivamente

⁴² “Direito Civil – Parte Geral”, Edit. Atlas, São Paulo, 1ª. Ed., 2000, p. 493.

para causar dano a outrem. O abuso estaria no propósito de causar o dano, sem qualquer outra vantagem ao agente ⁴³.

MARIA HELENA DINIZ admite a iliceidade do ato abusivo, ao lembrar que o direito deve ser usado de forma que atenda ao interesse coletivo, “logo haverá ato abusivo, revestido de iliceidade, de seu titular se ele o utilizar em desacordo com sua finalidade social. Assim, se alguém exercer direito, praticando-o com uma finalidade contrária a seu objetivo econômico ou social, estará agindo abusivamente”⁴⁴.

Em artigo doutrinário de boa pesquisa ⁴⁵, FÁBIO PALLARETTI CALCINI, ao enumerar autores para os quais o abuso não é um ilícito, mas uma categoria autônoma, no entanto equivoca-se em relação ao posicionamento de ROSA MARIA NERY e NELSON NERY JR., ao apontar que compartilham eles do entendimento de que o abuso “É categoria autônoma, de concepção objetiva e finalística, e não apenas dentro do âmbito estreito do ato emulativo (ato ilícito)”. Essa frase está mesmo contida à página 256 de seu “Código Civil Anotado e Legislação Extravagante” (2ª ed., Edit. RT, São Paulo, 2003), mas representa observação ao pensamento de Guilherme Fernandes Neto, na obra “O Abuso do Direito no Código de Defesa do Consumidor”, 1999, p.200; ao dissertarem eles, Rosa Maria Nery e Nelson Nery Jr., sobre a natureza do abuso, aqui definido como conceito legal indeterminado, assim o fazem – e pede-se vênia para a transcrição completa do posicionamento, por sua importância em face de nosso próprio entendimento sobre a questão (também à página 256 da obra citada, item 10):

⁴³ “Instituições de Direito Civil”, Vol. I, Edit. Forense, Rio de Janeiro, 1995, 18ª ed., p. 430.

⁴⁴ “Curso de Direito Civil Brasileiro”, Responsabilidade Civil; vol. 7, Edit. Saraiva, 1984, São Paulo, pp. 382/383.

⁴⁵ Revista dos Tribunais 830, pp.27/45.

“Usar de seu direito de maneira regular é dever imposto pela norma competente, a “contrario sensu”. Como já vimos nos comentários preliminares à Parte Geral deste Código Civil, os institutos a seguir mencionados têm como efeitos: a) princípios gerais de direito – agem como regras de conduta e norteadoras da interpretação; b) cláusulas gerais – significam a manifestação dos princípios, a concretude dada pelo juiz aos princípios e aos conceitos indeterminados, criando as soluções adequadas; c) conceitos legais indeterminados – uma vez preenchidos, a solução já está predeterminada pela norma e, portanto, independe da função criadora do juiz. Nada obstante haja o dever legal de observância das cláusulas gerais de boa-fé, bons costumes e exercício do direito de acordo com seus fins econômicos e sociais (..), quando há desobediência a esses critérios e ocorre efetivamente o abuso de direito, essa circunstância se amolda à figura do conceito legal indeterminado, pois, uma vez reconhecido, o sistema legal já tem a solução predeterminada para o caso: a ilicitude objetiva do ato. Não é cláusula geral porque o juiz não pode criar solução adequada para o caso concreto, porque a solução já está predeterminada pela lei: declarar o ato como ilícito objetivo e dar-lhe a conseqüência do ato ilícito (v.g., indenização). Não é mero princípio porque possui concretude (a lei dá a solução).” (grifo do original).

Ressalva feita apenas ao enquadramento do abuso como conceito legal indeterminado, pois se trata na verdade de conceito legal determinado pela função – quando o juiz aplique o abuso ao caso concreto, como explicado pelos próprios Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery a fl. 142 da obra retro citada ⁴⁶ -, é este também nosso posicionamento, o do ilícito objetivo, nenhuma relevância tendo para nós a pretendida distinção entre violação frontal ou não à norma jurídica – só a violação frontal caracterizaria o ilícito -, pois o que importa é a contrariedade ao ordenamento jurídico e o resultado danoso objetivamente apurado, com ou sem emulação na

⁴⁶ Em artigo doutrinário substancial, NELSON NERY JR. aponta o abuso do direito como conceito legal determinado pela função, apontando-o como resultado da valoração dos conceitos legais indeterminados, pela aplicação e utilização, pelo juiz, das cláusulas gerais, estas entendidas como formulações legais, genéricas e abstratas, cujos valores são preenchidos pelo juiz na solução do caso concreto. (“Contratos no Código Civil – Apontamentos Gerais”; em “O Novo Código Civil – Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale”; Edit. LTr, 2003, São Paulo, p. 408).

conduta, o que é suficiente para, verificados seja o desvio à finalidade sócio-econômica da lei, seja a lesão à boa-fé ou aos bons costumes, configurar-se a ilicitude do ato⁴⁷.

Uma noção interessante e que tende nitidamente para uma visão objetivista do abuso é a de FERNANDO NORONHA⁴⁸, para quem há de se levar em conta a desproporção manifesta entre o interesse que o agente visa a realizar e o da pessoa afetada, ou seja, entre as vantagens do titular do direito e os sacrifícios suportados pela outra parte; se todos os direitos têm finalidade social, não é possível tutelar pretensões que representem sacrifício manifestamente desproporcional dos interesses de outrem – e exemplo clássico é o do uso anormal ou nocivo da propriedade, pelo qual não se admite que o proprietário possa prejudicar a segurança, o sossego ou a saúde dos que habitam a propriedade vizinha.

Também de ilícito objetivo é a visão de CARLOS ROBERTO GONÇALVES, que afirma a desnecessidade de culpa para que o agente seja obrigado a indenizar o dano causado por abuso do direito. Enfatiza que mesmo não havendo, em regra,

⁴⁷ Fábio Calcini assim sintetiza a distinção: “Portanto, o ato ilícito, ao contrário do abuso do direito, configura-se pela proibição, por uma norma específica, do exercício do direito subjetivo em determinada direção. Logo, no ato ilícito contraria-se frontalmente uma norma jurídica, ao passo que, no abuso do direito, não existe este afrontamento direto e frontal, pois, aparentemente, o direito subjetivo foi exercido corretamente” (artigo citado, p.39). Embora seja verdadeiro que há uma aparência inicial de bom direito, o que é circunstancial, o fato é que houve excesso em seu exercício, ultrapassando-se os limites que o próprio artigo 187 impôs para sua liceidade; se o afrontamento é direto ou se é lateral, sub-reptício, pouco importa, relevando sim a efetiva contrariedade da conduta ao ordenamento jurídico e o dano experimentado pela vítima, conseqüências próprias dos atos ilícitos, na configuração (contrariedade) e nas conseqüências de seu cometimento (reparação do dano causado). A essência da ilicitude está presente.

⁴⁸ “Direito das Obrigações”, Edit. Saraiva, São Paulo, 2003, p.372. O mestre catarinense dá razão aos finalistas, afirmando (ob. cit., p.371) que o ato abusivo não é necessariamente ilícito subjetivamente, mas sempre será atuação contrária ao direito, atuação antijurídica.

violação aos limites objetivos da lei, há desvio dos fins sociais a que esta destina, o que caracteriza a ilicitude do ato, também nos termos do art. 5º da LICC ⁴⁹.

⁴⁹ "Direito Civil Brasileiro", vol. I, Parte Geral, Edit. Saraiva, São Paulo, 2003, pp. 459/460.

13. O ABUSO COMO ILÍCITO: DESNECESSIDADE DE CULPA.

É fora de dúvida que o ilícito, ou sua caracterização, independe de culpa. Ao se admitir, ou ao se filiar, à teoria objetiva do abuso do direito, é preciso necessariamente admitir-se o ilícito sem culpa, ou seja, é preciso admitir-se a responsabilidade objetiva do agente, como pressuposto indispensável à aceitação da referida teoria.

Não há dúvida de que o novo Código Civil, ao prever no artigo 187 a configuração do abuso no mero fato do exercício manifestamente excessivo dos limites impostos pelo fim econômico ou social do direito, ou pelos bons costumes, ou ainda pelo seu exercício irregular (já aí no artigo 188, I), francamente aderiu à teoria objetiva. Também abusa de seu direito quem desatende à boa-fé, mas esse aspecto, a ser abordado adiante, não é o único a permitir a ocorrência do abuso – dada a disjuntiva ou aposta no citado artigo 187, que claramente aponta para o abuso se acontecer qualquer das três hipóteses lá previstas: a) desvio do fim econômico ou social do direito; b) desatendimento à boa-fé; ou c) aos bons costumes.

E para nós, efetivamente não se justifica a procura de natureza diversa do ilícito para o ato abusivo, mostrando-se adequada sua colocação como tal no Código Civil.

E isto porque não se pode vislumbrar o ilícito somente no ato conscientemente intencional, no caso do dolo, ou que indeliberadamente tenha causado dano em razão de culpa em sentido estrito. O ilícito também o é pelo resultado do ato, irrelevante a

perquirição do “animus nocendi” ou de culpa – ou nem sequer se poderia admitir a existência da responsabilização objetiva, que parte justamente dessa irrelevância e da análise objetiva dos resultados danosos do ato, contratual ou aquiliano.

Ao se adotar a corrente objetivista, sem investigação do elemento intencional, coerentemente o Código Civil enfatizou o caráter anti-social ou anti-funcional do ato, adotando-se o critério puramente finalístico ou teleológico do desvio de direito de sua destinação social ou do afastamento em relação à boa-fé objetiva e aos bons costumes. Nesse desvio ou afastamento, no exercício excessivo do direito, encontra-se a configuração do ilícito, pelos resultados danosos advindos, repita-se, sem necessidade de outras preocupações ou indagações de caráter investigativo ⁵⁰.

Por outro lado, também é ilícito o comportamento de quem se despreocupa dos deveres de lealdade, de colaboração, de solidariedade, nesses pontos infringindo a boa-fé objetiva e caracterizando o abuso. Movendo-se na liberdade própria do indivíduo, tem ele a obrigação de conciliar essa liberdade com os direitos dos demais envolvidos na relação jurídica, nisso consistindo o problema da responsabilidade jurídica, como observado por EMMANUEL LÉVY: “c’est ce conflit des libertés et des droits qui constitue aujourd’hui le problème de la responsabilité juridique” ⁵¹.

É ilícito o que se desvia de sua finalidade social, ainda que protegido inicialmente pela lei – mas sempre se lembrando que a lei não esgota o direito, nem o

⁵⁰ De todos os que escreveram sobre a matéria, JOSSERAND teve a primazia quanto ao critério finalista e, ao identificá-lo, sintetizar seu conceito de modo insuperável: “L’acte abusif est l’acte contraire au but de l’institution, à son esprit et à sa finalité”. Para o consagrado Mestre francês, existe o abuso do direito quando o ato é exercido de acordo com o direito da pessoa e contrariamente às regras sociais; desse modo, os pretensos direitos subjetivos não passam de direitos funções, que têm finalidade a cumprir e dela não se podem desviar, sob pena de cometimento de um abuso do direito. (“De l’Esprit des Droits et de leur Relativité Théorie dite de l’Abus des Droits”, Paris, 1972).

⁵¹ “La vision Socialiste du Droit”, pp. 43/44; Paris, 1926.

legal confunde-se necessariamente com o ilícito, que pode surgir da infração a conceitos determinados pela função, como o abuso, ou de lesão a cláusulas gerais, como a da boa-fé objetiva, ou da violação a princípios gerais de direito, como o que proíbe aproveitar-se da própria torpeza.

Admitir o abuso do direito somente no ato praticado com a intenção de causar dano a outrem é limitar demais o seu alcance, mesmo porque, no mais das vezes, haverá dificuldade em se provar o elemento subjetivo com que tenha agido o ofensor – mesmo que se inverta o ônus probatório, a este socorrerá sempre o princípio geral pelo qual a boa-fé se presume, devendo ser provada a má-fé pela vítima que, não o conseguindo, muito freqüentemente não terá sucesso em seu pleito indenizatório.

Os adeptos da teoria subjetiva partem do princípio, equivocadamente, de que só há ilícito onde houver culpa ou dolo, esquecendo-se de que também existe o ilícito decorrente da responsabilidade objetiva, na qual não se perquire sobre a intenção ou culpa do agente, mas examinam-se apenas os resultados concretos do ato danoso em face, por exemplo, de uma atividade exercida pelo ofensor que se caracterize como de risco (Código Civil, art. 927, parágrafo único).

Essa busca das intenções e das culpas não restou despercebida a PONTES DE MIRANDA, que alertava que “Os inimigos da teoria do abuso do direito são os que vêm nas leis regras abstratas, duras (“Dura lex sed lex”), cargas de forças atributivas de situações jurídicas subjetivas absolutas (“neminem laedit qui suo iure utitur”), isto é, os que buscam o fundamento para regular o bom e o mau social, não nos fatos e

resultados, mas nas intenções, nas culpas⁵²". Observa-se, assim, que não apenas os inimigos da teoria do abuso do direito procuram as intenções e as culpas, mas também os que só a enxergam nas condutas dolosas ou culposas, criando um limite injustificável à sua aplicação social, por deixarem de considerar o resultado, em si, do ato danoso praticado.

Por outro lado, a teoria da responsabilidade que decorre da culpa é a mais fácil de se entender e de aceitar, já que deriva de uma noção natural, e universal, de que aquele que causa um dano culposamente – por ato doloso ou culposo em sentido estrito – deve responder pelas conseqüências de sua conduta. É teoria que serve tanto para os países de cultura jurídica com raízes romanas, e de direito codificado, como para países que seguem a “common law”, dizendo mesmo ROSCOE POUND que “It became orthodox common law that liability was a corollary of fault”⁵³, o que nos remete aos ainda defensores de que só pode existir o abuso se o ato for emulativo, intencionalmente destinado a causar prejuízo à vítima.

⁵² “Comentários ao CPC de 1939”, Edit., Rio, 1947, vol. I, nota final I, p. 521.

⁵³ POUND mostra de modo direto a universalidade da noção de responsabilidade decorrente da culpa, a partir do século XIX, apontando a influência nesse ponto do Direito francês (como para nós, em relação ao Código Civil de 1916) no sistema jurídico anglo-americano: “Modern law has given up both the nominate delicts and quase-delict, as things of any significance. The French civil code made the idea of Aquilian *culpa* into a general theory of delictal liability, saying, “Every act of man which causes damage to another obliges him through whose fault it happened to make reparation.” In other words, liability is to be based on an act, and it must be a culpable act. Act, culpability, causation, damage were the elements. This simple theory of liability for culpable causation of damage was accepted universally by civilians until late in the nineteenth century and is still orthodox. Taken up by text writers on torts in the last half of that century, it had much influence in Anglo-American law”. (“An Introduction to the Philosophy of Law”, New Haven and London, Yale University Press, 1982, edictal revist of 1953, pp.81/82).

14. ILÍCITO E EXERCÍCIO DE UM DIREITO APARENTE

O conceito determinado pela função do abuso guarda um dever genérico de abstenção, de não se portar de modo antisocial ou antieconômico, de modo que se trata, na verdade, de uma proibição de conduta expressamente prevista em lei. Dever genérico, aliás, que não acompanha nenhum direito subjetivo específico, pois atua na defesa deste, também genericamente.

Desse modo, trata-se mesmo, como quis o legislador do novo Código Civil, de um ato ilícito, objetivo porque basta o exame do desvio finalístico de comportamento, não importando a intenção do agente ou sua culpa.

A negação de que se trata de um ato ilícito na verdade passa pela constatação, em si real, de que o ato abusivo tem uma base legal à qual se reporta. Daí porque muitos defendem tratar-se de um ilícito especial ou "sui generis" – mas que nem por isso perde sua característica de ilícito, dado que o resultado e as conseqüências de seu cometimento serão em tudo os mesmos do ilícito "geral" (para contrapor-se ao "especial" do ilícito abusivo, aspecto que vale tanto para o ato contratual como para o extracontratual ⁵⁴).

⁵⁴ CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, "Abuso del derecho", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 148: "A nuestro entender, y como lo tenemos dicho, si bien el "abuso del derecho" deja de ser un acto lícito, ello no obliga a buscar, necesariamente, una nueva designación para aludir a tal fenómeno de comportamiento, claramente diferenciado de otros también de signo ilícito. Si bien la expresión utilizada para describir la conducta conceptualmente designada como "abuso del derecho" podría hacer dudar sobre la ilicitud del acto, cabe señalar, sin embargo, que esta ilicitud, que supone la transgresión de un deber jurídico genérico, es característica, especial, *sui generis*, en virtud de su origen y de su peculiar desarrollo. Sin dejar de participar de la naturaleza genérica del acto ilícito civil, la conducta descrita como "abuso del derecho" se constituye en una ilicitud diferenciada, lo que facilita su captación a través de la aplicación de criterios consagrados por la doctrina, la jurisprudencia y la legislación, en su caso". Bem posto que a doutrina e a jurisprudência atuam de forma relevante na caracterização dos casos

O fato é que a resposta a essas indagações, mormente o paradoxo afirmado de se considerar como ilícito um ato de direito, está em que o direito é meramente aparente, já que desaparece na prática excessiva, no desvio da finalidade social ou econômica da conduta questionada como abusiva. É feliz a síntese que CUNHA DE SÁ faz a respeito, após apontar que, no plano da forma, o titular atua no seu direito, move-se dentro dele mas, na realidade, existe oposição entre comportamento e direito, no sentido concreto que ambos possuem: "A aparência estrutural de direito não é integrada pela sua intenção normativa; a forma está presente, mas o seu preciso valor está ausente, a realidade finge o direito; o comportamento do titular viola, no seu íntimo sentido, os limites materiais que para a qualificação jurídica do permitido em termos de direito subjectivo resultam do seu fundamento axiológico. E tão pouco se pode falar aí de exercício de um direito, pois que, à face deste mesmo fundamento, é ilegítimo o comportamento concreto do titular. Aliás, a nossa própria lei expressamente refere o abuso ao excesso manifesto dos limites de direito⁵⁵". Ao serem ultrapassados os limites finalísticos previstos em lei, o que era direito deixa de sê-lo, em suma, pois o que era permitido não se confunde com o ato concreto realizado, o que justifica amplamente a caracterização do abuso como ilícito e não como conduta de qualquer outra natureza. Na forma, existe base legal para o ato; mas seu conteúdo valorativo faz desaparecer essa aparente liceidade.

concretos de abuso, pois não há outro modo de fazer atuar conceitos legais indeterminados ou funcionalmente determinados.

⁵⁵ Ob. cit., p. 467.

15. ABUSO E AUTONOMIA DA VONTADE

A liberdade de contratar está na base das doutrinas glorificadoras do individualismo social, político e econômico. Tornada absoluta fere a própria liberdade, na medida em que inutiliza o poder de autodeterminação da parte mais fraca, o que é especialmente verdadeiro nos contratos de adesão ou naqueles que, travestidos de igualdade de tratamento, na verdade embutem o poder de mando ou controle do detentor do poder econômico, “v.g”., o que ocorre em inúmeros contratos de locação, diante do controle situacional por parte do locador na negociação contratual.

Ou seja, a liberdade de contratar não pode ser entendida como algo absoluto e inquestionável, desprendida da finalidade do ato, do que este represente para ambos os contratantes na consagração de seus interesses. A liberdade de contratar não pode ser utilizada como princípio que origine situações que contradigam o próprio fundamento que a embasa, criando o que o doutrinador luso JOAQUIM DE SOUZA RIBEIRO denomina de abuso institucional, na qual se integra a figura do abuso da liberdade de conformação contratual, ao fugir do sentido funcional próprio do ato praticado⁵⁶. Confira-se a lição do mestre luso, em que se demonstra a necessidade de a liberdade contratual respeitar os limites da função do ato, ditos pelo autor como institucionais:

“Cunhada, de antemão, pelos traços delimitativos que resultam da sua integração na ordem jurídico-económica global e pelas funções específicas que, enquanto princípio regulador, aí

⁵⁶ “O problema do contrato: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual”; Livraria Almedina, Coimbra, 1999, p. 502/503.

desempenha, a liberdade contratual, enquanto faculdade, não pode ser reivindicada como algo de absoluto e formal, desprendido de qualquer injunção finalizadora. Ela surge-nos, à partida, substancialmente impregnada pela função que, enquanto factor de liberdade individual e de mobilidade e adaptabilidade do sistema de relações, congenitamente lhe cabe de salvaguarda de um espaço de livre iniciativa e criatividade pessoal para ambos os contraentes. O conceito acolhe, no seu interior, representações de sentido e de fim que institucionalmente caracterizam o princípio da liberdade contratual, como elemento constitutivo da ordem jurídica. Teleologicamente entendido, ele traz, em si próprio, os seus próprios limites, como limites que lhe são imanentes. Isso pressupõe uma adequação do meio ao fim, pressupõe que a liberdade contratual como meio de conformação não seja pervertida em utilizações disfuncionais, isto é, não seja instrumentalizada para a produção de situações que contrariam o fundamento que a sustenta. É nesse sentido que pode dizer-se que a “liberdade contratual tem, pois, que ser protegida contra a liberdade contratual, ou, dito de outro modo: a autonomia privada não está à disposição da autonomia privada”. O Exercício da competência reguladora decorrente do princípio da liberdade contratual tem que respeitar o sentido funcional que institucionalmente é próprio deste: a liberdade contratual não pode ser restringida ou eliminada com meios da liberdade contratual. Quando assim não acontece estamos perante um “abuso das possibilidades de conformação jurídica”, enquadrável na figura do “abuso de instituto”.

Não há dúvida de que nosso direito também procurou impedir essa disfunção, esse abuso institucional, na figura central do art. 421 do Código Civil, que impõe a função social do contrato como limite das cláusulas contratuais criadas pelas partes: *“a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.*

Verificado, no caso concreto, que a função social do contrato não foi observada, ou cumprida, poder-se-á caracterizar o abuso na desconformidade do ato

com sua finalidade - por exemplo, quando em um contrato de seguro faz-se sua interpretação para excluir o pagamento de correção monetária na indenização devida, oferecendo-se valor pífio ao segurado. Tivemos oportunidade de julgar essa situação, ocasião em que foi enfatizada a ocorrência do abuso:

"É abusiva a atitude de seguradora que, argumentando com a ausência de previsão contratual de correção monetária, busca pagar valor risível aos beneficiários de seguro de vida, inferior ao prêmio mensal a que teria direito. Prevalência do princípio geral que veda o locupletamento ilícito. Apelo provido" ⁵⁷.

Nessa medida, visto como um ato disfuncional, também o desatendimento ao art. 421 do Código Civil poderá caracterizar o abuso – do direito de contratar sem restrições, no caso –, já que tal artigo prevê o exercício da liberdade de contratar “em razão e nos limites da função social do contrato”.

Ora, tem sido enfatizado, corretamente, que, dentre outros objetivos, a função social do contrato procura reequilibrar o poder de autodeterminação das partes contratantes, evitando danos à parte mais fraca no estabelecimento de cláusulas que gerem vantagens excessivas ao mais forte – em outras palavras, uma das funções sociais do contrato está em evitar a imposição de cláusulas abusivas, como aquelas do numeroso rol do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, já citado.

Como corretamente se expôs:

⁵⁷ Apelação com revisão nº 613808-0/9, voto nº 3753, de que fui revisor. A hipótese relatada pela Desembargadora ROSA MARIA NERY, era de valor que se pretendia pagar, a título de seguro, inferior ao prêmio mensal devido...

“A função social do contrato, com seus balizamentos próprios, procura evitar a imposição de cláusulas danosas aos contratantes indefesos. Afora algumas vantagens temporárias, o que se extrai do contrato nunca é vantajoso para o contratante débil, mas resulta extremamente lucrativo para o soberbo industrial. Daí a pecha de insegurança jurídica com a criação de mecanismos artificiais para impedir o sadio e são desenvolvimento pessoal em detrimento das metafóricas leis do ‘livre mercado’ que aprisionam o consumidor em teia inescapável, ao mesmo tempo em que os poderosos usufruem das benesses dessa espoliação”⁵⁸.

Isto resta ainda mais claro quando se relembra a chamada função social de cooperação dos contratos, estreitamente ligada à boa-fé objetiva da qual não se podem desprender as partes, sob pena da caracterização de abuso contratual, mormente nas obrigações personalíssimas ou infungíveis, como destaca EMÍLIO BETTI⁵⁹. Betti sintetiza inúmeras funções decorrentes dos contratos, como as de troca, crédito, garantia, custódia, laboral, previsão, recreação. Especificamente na função de cooperação, destaque-se o exemplo da contratação de determinado cantor para apresentação de um “show”, o qual, à evidência, não pode ser substituído por outro, sócia, ou que cante músicas semelhantes; para nós fica claro que essa eventual substituição ofenderia o princípio da boa-fé, independente de seus motivos.

Daí porque o legislador previu a função social do contrato em íntima correlação com o princípio da boa-fé, imposto a todo que se predisponha a contratar: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua

⁵⁸ “Função Social, Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos”, ANTÔNIO JEOVÁ DOS SANTOS, Edit. Método, São Paulo, 2002, página 129.

⁵⁹ “Teoría general de las obligaciones”; Editorial Revista del Derecho Privado, Madri, 1970, tomo II, p. 93/110.

execução, os princípios de probidade e boa-fé”, art. 422 do Código Civil. O princípio será melhor estudado adiante, mas desde já se diga que são marcantes as diferenças entre o conteúdo da boa-fé subjetiva e o da boa-fé objetiva, pois enquanto a primeira se desenvolve no plano psicológico, a segunda o faz no plano ético, contrapondo-se desde o direito romano, nos *“bonae fide iudici”*, aos juízos formais de direito estrito, limitadores da atuação processual do julgador.

E, embora a boa-fé subjetiva seja aquela lembrada em primeiro lugar entre nós, como antônimo natural ao conceito de má-fé – significando a não ciência da pessoa sobre um fato determinado –, e tenha sido ela a referida inúmeras vezes no Código Civil de 1916 (lembrem NELSON NERY JR. e ROSA MARIA NERY⁶⁰ essas previsões normativas, hoje com regra geral no art. 113 do Código Civil), o fato é que a noção de boa-fé diz respeito inicialmente a uma norma ética de conduta, a ser seguida ainda que não prevista ou desejada expressamente pelas partes envolvidas no contrato ou na relação jurídica em exame.

E é no direito alemão que a boa-fé objetiva vai alcançar o seu renascimento, já que presentes as condições culturais próprias para esse ressurgimento, que se deu no §242 do BGB, ao estabelecer a obrigação de o devedor cumprir a obrigação como o exige a boa-fé, considerados os usos do lugar. As necessidades sociais da época e o ambiente cultural favorável levaram o legislador alemão à previsão do que também no BGB caracteriza uma cláusula geral, como ensina com propriedade LÍVIO

⁶⁰ “Código Civil Anotado”, p.338. Exemplos de hipóteses de boa-fé subjetiva encontram-se no casamento putativo, no exercício da posse, na construção em solo ou com material alheio, na especificação, no pagamento ao credor putativo, nas tratativas com ex-mandatário cuja revogação do mandato se ignorasse, dentre inúmeras outras situações.

GOELLNER GORON ⁶¹: “Quando o Código Civil Alemão entrou em vigor, no ano de 1900, existia há bastante tempo na Alemanha um ambiente cultural propício ao desenvolvimento da boa-fé objetiva. As condições estavam presentes. Ao longo dos séculos anteriores, a *“bona fides”* romana influenciara e se deixara influenciar pela ética alemã característica”

Do §242 do BGB foram reconhecidos três efeitos principais decorrentes da cláusula geral da boa-fé, todos intimamente ligados ou conexos à idéia de abuso: primeiro a proibição de se exercitarem posições jurídicas inadmissíveis, incluindo, como lembra ainda LÍVIO GOELLNER GORON⁶², “que um de seus efeitos mais característicos é o de transformar o que seria um dever jurídico absoluto de não lesar, ou *“naeminem laedere”*, com seu conteúdo pouco concreto, em uma série de deveres jurídicos relativos, apurados de acordo com cada situação factual. A afirmação parece fazer sentido, a se pensar que o princípio encontrou o seu maior desenvolvimento justamente num sistema jurídico que não possui uma cláusula geral de não lesar (o direito privado alemão)”, institutos como o *“venire contra factum proprium”* (proibição de a parte portar-se de forma paradoxal a seu comportamento anterior), a *“Verwirkung”* (a preclusão do exercício de um direito por longo período de tempo, gerando a legítima expectativa na parte contrária de sua não utilização) e o *“tu quoque”* – a proibição de uso de uma faculdade que se obteve ilicitamente.

⁶¹ “Anotações sobre a boa-fé no Direito Comercial”; Revista de Direito Privado, vol. 13, janeiro/março 2003, Edit. RT, São Paulo, página 146.

⁶² Ob.cit., p. 148, anotando-se que, entre nós, o *“naeminem laedere”* como cláusula geral encontra-se tanto no Art. 186 como no 927, *“caput”*, do Código Civil, coexistindo harmonicamente com a cláusula geral impositiva da boa fé objetiva.

Como segundo efeito, tem-se a possibilidade de revisão do contrato, a partir da modificação da situação de fato que o envolve, na teoria da imprevisão e na teoria da base objetiva do negócio, cuja relação com o abuso do direito será adiante analisada. E como terceiro efeito, admitido pelos Tribunais alemães, tem-se a imposição de regras de comportamento, “standards” aceitos socialmente e a serem seguidos nas relações negociais – os chamados deveres anexos, acessórios ou laterais, contidos na expressão “Nebenpflichten”.

16. A BOA FÉ OBJETIVA E O ABUSO

O Código Civil prevê tanto a necessidade de resguardo da boa-fé subjetiva, como também da boa-fé objetiva. A primeira, como regra interpretativa, nas disposições preliminares dos negócios jurídicos, nos artigos 112 e 113⁶³, a segunda no art. 422, como cláusula geral, já aí nas disposições preliminares dos contratos em geral⁶⁴.

A boa-fé subjetiva trata da interpretação do negócio jurídico, o que o juiz deve fazer buscando saber a intenção das partes na conclusão e execução do contrato, mais do que atender ao sentido literal da linguagem – regra que já existia no antigo artigo 85 do CC de 1916 e foi repetida pelo artigo 112 do atual CC. Ensinam, a respeito da boa-fé subjetiva, os juristas NELSON NERY JR. e ROSA MARIA NERY: "A norma trata da boa-fé subjetiva, isto é, da intenção e do comportamento efetivo das partes na conclusão do negócio jurídico. Nesse contexto, a boa-fé assume caráter subjetivo, tendo natureza jurídica de regra de interpretação do negócio jurídico. Para interpretar o negócio jurídico, o juiz deve buscar a intenção das partes (CC 112), que

⁶³ Art. 112: "nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem". Art. 113: "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".

⁶⁴ MIGUEL REALE aponta o artigo 113 como "artigo-chave do Código Civil", definindo a boa-fé como condição essencial da atividade ética, aí incluindo-se a jurídica, caracterizada pela sinceridade e probidade dos que dela participam. Afirma o nosso maior filósofo do direito que a boa-fé é tanto forma de conduta como norma de comportamento, representando o superamento normativo, e como tal imperativo, daquilo que no plano psicológico se coloca como intenção leal e sincera, essencial à juridicidade do avençado. Nesse "artigo-chave" MIGUEL REALE enquadra as conseqüências do art. 187 do Código Civil ("Estudos Preliminares do Código Civil", Edit. RT., São Paulo, 2003, pp.75/79).

devem ter agido de acordo com a boa-fé (subjctiva). O CC 422 trata da boa-fé em sua outra conformação: boa-fé objetiva, que tem natureza de cláusula geral⁶⁵.

Já a boa-fé objetiva é cláusula geral, prevista no artigo 422 do CC: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". De sua indeterminação tira-se sua natureza de cláusula geral, a ser aplicada de acordo com as particularidades do caso concreto, a impor regras de conduta aos contratantes, de agir escorreitamente, com lisura, probidade, espírito de colaboração e lealdade. É da boa-fé objetiva que trata o artigo 187 do Código Civil, não da boa-fé subjctiva, já que aqui se defende que o abuso não depende, para sua caracterização, da análise da intenção do agente em causar ou não dano ao ofendido; e há muito tem-se essa convicção⁶⁶. Valer-se-á novamente dos mestres NELSON NERY JR. e ROSA MARIA NERY⁶⁷: "A boa-fé objetiva impõe ao contratante um padrão de conduta, de modo que deve agir como um ser humano reto, vale dizer, com probidade, honestidade e lealdade. Assim, reputa-se celebrado o contrato com todos esses atributos que decorrem da boa-fé objetiva. Daí a razão pela qual o juiz, ao julgar demanda na qual se discute a relação contratual, deve dar por pressuposta a regra jurídica (lei, fonte de direito, regra jurídica criadora de direitos e obrigações) de agir com retidão, nos padrões do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar".

⁶⁵ "Código Civil Anotado e Legislação Extravagante", Edit. RT, São Paulo, 2ª. ed., 2003, página 205 – grifos do original.

⁶⁶ Já em artigo publicado na RT 667, p.50, antes citado, concluímos que "10.4. Em síntese: do abuso de direito decorre a responsabilidade pela reparação do dano, objetivamente injusto, causado a terceiros por desvio de finalidade quando da prática do ato lesivo".

⁶⁷ Ob. cit., p. 338/339.

Como coloca com precisão LUIZ CARLOS DE AZEVEDO ⁶⁸:

“Quando duas pessoas estabelecem as condições de um contrato, não estão formalizando apenas um “do ut des”, mas criando um vínculo de solidariedade para a consecução de um fim. Este instrumento de comunicação de vontade dos contraentes, deve vir inspirado na boa-fé, sem a qual aquele vínculo deixará de existir. Assim, o contrato criará direitos e deveres recíprocos, de tal modo que os primeiros só poderão ser utilizados nos limites que ali se fixaram. E se por acaso extravasarem de seus bordos, já não mais se estará diante do uso regular de direito, mas frente ao abuso do direito. E a preposição “ab” fornece exatamente a idéia deste afastamento, demonstrando que o uso passou a ser irregular, que há mau uso de direito. E não mais subsistirá o equilíbrio que deveria constituir o pressuposto daquela boa fé onde o contrato se assentava”.

O afastamento da boa-fé objetiva também pode configurar o abuso, como expressamente previsto no art. 187 do novo Código Civil. E os limites impostos pela boa-fé residem no equilíbrio que animava as partes por ocasião do contrato, na finalidade que reciprocamente buscavam atingir.

Repise-se que a boa-fé que se exige no Código de 2002 como limite ao abuso independe de conduta de má-fé por parte do agente, porque é aferida objetiva e não subjetivamente. A esse respeito, ensina JUDITH MARTINS-COSTA que agir segundo a boa-fé é diverso do agir de boa-fé. E exemplifica: “A proteção da justa expectativa conduz à adoção de medidas positivas, razão pela qual acórdão do STJ entendeu que, “nas circunstâncias do negócio, o credor tinha o dever, decorrente da boa-fé

⁶⁸ “Da Penhora”, Edit. Resenha Tributária, São Paulo, 1994, p. 204.

objetiva, de adotar medidas oportunas para, protegendo o seu crédito, impedir a alienação dos apartamentos a terceiros adquirentes de boa-fé”. Na espécie, vê-se a conjugação entre, de um lado, o dever de agir segundo a boa-fé objetiva, imposto à incorporadora – esta deveria agir para impedir a alienação dos imóveis, não apenas propondo a ação de execução, mas averbando-a no Registro de Imóveis e informando a empresa financiadora -, e, de outro, a boa-fé subjetiva, ou boa-fé crença, dos terceiros adquirentes. Fica aí evidente a distinção que há entre agir segundo a boa-fé e agir de boa-fé”.⁶⁹

E mostra a autora gaúcha a importância dessa cláusula geral, definida por ela como um “mandamento de cooperação intersubjectiva e de consideração aos interesses do parceiro contratual”⁷⁰, e cuja ausência no Código de 1916 representou angustiante lacuna:

“A inexistência de expressa previsão no Código Civil de 1916 ao princípio da boa-fé passou a exprimir a lacuna angustiosamente sentida quando os tradicionais princípios de Direito das Obrigações – o da autonomia privada, expresso na autovinculação, e o da responsabilidade por culpa – começaram a se mostrar mais que nunca insuficientes para uma justa solução de casos resultantes, por exemplo, da contratação por adesão, ou do exercício abusivo de posição contratual, ou do indevido recesso das tratativas contratuais, ou da necessidade de revisão das bases contratuais em casos de excessiva onerosidade, entre outros tantos que poderiam ser

⁶⁹ - “Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro”; Edit. Saraiva, São Paulo, 2002, p. 206/207. STJ, RESP 32890/SP, 4ª T., j. 12-12-1994, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., in RSTJ 73/227. A questão gerou a súmula 308 do STJ, de 25.04.2005: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

⁷⁰ - ob. cit., p. 202.

aqui lembrados. Aí está a razão pela qual o princípio da boa-fé – que, bem lembrava Couto e Silva, “endereço-se sobretudo ao juiz e o instiga a formar instituições para responder aos novos fatos”, passou a conformar verdadeiro e próprio modelo jurisprudencial⁷¹”.

Em síntese, a boa-fé de que trata o art. 187 do Código Civil não se confunde com a boa-fé subjetiva, ou boa-fé crença, que corresponde a um estado de ignorância, pelo qual o sujeito acredita ser titular de um direito que na realidade não possui. Exemplo clássico é o do possuidor de boa-fé que desconhece o vício ou obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa (art. 1.201, Código Civil).

A boa-fé objetiva, ao invés, caracteriza uma cláusula geral que aponta às partes um modo de se conduzirem, um agir solidário que implica lealdade, colaboração, lisura, honestidade, um comportamento da parte, enfim, que não frustrate a legítima expectativa e confiança da outra parte envolvida na relação jurídica (expectativa também presente quando se exige a manutenção da base objetiva do negócio jurídico).

Pode-se mesmo dizer, como LARENZ, que a boa-fé objetiva qualifica-se como princípio supremo de Direito das Obrigações, todas as demais regras devendo-lhe respeito⁷². Trata-se de princípio ético-jurídico que rege o comportamento do homem

⁷¹ - ob. cit., p. 197; citação de COUTO E SILVA, Clóvis, de “O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português”, in “Estudos de direito civil brasileiro e português”, p. 53.

⁷² KARL LARENZ, “Derecho de Obligaciones”, Trad. Jaime Santos Briz; Madri, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958; tomo I, p. 146.

enquanto ser solidário e de vivência comunitária, pois implica a proteção à confiança devida pelos seres humanos reciprocamente ⁷³.

Já NELSON NERY JR. e ROSA MARIA NERY ensinam que a boa-fé objetiva deixou agora de ser princípio geral de direito, entre nós, porque incluída expressamente no texto de direito positivo. É antes cláusula geral, consubstanciando-se ainda em fonte de direito e de obrigações, isto é, fonte jurígena assim como a lei e outras fontes, porque impõe comportamento aos contratantes, de agir com correção segundo usos e costumes; nessa medida, classifica-se como regra de conduta, seguindo os passos dos artigos 1175 e 1337 do Código Civil italiano. Citando FRANZ WIEACKER (“Präzisierung”, p. 10), apontam que se trata de norma jurídica com características próprias, já que é uma “ordem geral da lei ao juiz para que profira sentença, observando a lealdade e a boa-fé, segundo os usos e costumes, ou que simplesmente possa agir mediante juízo lógico de subsunção. Essa norma (cláusula geral de boa-fé objetiva) se diferencia das outras regras de direito positivo somente por duas circunstâncias: a) primeiro por intermédio de sua indeterminação (daí por que cláusula geral); e b) pela referência não aos preceitos positivos, mas a mandamentos (lealdade e boa-fé) ou critérios (usos e costumes) sociais e metajurídicos”.⁷⁴

⁷³ FRANZ WIEACKER cita que o Supremo Tribunal Federal da Alemanha (BGH) apontou o princípio da boa-fé como “fundamento unitário da própria obrigação, de modo que todas as restantes prescrições de direito das obrigações aparecem apenas como manifestações deste princípio” (“História do Direito Privado Moderno”, 2ª ed., trad. A. M. Botelho Hespanha; Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 608). Nada mais escorreito, pois, que se tenha estabelecido no direito brasileiro a quebra da boa-fé como passível de caracterização do abuso do direito, mormente pelos reflexos sociais do ato abusivo na comunidade.

⁷⁴ “Código Civil Anotado”, p. 338.

E efetivamente, enquanto princípios gerais de direito são regras que auxiliam o juiz na interpretação dos fatos discutidos em juízo, cláusulas gerais enunciam critérios de conduta⁷⁵, abstratamente, que exigem preenchimento do conteúdo valorativo pelo juiz, em cada caso concreto. Nessa concreção é que se evidenciará ou não a hipótese do abuso, que enquanto conceito legal determinado pela função dá à lei a solução ao caso, na configuração da ilicitude objetiva da conduta; ocorrendo, não pode o juiz negar os efeitos predeterminados pela lei, por exemplo, deixando de declarar a nulidade de uma cláusula abusiva ou de determinar a indenização decorrente de prejuízos causados pelo agente, por afronta à cláusula geral da boa-fé objetiva.

Ainda como efeito decorrente da boa-fé objetiva, e este aproximando-se grandemente do abuso do direito, pode-se citar a "inciviliter agere" – a ação "não civilizada", ou seja, sem atentar para a consideração devida ao cidadão – , que também se traduz numa conduta desleal, egoística, a objetivar a quebra da paz jurídica. Para FLÁVIO ALVES MARTINS⁷⁶, nessa hipótese há uma quebra do princípio da igualdade, caracterizando o abuso, pois o titular de direito age com extrema vantagem em virtude do sacrifício imposto à outra parte, exemplificando-se com o abuso do locatário na utilização do recurso da emenda da mora ou, mais dramático, o palhaço que é obrigado a cumprir sua função, apesar da notícia da morte de seu filho.

Conclui o autor que, na Alemanha, o abuso do direito alicerçou-se na quebra dos pilares da boa-fé objetiva, como a vedação da quebra da lealdade da confiança, a

⁷⁵ JUDITH MARTINS-COSTA, "A Boa-Fé no Direito Privado", Edit. RT., São Paulo, 1999, p. 412; afirma-se aí não se tratar a boa-fé de um princípio geral ou de uma espécie de panacéia.

⁷⁶ "A Boa-fé Objetiva e sua formalização no Direito das Obrigações Brasileiro", Edit. Lumen Juris, 2ª ed., Rio, 2001, p. 52.

limitação do exercício de direito pelos fins do ordenamento jurídico, proporcionalidade entre os fins e os meios no exercício dos direitos, tudo implicando a necessidade de respeito aos direitos alheios e limitações ao direito subjetivo do titular⁷⁷.

Essas limitações ao direito subjetivo do titular, e que uma vez ultrapassadas configuram o abuso, referem-se a situações diversas, muitas vezes associadas a princípios tradicionais e derivadas da antiga “exceptio doli” romana, como ensina REGIS FICHTNER PEREIRA⁷⁸, mostrando MENEZES CORDEIRO⁷⁹ que as hipóteses de abuso do direito eram enfrentadas pela “exceptio doli generalis” que, tendo-se tornado uma fórmula vaga e ampla demais para concretizar os casos de abuso, gerou outras categorias, das quais se destacam⁸⁰:

a. “venire contra factum proprium”, ou seja, não se admite à parte agir contraditoriamente a um comportamento anteriormente assumido, quebrando uma expectativa decorrente dessa conduta antecedente. WIEACKER⁸¹ mostra tratar-se de responsabilização objetiva, independente de dolo ou culpa, porque a vedação do “venire” provém do princípio da confiança no tráfico e não de uma específica proibição da má-fé e da mentira;

⁷⁷ Por se tratar de obra anterior ao Código Civil, interessante notar que o autor carioca defende a necessidade de formalização da boa-fé objetiva no direito civil, o que veio a ocorrer no Art. 422 do Código Civil: “Assim, é importante para o desenvolvimento das relações obrigacionais com mais justiça e segurança jurídica – valores fundamentais de direito – que essa boa-fé objetiva seja formalizada em nosso ordenamento jurídico, transformando-se de princípio geral em norma, com o objetivo de se criar comandos que, se forem desrespeitados, poderão levar os seus transgressores a sofrer sanções civis reparatórias específicas, previstas na lei”. Ob. cit., p. 106.

⁷⁸ “A Responsabilidade civil pré-contratual”; Edit. Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p. 82.

⁷⁹ “Tratado de Direito Civil Português”, tomo I; Coimbra, Almedina, 2000, p. 250.

⁸⁰ LAERTE MARRONE DE CASTRO SAMPAIO, “A Boa-Fé Objetiva na Relação Contratual”, Edit. Manole, Barueri, São Paulo, 2004, pp. 78/84.

⁸¹ “El Principio General de la Buena Fe”; Trad. José Luis Carro; Madri, Civitas, 1976, p. 62.

b. “supressio”, isto é, o protraimento desleal do exercício de um direito, a postergação por largo período de tempo em confronto com o exercício injustificável desse direito ⁸²;

c. “surrectio”, ou seja, a prática reiterada de certos atos gerando no partícipe da relação jurídica a certeza de que possui um direito, como o fato de o locatário pagar os aluguéis sistematicamente na administradora gerando ao locador o direito de recebê-los naquele local, ainda que o contrato disponha de modo diverso, obrigando-o ao recebimento no imóvel locado. É a hipótese oposta à da “supressio”, pois surge da boa-fé um direito em razão do exercício reiterado de uma determinada conduta; o abuso está em exigir-se o comportamento diverso, antes abandonado pelas partes.

d. “tu quoque”, a vedação de invocação de uma norma em favor de quem a tenha antes violado. Substancialmente, trata-se da proibição de se alegar em benefício próprio a torpeza com que se tenha agido (“nemo creditur turpitudinem suam allegans”), como a conduta maliciosa do menor que, para eximir-se de uma obrigação, invoque sua idade dolosamente ocultada, ou tendo antes se declarado maior (Código Civil, art. 180). Também a “exceptio non adimpleti contractus” – Código Civil, art. 476 – é aplicação do “tu quoque”, expressão tirada, anota LAERTE SAMPAIO⁸³, da frase atribuída a Júlio César ao ver que seu filho adotivo Bruto fazia parte do grupo de conspiradores que pretendiam assassiná-lo;

⁸² Para MENEZES CORDEIRO, a “supressio” é a “situação de direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo, por, de outra forma se contrariar a boa-fé” (“Da Boa-Fé no Direito Civil”, Coimbra, Almedina, 1997, p. 797.). No Recurso Especial nº 4.680-SP, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, invocou-se a “supressio” para desacolher ação cominatória proposta por condômina em face de outros condôminos que utilizavam, sem oposição, de área comum com exclusividade por mais de vinte anos.

⁸³ ob. cit., p. 81

e. abuso de nulidades por motivos formais, configurado na argüição injustificada de pretensas nulidades quando o contrato tenha sido ou esteja sendo cumprido em seu conteúdo substancial, sem prejuízo a qualquer das partes. A vedação a tal argüição decorre da necessidade de conduta reta e leal, isto é, da boa-fé objetiva;

f. adimplemento substancial, caracterizado na proteção à parte que tenha cumprido a quase totalidade do contrato, como no exemplo – excelente – tirado de julgado no STJ em que se negou a busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, em financiamento no qual a última prestação não havia sido honrada, apenas; remanesce nesse caso a possibilidade de execução do crédito, não de ajuizamento de ação reipersecutória, flagrante a desproporção (e abuso) entre o inadimplemento mínimo do devedor fiduciante e a drástica apreensão intentada pelo credor fiduciário, em afronta à boa-fé objetiva;⁸⁴

g. exercício desequilibrado de direitos, aspecto a rigor presente em toda cláusula abusiva que imponha a uma das partes sacrifício excessivo, em relação à vantagem desmesurada obtida com o exercício de um direito por seu titular. A conduta não solidária do credor, sem levar em conta os interesses alheios, configura violação à boa-fé objetiva, e, portanto, comportamento abusivo. Vejam-se alguns exemplos

⁸⁴ Recurso Especial nº 272.739-MG, Relator Min. RUY ROSADO DE AGUIAR Jr. Confirma-se trecho da argumentação: “O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse”. Desproporção evidente entre a suposta inadimplência e os meios utilizados para reprimi-la; conduta abusiva no exercício excessivo do direito.

citados por FERNANDO NORONHA: o protesto de títulos se desnecessário para garantir os direitos do credor, a despedida de um trabalhador próximo de adquirir a estabilidade, a cobrança de débitos em que se exponha o consumidor a ridículo ⁸⁵, todas situações de violação à boa-fé objetiva e caracterização de abuso.

O rol exposto, meramente enunciativo, indica hipóteses nas quais a ocorrência poderá configurar o abuso, já que terão sido ultrapassados os limites impostos ao direito subjetivo do titular, cuja conduta em excesso determinará ao juiz o reconhecimento da abusividade e dos efeitos decorrentes, independente – repise-se – de conduta culposa ou não do agente, por se tratar de ilícito de natureza objetiva de violação à boa-fé objetiva.

⁸⁵ “O direito dos contratos e seus princípios fundamentais”; Edit. Saraiva, São Paulo, 1994, pp.180/181.

17. OS BONS COSTUMES

Se já é difícil definir, caso a caso, a boa-fé objetiva, que se dirá da análise concreta da lesão aos bons costumes, também fator a vincular e condicionar o escorreito exercício de direito – à sua falta, o art. 187 do Código Civil também caracteriza o abuso.

Poucas noções são, no direito, tão impregnadas pela moral como a de bons costumes – até se confundem moral e direito, na verdade, no momento em que couber ao julgador apontar determinada hipótese de conduta como ofensiva aos bons costumes "e à moral", sempre um termo acompanhando o outro, como se fossem coisa única, de único significado. Tanto que VICENTE RAÓ os definem como “o modo constante e comum de se proceder de acordo com os ditames da moral social, segundo cada povo as concebe”.⁸⁶

E coisa única não são, ou confundir-se-iam continente (a moral) e o conteúdo (bons costumes). E englobe-se ainda a moral ética, no conceito amplo de que esta abrange a multiplicidade possível de condutas humanas, desse modo podendo-se falar numa ética na filosofia, na religião, na vida privada, pessoal ou profissional, e assim por diante.

O conceito jurídico determinado pela função, de que o abuso do direito é exemplo, é típico dos sistemas jurídicos abertos, flexíveis, que dão ao juiz a possibilidade – mais do que isso, o dever processual – de fixá-lo e precisar o seu

⁸⁶ “Ato Jurídico”, 4ª ed. Anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval; Edit.RT., São Paulo, 1997, p. 138.

alcance ao caso concreto. É nesse contexto que nasce a necessidade de fixação da ofensa aos bons costumes como conduta abusiva, o que será sempre difícil, anota FLÁVIO TARTUCE⁸⁷, pela variação de acordo com aspectos subjetivos, espaciais e temporais. E, realmente, cada julgador poderá ter uma visão diversa do “bom” ou do “mau” costume – já que dependente de suas condições pessoais próprias -, análise que também mudará de lugar e de época para época. Pense-se, por exemplo, no costume de se ir à praia com os biquínis atuais, até a década de sessenta ou setenta do século passado; mesmo hoje, porém, tente-se roupa de praia equivalente em qualquer país islâmico – e a ira fundamentalista recairá sobre o incauto infeliz, com toda certeza.

Um bom exemplo tirado da jurisprudência foi a decisão polêmica do Supremo Tribunal Federal que, por maioria, proibiu a “farra do boi” em Santa Catarina, considerando-a um “mau costume”. Verifique-se a ementa, frisando-se que o abuso ter-se-ia configurado na exposição dos animais à crueldade, em argumento que seria por certo risível na Espanha, em face do que acontece numa tourada: “*Costume – Manifestação cultural – Estímulo – Razoabilidade – Preservação da fauna e da flora – Animais – Crueldade*. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do art. 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado ‘farra do boi’” (STF, RE 153531, j. 03.06.1997. Legislação: Leg. Fed., CF, ano – 1988; artigos. – 215, 225, § 1º, inc. VII,

⁸⁷ “Novo Código Civil – Questões Controvertidas”, Vol.2, Coordenação de Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves, Edit. Método, São Paulo, 2004, p. 93.

CF-88. Observação: Votação: por maioria; resultado: conhecido e provido; Origem: SC – Santa Catarina; Partes: recte.: Apende – Associação Amigos de Petrópolis – Patrimônio, Proteção aos Animais e Defesa da Ecologia e outros; recdo.: Estado de Santa Catarina; publicação: *DJ* 13.03.1998. p. -3; *Ementário* vol.1902-02, p. 388, rel. p/o acórdão: Marco Aurélio, rel. Francisco Rezek; Sessão: 2ª - Segunda Turma).

De qualquer modo, a dificuldade na conceituação de bons costumes é generalidade, apontando CUNHA DE SÁ⁸⁸ que se contrapõem duas concepções, uma de ordem sociológica dos bons costumes, que procurará o conceito no exame da opinião socialmente dominante, desse modo aceitando-se sua natureza variável e contingente, como antes expusemos; ou então, uma concepção idealista dos bons costumes, de matiz filosófico ou religioso, que o autor luso admite, em termos de moral cristã, pela existência de preceito constitucional que reconhece o catolicismo como religião tradicional de Portugal (art. 46).

Fica-se com o caráter variável e contingente da noção de bons costumes, até porque o Estado brasileiro é laico, não havendo justificativa legal para se preferir os ditames de determinada religião em relação a qualquer outra ou em face de visões agnósticas ou ateístas. Mas não se pode deixar de reconhecer a grande influência dos

⁸⁸ Ob., cit., p.190 - “Não há, todavia, unanimidade na doutrina portuguesa: assim, Manuel de Andrade, *Teoria geral da relação jurídica*, ob. cit., II, p. 341, embora não se referindo concretamente ao problema, parece desviar-se deste entendimento ao afirmar que a moral pública «é o conjunto das regras morais aceites pela consciência social», aquela que «corresponde ao sentido ético imperante na comunidade social» e que, conseqüentemente, «não se trata de usos ou práticas morais, mas de idéias ou convicções morais; não da moral que se observa e se pratica (*mores*), mas daquela que se entende dever ser observada (*bonus mores*)», nem tão pouco ainda «da moral transcendente, religiosa ou filósofa, mas da moral positiva (*hoc sensu*)»; neste sentido vai igualmente Vaz Serra, *Objecto da obrigação – A prestação – Suas espécies, conteúdo e requisitos*, no «Boletim do Ministério da Justiça» nº 74, pp.174 e segs. (*máxime*, pp. 190 e 191), sustentando até que o critério das concepções morais dominantes na sociedade «não se afigura o melhor, pois na sociedade podem dominar critérios reprováveis, que não convenha manter».

postulados cristãos na conformação dos bons costumes entre nós, como também não se pode aceitar que, sempre, o critério das concepções morais dominantes na sociedade seja o adotado, pois muitas vezes este é reprovável, “v.g.”, no notório costume da “fezinha” no jogo do bicho ou na exploração das rinhas de galo. Esta última, principalmente, costume “contra legem” de visível abuso e crueldade em relação aos animais ⁸⁹.

Por fim, sob o aspecto dos bons costumes poder-se-ia dar certa razão aos que vêm no abuso um conceito sociológico, pois aí se tem efetivamente que considerar o fato social e suas contingências espaciais, temporais e pessoais na caracterização do que sejam bons costumes. No entanto, admitido que seja o matiz sociológico, nem por isso deixa de se configurar o ilícito a partir do momento em que se encontre presente a lesão aos bons costumes; a consequência é a mesma, qual seja, a nulidade da cláusula (se contratual o abuso) ou a ordem judicial de fazer ou não fazer, em caso de responsabilidade extracontratual pelo abuso – e, em ambas as hipóteses, a alternativa

⁸⁹ Interessante rol relativo a infrações aos bons costumes em Portugal nos oferece JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU (“Do Abuso de Direito”, Almedina, Coimbra, 1999, p. 65): “Diversas normas do Código Civil se referem aos bons costumes. É o caso dos arts. 271.º, n.º 1 (nulidade do negócio jurídico subordinado a uma condição «ofensiva dos bons costumes»), 280.º, n.º 2 (nulidade do negócio com objecto «ofensivo dos bons costumes»), 281.º (nulidade do negócio quando o seu fim «ofensivo dos bons costumes» é comum a ambas as partes), 340.º, n.º 2 (ilicitude do acto lesivo dos direitos de outrem quando – apesar do consentimento do lesado –, aquele acto for «contrário aos bons costumes»), 465.º, al. a) (dever de o gestor de negócios se conformar com a vontade, real ou presumida, do dono do negócio que não seja «ofensiva dos bons costumes»), 1093.º, n.º 1, al. c) (resolução do contrato de arrendamento com fundamento em reiteradas ou habituais práticas «imorais» no prédio arrendado), 1422.º, n.º 2, al. b) (proibição de os condóminos destinarem as suas fracções a usos «ofensivos dos bons costumes»), 2186.º (nulidade da disposição testamentária quando essencialmente determinada por fim «ofensivo dos bons costumes»), 2230.º (consideração como não escrita da condição «ofensiva dos bons costumes» na instituição de herdeiro ou na nomeação de legatário), 2245.º (aplicação do art. 2230.º aos encargos «ofensivos dos bons costumes»)”. São situações em tudo aplicáveis ao direito pátrio, no mais das vezes também previstas em nosso Código Civil como causas de invalidade dos negócios jurídicos por ofensa aos bons costumes, por vezes no elenco genérico dos atos ilícitos – “v.g.”, perda do poder familiar por atos contrários aos bons costumes, art. 1.638, III; vedação a ato de disposição do próprio corpo que contrarie os bons costumes, art. 13; anulação da doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice, art. 550; etc.

de indenização na impossibilidade de manutenção do contrato ou de cumprimento do mandamento judicial cominatório.

18. FUNÇÃO SOCIAL E O ABUSO

Muitas vezes o apego ao princípio pelo qual o contrato faz lei entre as partes – o vetusto e inegavelmente importante princípio "pacta sunt servanda" – faz com que o intérprete se esqueça do não menos importante princípio, agora normatizado no Código Civil, que manda obedecer-se à função social dos contratos e limita a liberdade de contratar a essa – agora – cláusula geral do art. 421: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". A importância dessa normatização foi devidamente enfatizada pelo Professor MIGUEL REALE, já na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil: "c) Tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão positivista de direito, mas essencialmente à adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica". Anote-se que também na repressão ao abuso busca-se a "adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica".

Esse conceito minimiza não tanto a autonomia privada, assim entendida como "um processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações

jurídicas pelos sujeitos que nela participam ⁹⁰". Pode-se estar, no entanto, vinculado aos efeitos jurídicos criados pela regra negocial assumida pelas partes, aspecto conseqüente à autonomia privada, e não se estar exercendo plenamente a autodeterminação individual, conceito que significa "o poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências ⁹¹".

Quando se foge à função social do contrato, aí compreendidos o dever de cooperação, colaboração e lealdade entre as partes, também apanágio da boa-fé objetiva, como já visto, far-se-á prevalecer interesses egoísticos, o poder de força do mais forte contra o mais fraco no momento da contratação. A autonomia individual existiu, ao se escolher contratar, mas não o poder de determinar os efeitos contratuais, principalmente quando em face do contrato de adesão, que torna relativa, e muito, a liberdade de contratar como imaginada historicamente pelos defensores burgueses do liberalismo econômico.

E a prevalência dos interesses egoísticos, por vezes emulativos, é também uma forma de caracterização do abuso, tal como previsto no art. 187 do Código Civil, já que se caracterizará o excesso nos limites impostos pela finalidade social do contrato entabulado. O ilícito contratual, ou relativo, assim posto para se contrapor ao ilícito extracontratual, por alguns denominado absoluto, não é menos ilícito por sua natureza, nem gera efeitos diversos do ilícito aquiliano – claro que gera um efeito específico, o da nulidade do negócio jurídico, mas gera também a necessidade de composição de perdas e danos típica da responsabilização civil extracontratual.

⁹⁰ Joaquim de Souza Ribeiro; ob. cit., p.21.

⁹¹ Idem p. 22.

Examinando-se agora a função social no que tange à propriedade, a Constituição Federal brasileira a garante, no art. 5º, inciso XXII. Garantia fundamental cuja inviolabilidade foi estabelecida no mesmo art. 5º, "caput", da Carta Maior, juntamente com os direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança⁹².

Condiciona-se a propriedade, porém, ao atendimento à sua função social, conforme o inciso XXIII do citado art. 5º. Princípio que torna claro o relativismo do direito à propriedade, nos moldes da clássica expressão "o direito à propriedade obriga", da Constituição alemã de 1919 (Weimar), em seu art. 153, "in fine": "Eigentum verpflichtet". Obriga positiva e negativamente: do primeiro modo, a dar ao bem produtividade, a atender à sua função social; já negativamente, obriga a não abusar de sua qualidade de dono, "v.g.", não abandonando o bem especulativamente, à espera de valorização; ou não realizando acessões ou benfeitorias indevidamente prejudiciais a terceiros.

Esse relativismo, com o conseqüente uso da propriedade de forma a atender a sua função social, à evidência abre as portas para a configuração do abuso do direito de propriedade, âmbito no qual são clássicos os exemplos doutrinários e jurisprudenciais, mormente no tocante ao direito de vizinhança – "v.g.", a construção com muros elevados que tape a vista do vizinho, injustificadamente.

Pode-se mesmo dizer que, não atendida à função social da propriedade, com freqüência terá havido mau uso dela, isto é, abuso, mormente porque não se teria

⁹² Art. 5º, "caput" - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXII - é garantido o direito de propriedade;

atendido ao critério finalístico proposto pelo art. 187, sob os aspectos social e/ou econômico da exploração da propriedade privada.

Problema maior, no entanto, conceitual, mas de reflexos práticos relevantíssimos, é discutir o que seja a função social da propriedade, ao menos como finalidade geral a ser alcançada, para que se tenham parâmetros a observar nos casos concretos.

Inicialmente, deve-se ter em mente na expressão função social da propriedade sua utilização produtiva, protegendo-se quem nela produza e desfavorecendo-se os proprietários que se limitam a especular com suas terras, sem preocupações de produção. Na raiz dessa noção está a expropriação por utilidade pública e por interesse social, por exemplo para fins de Reforma Agrária, restrição à propriedade prevista também no art. 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal ⁹³.

Também reflete o não atendimento à função social da propriedade sua extinção pelo não uso, nesse caso normalmente com simultânea aquisição por terceiros por usucapião, vetusto meio de redistribuição da propriedade privada e que caracteriza, no mais das vezes, prêmio a quem nela produz e castigo a quem a tenha abandonado.

⁹³ Seguem os incisos XXII a XXIV do Art. 5º da CF. XXII: é garantido o direito de propriedade; XXIII: a propriedade atenderá a sua função social; XXIV: a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

No entanto, hoje é inegável que o que está por trás da idéia de função social da propriedade é a noção de relações sociais mais justas, de igualdade real, de aumento e de distribuição mais eqüitativa da riqueza socialmente útil ⁹⁴.

Aqui haveria, dando razão aos que vislumbram já no Direito romano a doutrina do abuso, a caracterização da proibição do "summum ius, summa injuria", negando-se ao proprietário a disposição de sua propriedade de forma ilimitada, especulativa ou sem atender às utilidades e necessidades sociais de seus vizinhos ou mesmo da coletividade a que pertence o dono da coisa.

E não há dúvida de que o novo Código Civil deu à utilização da propriedade realce muito maior, e enfático, a seus limites e às finalidades ligadas ao interesse coletivo, primeiro no § 1º do art. 1228, que explicita princípio normativo geral, como dever de conduta a ser seguido: "O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas".

Em seguida, ao procurar esclarecer a proibição e a conseqüente repressão ao abuso, o § 2º do mesmo art. 1228 restringe inadequadamente o alcance do conceito expresso no art. 187, que contém critério finalístico de ordem objetiva, ao estabelecer que "são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem". No tópico seguinte

⁹⁴ ANA PRATA, "A tutela constitucional da autonomia privada"; Coimbra, 1982, p. 174

vai-se procurar interpretar este parágrafo 2º, mal colocado e em conflito evidente com a natureza do conceito expresso na Parte Geral do Código Civil.

O novo Código traz, em seu art. 1228, “caput”, a previsão genérica de poder o proprietário usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Não inova, nesse ponto, pois repete o art. 524 do Código Civil de 1916, somente explicitando, até obviamente, que a proteção petítória se dá não só em face do possuidor injusto, como também do detentor injusto.

No entanto, e após estabelecer no § 1º do citado art. 1228 que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais – no que repete o mandamento constitucional do art. 5º, inciso XXIII, pelo qual “a propriedade atenderá a sua função social” – prevê o § 2º do mesmo artigo séria limitação, aparente, ao instituto do abuso do direito, a qual exige interpretação teleológica a lhe emprestar o verdadeiro alcance.

E isto porque lá se encontra posto serem “defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”. Ora, a necessidade de comprovação da intenção de prejuízo à vítima, além de normalmente difícil de ser feita, remete à teoria subjetiva do abuso, à necessidade não só de culpa, estrito senso, mas de conduta unicamente dolosa por parte do ofensor, o que se nos afigura inadmissível, por contrariar todo o espírito que informa o estabelecido pelo art. 187 do Código Civil.

A esse respeito, tivemos a oportunidade de escrever, na Tribuna da Magistratura, que o parágrafo 2º do art. 1228 do Código Civil parece desdizer grande parte da objetividade na caracterização do abuso, já que exige que os atos do proprietário ofensor “sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”, o que implica inadmissível concessão à teoria subjetiva do abuso, em flagrante contradição ao espírito do que à época definimos como cláusula geral do art. 187. Representando o extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo em Brasília por ocasião da “Jornada de Direito Civil” promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, de 11 a 13 de Setembro de 2002, tivemos a oportunidade de formular – juntamente com o eminente Desembargador IRINEU PEDROTTI – a proposição seguinte, aprovada como Enunciado 49, por unanimidade: “A regra do art. 1228, parágrafo 2º, no novo Código Civil, interpreta-se restritivamente, em harmonia com o princípio da função social da propriedade e com o disposto no art. 187 da mesma lei”.

No citado artigo do órgão jornalístico da Associação Paulista de Magistrados, dizíamos então sobre tal Enunciado ⁹⁵:

“A uma, atende-se ao princípio constitucional maior, da função social da propriedade, previsto no art. 5º, inciso XXIII de forma absolutamente clara: “a propriedade atenderá a sua função social”. A duas, impõe-se que, justamente ao se tratar da propriedade (fonte maior da abusividade, por exemplo em sua utilização emulativa ou egoística), não se considere possível somente na conduta dolosa do ofensor a caracterização do

⁹⁵ “Tribuna da Magistratura”, da APAMAGIS, de novembro/dezembro de 2002; caderno especial sobre a “Jornada de Direito Civil” realizada no E. STJ, sob coordenação científica do Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR.

abuso, o que implicaria inadmissível restrição ao comando geral do art. 187 do novo Código Civil, que simplesmente incorporou a ilicitude objetiva que a grande maioria de nossos doutrinadores já admitia para sua configuração.

A aprovação unânime de tal enunciado por certo representou – por parte dos integrantes da comissão de Responsabilidade Civil – a mesma intenção de dar, à figura do abuso do direito em face do exercício do direito da propriedade, sua real conotação e amplitude, principalmente na consideração do princípio maior da função social, a ser preservada na interpretação dos casos concretos a serem judicialmente analisados. Mais do que isso, o enunciado evita o virtual esvaziamento do instituto, com sua aplicação a raríssimos casos, nos quais provada a intenção deliberada de causar prejuízo à vítima por parte do proprietário”.

Ou seja, desde sempre defendemos que o abuso do direito só pode ser entendido sob a ótica da responsabilização objetiva – e do ilícito objetivo, frise-se -, com o que não concorda o ilustre Desembargador e jurista RUI STOCO⁹⁶, a dizer em crítica específica a nosso posicionamento que:

“Em verdade, o § 2º do art. 1228 não desdisse afirmação anterior da mesma lei, mas foi coerente com a teoria subjetiva abraçada, pois para o legislador do novo estatuto civil, tal como antes, o conceito de ato ilícito não prescinde do elemento subjetivo, salvo nas hipóteses que, por exceção, foram expressamente previstas”.

⁹⁶ “Tratado de Responsabilidade Civil”, 6ª edição, 2004. Edit. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 127. O posicionamento adotado por Rui Stoco em sua excelente obra parte da premissa de que o Art. 187 está incluído no conceito de ato ilícito e está localizado logo após o art.186, no mesmo Título III (Dos Atos Ilícitos), defendendo-se por isso que “ato ilícito será apenas a conduta voluntária que, por negligência ou imprudência, violar direito”. Para ficarmos em dois únicos registros, nota-se que o parágrafo único do Art. 927 e o Art. 931 do Código Civil prevêm hipóteses numerosíssimas de responsabilidade objetiva, respectivamente para as atividades habituais exercidas pelo autor do dano que impliquem, “por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (teoria do risco atividade), e para as atividades empresariais em geral, na responsabilização pelo fato do produto, pelos danos causados pela circulação destes. As hipóteses são tantas, de responsabilidade objetiva, que sinalizam claramente não se poder restringir a caracterização do ilícito à conduta culposa e muito menos dolosa, que se exigiria se limitado o abuso aos atos emulativos.

Com o devido respeito, o equívoco do autor nessa obra está em considerar que o conceito de ilícito vincula-se sempre com o de dolo no que tange ao abuso, quando o art. 187 não faz qualquer exigência de conduta dolosa à sua configuração; ao invés, a previsão de ofensa à boa-fé objetiva ou à finalidade social da lei não é acompanhada de nenhuma exigência de conduta culposa ou dolosa, o que o Código Civil fez constar sempre que se quis referir ao elemento subjetivo de comportamento – “v.g.”, artigos 186 e 951.

Comentando ainda o Projeto ao Código Civil, no que era então o § 2º do art. 1229 – e que se transformou no art. 1228 em exame -, observava com inteira propriedade JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM que a escolha de tal critério era marcada pelo subjetivismo e que, nessa parte, andara mal o legislador, que deveria ter optado pelo critério objetivo, “por causa da maior facilidade de aferição da configuração mesma do abuso do direito ⁹⁷”.

⁹⁷ “Posse e Propriedade”, coordenação de YUSSEF SAHID CAHALI, Saraiva, São Paulo, 1987, página 58. Por sua importância, transcreve-se a pertinente crítica do ilustre mestre paulista:

“O § 2º desse art. 1229 é uma norma destinada ao proprietário, no que diz com o modo de exercitar o seu direito de propriedade, e especialmente considera a hipótese de se conduzir com abuso do direito. Pode asseverar-se que o art. 1229, § 2º, do Projeto alberga uma tendência diametralmente antinômica àquela primitiva circunstância que, historicamente, informava os artigos 554 e 555 do Código Civil francês, que já se comentaram.

Disciplinando o abuso do direito, pautou-se o projetista pelo padrão da conceituação clássica e subjetiva do abuso do direito, e define o que seja: abusiva de direito será a conduta do proprietário desde que *não lhe traga comodidade alguma* e, ainda simultaneamente, que na mesma conduta exista a *intenção de prejudicar outrem*. Se o proprietário agir com desrespeito a tal mandamento, poderão tomar-se providências junto ao Poder Judiciário, no sentido de confinar o proprietário e sua conduta aos termos da *licitude*, tal como traçada pelo § 1º do referido dispositivo, ou seja, aos fins econômicos e sociais de direito de propriedade.

Aqui nos parece terem cabida duas observações. O conceito de abuso do direito, aí descrito é marcado pelo subjetivismo; e, neste sentido, a própria redação de um artigo matriz, mas já bastante antigo, que é o § 226 do Código Civil alemão, alude à necessidade desta *intenção* através da expressão *fin*, o que implica, em termos práticos, tendo em vista o que deflui literalmente do texto, a imprescindibilidade de perquirição do *ânimo* (*subjetivo*). Neste particular, não se nos afigura que se tenha seguido a melhor

19. JUSTIÇA COMUTATIVA

Dentro dessa idéia, da busca do justo em concreto, lembra ANELISE BECKER que "se no auge do voluntarismo jurídico o justo era decorrência necessária da vontade livre dos contratantes, posta naturalmente em contraste pelo próprio mecanismo de formação do contrato, hoje é aquilo que é tido concretamente como justo na situação considerada, traduzindo o conceito de justiça contratual o antigo conceito de justiça comutativa, que exige que o contrato não destrua o equilíbrio que existia anteriormente entre os patrimônios, o que implica que cada uma das partes receba o equivalente ao que haja dado"⁹⁸.

Claro está que esse equilíbrio é relativo e não absoluto, devendo ser analisado de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Interessante decisão encontra-se no v. acórdão do TJRS de 7.6.1988, citado por FLÁVIO ALVES MARTINS ⁹⁹: "As cláusulas do contrato devem ser interpretadas segundo as normas do tráfico, de acordo com o que é usual e compatível com a época, com as circunstâncias e com a

técnica com a eleição deste critério subjetivo. Na realidade, dever-se-ia ter preferido, como, a nosso ver, se fazia nitidamente com a antiga redação do art. 17 do Código de Processo Civil, disciplinando-se o de demandar com má-fé, o critério objetivo, por causa da maior facilidade de aferição da configuração mesma do abuso do direito.

Por outras palavras, afigura-se-nos que bastaria, se tivesse sido acolhido o critério objetivo, para que se configurasse o abuso do direito, que não houvesse comodidade ou utilidade somada à existência de prejuízo a terceiro, prescindindo-se, assim, da referência à intenção.

Ainda neste artigo identificamos que, em nome desta significação social de direito de propriedade, se esquivou o projetista, também, de qualquer atitude em prol de pretensão absolutismo respeitadamente ao direito de propriedade."

⁹⁸ "Teoria Geral da Lesão nos Contratos". Edit. Saraiva, São Paulo, 2000, p. 101.

⁹⁹ Ob. cit., p. 82.

natureza do contrato. Há que se atentar para o bom senso e, principalmente, para o princípio da boa-fé, segundo o qual o contrato deve ser cumprido e executado de acordo com as justas expectativas das partes contratantes. No caso, esse justo equilíbrio, que os contratantes razoável e justificadamente esperavam realizar através do contrato firmado, ficaria violentamente rompido com a exigência de um preço exorbitante e irreal... O contratante não se pode valer de uma cláusula mal redigida para fazer interpretação contrária à boa-fé". A ênfase às "justas expectativas", ao "justo equilíbrio" e ao "razoável" que nada mais são senão a manutenção da proporcionalidade contratual mostra bem, e corretamente, a busca da justiça comutativa, tal qual se frisou. Mas não se pode perder de vista essa busca do que, em última análise, é a procura de uma solução equa a ambas as partes, equidade essa devidamente amparada não só pela repressão ao abuso, mas também na vedação ao enriquecimento sem causa, no desfazimento contratual do ato lesivo ou ao qual se aplique a teoria da imprevisão com resolução por onerosidade excessiva, todos, hoje, contemplados normativamente no Código Civil, respectivamente nos artigos 187, 884 e parágrafo único, 157 e §§ e 478. A respeito da identidade entre a teoria da imprevisão e o abuso, lembra ANTÔNIO JEOVÁ DOS SANTOS¹⁰⁰ que "para aqueles que sustentam e se apóiam nas teorias subjetivas, a configuração do abuso do direito não depende da obtenção de vantagem por quem pratica o ato abusivo. Existe apenas a intenção de causar dano a outras pessoas. Estas circunstâncias não se encontram na teoria da imprevisão. Entretanto, aceito o abuso do direito em sua face objetiva, ou seja, como o exercício antifuncional de um direito, teríamos que a falta de

¹⁰⁰ "Função Social, Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos"; Edit. Método, São Paulo, 2002, p. 248.

concedimento serve como uma das aplicações para o surgimento da imprevisão. A teoria do abuso do direito nasceu como uma instituição tendente a combater o fundamento individualista-liberal que comprimia o direito a uma qualidade absoluta e incondicionada. Os fins do direito devem satisfazer as exigências da justiça e da equidade; do social e solidarista; da moral, dos bons costumes, da boa-fé, do bem comum, enfim". Como, para nós, o abuso deve ser analisado objetivamente, também no vetusto princípio "rebus sic stantibus" ter-se-á a possibilidade concreta de aplicação da teoria do abuso.

Em todos esses casos, o que está por trás é a busca da justiça comutativa, da aristotélica procura da justiça do caso concreto, da equidade, enfim. A repressão ao abuso insere-se na busca do justo. É sua razão ontológica de existência.

A idéia de equilíbrio contrapõe-se naturalmente à noção de abuso, o que se aplica também ao direito. Logo, a quebra do equilíbrio entre as partes no contrato, ou do equilíbrio nas relações e convivência sociais, configurará no primeiro caso cláusulas contratuais abusivas e, no segundo caso, o abuso extracontratual - ilícitas ambas as situações.

Daí poder dizer-se que o abuso é atributo do injusto, em seu sentido de comutatividade quebrada ou lesada e, portanto, desequilibrada, já que, no sentido aristotélico, a justiça comutativa ou corretiva, "ao contrário da justiça distributiva, que dá a cada um segundo seus méritos, serve para equiparar as vantagens e as

desvantagens em todas as relações de permuta entre os homens, tanto voluntárias quanto involuntárias (Et. nic., V, 4, 1131 b 25)”¹⁰¹.

Ou seja, as relações entre os homens devem ser, em regra, comutativas, salvo quando a própria natureza dessas relações permita legitimamente a quebra do equilíbrio que é inerente a essa comutatividade – equiparação das vantagens e desvantagens nas relações de permuta humanas –“v.g”., em contratos aleatórios nos quais o equilíbrio ou a proporcionalidade das prestações são meramente circunstanciais.

Quebrado o equilíbrio das relações humanas, contratual ou extracontratualmente, ter-se-á o abuso, o excesso característico da desproporção e, pois, ilícito a ser coibido.

E frisa-se nesse passo que a idéia de justiça deve, sim, ser perseguida. Inseguros com a visão positivista segundo a qual é ela inalcançável, por sua variabilidade e indefinição, a assertiva só serve para o desestímulo e a acomodação do julgador, do intérprete do direito, de seu operador, enfim, antecipadamente desculpados de não buscar o que deveria ser, sempre, a finalidade última do direito: o justo, a proporção correta entre ato e recompensa ou castigo, entre prestação e contraprestação; equilíbrio, em suma, desde a concepção aristotélica de busca da virtude "no meio", ou seja, na equidistância das paixões, na análise isenta e desinteressada dos interesses em conflito. Ao perdedor sempre haverá a noção pessoal da injustiça causada no caso concreto – se a ele coube, por exemplo, a pecha

¹⁰¹ “Dicionário de Filosofia”, NICOLA ABBAGNANO, Edit. Martins Fontes, São Paulo, 4ª ed., 2000, página 163.

da conduta abusiva, e suas conseqüências –, mas o fato não justifica que se tenha por desimportante o tema, nem que se olvide de procurar a Justiça como finalidade última do direito. O equilíbrio contratual, no qual se insere a necessidade de prevenção e repressão ao abuso do direito, insere-se na busca, repita-se, da justiça comutativa, a qual, quebrada, justificará a sanção ao abuso, a composição dos danos, se havidos, ou o desfazimento do ato ilícito, com ou sem prejuízo, seja ele contratual ou aquiliano.

20. INTERESSE DIFUSO OU COLETIVO

Embora o abuso refira-se, como regra, a relações jurídicas definidas, intersubjetivas em conflito, pode-se dar também em face de interesses difusos ou coletivos, de que é exemplo – sob o ângulo contratual – a questão dos reajustes de telefonia, em nível nacional, cuja intervenção judicial liminar, no STJ, teve como objetivo nítido, ao limitar os índices de reajuste contratual, evitar a imposição de majoração de preços abusiva a todos os consumidores do serviço telefônico prestado.

Sob o aspecto extracontratual, hipótese recorrente de condutas abusivas que atingem interesses coletivos se dá na infração a direitos de vizinhança, como ruídos excessivos provenientes de obra em construção que causem incômodo a todos os moradores de um prédio vizinho, havendo como vítimas do abuso, muitas vezes, dezenas de pessoas atingidas pela poluição sonora.

Nessas hipótese, de defesa de interesses difusos ou coletivos, é de se destacar que o abuso deve ser contido por medidas cominatórias imediatas, de incidência liminar, sem prejuízo de eventual cumulação com pedido indenizatório, se provados danos já ocorridos ¹⁰².

Anote-se ainda o abuso nas relações consumeristas, que com frequência se referem a coletividade de pessoas que se equipara a consumidores, nos termos do

¹⁰² Em caso concreto relativo a obra vultosa, que incomodava por 24 horas diárias um condomínio edilício vizinho, determinamos a fixação de multa expressiva, de R\$ 20.000,00 diários, como “astreintes” de natureza inibitória, a fim de cessar o abuso da construtora, que não permita o sossego dos vizinhos. Frisamos que “como está em exame, em última análise, o direito fundamental a um padrão condigno de vida, o valor da multa deve mesmo ser expressivo, pois a velocidade de uma obra – seja ela qual for – não é mais importante, nunca, do que os seres humanos aos quais ela se destina” (AI nº 707, 694-00/0, 10ª Câmara do extinto 2º TACSP, j. 22.08.01; v.u.).

parágrafo único do artigo 2º da Lei 8.078/90 ¹⁰³: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Em suma, o abuso dar-se-á tanto em relações definidas, intersubjetivas, como em situações jurídicas nas quais ocorram interesses difusos ou coletivos.

¹⁰³ Exemplo característico, que respeita à coletividade de segurados em planos de saúde, é o da Súmula 302 do STJ: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

21. BASE OBJETIVA DO NEGÓCIO JURÍDICO

Ao firmarem um contrato, as partes criam uma determinada expectativa de resultados, que dizem respeito à proporcionalidade do sacrifício havido para sua obtenção (de tais resultados). Pressupõe-se que atingirão certos e determinados objetivos, previstos e possíveis em face das cláusulas contratadas.

Ensinam NELSON NERY JR. e ROSA MARIA NERY que essa situação, consubstanciada na doutrina da base do negócio jurídico, está fundada na cláusula geral de boa-fé (BGB § 242 e Código Civil 422) e caracteriza-se como evolução e aperfeiçoamento das antigas teorias da pressuposição (*Voraussetzung*, de Windscheid) e da imprevisão, decorrente da cláusula "rebus sic stantibus" do direito romano, "ambas insuficientes para solucionar adequadamente os problemas advindos do desequilíbrio contratual e da quebra da proporcionalidade entre as prestações¹⁰⁴".

Pois bem. A quebra da proporcionalidade do sacrifício requerido à parte – por exemplo, pelo surgimento de uma circunstância imprevista, capaz de desequilibrar a balança contratual em favor de uma parte e em detrimento da outra – implica a necessidade de sua revisão, a fim de manter a expectativa de resultado inicial, a fim

¹⁰⁴ "Código Civil Anotado e Legislação Extravagante", 2ª ed., Edit. RT., p. 339. Citam os autores o ensinamento de OERTMANN, "Geschäftsgrundlage", § 4º, p. 37, para quem "Base do negócio (Geschäftsgrundlage) é a representação de uma das partes, no momento da conclusão do negócio jurídico, conhecida em sua totalidade e não obstaculizada pela outra parte, ou a comum representação das diversas partes contratantes sobre a existência ou aparição de certas circunstâncias, nas quais se funda a vontade negocial". Aponta-se sua subsunção à boa-fé objetiva, à confiança e culpa "in contrahendo" e à sua aceitação no direito alemão, no BGB § 242, e no direito brasileiro, no Código Civil 422.

de não frustrar a vontade negocial que levou as partes à consecução da avença. Ou isso, ou o desfazimento puro e simples do negócio jurídico, em face de sua inviabilização por causa das circunstâncias imprevistas que o desequilibraram.

A parte que oponha resistência a essa revisão, que se imagina espontânea num primeiro momento e, portanto, extrajudicial, estará agindo de forma contrária à boa-fé objetiva e, assim, abusivamente – na medida em que se estará aproveitando de uma circunstância desfavorável à parte adversa, mesmo que não criada por lei, para onerá-la e eventualmente (o requisito não é necessário) lucrar com essa situação superveniente à contratação ¹⁰⁵.

A doutrina da base do negócio jurídico já era prevista na regra do art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer que a onerosidade excessiva causada por fatos supervenientes poderá possibilitar a revisão judicial da cláusula de preço, inicialmente eqüitativa, como ensina a respeito CLÁUDIA LIMA MARQUES ¹⁰⁶, ao apontar a possibilidade de alteração da cláusula de reajuste de preço em contrato

¹⁰⁵ Exemplo marcante que nos parece dessa situação imprevista e de oposição abusiva encontra-se nos casos de "leasing" contratados em dólar anteriormente à desvalorização do real havida em 13 de janeiro de 1999 e que, com o desaparecimento da "banda cambial endógena" que forçava a manutenção do dólar em determinado patamar, levou à disparada do câmbio e ao conseqüente aumento desproporcional das prestações para os arrendatários. Independente de essa situação ter sido causada ou não pelos arrendadores (não foi), ou terem eles lucro indevido ou não com a desvalorização (não tiveram), o fato é que foi quebrada a base do negócio jurídico entabulado, a expectativa da parte no tocante ao sacrifício dela pedido (o custo da parcela do arrendamento), em relação ao benefício esperado quando da celebração do contrato (o valor da utilização do bem). A oposição das arrendadoras, na espécie, mormente porque enquadrados os contratos de "leasing" no Código de Defesa do Consumidor, mostrou-se abusiva, como tivemos a oportunidade de decidir na Apelação com Revisão nº 663.373-0/1 (v. 5599): "Frise-se ainda que o fato de a apelada, arrendadora, ter ou não causado a situação em exame é irrelevante. Além de o risco do imprevisto dever ser suportado por ela – enquanto fornecedora do produto, conforme o CDC -, o desequilíbrio contratual gerado quebra a própria base do negócio jurídico, a expectativa da parte quando da celebração do contrato, fazendo com que, também por um dever de boa-fé objetiva, deva a avença ser revista, o contrário caracterizando inadmissível conduta abusiva por parte da apelada (pela quebra da boa-fé objetiva, consoante frisado – art. 187 do Código Civil)".

¹⁰⁶ "Contratos no Código de Defesa do Consumidor", 4ª Edição, Edit. RT. São Paulo, 2002, p.481.

de “leasing” regidos pelo dólar: “o importante desta segunda linha de opiniões, a qual me filio, é ter concretizado a cláusula geral do art. 6º, V, como introduzindo no ordenamento jurídico brasileiro a teoria da quebra da base objetiva do negócio, preconizada por Larenz. Neste sentido, não há necessidade de que o fato superveniente do art. 6º, V seja “imprevisível”, “bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor” (Resp. 268661-RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 16.08.2001).

A norma do art. 6º, V do CDC avança ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível, apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra de seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre prestações, ao desaparecimento do fim essencial do contrato. Em outras palavras, o elemento autorizador da ação modificadora do Judiciário é o resultado objetivo da engenharia contratual, que agora apresenta a mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente, fato que não necessita ser extraordinário, irresistível, fato que podia ser previsto e não foi.

Nesse sentido a Conclusão nº. 3 do II Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor – Contratos no ano 2000, com o seguinte texto: "Para fins de aplicação do art. 6º, V, CDC não são exigíveis os requisitos da imprevisibilidade e excepcionalidade, bastando a mera verificação da onerosidade excessiva".

Também CLÓVIS DO COUTO E SILVA ocupou-se do assunto e anota que a teoria da base do negócio jurídico enfrenta as discussões entre as relações contratuais e a realidade na qual o contrato se insere, considerando que, ultrapassado o limite do sacrifício que se pode exigir da parte, ter-se-ia a impossibilidade econômica

no cumprimento do contrato, que, se absoluta, resolve a avença – art. 865 do Código Civil de 1916, comparando portanto, o abalizado jurista gaúcho, a situação de impossibilidade econômica à perda da coisa sem culpa do devedor ¹⁰⁷.

Importante a observação que faz no sentido de a base objetiva do negócio jurídico encontrar fundamentação no princípio da boa fé, o que evidencia – em fase da previsão legislativa do Código Civil em relação ao abuso – que a quebra dessa base objetiva poderá dar-se também pela conduta abusiva da parte que não respeite o citado limite de sacrifício da outra ¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Art. 865, 1ª parte: “Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes”.

¹⁰⁸ Revista dos Tribunais 655/07-11, artigo “A Teoria da Base Objetiva do Negócio Jurídico no Direito Brasileiro”. Como bem exposto, após ressaltar-se a tensão ou polaridade entre o contrato e a realidade econômica como caracterizadora da base objetiva do negócio jurídico: “Em razão dessa objetivação, configura-se a base objetiva como um modelo jurídico próprio e independente, de formação jurisprudencial, deixando de constituir-se mero elemento de outros institutos, como da teoria da impossibilidade. A sua fundamentação sistemática está no princípio da boa-fé, podendo o juiz, no caso de rompimento da base objetiva do contrato, adaptá-lo às novas realidades, ao mesmo tempo que atribui ao contratante prejudicado o direito de resolver o contrato. Decorrência lógica da faculdade de adaptar o contrato, está o direito de exigir reparação ou complementação do preço, quando, não se tratando de relação duradoura, o contrato já houver sido, integralmente, cumprido”. (K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*. II/330, Berlim, 1987, 1, nota 74 b).

22. ABUSO DO DIREITO E AS RESPONSABILIDADES PRÉ E PÓS- CONTRATUAL

Como regra, o abuso ocorre no curso da relação contratual, na exigência descabida de cláusula que se mostra contrária às exigências da boa-fé. Por princípio geral, o comportamento correto, leal, deve estar presente desde as tratativas negociais e em seguida na formação do contrato, como estabelece o art. 1337 do Código Civil italiano:

"Trattative e responsabilità precontrattuale. – Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede".

Da mesma forma o art. 227 do Código Civil português, que expressamente exige a ocorrência de culpa para a responsabilização pré-contratual:

"Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nas preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte".

Ensina ROGÉRIO FERRAZ DONNINI ¹⁰⁹ que essa modalidade de responsabilidade civil, no direito português, abrange os deveres de proteção, de informação e de lealdade, que, infringidos, quebram a confiança entre os futuros

¹⁰⁹ "Responsabilidade Pós-contratual – No novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor", Edit. Saraiva, São Paulo, 2004, p. 50.

contratantes e, em conseqüência, a culpa assim apurada ("in contrahendo") de quem rompeu as negociações imotivada e injustificadamente gera ao lesado a reparação dos danos causados.

O mesmo autor abrange na proteção pré-contratual a repressão ao abuso do direito, bem como as regras dos artigos 113 e 422, este último ao estatuir a cláusula geral da observância da boa-fé objetiva ¹¹⁰.

E a responsabilidade pré-contratual sem dúvida alguma possibilita a ocorrência do abuso, por exemplo no que BREBBIA denomina "retiro de las tratativas" ou na hipótese de "revocación de la oferta", embora o abalizado mestre argentino exija a ocorrência de culpa do agente em tais situações, considerando que a doutrina do ato antifuncional – do artigo 1.071 do Código argentino, que torna defeso o abuso – não se enquadra exatamente em tais casos ¹¹¹.

O exercício abusivo do direito, porém, em desconformidade com a boa-fé objetiva, claramente envolve também o pós-contrato, já que o art. 422 do Código Civil exige sua observância na conclusão e na execução da avença, o que envolve o curso

¹¹⁰ ob. cit., pp. 58/59; art. 113: "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração"; art. 422: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". Ensina o citado autor: "Portanto, o novo Código Civil, no art. 422, ao determinar que na conclusão do contrato têm de ser observados os princípios de probidade e boa-fé, trata da responsabilidade pré-contratual, além desse dispositivo ser considerado o que se denomina "cláusula geral", que tem origem no § 242 do Código Civil alemão (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB). A cláusula geral de boa-fé (art. 422 do novo Código Civil) exige, dessa forma, que as partes observem nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual os princípios da boa-fé e probidade".

¹¹¹ Confirma-se a opinião de BREBBIA, que remete o abuso à doutrina da responsabilização subjetiva: "En el fondo del problema del abuso del derecho, el investigador se encuentra con el hecho innegable de que siempre que se ejerce un derecho de manera contraria a los fines que la ley tuvo en cuenta al reconocerlo, se presume la existencia de *culpa*. Cuando en nuestro derecho positivo se alude a *ruptura intempestiva*, se está aludiendo en realidad a una *ruptura culposa*. No puede dejar de ser tal, la ruptura efectuada *arbitrariamente*, la cual necesariamente vicia el deber de diligencia especial creado entre los precontratantes como consecuencia de las tratativas preliminares". ("Responsabilidad Precontractual", Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1987, p. 68).

da relação negocial, mas igualmente a responsabilização pessoal após sua extinção, ainda que cumprido regularmente o contrato em todos os seus termos. É o que a jurisprudência e a doutrina alemãs chamaram de "culpa post pactum finitum", alicerçada na idéia de que, mesmo finalizada a obrigação, deveres acessórios ou conexos continuavam a existir, não por estarem previstos no contrato, mas porque embasados na proteção decorrente da boa-fé objetiva – base também do art. 187 do Código Civil ao vedar o abuso do direito entre nós.

Exemplo tirado da jurisprudência alemã, inteiramente aplicável ao direito brasileiro na relativização do direito de propriedade à sua função social ¹¹² e aos direitos de vizinhança ¹¹³ é o que trata da compra e venda de um terreno com bela vista para um monte, com garantia pré-negocial de que tal vista não seria tirada do comprador, porque proibidas edificações no local, o que se comprovou pelo respectivo plano de urbanização.

Concluído e cumprido o contrato, meses após o próprio vendedor adquire área contígua, entre o terreno e o monte, consegue mudar o plano de urbanização e constrói no local impedindo a vista do anterior comprador, que a essa altura havia construído sua moradia, certo de que a vista do monte estava perenemente assegurada. Embora não houvesse qualquer cláusula prevendo aquela situação – a alteração do plano de urbanização, possibilitando a construção antes defesa –, o

¹¹² CF, art. 5º, inc. XXIII: "a propriedade atenderá a sua função social"; Código Civil, art. 1228, § 1º "O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas".

¹¹³ Art. 1227: "O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha".

comprador do terreno demandou exigindo indenização de vulto, perdendo nas instâncias inferiores mas vencendo no Tribunal de Revista alemão.

Embora não se tivesse utilizado a teoria do abuso do direito na ação tedesca, para nós seria ela perfeitamente possível, a uma pelo dever geral de boa-fé do art. 422 do Código Civil, a duas pela função social da propriedade, que engloba o respeito aos direitos de vizinhança, limitando igualmente o direito de construir – art. 1299, Código Civil ¹¹⁴ - ao respeito aos demais proprietários, mormente quando tenha faltado visivelmente o dever de lealdade pós-contratual, em atitude de desprezo ao antes prometido, frustrando a legítima expectativa do comprador do terreno que teve posteriormente sua vista perdida pela conduta individualista e não solidária do vendedor.

Ou seja, o comportamento das partes deve ser leal não somente nas negociações contratuais e no curso do contrato, mas também após seu adimplemento regular, por exemplo quando a conduta posterior da parte transgrida a cláusula geral de boa-fé e caracterize-se como abusiva, o que poderá levar a demanda indenizatória dos prejuízos causados ou, conforme o caso, de abstenção do ato que se quer coibir – “v.g.”, se a construção abusiva ainda não houver sido levantada. Frise-se apenas que entre nós não é necessária a verificação de conduta culposa, somente, já que, como aqui se defende, o ilícito abusivo é de natureza objetiva, prescindindo do elemento culpa.

¹¹⁴ Art. 1299: "O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos".

23. ABUSO E INCAPACIDADE ECONÔMICA DO DEVEDOR

É preciso delimitar bem o alcance da alteração das circunstâncias de fato para possibilitar a caracterização do abuso.

Frise-se, em princípio não será o abuso configurado na mera impossibilidade econômica pessoal do devedor, aspecto irrelevante também em face da teoria da imprevisão, pois nunca se pode ter a mera insolvência, ou dificuldade financeira maior, como um motivo de exoneração do devedor ou mesmo de revisão do contrato para ajustá-lo às condições econômicas presentes do devedor. Isso, registre-se, se em sua execução o credor não se desviar da finalidade social do avençado.

Ou seja, não será em regra abusiva a cláusula por somente determinar desta ou daquela maneira o cumprimento do contrato, sua forma de pagamento, por exemplo, e que se mostre ao depois de sua celebração, no curso da avença, impossível de ser satisfeita em razão da má situação econômica superveniente do devedor.

Não há liberdade contratual sem risco contratual, ensina KARL LARENZ, para quem "em nenhum caso pode depender a subsistência jurídica de um contrato de que o obrigado se encontre economicamente em situação de cumpri-lo. Este é, evidentemente, o princípio fundamental de nosso Direito das Obrigações. (..) A insolvência em si não é nunca um motivo de liberação. A situação econômica não-culposa, a falta de recursos pecuniários ou de crédito não impedem que se produza a

mora. Somente no procedimento de execução tem-se em conta a precária situação econômica do devedor. Uma exceção jurídico-material de "ruína econômica" não é conciliável com estes princípios ¹¹⁵”.

A excessiva onerosidade de uma prestação deve ser encarada objetivamente - por exemplo, a subida imprevista do dólar no início de 1999, afetando a todos os arrendatários que tinham contratos reajustados pela moeda norte-americana - e não em relação a um determinado devedor que, subjetivamente, tenha sofrido ruína econômica e, por isso, veja-se impossibilitado de adimplir o contrato. Na exigência de adimplemento puro e simples não há abuso, enfatize-se, salvo se a impossibilidade de cumprimento do pacto pela má situação econômica do devedor já era conhecida do credor antes de firmado o vínculo contratual.

¹¹⁵ "Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos". Tradução de Carlos Fernandez Rodríguez. Madri - Ed. Revista de Derecho Privado, 1956, p. 218.

24. ABUSO E INTERVENÇÃO JUDICIAL: “PUBLICIZAÇÃO” DE RELAÇÕES PRIVADAS?

Para que se admita, receba e aplique o abuso do direito é preciso partir da premissa de que as normas que determinam sua repressão são de ordem pública e não podem, portanto, ser alteradas pela vontade dos particulares. “Jus publicum privatorum pactis derogare non potest”, princípio válido desde ULPIANO e que mesmo um Código privatista como o Napoleônico não deixou de consagrar, em seu art. 6º: “On ne peut pas déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs”.

Inevitável e imprescindível, em consequência, a intervenção judicial em relações negociais privadas e também em relações jurídicas extracontratuais, não para publicizar estas e aquelas, mas para resguardar e resgatar a liberdade e/ou igualdade das partes, pela aplicação de princípios, cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, como enfatiza ROSA MARIA NERY ¹¹⁶, apontando terem sido esses os mecanismos que permitiram a aplicação do direito Privado numa Alemanha abatida por duas Guerras Mundiais e que, no Brasil, por uma interpretação reacionária e antiga, não têm sido vistos pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras como técnica fundamental para sua compreensão.

¹¹⁶ “Vínculo obrigacional: Relação Jurídica de Razão (Técnica e Ciência de Proporção)”, pp. 287/288.

Quando o abuso do direito – como visto, conceito legal determinado pela função, pois o juiz é chamado em cada caso para lhe dar concreção, na análise particularizada de cada hipótese contratual ou não – é argüido pela parte que se considera prejudicada, a intervenção judicial far-se-á presente e, se configurada qualquer das situações descritas no art. 187 do Código Civil, não terá o juiz discricionariedade para declará-lo ou não; será imperativo fazê-lo, pela cogência da norma que o estabelece.

Ou seja, a intervenção judicial é exigida, nas hipóteses de abuso, não se tratando de mera faculdade do juiz examiná-las ou não. Ao fazê-lo, estar-se-á indo muito adiante das interpretações privatistas dos oitocentos e de grande parte dos novecentos; estar-se-á fazendo interpretação consentânea com o sistema do atual Código Civil, que se quer aberto, justamente para recompor a liberdade e igualdade perdidas – esta caracterizada no equilíbrio contratual e na repressão ao abuso do poder econômico -. Para isso a previsão de cláusulas gerais serve ao conceito do abuso, como a função social do contrato como limite à autonomia privada (art. 421); a proteção à boa-fé objetiva e à probidade (art. 422); ou a própria prática do ato observando-se e atendendo-se a seus fins econômicos e sociais, aspecto da essência da norma legal que prevê o abuso, o art. 187 do Código Civil ¹¹⁷.

Não se acolhe, assim, a crítica à suposta publicização das relações privadas. A cogência de certas normas privadas é antes de tudo necessária, para dar concreção ao sistema aberto do Código, que ao incluir o abuso como conceito legal determinado pela função, quer que este interaja com cláusulas gerais diversas, as quais cabe ao

¹¹⁷ Conforme NELSON NERY JR. e ROSA MARIA NERY, “Código Civil Anotado”, cit., p. 143.

juiz analisar em cada caso e, em cada caso, tornar concreta a solução à questão posta sob exame. Visando, repita-se, à recomposição do equilíbrio e à igualdade contratuais, não a uma automática e muitas vezes injusta proteção ao individualismo extremo e ao superestimado (mesmo hoje) “pacta sunt servanda”.¹¹⁸

¹¹⁸ Na superestimação do princípio do “pacta sunt servanda” encontra-se muitas vezes um posicionamento nitidamente ideológico, calcado em argumentos como a necessidade de cumprimento estrito dos contratos para não se elevar o “Custo Brasil”, para não desestimular investimentos externos, etc.; até mesmo como vilão para a elevação dos juros bancários o intervencionismo judicial tem sido apontado, como se nota da reportagem da revista “Veja” de 14.07.2004, com o professor de Economia da Universidade Harvard, Kenneth Rogoff, cujo teor implica imaginar que os contratos bancários são absolutamente justos e paritários: “Uma das razões que explicam os juros altíssimos do Brasil é a desconfiança que os bancos têm dos tribunais. Nesse quesito, o Brasil perde até mesmo para outros países latino-americanos. No Brasil, os bancos demoram anos para reaver um bem de um inadimplente. Qual é o resultado? A população como um todo perde. Os bancos cobram taxas altíssimas de todo mundo para cobrir os riscos que correm com a minoria que não paga e é beneficiada pelos juízes”. A impressão que fica é a de que, longe de reprimir o abuso, o Judiciário é cúmplice do mau pagador...

25. INSTITUTOS AFINS

25.1. Abuso e imprevisão contratual

É questão polêmica identificar similitudes entre a teoria do abuso do direito e a teoria da imprevisão contratual, o chamado “rebus sic stantibus”¹¹⁹.

Enquanto PEDRO BATISTA MARTINS¹²⁰ associa ambos os institutos, afirmando mesmo que o desequilíbrio das prestações contratuais tem seu fundamento na concepção mais ampla do abuso do direito, OCTÁVIO LUIZ RODRIGUES JÚNIOR, em obra específica sobre a teoria da imprevisão¹²¹ nega essa possibilidade, dizendo ser a imprevisão uma “realidade técnica distinta, insubmissa aos postulados inerentes ao exercício de um direito de modo contrário aos princípios ou às cláusulas do sistema jurídico”. Não querem os contraentes agir em desacordo à boa-fé, aos

¹¹⁹ Denominada modernamente alteração das circunstâncias de fato, muito corretamente, pois é disso que se trata rever um contrato em razão de causas supervenientes à contratação. Como conceitua com previsão MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES (“Curso de Direito Civil”, atualização de José Serpa Santa Maria; 4ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1991, vol. 3, p. 100): “A imprevisão consiste assim no desequilíbrio das prestações recíprocas, nos contratos de prestações sucessivas ou diferidas, em consequência de acontecimentos ulteriores à formação do contrato, independentemente da vontade das partes, de tal forma extraordinários e anormais que impossível se torna prevê-los razoável e antecedentemente. São acontecimentos supervenientes que alteram profundamente a economia do contrato, por tal forma perturbando o seu equilíbrio, como inicialmente estava fixado, que se torna certo, que as partes jamais contratariam se pudessem ter podido antever esses fatos. Se, em tais circunstâncias, o contrato fosse mantido, redundaria num enriquecimento anormal, em benefício do credor, determinando um empobrecimento da mesma natureza, em relação ao devedor. Conseqüentemente, a imprevisão tende a alterar ou excluir a força obrigatória do contrato”.

¹²⁰ ob. cit., pp. 43/44; citando GEORGES RIPERT, afirma-se que “O credor que procura tirar do contrato todas as vantagens que comporta, pode tornar-se culpado de uma verdadeira injustiça para com o devedor. Ele abusa do direito que tem, desde que, no exercício do seu crédito, aufera um enriquecimento injusto, pois este representa para ele um fruto do acaso, e para o devedor, uma fonte de ruína”.

¹²¹ “Revisão Judicial dos Contratos”, Edit. Atlas, São Paulo, 2002. pp. 101/103.

bons costumes ou à equidade quando ocorrem circunstâncias que alteram a execução do contrato.

O abuso, pela definição mesma, pressuporia um uso indevido do direito, uma violação aquiliana do velho “naeminem laedere”.

Estão porém com a razão os que associam a imprevisão ao abuso, como antes frisamos (item 18), já que este é caracterizado como um ilícito objetivo e não mera violação aquiliana do não lesar. Também no abuso não é preciso que inicialmente se tenha agido com a intenção de causar dano, pois é da boa-fé objetiva que trata o art. 187 e, desse modo, poderá configurar-se ainda em face de alterações circunstanciais supervenientes, bastando para isso que a parte beneficiada – que de início má-fé alguma teve – aproveite-se da situação e busque tirar dela o maior proveito pessoal possível. Aí estará o abuso, ligado intrinsecamente ao imprevisto superveniente ¹²².

25.2. Abuso e Lesão

A lesão ocorre, segundo o art. 157 do Código Civil, quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente

¹²² A esse respeito, melhor é a posição do Juiz paulista Antonio Jeová Santos, que ao confrontar a imprevisão com outros institutos, observa que, "aceito o abuso do direito em sua face objetiva, ou seja, como o exercício antifuncional de um direito, teríamos que a falta de concedimento serve como uma das aplicações para o surgimento da imprevisão", lembrando com pertinência que "Os fins do direito devem satisfazer as exigências da justiça e da equidade; do social e solidarista; da moral, dos bons costumes, da boa-fé, do bem comum, enfim" ("Função Social, Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos", Edit. Método, São Paulo, 2002, p. 248). E, com efeito, quem busque aproveitar de uma situação contratual, ainda que não causada pelo beneficiário, mas criada por circunstâncias outras, ulteriores, nesse momento foge ao sentido solidário e ao espírito que norteia a boa-fé, **abusando por oportunismo, pode-se dizer.**

desproporcional ao valor da prestação oposta. É causa de anulabilidade do negócio jurídico, podendo ser mantido o contrato se for oferecido pelo beneficiado suplemento suficiente, ou se este concordar com a redução do proveito exacerbado tido até então.

A similitude da lesão com o abuso do direito está em que, também neste, a cláusula abusiva acarreta um ganho desproporcional a uma das partes, quebrando assim o equilíbrio contratual indispensável nos pactos onerosos comutativos. Em ambos os casos não é preciso a intenção de causar dano, mesmo porque na lesão (ao contrário do estado de perigo) não é preciso que o favorecido conheça a premente necessidade ou a inexperiência do lesado pelo negócio.

No entanto, há diferenças substanciais entre os dois institutos, a partir do fato de que a lesão pertine a todo o negócio jurídico, que será anulado se não houver suplemento de preço ou diminuição do proveito econômico pelo favorecido. Já no abuso somente a cláusula abusiva, como regra, é que será nulificada, pela infração à norma cogente que desequilibra o contrato. Não há, no abuso, como aproveitar-se a cláusula abusiva, que é simplesmente declarada nula, enquanto a lesão, tendo ocorrido, pode ainda ser sanada pela conduta ulterior do favorecido; não sanada, o negócio não é nulo, mas anulável, dependendo pois da iniciativa do lesado e não podendo, o vício do consentimento, ser declarado de ofício pelo juiz.

De se notar, outrossim, que o abuso do direito não se caracteriza como vício de consentimento, como defeito do negócio jurídico, nem provém de vontade viciada, pois na celebração do contrato esta é manifestada de forma livre e espontânea, só não gerando os efeitos esperados – da vinculação obrigatória ao contratado – por se configurar, a cláusula indigitada como abusiva, como infringente à finalidade social da

lei, à boa-fé objetiva, à probidade ou aos bons costumes; mas a vontade, em si, não pode ser apontada como viciada.

Não se pode negar, no entanto, que tanto na lesão como no abuso o que está em jogo em última análise é a valorização da concepção social do contrato, consagrando o princípio da dignidade humana, como realçado em notável acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 30.01.2001, relatado pelo Desembargador Ênio Santarelli Zuliani ¹²³, no qual se admitiu a ocorrência de lesão e, reconhecendo-se “a abusividade da cláusula de reajuste que fez valor desproporcional”, reduziu-se o valor de terreno popular de R\$ 70.052,32 para R\$ 38.500,00, em 144 parcelas congeladas de R\$ 250,00 mais R\$ 2.500,00 de sinal. O acórdão, após criticar o apego demasiado ao princípio da autonomia da vontade em ações contratuais, enfatiza o engodo de que foram vítimas os autores, ao adquirirem por preço absolutamente desproporcional um terreno de 125 m² em Itaquera, sem rede de ligação de água e esgoto ou energia elétrica, e extirpa a cláusula abusiva do reajustamento para, revisando o contrato com base na lesão – e ao mesmo tempo reprimindo o abuso –, chegar a outros valores de compra do bem. Cite-se o trecho seguinte da decisão colegiada, no bem posto raciocínio de impedir o dano injusto aos enganados adquirentes do bem:

“Ora, se o contrato adquiriu função social, devemos adaptá-lo aos anseios constitucionais, notadamente o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e que pressupõe a eliminação da desigualdade monetária, que secundariza o proletariado diante do mega investidor. Nada mais adequado, portanto, que extirpar a

¹²³ Apelação Cível nº 115.014-4/2-3ª Câmara de Férias; in “Revista de Direito Privado” 11/378, Edit. RT, São Paulo, Coordenação de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery.

cláusula abusiva (reajustamento) para que se restabeleça o equilíbrio das prestações”.

E mais, com destaque ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:

“Seria degradante obrigar um trabalhador a desembolsar, durante 4 décadas, parte do salário que mal dá para atender as despesas básicas do orçamento domiciliar, para honrar mensalidades que dobram de valor a cada biênio, pela aquisição de um terreno de 125,00 m², sem rede de água, esgoto e luz, que nunca vai compensar o pagamento. Como poderá um cidadão exercitar naturalmente as prerrogativas da cidadania com um custo desta ordem, sabendo que o sistema jurídico de sua sociedade valoriza os princípios da igualdade e solidariedade para combater a indignidade?”

Pelo exemplo prático citado, verifica-se a coexistência de princípios e cláusulas gerais diversos, como o princípio da dignidade humana, a função social do contrato (que, como se sabe, é decorrência do princípio da função social da propriedade do art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal), o equilíbrio contratual, a isonomia e a solidariedade, combatendo-se a lesão (na inexperiência dos contratantes) e o abuso (na forma de reajuste contratado). A experiência prática mostra uma integração principiológica muitas vezes inexistente na mera teorização de tais institutos.

25.3. Abuso e Estado de Perigo

Tanto quanto na lesão, também no estado de perigo existe abusividade, muitas vezes grave e marcada pelo oportunismo das circunstâncias, como no caso do médico que, sabedor da extrema gravidade do estado de saúde do paciente, exige dele quantia exorbitante para operá-lo de imediato, consciente de que uma resposta negativa pode levar o doente a óbito ¹²⁴.

O ofendido é levado a contratar, em situação de excessiva onerosidade, a partir de conduta francamente abusiva, e na hipótese emulativa, de quem, ciente do grave dano iminente, aproveita-se da situação fática para impor ao contratante obrigação que lhe é excessivamente onerosa.

Bastaria, aqui, a teoria subjetiva do abuso para caracterizar a similitude entre os institutos, frisando-se porém que, como na lesão e na coação, no abuso não se está diante de vontade viciada, nesse ponto distanciando-se as figuras jurídicas que, no entanto, ontologicamente visam aos mesmos fins, vedando-se-os em nome da valorização da concepção social do contrato, em última análise na consagração do princípio da dignidade humana – desnecessário apontar a nítida ofensa a tal princípio na conduta de quem se aproveita de grave dano iminente à pessoa do devedor para forçá-lo a condições contratuais iníquas.

Também se distinguem estado de perigo e abuso do direito na anulabilidade daquele e na nulidade da cláusula abusiva, como enfatizado em face da lesão. Ou

¹²⁴ Outros exemplos clássicos de estado de perigo são o do náufrago que promete bens a seu salvador ou do valor contratado para pagar um resgate em caso de seqüestro.

seja, o negócio jurídico realizado em estado de perigo é ratificável ¹²⁵, após passada a situação que o gerou, enquanto a cláusula abusiva é nula, sem possibilidade de convalidação.

Apesar de tais diferenciações, não há dúvida de que estado de perigo e abuso se aproximam porque também naquele não se terá atendido à função econômico-social do contrato e, em ambos, terá ocorrido desequilíbrio contratual inadmissível.

25.4. Abuso e coação

Como se disse no referir-se à lesão, o abuso não provém de vontade viciada, sendo esta, ao invés, manifestada de forma livre e espontânea, decorrendo o abuso do afastar-se da finalidade social da lei, da boa-fé ou dos bons costumes.

Já a coação, como lesão, manifesta-se como vício do consentimento, pois o negócio jurídico não se teria exteriorizado sem a pressão ilegal exercida contra o coacto.

Além dessa primeira diferença de origem, consigne-se que a coação leva à anulabilidade do negócio jurídico, enquanto o abuso leva à nulidade, como anteriormente frisado, mas da cláusula tida por abusiva e não do negócio jurídico como um todo, o que ocorre na coação – a qual, nada obstante, é passível de confirmação, como se entrevê do art. 172 do Código Civil (“O negócio anulável pode

¹²⁵ Esta é a posição, por exemplo, de NELSON NERY e ROSA MARIA NERY (“Código Civil Anotado”, p.220) e de MARIA HELENA DINIZ, ao afirmar que “diante da anulabilidade negocial, o adquirente, que conhecia a situação de perigo do alienante, deverá complementar o preço ou restituir o bem adquirido”, o que não é possível em caso de abuso (“Código Civil Anotado”, 2004, São Paulo, Edit. Saraiva, p.170).

ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiros”), ou seja, é passível de validação o negócio jurídico praticado sob coação, o que não ocorre em face do abuso contratual.

De se frisar que sempre se antepôs o exercício normal de um direito à coação, o que o artigo 153 do Código Civil indica ¹²⁶, aproximando por esse ângulo a coação do abuso, já que caracterizados ambos no exercício anormal do direito – a anormalidade do abuso no exercício excessivo ou desviado de sua finalidade, a da coação no constrangimento, na ameaça da conduta do coator ¹²⁷. Diversos na origem, tais institutos se aproximam, assim, na anormalidade do comportamento de quem coage e de quem abusa.

25.5. Abuso e fraude à lei

O negócio jurídico pode também ter sido praticado com o objetivo, escuso, de fraudar lei imperativa, como, “v.g.”, a proibição à usura ou ao pacto comissório. Nesse caso, a consequência prevista em lei é a nulidade do ato, conforme o art. 166, VI, do

¹²⁶ “Art. 153, Código Civil: Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial”.

¹²⁷. Interessante julgado aponta a similitude de situações, no afirmar como abusiva a conduta de um banco, ao convocar nominalmente pelos jornais um devedor a pagar montante supostamente devido (quando tal valor era questionado em Juízo, com decisão favorável ao devedor em duas Instâncias recursais). O acórdão proferido, relatado pelo ilustre Desembargador MOURA RIBEIRO – e de que fui revisor -, apontou a afronta ao artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor (“na cobrança de débitos o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”), característica de coação ao consumidor, como hipótese de abuso do direito, enquadrando a cobrança indevida no artigo 187 do Código Civil e determinando indenização moral ao devedor no montante, em reais, equivalente a cem salários mínimos, mais juros moratórios a partir da citação (Apelação com Revisão nº 986.814-0, 11ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, j. de 28.07.2005; v.u.).

Código Civil. Ensinam NELSON NERY JR. e ROSA MARIA NERY ¹²⁸: “Quando o ato ou negócio é praticado em fraude à lei de natureza imperativa, o sistema lhe impõe o regime da nulidade. É o que ocorre, por exemplo, com o ato praticado com abuso do direito (Código Civil 187) que, se reconhecido como tal, enseja a declaração de nulidade do referido ato”.

O ato praticado com abuso pode ter o objetivo fraudulento (embora, por se tratar de ilícito objetivo, essa conduta intencional não seja indispensável à caracterização do abuso). Tenha-se, como exemplo, o chamado “abuso-pontualidade” nas mensalidades escolares, cujo objetivo é mascarar juros moratórios superiores aos legalmente permitidos; ou o mesmo “abuso – pontualidade” nos contratos de locação, a mascarar dupla sanção moratória.

25.6. Abuso na cláusula penal

A cláusula penal constitui poderoso instrumento de coerção objetivando o adimplemento da obrigação principal. É cláusula que pode ser inserida nos contratos de modo geral e mesmo em negócios jurídicos unilaterais, como o testamento, nesse caso para obrigar, por exemplo, o herdeiro ao cumprimento do que lhe foi legado.

Lembrando-se, porém, da dupla função da cláusula penal - imposição ao devedor do cumprimento da obrigação e prefixação de perdas e danos,

¹²⁸ "Código Civil Anotado", p.228, 2003, Edit. RT, São Paulo; grifo do original.

respectivamente no tocante à multa moratória e à compensatória ¹²⁹ -, tem-se que deva ela guardar uma razão de proporção entre o valor da obrigação principal e o montante da pena contratualmente exigida, sob pena de caracterizar abuso em sua cobrança, decorrente da situação jurídica de vantagem do titular do crédito na relação obrigacional.

É o que se subsume dos artigos 412 e 413 do Código Civil, o primeiro ao determinar que o valor cominado a título de cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal, o segundo ao determinar ao juiz a redução equitativa da cláusula penal quando houver sido cumprida em parte a obrigação principal, ou se o montante da pena for manifestamente excessivo - nesse ponto defendendo-se que, ocorrido o excesso manifesto, ter-se-á caracterizado abuso do direito de exigência da pena convencional, seja ela moratória ou compensatória ¹³⁰.

¹²⁹ Após apontar juristas que defendem a função compulsória da pena convencional, e outros que defendem sua função indenizatória, afirma MARIA HELENA DINIZ que "Todavia, a razão parece estar com os juristas que, como Hugueney, R. Limongi França, Washington de Barros, Mazeud e Mazeud, Salvat, Barassi, Larenz e Colmo, sustentam a sua função ambivalente, por reunir a compulsória e a indenizatória, sendo concomitantemente reforço do vínculo obrigacional, por punir seu inadimplemento, e liquidação antecipada das perdas e danos (RT, 208:268" ("Curso de Direito Civil Brasileiro", 2º vol. 2002, 16ª ed., Edit. Saraiva, São Paulo, p. 385/386). Também nos parece inequívoca essa dupla natureza, indenizatória e de coerção ao cumprimento da obrigação, em face da própria diversidade das normas que regem a matéria, prevendo a cláusula penal em ambas as funções. No entanto, e como frisa NESTOR DUARTE, é de se observar que na cláusula penal a alternativa se dá a favor do credor, diversamente do que ocorre na multa penitencial, que milita a favor do devedor ("Obrigações Alternativas, Divisíveis e Indivisíveis", em "O Novo Código Civil – Estudos em Homenagem ao Prof. MIGUEL REALE", LTR Editora, São Paulo, 2003, p. 223).

¹³⁰ Nesse sentido o ensinamento de CARLOS ROBERTO GONÇALVES ("Direito Civil Brasileiro" vol. II, Edit. Saraiva, São Paulo, 2004, p. 386): "Apesar de a irredutibilidade constituir um dos traços característicos da cláusula penal, por representar a fixação antecipada das perdas e danos, de comum acordo, dispõe o art. 413 do Código Civil que "a penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio". Considerou o legislador, assim, justa a redução do montante da multa, compensatória ou moratória, quando a obrigação tiver sido satisfeita em parte, dando ao devedor que assim procede tratamento diferente do conferido àquele que desde o início nada cumpriu. Ao mesmo tempo impôs ao juiz o dever de reprimir abusos, se a penalidade convencional for manifestamente excessiva, desproporcional à natureza e à finalidade do negócio".

O Código atual disciplinou de modo correto a questão, ao determinar ao juiz a redução, afastando a antiga discussão, que havia em face do art. 924 do Código Civil de 1916, de que a redução proporcional da multa era faculdade e não obrigação do julgador - posição minoritária, mas que resistia ao tempo, tudo pelo uso da expressão "poderá" em vez de "deverá" naquela norma revogada ¹³¹.

E não poderia ser de outra forma, pois o ato que se configurar como manifestamente excessivo - a multa desproporcional, no caso - e, portanto, abusivo, não pode ter outra consequência senão sua nulidade, aspecto a ser declarado até de ofício pelo juiz e que não constitui mera faculdade mas imposição legal. Daí a correção da expressão "deve ser reduzida", uma vez que se terá previsto a pena convencional de forma desproporcional, iníqua, excessiva ou, em última análise, abusiva ¹³².

Frise-se que o abuso poderá ocorrer tanto na fixação de multa moratória, "v.g"., um percentual de 30% para o caso de não pagamento de aluguéis no dia apurado, como na cominação de multa compensatória, como prefixação de perdas e danos, "v.g"., a previsão de dez meses de aluguel como sanção convencional para o caso de devolução antecipada do imóvel locado, ou de qualquer outra infração contratual ¹³³.

¹³¹ art. 924. "Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento".

¹³² Confirmam-se os julgados seguintes a respeito: "Compromisso de compra e venda. Cláusula de distrato. Nulidade. Deve ser declarada nula a cláusula contratual que, em compromisso de compra e venda, estabelece a perda quase total do valor pago pelo promissário-comprador, em face da rescisão do contrato. É flagrantemente leonina a retenção, a título de indenização por perdas financeiras, de mais de 75% do valor pago, estando tal preceito em dissonância com o disposto no CDC 53, pois configura evidente abuso contra o consumidor. Mostra-se mais apropriado o percentual estimado em 20% das parcelas pagas, conforme interpretação do Código Civil 924 (Código Civil 413)" (RT 791/207).

¹³³ Cite-se o seguinte trecho de acórdão por mim relatado, na E. 10ª Câmara do extinto 2º TACSP: "No mérito, e como dito pelos apelantes, endossando entendimento majoritário da jurisprudência e unânime

26. ABUSO E DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O abuso do direito no novo Código Civil também se manifesta na má conduta dos sócios de pessoa jurídica que, fraudulentamente, visem a obstar a consecução dos seus objetivos, agindo de modo a dilapidar seu patrimônio e a deixar de garantir os débitos contraídos. É o que dispõe o art. 50: "Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios das pessoas jurídicas".

A consequência da demonstração fática do abuso está na descaracterização da personalidade jurídica da empresa, técnica jurídica interpretativa levada a efeito para possibilitar a constrição em bens particulares dos sócios e administradores pessoas físicas ¹³⁴.

nesta E. 10ª Câmara, os chamados descontos por pontualidade são uma forma velada de escamotear o real valor da locação e assegurar sempre maior correção do locativo; a obrigação de pagamento pontual já decorre de lei (art. 23, I, da lei 8.245/91), e a concessão de bonificação ou desconto configura também multa moratória disfarçada, que no caso concreto seria somada à multa diária de 0,5% por dia, ou seja, 15% ao mês (item II do contrato, § 3º; fl.8), totalizando 35% de multa moratória real, em abuso flagrante e, de qualquer modo, em desrespeito às normas cogentes que regem os reajustes locativos urbanos" (Apelação sem Revisão nº 681.142-0/5).

¹³⁴ Como já tivemos a oportunidade de julgar, mesmo antes da vigência do atual Código Civil: "Se existe prova nos autos de que a empresa devedora vem-se utilizando de meios indevidos para frustrar a execução, e inexistindo nos autos elementos que comprovem tenha a empresa outros bens passíveis de penhora, é possível desconsiderar-se sua personalidade jurídica e proceder-se à penhora de bens particulares dos sócios" (2º TAC/SP – 10ª Câmara – Agr. Instr. nº 720.066-00/1, j. 28.11.01, v.u.). Ou, ainda, o seguinte julgado, também da E. 10ª Câmara do 2º TAC/SP, Relator o ilustre Juiz GOMES

É uma das mais importantes aplicações da teoria do abuso do direito em face do Código Civil e que se dá em relação à teoria do "disregard of the legal entity", ou "piercing of the corporate veil", pela qual se pode penetrar no patrimônio material da pessoa natural, sócia ou administradora da pessoa jurídica, se esta não dispuser de meios próprios para solver suas dívidas.

Do modo que redigido o art. 50 do Código Civil, ao exigir que o abuso seja caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, tem a doutrina entendido, e a jurisprudência tem seguido o entendimento, ser necessária conduta fraudulenta dos controladores da companhia, ou seja, nesse caso ficaria o abuso circunscrito à teoria subjetiva, pois se exigiria sempre conduta de má-fé por parte dos administradores ou sócios da pessoa jurídica para que "os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos" a seus bens particulares.

A redação original do dispositivo, conforme proposto pelo Ministro MOREIRA ALVES, não destoava da concepção normatizada: "A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins estabelecidos no ato constitutivo, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que poderá o juiz, a requerimento de qualquer dos sócios ou do Ministério Público, decretar a exclusão do sócio responsável, ou, tais sejam as circunstâncias, a dissolução da entidade. Parágrafo único. Neste caso, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, responderão conjuntamente com os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou

VARJÃO, já com alusão ao Art. 50: "Tendo ocorrido a ocultação dos representantes legais da empresa para evitar a citação, transferência das quotas sociais a terceiros e provável encerramento de suas atividades, sem a reserva de bens para a garantia do débito, deve o patrimônio dos sócios responder pela dívida social, nos termos dos artigos. 592, inc. II e 596, do CPC, aplicando-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, abraçada pelo art. 50, do Código Civil vigente. Recurso improvido" (AI nº 836.739-0/0, j. 31.03.04; v.u.).

representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração".

No entanto, é preciso notar que à caracterização do abuso no Código Civil bastam o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial; é o texto expresso de lei. Estes -desvio quanto aos fins e confusão patrimonial- é que necessitam ter sido efetivados de forma fraudulenta, com o que configurado estará o abuso. Não se exige a intenção de causar dano ao credor, ou seja, é indiferente que se tenham realizado as fraudes quanto aos fins da pessoa jurídica ou à confusão patrimonial com o intuito de lesar quem quer que seja; basta que tenham ocorrido tais condutas, com o que se está diante da teoria objetiva do abuso, a se preocupar com o resultado derivado do comportamento e não com eventual espírito emulativo dos administradores e sócios da pessoa jurídica.

Pode até ser, assim, que os sócios ou administradores tenham-se desviado das finalidades societárias com a intenção de aumentar os lucros da empresa, ou qualquer outro objetivo nobre e não emulativo em relação aos credores. Pode até ser, importando porém que tal conduta configurará uma irregularidade, um ilícito, objetivo, e pelo só fato de ter ocorrido estará caracterizado o abuso, com ou sem intenção de causar prejuízo, aspecto irrelevante às abusividades e à conseqüente aplicação da "disregard doctrine". O mesmo se diga em face da confusão patrimonial; tendo ocorrido, com ou sem intenção de dano, haverá abuso e a decorrente possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Ilícito objetivo, em suma,

frisando-se que no microsistema das relações consumeristas a aplicação é mais ampla, porque eventualmente independente da caracterização do abuso ¹³⁵ .

¹³⁵ É o caso do Art. 28, § 5º, da lei 8078/90, para o qual poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica "sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores", ou seja, "sempre que o patrimônio da pessoa jurídica não se mostrar suficiente a tal reparação", observação de Leandro Martins Zanitelli que se endossa integralmente ("Abuso da Pessoa Jurídica e Desconsideração", in "A Reconstrução do Direito Privado", organizado por Judith Martins-Costa, Edit. RT, São Paulo, 2002, p. 727). A manutenção dos microsistemas legais em face do Código Civil foi conclusão da já citada jornada do STJ, nº 51: "A teoria da desconsideração da personalidade jurídica - disregard doctrine - fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microsistemas legais e na construção jurídica sobre o tema".

27. ABUSO E ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

O abuso do direito, em si, é um conceito jurídico determinado pela função, que se vale de princípios gerais, como o da boa-fé objetiva e o da solidariedade, para sua concreção.

A análise de situações concretas pela jurisprudência é importante e demonstra a ocorrência do abuso em hipóteses contratuais e extracontratuais, principalmente com ênfase à proteção à boa-fé objetiva, com o dever de comportamento leal das partes.

O exame do Recurso Especial nº 272.739, oriundo de Minas Gerais, de que foi Relator o eminente Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, mostra, ainda antes da vigência do atual Código Civil (julgamento em 01º de março de 2001), aplicação nítida da teoria, com destaque à desproporcionalidade da medida judicial pretendida pelo credor, ao propor ação de busca e apreensão de veículo garantido fiduciariamente quando faltava uma única prestação para cumprimento total da avença:

"A extinção do contrato por inadimplemento do devedor somente se justifica quando a mora causa ao credor dano de tal envergadura que não lhe interessa mais o recebimento da prestação devida, pois a economia do contrato está afetada. Se o que falta é apenas a última prestação de um contrato de financiamento com alienação fiduciária, verifica-se que o contrato foi substancialmente cumprido e deve ser mantido, cabendo ao credor executar o débito. Usar do inadimplemento parcial e de

importância reduzida na economia do contrato para resolver o negócio significa ofensa ao princípio do adimplemento substancial, admitido no Direito e consagrado pela Convenção de Viena de 1980, que regula o comércio internacional. No Brasil, impõe-se como uma exigência da boa-fé objetiva, pois é eticamente indefensável que a instituição bancária alegue a mora em relação ao pagamento da última parcela, esqueça o fato de que o valor do débito foi depositado em juízo e estava à sua disposição, para vir lançar mão da forte medida de reintegração liminar na posse do bem e pedir a extinção do contrato. O deferimento de sua pretensão permitiria a retenção dos valores já recebidos e, ainda, obter a posse do veículo, para ser revendido nas condições que todos conhecemos, solução evidentemente danosa ao financiado“.

Como conduta contrária à boa-fé objetiva, tem-se como inadmissível que um contrato, uma vez cumprido substancialmente, deva ser resolvido, cabendo ao credor a alternativa de execução do crédito, somente, não a abusiva atitude de lançar mão de uma ação reintegratória de posse para obter a devolução do veículo objeto do contrato, para ser revendido, quando permanecia em discussão uma única parcela do contrato, judicialmente consignada. É hipótese que a doutrina vê como limitadora ao exercício de direitos subjetivos, por nós enquadrada na teoria do abuso do direito, conseqüentemente ¹³⁶.

¹³⁶ Precisa a lição de JUDITH MARTINS-COSTA a respeito ("A Boa-fé no Direito Privado", Edit. RT, São Paulo, 1999, pp 454/455: "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

A teoria da “substantial performance” era de há muito acolhida nas relações consumeristas (“v.g.”, impossibilidade de rescisão de contrato de seguro pelo não pagamento da última prestação – Resp. 76.362/MT, DJ 01.04.1996. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar). Hoje, por força dos artigos 421 e 422 do Código Civil, também os negócios jurídicos não enquadrados no CDC devem admitir o adimplemento substancial em nome da: a) função social do contrato; b) proteção à boa-fé objetiva; c) vedação ao abuso do direito. É o que se denomina materialização do equilíbrio ou justiça social (*vertragsgerechtigkeit*), pela intervenção no conteúdo das obrigações ¹³⁷.

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

¹³⁷ CLÁUDIA LIMA MARQUES, citando CLAUS-WILHELM CANARIS; ob. cit., p. 250.

28.USO NOCIVO DA PROPRIEDADE E O ABUSO DO DIREITO

Como tem sido visto, o comportamento abusivo não se iguala à conduta ilegal, pois esta diz respeito à violação da lei, enquanto o ato abusivo concerne à infração de um direito aparente, ato tornado ilícito pelo desvio de sua finalidade social ou econômica.

Nesse sentido, o uso nocivo da propriedade também não se confunde com a ilegalidade, conforme se extrai dos antigos artigos 554 e 555 do Código Civil de 1916, hoje artigos 1277 e 1280. Poderá tratar-se de uso ilegal, como ensina o mestre ARRUDA ALVIM, se o direito de propriedade for exercido fora dos limites fixados nas normas constitucionais, nas normas de sobredireito e com desrespeito aos direitos de vizinhança, tais como descritos na lei civil ¹³⁸.

Ou seja, havendo lei e esta prevendo o que seja uso nocivo da propriedade, em ocorrendo a conduta esta será ilegal. Nada tem a ver com o abuso do direito.

Mas pode ocorrer que, a uma, exista lei que não preveja determinada conduta como nociva, ou que não exista lei a ser considerada no caso em análise, hipóteses nas quais, embora o ato não possa ser acoimado de ilegal, poderá caracterizar-se como abusivo, se configurados os requisitos antifinalísticos – com muito maior razão, também se emulativos – que o definam como tal.

¹³⁸ "Direito de Propriedade – Indenização – Direito de vizinhança – Medidas processuais". RF 252/151.

Como ensina VILSON RODRIGUES ALVES, em expressiva obra sobre a matéria, as leis "lato sensu" não exaurem o conceito de uso nocivo da propriedade e nem, com maior razão, a inexistência delas levará a que se conclua pelo não-mau uso da propriedade ¹³⁹.

O mesmo autor não identifica no uso nocivo da propriedade o abuso do direito¹⁴⁰, mas para nós a razão está com quem faz tal identificação, mormente em relação à normalidade do exercício do direito de propriedade e seu relativismo quando em conflito com os direitos da vizinhança.

A análise é especialmente pertinente ao antigo artigo 554 do Código Civil de 1916, reproduzido em sua essência pelo atual artigo 1277, "caput" do atual Código, com maior explicitação de seu alcance no parágrafo único do mesmo artigo 1277. Confira-se a norma, prevista no Capítulo referente aos direitos de vizinhança e, apropriadamente, na seção relativa ao uso anormal da propriedade:

"O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha:

Parágrafo único - Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as

¹³⁹ "Uso nocivo da propriedade", Edit. RT, 1992, São Paulo, p. 330.

¹⁴⁰ Ob. cit., pp. 342/343. Vilson Alves afirma que os artigos 554 e 555 do Código Civil de 1916 já limitam o direito de propriedade, "o que torna absolutamente inócua a invocação das regras jurídicas alusivas a abuso do direito, ou mesmo a emulação, diversamente do que se dá no Direito italiano, na forma do art. 833 do Código Civil". Em sentido contrário, ou seja, afirmando o abuso nas relações de vizinhança, cita o autor José de Aguiar Dias, Jefferson Daibert, Maria Helena Diniz, Washington de Barros Monteiro, Cunha Gonçalves, Silvio Rodrigues, Marco Aurélio da Silva Viana, dentre outros.

normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança”.

A expressão "uso anormal da propriedade" tem nítida correlação com o chamado exercício regular de direito de que já cuidava o artigo 160, I, do Código Civil de 1916, reproduzido pelo artigo 188, I, do atual Código e que até a entrada em vigor deste lastreava para a maior parte da doutrina a figura do abuso do direito – como já visto, por interpretação "a contrario sensu" tem-se por ilícito o exercício irregular de direito, o que nada mais é senão o seu exercício anormal, que na espécie, à vista do antigo artigo 554 do Código Civil de 1916 era indicado como "mau uso da propriedade":

“Art. 554. O proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam”.

Equiparado o mau uso da propriedade ao seu uso anormal, do qual poderá decorrer a nocividade à vizinhança, tem-se que essa anormalidade é característica do abuso, seja pelo uso irregular de direito que continua previsto no Código Civil, agora no artigo 188, I, seja porque a anormalidade – ou seja, o mau uso – configura o desvio da finalidade social da propriedade, ou de sua função social, enquadrando-se as

hipóteses do artigo 1277, "caput", do Código Civil no conceito legal determinado pela função do artigo 187.

Inequívoco, no caso, que a expressão "interferências prejudiciais... provocadas pela utilização de propriedade vizinha", contida no art. 1277 tem o mesmo sentido da anterior "mau uso da propriedade vizinha", explicitado somente, no parágrafo único do mesmo artigo 1277, em face de quais circunstâncias devem ser consideradas tais interferências à segurança, ao sossego e à saúde dos vizinhos. E na medida em que se exige o prejuízo, também se evidencia que a decorrência da má utilização da propriedade é ainda sua nocividade, cuja cessação pode ser exigida mesmo diante de decisão judicial declarando a tolerabilidade das interferências: "Ainda que por decisão judicial devam ser toleradas as interferências, poderá o vizinho exigir a sua redução, ou eliminação, quando estas se tornarem possíveis" (art. 1279).

Resta claro, aqui, tratar-se de hipótese ligada ao abuso do direito e não à mera legalidade ou não da conduta. Esta é legal – tanto que o juiz determina sua tolerância ao ofendido –, mas em razão do abuso, contido no excesso, na má utilização da propriedade em relação ao vizinho, interferindo de forma prejudicial em sua saúde, sossego ou segurança, pode o prejudicado exigir, quando possível, a redução ou eliminação desse abuso (que são as interferências prejudiciais), por via de ação de obrigação de fazer ou de abstenção de ato, dependendo das circunstâncias, com a cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da ordem judicial. Será caso então de aplicação do artigo 287 do CPC, com a nova redação dada pela lei 10.444, de 07 de maio de 2002: "Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar

coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária, para o caso de descumprimento da sentença, ou da decisão antecipatória de tutela (artigos 461, § 4º, e 461-A)". Tais artigos, por sua vez, cuidam e prevêm as chamadas "astreintes" (como forma de inibir a conduta do ofensor e garantir a efetividade da prestação jurisdicional).

A noção de abuso no exercício anormal de direito de propriedade também é apontado por HELY LOPES MEIRELES, em comentários ao citado artigo 554 do Código Civil de 1916, ao dizer que tal preceito consagra "o princípio da relatividade do direito de propriedade, ou, mais adequadamente, o da normalidade de seu exercício. O que a lei está a dizer é que ao proprietário ou possuidor só é lícito o uso regular do imóvel, sem abuso ou excesso na fruição de seus direitos. Toda utilização que exceder a normalidade vale dizer, os padrões comuns de uso da propriedade, segundo a destinação e localização do imóvel, erige-se em mau uso, e como tal pode ser impedida pelo vizinho, por anormal ¹⁴¹".

Também WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO afirma que o legislador pátrio abraçou indubitavelmente a teoria da anormalidade, apontando-a na interpretação em senso contrário do artigo 160, I, do Código Civil de 1916 (188, I, do atual Código) e exemplificando que haverá abuso se alguém, em sua propriedade, provocar emissão de fumaça, ou produzir ruído, em virtude de profissão, excessivos,

¹⁴¹ "Direito de Construir", 8ª ed., Malheiros, São Paulo, p. 30.

fora do normal, do comum, configurando mau uso da propriedade a ser reduzido às devidas proporções, por via judicial ¹⁴².

Do mesmo sentir é a opinião de WALDIR ARRUDA MIRANDA CARNEIRO, ao defender que será anormal a utilização da propriedade que ultrapasse os limites dos incômodos que devem ser tolerados pelo homem comum, penetrando na esfera do dano ao sossego, à saúde ou à segurança dos vizinhos, o que caracterizará o abuso do direito. O autor refere-se primordialmente ao mau uso da propriedade em razão de ruídos e barulhos excessivos ¹⁴³, em dado momento afirmando, com razão, que:

"Equívoco comum na verificação da normalidade do uso de certo imóvel, no que concerne às perturbações sonoras, é o de tomá-lo sob o ponto de vista do agente produtor do ruído e não sob o do vizinho. Excessivo e anormal é o barulho capaz de prejudicar o sossego ou a saúde do vizinho, não obstante a utilização do imóvel possa ser considerada normal, na perspectiva de quem o utiliza" (ob. cit., pág. 23).

Essa observação e a anterior endossam a idéia do abuso objetivo, independente de qualquer intenção de causar prejuízo ao vizinho, como erradamente dá a entender o § 2º do artigo 1228 do Código Civil.

¹⁴² Revista Forense 249/398; palestra realizada em reunião do Conselho Técnico de Economia, Sociologia e Política, em 25.4.74.

¹⁴³ Outros exemplos clássicos de uso anormal da propriedade são festas noturnas com excesso de barulho, altas horas da madrugada; poluição de águas, criação de animais que exalem maus cheiros ou enxameiem moscas, etc. (in "Perturbações Sonoras nas Edificações Urbanas", Edit. RT., 2ª ed., São Paulo, pág. 22).

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA ¹⁴⁴ afirma que na composição dos conflitos de vizinhança penetra-se terreno peculiar, no qual “não falta à sua noção básica a idéia de responsabilidade objetiva ou aplicação da teoria da responsabilidade sem culpa, ou da determinação da responsabilidade alicerçada na noção do abuso do direito”.

Por fim, interessante síntese é feita por CARLOS ALBERTO DABUS MALUF ¹⁴⁵, em obra específica sobre as restrições que atingem o exercício da propriedade, ao dizer que “aquele que não usa da sua propriedade de modo ordinário, segundo as condições normais da situação do imóvel, do tempo e do lugar, mas antes procede com abuso do seu direito, sem o respeito devido à esfera de ação e aos interesses dos vizinhos, sem proveito próprio sério e legítimo, com mero intuito malévolos, ou por espírito de chicana, bem assim aquele que cria um risco novo, exercendo uma atividade legítima, mas nociva a terceiros, será responsável pelos danos que produzir a estes e às coisas destes”. No exercício de uma “atividade legítima, mas nociva a terceiros”, resta clara a objetividade da responsabilidade em análise, abuso sem intenção de dano e sem culpa, decorrente apenas da teoria do risco criado.

¹⁴⁴ “Instituições de Direito Civil”, vol. IV Edit. Forense, Rio, 19ª ed., 2005, atualizada por Carlos Edison do Rego Monteiro Filho, em itálico no original.

¹⁴⁵ “Limitações ao Direito de Propriedade”, Edit. RT, São Paulo, 2ª ed., 2005, p.63.

29. ABUSO NO PODER FAMILIAR E OUTRAS QUESTÕES DA FAMÍLIA

O abuso é normalmente associado a questões patrimoniais, mas também não escapa ao Direito de Família, utilizando o Código Civil o verbo abusar, expressamente, em seu art. 1637, “*caput*”: “Se o pai, ou a mãe abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha”.

A gestão do patrimônio do menor é confiada naturalmente aos pais, que devem gerenciá-lo da melhor maneira. Em sendo negligente (e basta a culpa, não sendo necessário o dolo), poderá o juiz, por exemplo, nomear curador especial para a administração dos bens dos menores, bloquear a movimentação de contas bancárias destes pelos pais, ou qualquer outra medida julgada necessária e suficiente para resguardar a integridade do patrimônio até então mal gerido. Perceba-se que há interesse coletivo nessa proteção, evidenciada na iniciativa ministerial, e não apenas de parentes, objetivando assegurar a proteção aos bens dos menores.

Com maior razão configurar-se-á abuso se os pais faltarem com os deveres inerentes ao poder familiar, negligenciando a educação, a saúde, o desenvolvimento saudável da personalidade dos filhos, enfim, deixando de exercer adequadamente os ônus impostos pela condição de pais. Também aí, o juiz poderá intervir, nomeando

outros guardiões para os menores, nas situações mais graves, podendo chegar até a suspensão do poder familiar quando tal medida mostrar-se conveniente à proteção dos menores, em face da má conduta dos pais – mesmo aí, culposa ou dolosa, indistintamente.

O abuso no direito de família, porém, vai mais longe, e FRANCISCO AMARAL o aponta, por exemplo, na escolha da residência ou domicílio da família por qualquer dos cônjuges ou na demanda injustificada pela separação judicial. Quanto ao poder familiar, cita o abuso no direito de impedir o casamento dos filhos menores, ou na proibição de visita aos avós ¹⁴⁶.

Interessante hipótese destaca JONES FIGUEIREDO ALVES ¹⁴⁷ ao dizer que se pode configurar o abuso na pretensão a alimentos reclamados em prestações de há muito pretéritas, “na compreensão de que o reclamo não mais objetive a subsistência ou as demais necessidades do credor alimentário”, frisando sob esse aspecto a diminuição do prazo decadencial para haver alimentos, de cinco para dois anos (Código Civil, art. 206, § 2º). Endossa-se tal opinião, pois pedidos desse jaez traem mero espírito emulativo, no mais das vezes; não é por outra razão que a jurisprudência, interpretando a finalidade da prisão civil pelo inadimplemento alimentar, tem limitado a três meses não pagos a sanção, daí para trás restringindo-se a determinar a penhora de bens do alimentante, conforme o art. 732, e não 733, do CPC (Súmula 309,STJ: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é

¹⁴⁶ "Direito Civil - Introdução", Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 5ª ed., 2003, pp. 211/212.

¹⁴⁷ "Novo Código Civil – Questões Controvertidas", Coord. de MÁRIO LUIZ DELGADO e JONES FIGUEIREDO ALVES; Ed. Método, São Paulo, 2003, p. 314.

o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo”).

Em suma, evidencia-se com clareza que o abuso do direito ocorrerá, no Direito de Família, sempre que a conduta dos pais, ou do cônjuge, ou mesmo dos filhos (em relação a pais inválidos, por exemplo, pelos quais se deixe de zelar), desviar-se de sua finalidade – basicamente, de proteção do núcleo familiar – ou exceder os limites no exercício dos direitos concedidos, causando prejuízo indevido a outros integrantes da família.

30. O SISTEMA ABERTO DO CÓDIGO CIVIL E O ABUSO: CLÁUSULAS GERAIS, PRINCÍPIOS, CONCEITOS LEGAIS INDETERMINADOS E DETERMINADOS PELA FUNÇÃO.

A sistemática fechada do Código de 1916, essencialmente preocupado com o patrimônio – como o modelo napoleônico no qual se inspirou -, já não fornecia respostas para questões que ultrapassavam, e ultrapassam, a cômoda certeza da obrigatoriedade pura e simples dos contratos (o princípio do “pacta sunt servanda”), a garantir uma igualdade formal, mas não substancial, abstrata mas não concreta, distanciada das diferenças econômicas e de poder das partes contratantes. Nem era sempre resposta adequada, no campo extracontratual, para litígios envolvendo a propriedade e o uso que dela se faz.

A crítica de George Ripert ao modelo francês, em meados da década de 30 do século passado, é contundente: *“O povo francês convenceu-se durante cerca de um século que o Código Civil representava a legislação ideal duma sociedade democrática. Era a doutrina oficial.*

(...) O código, à medida que envelhecia, ganhava o prestígio das grandes obras que resistiram aos anos. As revoluções políticas não lhe tocaram. Apenas a Restauração, para agradar à Igreja, suprimiu o divórcio, e para agradar à nobreza fez uma ridícula tentativa de restabelecimento das instituições. A burguesia liberal da Monarquia de Julho admirou este código da propriedade individual e da liberdade contratual. A República de 1848 encontrou nele o ideal dos grandes antepassados e

fez louvar oficialmente o seu espírito democrático. O Segundo Império cobriu-o de novo com o nome de Napoleão. Deste modo se sucediam as formas políticas: a classe burguesa que monopolizava o poder, a classe rural que possuía as terras, os industriais e comerciantes que conquistavam a riqueza declaravam-se igualmente satisfeitos com esta legislação laica, liberal e igualitária, bastante firme para impedir a ressurreição das instituições abolidas, suficientemente maleável para permitir o jogo infinito das convenções privadas e bastante forte para proteger todos os interesses adquiridos.

O Código Civil era, então, de resto, fortificado pelos comentários dos grandes tratados clássicos, aplicado por uma jurisprudência unificada e explicado, artigo por artigo, nas faculdades de Direito.

(...) Em 1904, na cerimônia de centenário, receberam-se homenagens de todos os países. Perguntava-se, sem dúvida, se alguns textos não deviam ser modificados, mas os princípios não pareciam suportar nenhuma discussão. A França festejou o centenário do seu código desejando-lhe longa vida.

São passados trinta anos e os homens que compunham esse coro glorioso desapareceram quase todos. Alguns juristas, atrasados na admiração do direito de que a sua infância foi alimentada, proclamam ainda a beleza dos princípios do Código Civil. Algumas vezes, no tranqüilo Palácio de Luxemburgo, um senador sobressalta-se ouvindo ler um projeto que lhe parece herético. Mas uma juventude nova aceita sem

*pesar que seja sacrificado tudo aquilo que era, para aquela que a precedeu, artigo de fé ou medida de ordem. Ao chegar ao poder, a democracia quer um Direito novo*¹⁴⁸”.

Tendo o antigo Código resistido dois séculos – já que seus princípios de consagração do individualismo e da liberdade de contratar sem limites datam de 1803, quando promulgado o Código de Napoleão -, era natural, e necessário, que o novo Código viesse dotado de menor fixidez e fosse aberto à aplicação de princípios, cláusulas e conceitos gerais que pressupostamente não são temporalmente limitados e podem adaptar-se às mudanças tecnológicas, sociais e culturais que inexoravelmente virão, porque sempre vêm.

É nesse quadro que surge o atual Código Civil, cuja evolução histórica já foi apontada, característico de uma sistema aberto que permite a existência de institutos como o da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e o objeto de nosso estudo, o abuso do direito.

O abuso do direito foi previsto no Código Civil como norma orientadora, aberta em seu enquadramento conceitual, devendo-se analisar se trata-se de cláusula geral, conceito legal indeterminado ou determinado pela função, nos três casos preenchendo-se os valores pelo juiz ao caso concreto¹⁴⁹.

¹⁴⁸ "O regime democrático e o direito civil moderno", Saraiva, São Paulo, 1937; pp.19/37.

¹⁴⁹ O Desembargador e Mestre paulista JOSÉ RENATO NALINI mostra bem que o código atual exige uma postura diferente do juiz, cujo preparo deve ser adequado ao preenchimento dos elementos informativos extraídos de sua cultura, vivência e época. Confirma-se: "Perante um Código repleto de cláusulas gerais, abertas a diversas leituras, vinculadas à formação pessoal do intérprete, este precisará ser um profissional com peculiar formação e específico preparo. As cláusulas gerais são preenchíveis por elementos informativos extraídos da vivência e da cultura própria a uma determinada época. Adaptáveis a latitudes culturais diversas, permanecem no texto legal sem necessidade de contínuas modificações. Daí a imprescindível capacidade do hermeneuta de encarar a permeabilidade conceitual e de fazer incidir o mesmo texto a situações muito distintas". (Revista da Escola Paulista da Magistratura, nº 47, fev. /2004, p.8).

As cláusulas gerais distinguem-se dos conceitos legais indeterminados porque estes, uma vez verificada sua ocorrência no caso concreto, já dão ao juiz solução preestabelecida em lei, cabendo-lhe somente aplicar a solução prevista. Já as cláusulas gerais, ao contrário, "se diagnosticadas pelo juiz, permitem-lhe preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta, ou seja, concretizando os princípios gerais de direito e dando aos conceitos legais indeterminados uma determinabilidade pela função que têm de exercer naquele caso concreto" ¹⁵⁰.

A razão de existência das cláusulas gerais é dotar o sistema jurídico de maior abertura e flexibilidade, o que possibilita acompanhar com muito mais velocidade as mudanças decorrentes e próprias da dinâmica social. Ademais, permitem ao juiz dar concreção ao que, se não se encontrar positivado no direito, ter-se-á somente como princípios gerais, que como regra e finalidade primordial apenas auxiliam o juiz no preenchimento das lacunas legais. Também o conceito legal indeterminado cumpre o mesmo papel, pois sua generalidade permite ao juiz, no exame do princípio abstrato, dar-lhe concreção, aplicando ao caso a solução prévia estabelecida pela lei.

Enquanto norma aberta, o art. 187 do Código Civil virtualmente prevê os mais importantes princípios fundamentais existentes no direito obrigacional, como anota com percuciência o Ministro e eminente civilista do STJ RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR: "Essa talvez seja, do ponto de vista de direito Obrigacional, a cláusula mais rica do Projeto. Reúnem, em único dispositivo, os quatro princípios básicos que presidem o sistema: o fim social, a boa-fé e os bons costumes. Bastaria acrescentar a

¹⁵⁰ ("Código Civil Anotado". NELSON NERY JUNIOR E ROSA MARIA DE ANDRADE NERY. Edit. RT, São Paulo, 2003, p.142).

ordem pública para tê-los todos à vista" ¹⁵¹. Permite-se frisar, a respeito, que bons costumes e ordem pública são conceitos intimamente próximos, muitas vezes a ofensa a um caracterizando também a lesão ao outro (por exemplo, na anulação da doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice).

Quanto à natureza do abuso em face do sistema aberto do Código Civil, têm razão NELSON NERY JR. e ROSA MARIA NERY ao afirmarem que se trata de um conceito legal determinado pela função, servindo para propiciar e garantir a aplicação correta e eqüitativa do preceito ao caso concreto. ("Código Civil Anotado", p. 142).

É certo que em outro ponto da mesma obra citada (p.256), NELSON NERY JR. e ROSA MARIA NERY explicam tratar-se de conceito legal indeterminado, já que a solução será predeterminada pela norma, inexistindo dependência da função criadora do juiz. ¹⁵², no entanto, em artigo solo NELSON NERY JR. explica que o juiz torna concretos, vivos, conceitos indeterminados como o do abuso do direito, determinando-os pela função e significando, "na verdade, o seu estado da valoração dos conceitos legais indeterminados, pela aplicação e utilização, pelo juiz, das cláusulas gerais" ¹⁵³.

¹⁵¹ "Projeto do Código Civil – As Obrigações e os Costumes", in Revista dos Tribunais, 775/23.

¹⁵² A lição a respeito é minudente: "Usar de seu direito de maneira regular é dever imposto pela norma comentada, a *contrario sensu*. Como já vimos nos comentários preliminares à Parte Geral deste Código Civil, os institutos a seguir mencionados têm como efeitos: a) princípios gerais de direito – agem como regras de conduta e norteadoras da interpretação; b) cláusulas gerais – significam a manifestação dos princípios, a concretude dada pelo juiz aos princípios e aos conceitos indeterminados, criando as soluções adequadas; c) conceitos legais indeterminados – uma vez preenchidos, a solução já está predeterminada pela norma e, portanto, independe da função criadora do juiz". Nada obstante haja o dever legal de observância das cláusulas gerais de boa-fé, bons costumes e exercício de direito de acordo com os seus fins econômicos e sociais, quando há desobediência a esses critérios e ocorre efetivamente o abuso do direito, essa circunstância se amolda à figura do conceito legal indeterminado, pois, uma vez reconhecido, o sistema legal já tem a solução predeterminada para o caso: a *ilicitude objetiva* do ato. Não é cláusula geral porque o juiz não pode criar solução que repute adequada para o caso concreto, porque a solução já está predeterminada pela lei: declarar o ato como ilícito objetivo e dar-lhe a consequência do ato ilícito (v.g., indenização). Não é mero princípio porque possui concretude (a lei dá a solução)".

¹⁵³ "O Novo Código Civil – Estudos em Homenagem ao Prof. MIGUEL REALE", cit., p.408.

É esse o entendimento que endossamos, pois é mesmo imperioso que o juiz dê a devida concreção ao abuso, em cada processo sob análise.

Como conceito indeterminado que se transmuda em determinado pela função, é importante notar que a norma positivada o caracteriza como ilícito objetivo e, como tal, as conseqüências de sua ocorrência são aquelas típicas dos atos ilícitos, quais sejam, a insubsistência do ato, se contratual, ou a indenização, tanto no ilícito contratual como no extracontratual ou aquiliano. A hipótese de fato é posta ao juiz e este, afirmando a ocorrência do abuso, determinará as conseqüências ao caso concreto: nulidade do ato, perdas e danos ao ofendido, ou o que mais se mostrar adequado, conforme as circunstâncias do caso e da ilicitude reconhecida.

Já para MANUEL ATIENZA e JUAN RUIZ MANERO, citados por DAVID DINIZ DANTAS em alentada obra doutrinária¹⁵⁴, o abuso é visto como princípio, quando utilizada a expressão no sentido de norma redigida em termos particularmente vagos, “em que o descritor apresenta termos com textura aberta, como as regras que vedam o exercício abusivo de direitos”. Também se tem como princípio o sentido de norma programática ou diretriz, ou que estipule a obrigação de perseguir determinados fins; dá-se como exemplo o art. 173, §4º, da Constituição Federal, ao prever que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.¹⁵⁵

Para os autores espanhóis o princípio pode conter o conceito jurídico indeterminado, quando surgida vaguidade, “como no exemplo abuso do direito”, em

¹⁵⁴ “Sobre principios y reglas”, Doxa, n. 10, Espanha, 1991; “apud” “Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo”, Madras Edit., São Paulo, 2004, p. 35.

¹⁵⁵ Idem, ob. e p.

que sempre será necessária a ponderação dos fatores relevantes, juízo de valor na situação real, ao se dar concretude ao preceito. Ponderação dos fatores relevantes é o que se denomina sopesamento no direito espanhol, ou “balancing” no direito anglo-americano, ambos inseridos na idéia mais ampla da proporcionalidade, destacada por David Diniz Dantas como imprescindível à concretização dos princípios e “traduzida na exigência de que no “balancing” ao se privilegiar determinado princípio as restrições e limitações ocasionadas aos demais sejam feitas na justa medida ¹⁵⁶”, discurso, no fundo, eminentemente aristotélico.

O abuso, assim, enquanto conceito legal determinado pela função, insere-se no contexto de um sistema jurídico mais aberto, mais flexível, que caracteriza o atual Código Civil, generoso na previsão de cláusulas e princípios gerais de Direito que exigem do juiz a concreção casuística, a fim de se tornarem efetivos.

¹⁵⁶ Idem, ob. e p.; para nós, porém, o abuso é conceito jurídico determinado pela função e não indeterminado, como dito alhures.

31. A APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS AOS CASOS CONCRETOS E AO ABUSO

Formada nas teorias sociais e jurídicas dos últimos dois séculos, com o direito privado dominado pela visão individualista do Código Napoleônico, nossos doutrinadores sempre tiveram dificuldade em compreender e aceitar a necessidade de respeito aos princípios maiores de direito, muitos deles de “status” constitucional e indissociáveis do ser humano, como o princípio da dignidade e o da solidariedade (CF, artigos 1º, III; e 3º, I).

São inúmeras as decisões que deixam de aplicar tais princípios, geralmente sob o argumento de não serem eficazes sem regulamentação por lei complementar ou ordinária. Também a visão patrimonialista, que parte da premissa de estarem sendo tratados direitos disponíveis, transacionáveis e renunciáveis, acaba por predominar, muitas vezes fazendo do princípio “pacta sunt servanda” um dogma intocável, mesmo quando é visível a afronta a outros princípios de importância social maior, como o da boa-fé objetiva ou da isonomia ¹⁵⁷.

¹⁵⁷ O Poder Judiciário é essencialmente conservador. Tem medo do novo e de confrontar interpretações literais da lei, ainda que esta não tenha acompanhado a dinâmica social em situações específicas. Princípios como o da autonomia da vontade são ícones, alicerçados na clássica visão kantiana que vislumbra o direito no contrato, numa paridade de arbítrios que se conciliam segundo uma lei geral de liberdade que, em absoluto, corresponde necessariamente à realidade fática – por exemplo, quando o poderio econômico faz valer integralmente as cláusulas contratuais e as conseqüências exacerbadas de seu inadimplemento.

Baseados nessa suposta paridade de arbítrios, muitas vezes nossos juizes preferem a cômoda determinação do estrito cumprimento do contrato, haja nele abusos ou não e em nome de uma alegada segurança jurídica olvidam-se de princípios maiores que priorizam o ser humano e não a manutenção de vantagens econômicas excessivas e, portanto, inadmissíveis.

Não se trata de um problema brasileiro, mas de uma questão universal, tratada por exemplo por ROBERT ALEXY ao indagar o modo de se estabelecer um sistema de princípios gerais de ordem jurídica, por não seguirem logicamente de normas pressupostas e por não se ter, num sistema axiológico-teleológico, uma decisão única sobre qual princípio jurídico deva prevalecer ou ser tido como prioritário em casos particulares.¹⁵⁸

Em sua obra clássica sobre o tema, o saudoso R. LIMONGI FRANÇA, após refutar a argumentação positivista, que nega o caráter normativo dos princípios (“pois, em suma, a sua tese é a de que não há regra coercitiva, senão a Lei”), define limites e hierarquia nas diversas espécies definidas, vislumbrando princípios essenciais e contingentes, dentre aqueles os elementos primeiros da Justiça, que interessam à repressão do abuso e que são o “alterum non laedere” (não causar dano) e “no suum cuique tribuere” (dar a cada um o que é seu). Já os princípios contingentes, em ordem de importância decrescente, são os do ordenamento jurídico – “v.g.”, observamos, o da boa-fé objetiva contida no art. 422 do Código Civil -, os de Direito Consuetudinário e os de Direito das Gentes, incluindo-se o Direito Comparado. Uns e outros devem ser aplicados somente à falta de lei sobre o caso da espécie ou à falta de matéria

¹⁵⁸ “Teoria da Argumentação Jurídica”, tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, Landy Edit., 2001, página 19: “Se, por outro lado, por esse sistema entendermos – como Canaris – um sistema de princípios gerais de ordem jurídica (um sistema axiológico-teleológico), surgem imediatamente a questão de como esses princípios podem ser estabelecidos. Eles não seguem logicamente das normas pressupostas. Problemática também é a aplicação desses princípios para a justificação de julgamentos jurídicos”. “Os princípios permitem exceções e podem ser mutuamente inconsistentes e até mesmo contraditórios; eles não reivindicam aplicação exclusiva; seu significado real só se desenvolve através de um processo de ajustamento e limitação de duas mãos alternadas; e eles precisam para sua realização, da concretização via princípios subordinados e julgamentos particulares de valor com conteúdo material independente.”(Alexy cita aí C.W. CANARIS, “Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz”, Berlim, 1969, p. 46.) O sistema axiológico-teleológico em si não permite decisão única sobre o peso e o equilíbrio dos princípios jurídicos em dado caso ou sobre a quais valores particulares deve ser dada prioridade em qualquer situação particular.

análoga, conclusão que consubstancia a regra geral do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”); técnica de interpretação que conduz ao preenchimento de cláusulas gerais e por isso geram a obrigatoriedade da regra ¹⁵⁹.

Para nós, quando o princípio geral for incorporado pela lei – por exemplo, boa-fé objetiva, função social da propriedade, função social do contrato – sua normatização é plena e sua aplicação não guarda qualquer tipo de hierarquia inferior com as demais normas positivadas. Ao contrário, sua generalidade lhes confere maior importância em um sistema aberto como o do Código Civil, devendo ser prevalentemente aplicado ao caso concreto, se contraposto a normas de interesse meramente individual e que não contenham comandos principiológicos de maior importância social ¹⁶⁰.

¹⁵⁹ “Princípios Gerais de Direito”, Edit. RT, São Paulo, 1971, 2ª ed., pp. 234 e ss.. Confira-se a técnica de aplicação dos Princípios Gerais de Direito proposta pelo saudoso mestre da USP: “I – A utilização desses princípios como regra normativa, só pode ser levada a efeito à falta de Lei sobre o caso da espécie ou sobre matéria análoga. É necessário também que a questão se não possa resolver de acordo com o Direito Consuetudinário. II – Os princípios aplicáveis não são apenas os que informam o ordenamento e os demais princípios contingentes, senão também os essenciais, ainda que não agasalhados pelo legislador. III – Os princípios gerais contingentes devem ser perquiridos antes dos essenciais. IV – A ordem da aplicação desses princípios é a da generalização crescente. Por outro lado, na aplicação dos princípios contingentes, os do sistema escrito preferem aos de direito Consuetudinário, assim como estes preferem aos de direito das Gentes. V – Os princípios essenciais, não obstante, constituem o fanal que deve iluminar o aplicador, mesmo como lhe seja dado resolver a controvérsia, logo nos degraus primeiros da matéria”. Esta última conclusão é a que mais nos anima, por também vislumbrarmos nos princípios essenciais citados, “non laedere” e “non suum cuique tribuere”, ao lado do “honeste vivere”, todo o arcabouço principiológico que justifica a atividade jurisdicional na luta pela manutenção do equilíbrio das relações sociais e negociais.

¹⁶⁰ Já escrevíamos, nos idos de 1990, em artigo doutrinário sobre o abuso: art. Cit., RT 667/48 “Qual o critério, porém, na análise do ato como abusivo, que permitirá ao juiz definir o ato como tal, já que precisará ele definir o ilícito praticado em face do ordenamento jurídico e não, estritamente, em face da lei? É nesse ponto que, a nosso ver, devem ser aplicados, coercitivamente, os princípios gerais de direito, e principalmente – na hipótese – aqueles definidos na Lei de Introdução ao Código Civil, que

Por outro lado, a eventual dificuldade de se determinar a prevalência deste ou daquele princípio num caso particular, não pode levar simplesmente a ser olvidada ou desprezada a aplicação de um princípio que se mostre maior (no sentido de maior importância social, de prevalente valor para a vida comunitária, por exemplo) do que se dar por válida uma obrigação contratual draconiana, nitidamente abusiva. Ou isso, ou são “letras mortas” todos os princípios estabelecidos na Constituição federal ou em leis ordinárias, por inúteis.

E não há dúvida, sob esse prisma, que fazer prevalecer o princípio da boa-fé objetiva para vedar o abuso é de maior importância – social, comunitária – do que fazer prevalecer a qualquer custo o tantas vezes injustamente prestigiado “pacta sunt servanda”. Também ele um princípio, mas de natureza individualista e que não pode ser aplicado se levar à quebra da comutatividade contratual que está na origem da base objetiva do negócio jurídico, ou seja, na base dos resultados esperados pelas partes quando de sua celebração.

melhormente seria chamada, como Haroldo Valladão projetou, “Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas”.

Embora se trate de discussão inesgotável, e em cuja raiz se debatem positivistas e naturalistas de há muito, temos que os princípios gerais de direito configuram regras normativas, a serem aplicadas na omissão da lei posta, conforme ensina o mestre Limongi França; e, muitas vezes, quando postos como regras de aplicação da própria lei posta, dão ao juiz a necessária margem de flexibilidade para interpretar a norma jurídica, bem como determinar sua aplicação, de acordo com esses princípios universais, entre nós previstos expressamente nos artigos. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Ora, dispõe o citado art. 5º da LICC que o juiz, ao aplicar a lei, “atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. A explícita menção, como regra de aplicação da lei pelo juiz, do atendimento aos fins sociais da norma, configura claramente o reconhecimento de que deve ser coibida a prática de atos que desatendam a esses mesmos fins sociais – por interpretação lógica do referido dispositivo – ou seja, deve ser coibido o abuso do direito, que, como visto, se caracteriza justamente pelo ato praticado em desatenção à finalidade de direito enquanto sistema ético e moral”.

Essas idéias anteriores ao Código Civil continuam atuais e ainda representam nossa opinião, em face dos termos do art.187 que expressamente reporta-se aos fins econômicos e sociais do ordenamento jurídico como limites ao exercício do direito, conjugados à boa-fé e aos bons costumes. Quanto aos princípios gerais, resta claro que o art.4º da LICC permite sua aplicação, genérica, se omissa a lei, mesmo quando não previstos expressamente no ordenamento jurídico.

Ou, ainda, e tomando-se aí um exemplo concreto, numa relação consumerista como o é a advinda de um contrato garantido por alienação fiduciária, constranger abusivamente o devedor fiduciante à prisão civil, instrumento de coerção a atingir o direito fundamental à liberdade ambulatoria, em nome de um muito menor, por não dizer respeito à dignidade do homem, diretamente, princípio de proteção ao crédito. Não há como fazer prevalecer tal princípio em face do princípio maior – de todos, frise-se – de respeito à dignidade do ser humano. E isso apesar de o art. 4º, I, da lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor) estabelecer o princípio da vulnerabilidade do consumidor, o que já deveria ser suficiente para afastar tão drástica medida à mera inadimplência contratual, prisão por dívida, sim, disfarçada de imposição contratual de infidelidade como depositário.¹⁶¹

Por tudo isso, é de se concordar com a conclusão que tira ROGÉRIO FERRAZ DONNINI¹⁶², no sentido de que um princípio, uma vez expresso em lei, não será apenas um recurso de hermenêutica e sim uma imposição legal a ser seguida, enquanto cláusula geral – e cita como exemplos os princípios da dignidade da pessoa humana e o da boa-fé.

¹⁶¹ Daí a necessidade de interpretações exegéticas que, levando em conta a natureza do negócio celebrado, e não os princípios envolvidos, afastem a prisão civil em tais contratos, como em julgado por mim relatado: “Para caracterizar o depósito, é preciso que o negócio jurídico tenha por finalidade a guarda. Se a finalidade for de garantia, não se tratará de depósito” (2º Tribunal de Alçada Civil; 10ª Câmara, HC nº 736663-0/9; j. de 22.5.2002;v.u.). Reconheço a necessidade de, doravante, enfrentar diretamente a questão principiológica envolvida em tais litígios, porque nitidamente abusiva a cláusula impositiva da prisão, mormente quando muitas vezes cumprida parte substancial do contrato. Nunca foi tão moderno invocar-se “Lex Poetelia Papiria de Nexis” (326 ou 313 a.C.), a limitar aos bens, apenas, a responsabilidade do devedor.

¹⁶² “Responsabilidade Pós-Contratual”, cit., p. 153.

32. ABUSO DO DIREITO OU EXERCÍCIO INADMISSÍVEL DE POSIÇÕES JURÍDICAS?

Citando MENEZES CORDEIRO¹⁶³, a advogada BRUNELA VIEIRA DE VICENZI¹⁶⁴ afirma que a regra da boa-fé objetiva aplica-se não só ao exercício de direitos subjetivos, mas também a um sem-número de posições jurídicas exercidas numa relação jurídica, envolvendo poderes, faculdades, ônus, direitos potestativos e deveres. Em razão disso, conclui que se transcendeu da nomenclatura de origem jussubjetiva, de abuso do direito, para a de exercício inadmissível de posições jurídicas.

Cita-se que a proibição do exercício inadmissível com base na regra da boa-fé decorre da tradição germânica ao coibir, sua jurisprudência, casos configuradores da "exceptio doli", o "venire contra factum proprium", a "supressio", a "surrectio", o "dolo agit quit petit quod statim redditurus est" – exercício de um direito sem um interesse próprio –, o defeito de forma em benefício próprio e o princípio geral da impossibilidade de alegação da própria torpeza. E aponta-se a ocorrência de três fatores para delimitar o exercício inadmissível de posições jurídicas, na proteção da

¹⁶³ Menezes Cordeiro, Antônio Manuel da Rocha e; "Da Boa-fé no Direito Civil"; Coimbra, Almedina, vol. 2, p. 898.

¹⁶⁴ "A Boa-fé no Processo Civil", Edit. Atlas, São Paulo, 2003, p. 164.

confiança, na relevância de situações materiais subjacentes e no combate ao formalismo¹⁶⁵.

No entanto, a premissa da qual se parte para a defesa do chamado exercício inadmissível, em substituição ao que se coloca como um conceito ultrapassado de abuso, com a devida vênia não se sustenta. E isto porque a idéia de que no abuso se exija prova de culpa ou, ainda pior, de intenção dolosa de causar a ofensa, não é correta, seja historicamente, seja em face do nosso direito civil, no qual o tema deve merecer a caracterização de ilícito objetivo e não necessitado de prova de culpa. Aqui o equívoco: "Em outro enfoque, a idéia de culpa, essencial à teoria da responsabilidade civil, há muito vem sendo mitigada, por vezes excluída. Exigi-la para configurar o abuso do direito seria retroceder e, pior, não impedir o abuso ou não sancionar o causador de danos quando não tenha agido com culpa ou intencionalmente, ou ainda naqueles casos em que a vítima não conseguir provar a culpa do agente¹⁶⁶".

Repita-se, porém, que o abuso não se restringe às situações de responsabilização subjetiva e sim, nos termos claros e precisos do art. 187 do Código Civil, refere-se ao mero exercício antifuncional de direito, que tenha ultrapassado os limites finalísticos impostos pela lei, pela boa-fé (objetiva, à evidência) ou pelos bons costumes. E nada mais, por isso não passando, para nós, de mera questão semântica colocar-se a questão como abuso ou exercício inadmissível de posições jurídicas, pois o que não se admite é, justamente, o exercício antifuncional de direito, para o que a doutrina do abuso do direito fornece todos os elementos necessários de prevenção e

¹⁶⁵ Ob. cit., p. 165/166.

¹⁶⁶ Ob. cit., p. 166.

de repressão, sem necessidade de análise da intenção do sujeito, ou de seus fins escusos, para sua responsabilização. E a questão da extensão dessa responsabilidade em nada se correlaciona com a caracterização das situações como abusivas do direito ou de exercício inadmissível de posições jurídicas, pois serão as mesmas as conseqüências jurídicas do enquadramento realizado, dê-se-lhe o nome que for.

33. ABUSO E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA

O respeito ao outro é fundamento ético constitucionalmente assegurado em princípios diversos, destacando-se a necessidade de proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e a limitação de direitos para o atendimento de finalidades previstas, por exemplo ao estabelecer o art. 5º, inciso XXIII, que “a propriedade atenderá sua função social”, relativizando o exercício de direito à propriedade em razão do atendimento a interesses maiores de cunho social – “v.g”. na restrição a atividades nocivas ou de determinada natureza em localidades específicas.

Sob esse prisma, pode-se dizer que o abuso do direito tem inegável fundamento constitucional, ainda que indireto, pois muitas vezes sua repressão objetivará justamente preservar a dignidade da pessoa humana (na figura de um contratante hipossuficiente, por exemplo, vítima de uma cláusula abusiva) ou fazer valer a função social da propriedade, na relativização do direito respectivo.

Inegavelmente interessante é também a visão do eminente civilista paulista ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. Após apontar que, tomada em si, a expressão é um conceito jurídico indeterminado e que, utilizada em norma, especialmente constitucional, é princípio jurídico, mostra o autor que no campo contratual o respeito às condições mínimas de vida também tem aplicação, apontando que, nos termos da teoria alemã dos “limites do sacrifício”, os contratos não precisam ser cumpridos quando sua execução leva a

gastos não previstos e excessivos, o que com maior razão terá aplicação quando o adimplemento dificultar a sobrevivência do devedor ¹⁶⁷.

Veja-se na hipótese a indiscutível semelhança, e identificação, com a teoria da imprevisão, timidamente adotada (porque exigente demais à sua configuração) no art. 478 do Código Civil. É abusivo exigir o cumprimento de um contrato cujas condições tornaram-se inviáveis economicamente a uma das partes, dentre outros motivos por afrontar a dignidade da pessoa humana a imposição de sacrifícios além do razoável, imprevistos e excessivos. Típico exemplo de um direito fundamental aplicado ao direito privado, no que se tem convencido chamar de direito civil-constitucional e que também se correlaciona com a boa-fé objetiva, tanto em situações jurídicas contratuais como extracontratuais em que verificado o abuso.

Imagine-se no primeiro caso uma contratação que, desequilibrada na origem pelo maior poderio de uma das partes, leve a outra à humilhação e à vexação de uma insolvência ou de uma completa perda patrimonial – patrimônio, por vezes, haurido no decorrer de toda uma vida. Não basta, e não pode bastar, o princípio da autonomia

¹⁶⁷ “Estudos e Pareceres de Direito Privado”, São Paulo, Edit. Saraiva, 2004, p.19. Em questão concreta ligada ao que, para nós, é retenção indevida de vencimentos de funcionário público, fomos parcialmente vencidos – mas não convencidos – em obstar o chamado “desconto direto em folha”, que na hipótese julgada significava mais da metade dos vencimentos do devedor, que agravava de decisão monocrática contrária. A douta maioria, formada pelos Desembargadores Walter Zeni e Vieira de Moraes, procurou atenuar os efeitos do desconto, ao limitá-lo a 30% dos vencimentos mas, para nós, é impossível a retenção, dado o caráter alimentar dos salários e o risco à própria sobrevivência do devedor; Assim ementamos nosso entendimento (j. de 13.07.05): “*Tutela antecipada. Deferimento de suspensão de débitos em folha de pagamento para quitação de empréstimo bancário. Impenhorabilidade dos vencimentos de funcionário público e inadmissibilidade de retenção de vencimentos, a configurar autotutela por parte da instituição financeira. Arts. 7º, X da CF c.c. 649, IV, CPC. Exercício dos direitos subjetivos limitado pelo princípio da dignidade humana. Abuso vedado pelo CDC e pelo Código Civil, art. 187. Voto parcialmente vencido, dando integral provimento ao agravo*”.

E ainda, por v. acórdão relatado pelo Min. Carlos Alberto Menezes Direito, no REsp nº 550.871/RS, D.J. 02/08/2004, assentou-se que “A cláusula contratual constante de contrato de financiamento que autoriza o desconto em folha 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” (REsp nº 250.523/SP, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 18/12/2000)”.

privada para a solução do problema, que tem uma amplitude efetivamente maior, ligada em última análise ao direito fundamental a uma vida digna, que não seja destroçada por cláusulas draconianas, abusivas, que se aproveitem da inadimplência não para cobrar o justamente devido, mas tudo o que o poder econômico permite ser cobrado, até as últimas conseqüências (mesmo que tais conseqüências atinjam de modo desarrazoado o devedor).

No segundo caso, de uma situação extracontratual, pense-se no vizinho que, tendo adquirido um aparelho de som profissional, resolva pôr fim à tranqüilidade dos que o rodeiam, abusivamente excedendo os decibéis tolerados pelo ser humano e levando a vizinhança ao desespero com “rap”, música eletrônica, “heavy metal” ou pagode (seu gosto é eclético). É situação que fere frontalmente o direito de todos nós a uma vida digna, o que abrange o sossego, a paz familiar, o descanso, configurando-se o uso nocivo de sua propriedade, independente da intenção, da má-fé subjetiva, portanto, em abuso do direito – e o que se frisa, aqui, com tal exemplo, é a lesão tanto à boa-fé objetiva, à lealdade e à solidariedade que se esperam nas relações de vizinhança, como ao princípio maior da dignidade humana, no indevido desassossego causado pelo vizinho barulhento e insensível.

Mostrando a ligação dos princípios constitucionais com as cláusulas gerais, mostra ROSA MARIA NERY que a dignidade do ser humano é princípio fundamental que penetra a idéia de pessoa natural e, assim, a idéia de sujeito, senhor dos atos jurídicos, tornando-se por isso, um princípio de Direito Privado, inspirando conduta de

quem realiza atos e negócios jurídicos e, em conseqüência, as condutas que estabelecem cláusulas gerais ¹⁶⁸.

Aprofundando sua preocupação com o tema em sua obra de livre-docência, ROSA NERY enfatiza que na interpretação das condições negociais, ou dos contratos, muitas vezes não se atenta convenientemente ao princípio da dignidade humana, que não é invocado no manuseio das técnicas do direito privado, “na hora em que se impõe o pão-pão, queijo-queijo”; não se faz o necessário contraponto ao princípio da autonomia privada, em suma ¹⁶⁹.

E é importante notar, e volta-se a dizê-lo, que o princípio da dignidade deve ter aplicação concreta às lides processuais, pois nada falta a regulamentá-lo ou explicá-lo. É efetivo, em suma. Num sistema aberto a boa-fé concretiza a dignidade humana no campo obrigacional, dado o vínculo que se deve formar entre o Direito Civil e a Constituição, nesse âmbito, tendo-se sempre como valor maior o princípio fundamental constitucional ¹⁷⁰.

Por isso que se houver colisão entre os princípios da dignidade do ser humano e o da autonomia privada, se um tiver que ser sacrificado para que o outro prevaleça,

¹⁶⁸ “Noções Preliminares de Direito Civil”, Edit. RT, 2002, p.111. A ilustre Desembargadora paulista vincula mesmo o princípio da dignidade humana como inspirador da cláusula geral segundo a qual os contratos devem atender sua função social (Código Civil, art. 421).

¹⁶⁹ “Vínculo Obrigacional: ...”, 2004, São Paulo, pp.235/236. Frisa-se que a dignidade humana é princípio lembrado como ideário a ser cumprido por entidades filantrópicas, pelo Estado, por ONGs, etc., em práticas humanitárias politicamente corretas várias, esquecendo-se porém de sua aplicação às técnicas jurídicas do direito privado, nas quais juristas “técnicos” aplicam a lei com rigor, citando-se os “contratos que oprimem” como exemplo (fl. 237) do que, para nós, é situação que não só fere a dignidade humana, como caracteriza o abuso ao desatender à boa-fé objetiva.

¹⁷⁰ Bem posto pelo Procurador de Justiça mineiro NELSON ROSENVALD (“O Princípio da Boa-Fé”. Artigo em “Doutrina Jurídica Brasileira”; Caxias do Sul, Edit. Plenum, 2004; 1 CD-ROM. ISBN 85-88512-01-7) que “cogitando de um sistema aberto, cuja supremacia axiológica é referida pela dignidade da pessoa humana, o direito civil e a Constituição manterão intenso vínculo comunicativo, com repercussão material dos princípios que lhes são comuns. Nesta constante travessia, a boa-fé é sentida como a concretização do princípio da dignidade no campo das obrigações”.

não se tem dúvida alguma em dizer que o princípio maior, a corporificar um direito fundamental, é o que deve prevalecer, em situação análoga à do artigo 335 do Código Civil português, ao estabelecer em seu item 2 – ao tratar da colisão de direitos – que “se os direitos forem desiguais ou de espécies diferentes, prevalece o que deva considerar-se superior”¹⁷¹.

Ou seja, sopesados os direitos em conflito, verificada num caso concreto a ocorrência de abusividade contratual, a ferir a dignidade da parte contra quem havido o abuso, não poderá prevalecer o que foi pactuado pelas partes, pois o peso maior é o do direito fundamental violado – e que é, repita-se, autoaplicável, eficaz em sua incidência aos casos concretos nos quais configurada a abusividade. O princípio da autonomia privada cede ao da dignidade humana que, na espécie, manda reprimir e nulificar o abuso contratual¹⁷².

¹⁷¹ Ao contrário do item 2, o item 1 do artigo 335 do Código Civil lusitano afirma a não exclusão de direitos que colidam, quando iguais ou da mesma espécie, hipótese em que “devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes”.

¹⁷² Em minudente artigo denominado “O Chamado Direito Civil Constitucional” (in “A Reconstrução do Direito Privado”, Edit. RT, São Paulo, 2002, pp. 174/210), o Advogado gaúcho GABRIEL MENNA BARRETO VON GEHLEN mostra que, como conseqüências dos chamados mandamentos de otimização de Robert Alexy (“Theorie der Grundrechte”), não se admitem mais normas programáticas, incidindo a eficácia da regra com a ocorrência do suporte fático e buscando-se o máximo de efetividade do princípio – sem que se precise da boa vontade do legislador ordinário para concretizar a norma constitucional. Quanto às hipóteses de colisão, os princípios não excluíram um ao outro, satisfazendo-se ambos, um mais que o outro, otimizados, conforme o peso de cada um; a nosso ver, porém, nas hipóteses de abuso contratual não há como serem otimizados (aqui, no sentido de harmonizados) princípios de peso diferente, já que, ferida a dignidade humana e caracterizado o abuso, a cláusula respectiva é nula, simplesmente, por isso inexistindo coexistência possível.

34. IDEOLOGIZAÇÃO DO ABUSO

Uma visão ideológica do direito é fundamental para que se aceite a idéia de seu abuso, pois este pressupõe sempre a perda do equilíbrio, seja do equilíbrio contratual, seja do equilíbrio imprescindível ao desenvolvimento regular das relações sociais.

E a idéia de equilíbrio está intrinsecamente ligada à noção do justo, aspecto que depende de um posicionamento subjetivo por parte do intérprete, vinculado ou condicionado a valores éticos perseguidos – condicionamento que ocorre mesmo em face de uma visão positivista de direito, como o reconhece HANS KELSEN, ao falar da mudança da ciência jurídica burguesa da Teoria Natural para o Positivismo¹⁷³.

Ora, a perseguição a valores éticos é essencialmente ideológica, não podendo ser de modo algum neutra ou equidistante de uma tomada de posição pessoal do julgador em face do caso concreto. Para decidir se houve excesso, se o limite de exercício de direito foi extrapolado na hipótese examinada, deve o intérprete,

¹⁷³ "... Porém, por mais radical que esta mudança tenha sido, ela jamais foi completa. O direito não mais foi considerado uma categoria eterna e absoluta; reconheceu-se que seu conteúdo passa por uma transformação histórica e que como direito positivo é um fenômeno condicionado por circunstâncias de tempo e espaço. Mas a idéia de um valor absoluto de direito não se perdeu de todo, pois vive ainda na firme idéia ética de justiça, conservada pela ciência de direito positivista. §: Mesmo que a diferença entre justiça e direito seja enfaticamente acentuada, esses dois termos permanecem, entretanto, ligados entre si por fios mais ou menos visíveis. §: Para ser "direito", ensina-se, deve a ordem positiva estatal ter alguma participação na justiça, seja realizando um mínimo ético, mesmo que se trate de uma tentativa, seja – embora de modo insuficiente – um direito justo; para ser um "direito", o direito positivo deve corresponder, de algum modo, mesmo modesto, à idéia de direito. §: Mas, como o caráter jurídico da ordem estatal é considerado evidente, sua legitimação é assegurada por essa teoria jurídica dos mínimos morais, que é apenas uma Teoria de Direito Natural minimizada" ("Teoria Pura de Direito", tradução de J. CRETELLA JR e AGNES CRETELLA, Edit. RT., 3ª ed., São Paulo, p. 2003, p. 66). Apesar disso, com todas as letras diz KELSEN que sua Teoria Pura do Direito é antiideológica, pois apresenta o direito como ele é, sem legitimá-lo como justo ou desqualificá-lo como injusto; indaga-se do real e do possível, não do direito justo (ob. cit., p. 62).

necessariamente, posicionar-se subjetivamente, o que sempre implicará matiz ideológica, na busca do equilíbrio contratual ou das relações sociais em conflito. Tudo, em suma, fundamentado na idéia ética de justiça de que, fala MIGUEL REALE, juntamente com a socialidade são os princípios que presidiram a feitura do novo Código Civil ¹⁷⁴.

Defende-se, porém, e com ênfase, que a eticidade, buscada pelo Código Civil não é aquela da vontade e da liberdade individuais, preconizada no diploma de 1916, e sim a ética da responsabilidade solidária e da priorização da dignidade da pessoa humana.

Defende-se também que a busca do justo passa pela repressão ao abuso, como já parecia ao belga L. CAMPION ¹⁷⁵, ao concluir sua obra sobre o abuso de modo entusiasmado: “Quant à nous, nous pensons avoir servi fidèlement deux idéaux: la solidarité humaine et l’ordre dans la justice”.

¹⁷⁴ "Estudos Preliminares do Código Civil", cit., p.36.

¹⁷⁵ "La Théorie de L'Abus des Droits", Librairie Générale de Droit, Paris, 1925, p. 343: "La tâche que nous étions assignée est ainsi achevée. La théorie de l'exercice antisocial des droits ainsi comprise parait être l'un des faits les plus caractéristiques des transformations juridiques modernes. Elle est la plus vaste parmi les théories contemporaines soumises aux juristes. Elle touche à la théorie du risque, englobe la théorie de la cause, celle de l'imprévision et celle aussi du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle". É a amplitude que também vislumbramos no instituto, contratual e extracontratualmente.

35. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E ABUSO

O princípio da proporcionalidade nasce no Direito Administrativo, no contexto do Poder de Polícia, destacado por Otto Mayer que "a condição da proporcionalidade, inerente a todas as manifestações do poder de polícia, deve produzir seu efeito também ao zelar pela boa ordem da coisa pública ("guter Stand des Gemeinwesens"), guardando a conduta reguladora do Estado, como medida de intensidade, as exigências ditadas pelo interesse público, sem constranger o indivíduo a suportar restrições além do grau necessário à satisfação do bem estar da comunidade"¹⁷⁶.

Mostra-nos DAVID DINIZ DANTAS que a proporcionalidade surge como uma necessidade de solução de um problema prático, qual seja, a conciliação entre dois ou mais princípios constitucionais que conflitem em um caso concreto¹⁷⁷. Como, pelo princípio da unidade da Constituição, inexistente hierarquia que priorize aprioristicamente este ou aquele princípio, a proporcionalidade surge para que se atinja a concordância prática entre o que chamamos em outro ponto do trabalho de direitos em colisão. Por

¹⁷⁶ "Le Droit Administratif Allemand". Paris: V. Giard & E. Brière, 1904, vol. II, p. 60: "..la condition de la proporcionalité, inhérente à toutes les manifestations du pouvoir de police, doit produire son effet"; "apud" Juarez Freitas, in Parecer sobre a Emenda Constitucional nº 40, à Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul – AJURIS, 16.12.2003, não publicado; p. 19; Juarez Freitas no parecer retro citado, lembra a expressão de Fritz Fleiner, para quem " a polícia não deve utilizar canhões para abater pardais" ("Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts". Tübingen: Scientis Verlag aalen, 1963, p. 404: "Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen"). Aponta, corretamente, que "Com a mesma energia que realçou a estrutura teleológica dos preceitos normativos (= toda lei pressupõe uma finalidade), a doutrina sublinhou, sem hesitar, que os fins inerentes às normas deveriam ser perseguidos dentro e nas fronteiras da proporcionalidade"; p. 20;

¹⁷⁷ Ob. Cit., pp.265/268. "In verbis": "É precisamente no tocante aos conflitos entre normas constitucionais – especialmente normas de direitos fundamentais – que o denominado "**princípio da proporcionalidade**" mostra toda sua virtualidade prática como "princípio de interpretação": em situações reais em que bens jurídicos igualmente elevados ao *status* de dignidade constitucional, encontram-se em antagonismo. A proporcionalidade e a razoabilidade são os critérios argumentativos utilizados pelo intérprete para restringir a aplicação de determinado direito fundamental".

meio da proporcionalidade privilegia-se um determinado princípio no caso concreto, mas sempre procurando-se respeitar o “núcleo essencial” do princípio perdedor, já que, ao contrário do conflito entre normas-regras, em que vige o postulado “all or nothing”, no conflito entre princípios um é aplicado, mas o outro permanece vigorando – embora inaplicável naquele determinado caso concreto.

Apesar de nascido no Direito Público, e aplicado nas principais nações européias¹⁷⁸, é inegável a importância de tal princípio no Direito Privado, nas relações obrigacionais entre particulares, já que inere à proporcionalidade a manutenção do equilíbrio contratual, a inexistência, “v.g.”, de lesão ou de onerosidade excessiva a qualquer das partes – circunstâncias que, ocorridas, são demonstrações concretas de desproporção, nas quais pode estar contido o abuso.

Em sua já citada tese de livre-docência, analisa ROSA MARIA NERY¹⁷⁹ como foi difícil o caminho para que, entre nós, a cultura jurídica admitisse a proporcionalidade no direito de obrigações, já que partimos de uma estrutura legislativa completamente atrasada, distante da evolução jurídica cultural da Europa, à época, com leis altamente protetivas dos credores – até mesmo permitindo a usura livremente, na lei de 24 de outubro de 1832 (§ 1º: “o juro ou premio de dinheiro, de qualquer espécie, será aquella que as partes convencionaram”) – e com uma visão

¹⁷⁸ Na França, por exemplo, anota PAULO BONAVIDES (“Curso de Direito Constitucional”, Malheiros Editores, São Paulo, 8ª ed., p. 377) que embora o princípio não seja nominalmente empregado no Direito Constitucional, no entanto é comum o uso do termo proporção pela justiça administrativa, principalmente em questões relacionadas com os limites do poder discricionário da Administração (“pouvoir discrétionnaire” e “détournement du pouvoir”). Na Alemanha, anota BONAVIDES dois julgamentos paradigmáticos quanto à proporcionalidade, o “Luth-Urteil”, de 15 de janeiro de 1958, respeitante ao direito de opinião, e o “Apotheken-Urteil”, de 11 de junho do mesmo ano, concernente ao livre exercício de profissão, e suas limitações, em ambos os casos tendo o Tribunal de Karlsruhe firmado interpretação sobre direitos fundamentais com base no aludido princípio, formado pelos elementos adequação, necessidade e proporcionalidade “stricto sensu”.

¹⁷⁹ Ob. cit., Capítulo “O direito brasileiro e a proporcionalidade no direito de obrigações”, pp. 121/138.

dos juízes aprioristamente contrária aos devedores, sem qualquer consideração, por exemplo, à base objetiva do negócio jurídico fora das relações mercantis, mormente no artigo 131 do Código Comercial ¹⁸⁰.

Na mesma obra chega-se à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mormente decisões relatadas pelo eminente civilista RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, que enfrentou de modo claro e sem meias palavras a desproporcionalidade de situações jurídicas diversas, como as prestações devidas por empréstimos bancários tomados (STJ, 4ª Turma, REsp. nº 401.011-GO, j. 29.5.2003, DJU 13.6.2003 – decisão monocrática em que se enfatiza a necessidade do intervencionismo judicial nos contratos quando suprimida a liberdade de escolha por parte do devedor dos bancos, sujeito a todo tipo de taxas escorchantes). E, após citar outras tantas decisões do então Ministro do STJ (tese, pp. 161/172), de inegável visão progressista, conclui-se no entanto que viceja entre nós uma falsa noção de descumprimento dos contratos, possibilitando intolerável desproporção nas prestações devidas, com “o surgimento de uma casta que se beneficia dos negócios e uma multidão dos que se escravizam com a realização dele, gerando desigualdades” (p.173).

¹⁸⁰ Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

- 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;
- 2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas;
- 3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato;
- 4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras;
- 5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.

As questões expostas mostram a necessidade de se prestigiar o princípio da proporcionalidade – repita-se, nascido no Direito Público para atenuar o poder do Estado contra os particulares – também no Direito Privado, pois obrigações desproporcionais são desviadas de sua função social e de sua finalidade de direito, além de ferirem a boa-fé objetiva, podendo em consequência caracterizar abusividade e, nessa medida, justificar a intervenção do Poder Judiciário no cumprimento dos contratos ¹⁸¹.

¹⁸¹ Tome-se o seguinte acórdão do STJ, também relatado por RUY ROSADO DE AGUIAR JR.: “A cláusula que permite a retenção de 90% das parcelas pagas durante a vigência do contrato, mesmo em não se aplicando a regra do CDC 53 para as relações estabelecidas antes da vigência do CDC ou para as relações que não sejam de consumo, deve ser considerada abusiva, reduzindo-se o direito de retenção a 10% dos valores pagos, aplicando-se “in casu” o CC 413” (STJ, 4ª Turma, REsp. 57789-6-SP, j. 25.4.1995, v.u., DJU 12.6.1995) – grifei. A importância do julgado está no enquadramento de uma cláusula penal visivelmente desproporcional como abusiva, independente de se estar ou não diante de uma relação consumerista, aplicando-se a regra de proporção e equidade do atual artigo 413 do Código Civil para solução do caso concreto (413: “A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”).

36. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL

Também recebe tratamento constitucional o princípio da solidariedade, no artigo 3º, ao preceituar ser objetivo fundamental da República a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”.

O dever constitucional de solidariedade social não poderá limitar-se a um estado interior, a um sentimento de amor entre os cidadãos, devendo, ao invés, traduzir-se “em formas efetivas de aproximação, em que ao conflito se faça substituir a confraternização e a colaboração”, como com correição ensina CELSO RIBEIRO BASTOS¹⁸². Daí porque de nada adiantaria a lei maior apontar como diretriz a solidariedade se esta não pudesse espalhar-se também no âmbito do direito privado, alcançando as relações jurídicas correspondentes – por exemplo, na exigência de um comportamento contratual regido pela boa-fé objetiva, cujas características impõem conduta leal, cooperativa e solidária, como é cediço na doutrina e jurisprudência nacionais e estrangeiras.

Em substancioso artigo no qual relaciona mercado e solidariedade social, JUDITH MARTINS-COSTA defende que a expressão “deveres que decorrem da solidariedade social” possui largo espectro de aplicação, dada sua ampla vagueza semântica, relacionando sua atuação em normas jurídicas que implementam planos econômicos, certas regras tributárias, preceitos de direito administrativo, urbanístico, previdenciário e, especificamente no campo do direito privado, em regras de direito de família, nas normas que consagram a responsabilidade objetiva, etc.¹⁸³. Quando se

¹⁸² “Comentários à Constituição do Brasil”, 1º volume, CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS; Edit. Saraiva, São Paulo, 1988, p. 445. Acentua-se a necessidade de se superar uma concepção egoísta de vida, para melhor enfrentar as dificuldades e os antagonismos decorrentes das fraquezas humanas.

¹⁸³ “A Reconstrução do Direito Privado”, ob. cit., pp. 628/629. A necessidade de se dar eficácia ao objetivo constitucional é enfatizada pela autora, ao expor que a existência de deveres decorrentes da solidariedade social impõe-se ao intérprete constitucional, “à medida que não seria admissível considerar as suas normas como vazias de significado e eficácia verdadeiramente normativas, devendo-se, por isso mesmo, buscar a sua concreção” (p. 628).

fala em responsabilidade objetiva, particularmente, vemos a relação possível da solidariedade com o abuso, ou nas relações contratuais em geral, no abuso por oportunismo de quem se aproveita das más condições financeiras do devedor para firmar com ele uma renegociação excessivamente onerosa, por exemplo em um mútuo bancário (aproximando-se aí do instituto da lesão, sem que necessariamente os requisitos de configuração desta encontrem-se presentes).

No mesmo sentido, ROSA NERY correlaciona a proibição do abuso como decorrência do princípio constitucional da solidariedade social, na imposição a uma parte de não se aproveitar excessivamente da fraqueza da outra; anota que a solidariedade inspira a noção de função do Direito que, por seu turno, faz emergir nos institutos jurídicos uma vida nova, que se comunica por valores que se tornam prevalentes ¹⁸⁴. Tem-se aí a mesma idéia que defendemos, no sentido da necessária valoração principiológica para se aceitar a figura do abuso, impossível numa visão estritamente positivista; e é ainda o que a mesma autora mostra da importância do sentido da solidariedade, “na medida em que o sistema de Direito Privado se expande na mesma cadência em que se alarga a idéia de ordem pública”.

Em suma, tem-se que o princípio constitucional da solidariedade, previsto como objetivo fundamental da República em seu artigo 3º, tem relação direta e aplicabilidade concreta no sistema aberto do Código Civil, especificamente no que concerne ao abuso do direito ligando-se à sua repressão, em nome da prevalência social dos interesses protegidos e, portanto, da prevalência ética do equilíbrio contratual.

¹⁸⁴ Tese de livre-docência, citada, p. 279.

37. TRIDIMENSIONALIDADE

A figura do abuso do direito apareceu, justamente, como noção demonstrativa da imperfeição da lógica jurídica tradicional, que não vislumbra alternativa entre as categorias da licitude e da ilicitude, afirmando a ocorrência do ato abusivo entre os atos proibidos, no sentido técnico de atos ilícitos, e os atos permitidos, no sentido técnico de atos lícitos. Para CUNHA DE SÁ mostra-se como um terceiro gênero, de um ato juridicamente proibido ao lado do ato ilícito¹⁸⁵ (para nós é ilícito objetivo, como já exposto).

Afastando-se dessa lógica jurídica tradicional, somente numa visão tridimensionalista do direito é possível conceber-se a repressão ao abuso do direito, já que, necessariamente, examina-se a realidade fática a partir de um juízo axiológico, valorativo da conduta que se imputa como abusiva em face de um aparente bom direito. Uma visão unidirecional exaure-se na norma e uma visão bidirecional no enquadramento norma-fato, silogisticamente, sem possibilitar o exame do que DINO PASINI, citado por MIGUEL REALE, chama de visão integral da realidade do direito, após distinguir na realidade jurídica um momento teleológico ou funcional que, claramente, como valor, é o que possibilita a análise de um comportamento alegadamente abusivo, a nosso ver¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Ob. cit., p. 332.

¹⁸⁶ "Por sua vez, DINO PASINI distingue na realidade jurídica um momento condicionante ou situacional (o fato), um momento normativo ou estrutural (a norma) e um momento teleológico ou funcional (o valor)

E o próprio Mestre Reale, ao esclarecer pontos da tridimensionalidade do direito específica que defende, torna claro que a norma jurídica não pode ser interpretada abstraída dos fatos e valores que condicionaram o seu advento, nem dos fatos e valores supervenientes, bem como da totalidade do ordenamento em que ela se insere. E a sentença, afirma, deve ser compreendida como uma experiência axiológica concreta e não apenas como um ato lógico redutível a um silogismo – afirmação que, para nós, é essencial para a interpretação e solução do comportamento abusivo, o qual, repita-se, carece de significado numa visão que não abranja o valor enquanto aspecto teleológico ou funcional da realidade jurídica ¹⁸⁷.

sublinhando – e com essa observação situa-se ele na perspectiva do que eu denomino "tridimensionalidade específica" – que a consideração desses aspectos particulares não nos deve fazer esquecer a visão integral da realidade do direito"; "Vita e Forma nella Realtà del Diritto", Milão, 1964; "apud" MIGUEL REALE, "Teoria Tridimensional do Direito", Ed. Saraiva, 1979, 2ª ed., São Paulo, p. 30.

¹⁸⁷ "Teoria Tridimensional..", p. 62. Importa ainda frisar o conceito exposto de experiência jurídica "como modalidade de experiência histórico-cultural, na qual o valor atua como um dos fatores constitutivos dessa realidade (função ôntica) e, concomitantemente, como prisma de compreensão da realidade por ele constituída (função gnoseológica) e como razão determinante da conduta (função deontológica)" (p. 63). Esse último aspecto, ao se apontar o valor como razão determinante de conduta, é essencial para a aceitação da teoria do abuso do direito, impossível de ser pensada sem o plano axiológico, ao menos em sua natureza finalística, como apresentada pelo Código Civil – pois o abuso pressupõe sempre interpretação valorativa do comportamento examinado, para se concluir pelo eventual excesso ou desvio de seus fins.

38. A TIPICIDADE DO ILÍCITO CIVIL NOS SISTEMAS ABERTOS: SUA RELAÇÃO COM O TRIDIMENSIONALISMO JURÍDICO

Ainda que o Código Civil não tivesse expressamente afirmado a ilicitude do ato abusivo, para nós o ilícito ocorreria do mesmo modo, já que – defende-se – não é ilícito apenas o que a lei diz ser, característica dos tipos fechados, tradicionais, mas também são ilícitos os atos que violam princípios, numa concepção sistêmica, defendida por FELIPE PEIXOTO BRAGA NETTO em dissertação segura sobre o tema ¹⁸⁸ e que implica a atipicidade dos ilícitos civis – só o direito penal, na verdade, exige a previsão específica do ilícito ¹⁸⁹.

O ilícito o é pelo resultado, o que pode ocorrer ainda que não haja previsão específica na lei configurando-o como tal. Trata-se de concepção muito mais consentânea com o sistema aberto adotado em geral na atualidade brasileira – por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor – e, em particular, no Código Civil pátrio.

¹⁸⁸ “Teoria dos Ilícitos Civis”, editora Del Rey, Belo Horizonte, 2003, p. 72/74. O autor, pernambucano, enfatiza com propriedade que a concepção tradicional tem o evidente defeito de imobilizar o direito, apontando que “engessar os ilícitos possíveis, subordinando-os ao legislador, seria esvaziar a densa carga valorativa dos princípios, porquanto estariam desprovidos de eficácia determinante”. É o mesmo problema da concepção do ilícito atrelado à noção de culpa, necessariamente, do que se discorda em outro ponto do trabalho.

¹⁸⁹ Como é cediço, no Direito Penal só pode haver ilícito com expressa previsão legal, dado o princípio “nullum crimen, nulla poena sine praevia lege” – o princípio da reserva legal. Nesse caso, o tipo fechado para as normas penais é essencial à própria manutenção do Estado de Direito, uma conquista histórica contra o arbítrio, motivos históricos que em nada se correlacionam com o Direito Civil, no qual, ao contrário, o alargamento da noção de responsabilidade civil, por exemplo na admissão da teoria objetiva, é que representa uma conquista histórica de vulto. O ilícito no sistema aberto é o avanço, não a rígida tipicidade do sistema fechado.

Por esse sistema, como se sabe abre-se ao juiz a possibilidade de dar concreção às situações fáticas partindo-se não só da literalidade da lei, mas de princípios, cláusulas gerais e conceitos funcionalmente determinados ou indeterminados nela expressos, declaradamente um dos objetivos buscados pelo novo Código Civil, segundo dito por seu maior responsável ¹⁹⁰.

A conduta do juiz, ao dar concreção ¹⁹¹ a conceitos abertos, indeterminados, é eminentemente ética e axiológica. Uma ótica positivista, típica do Código Civil de 1916, de modo algum permitiria seja aferir o ilícito objetivo, independente de culpa, seja admitir o ilícito atípico, sem definição específica em lei.

Esse aspecto – a atitude ética e axiológica do juiz na análise do abuso – é realçado pelo jurista peruano SESSAREGO, que após defender que o direito só pode ser apreendido como uma unidade conceitual a partir da integração dinâmica das três dimensões (“la coexistencial, la forma y la axiológica”), afirma que o desvio de direito de sua finalidade específica se deve ao mau uso que determinados setores de seres

¹⁹⁰ O maior responsável pelo atual Código Civil, MIGUEL REALE, em obra editada no decorrer de seu trâmite, dizia de forma precisa que o objetivo de concreção “impõe soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com freqüente apelo a conceitos integradores da compreensão ética, tal como os de boa-fé, equidade, probidade, finalidade social de direito, equivalência de prestações etc., o que talvez não seja do agrado dos partidários de uma concepção mecânica ou naturalística do direito, mas este é incompatível com leis rígidas de tipo físico-matemático. A “exigência de concreção” surge exatamente da contingência insuperável de permanente adequação dos modelos jurídicos aos fatos sociais “in fieri” (“O Projeto do Código Civil”, Editora Saraiva, São Paulo, 1986, p.84). Este trecho mostra claramente que a repressão ao abuso, tornada concreta por análise casuística do juiz, em atenção justamente à finalidade social do direito, à boa-fé e aos bons costumes, só pode ocorrer por meio da aceitação de teorias jurídicas que realcem os valores postos em conflito, de que é exemplo a teoria tridimensional realiana: fato, valor e norma, integrados, permitem a concreção ansiada, já que o exercício valorativo é imprescindível para a definição a cada caso do ato abusivo.

¹⁹¹ O termo concreção é polêmico, pois há quem prefira “concretude”, como assinalado por MIGUEL REALE. Mas o consagrado mestre, humanamente, ao decidir-se por concretude (ob. cit., p.13) equivoca-se ao dizer que o “Dicionário do Aurélio” não registra “concretude”, pois o termo está, sim, anotado como “qualidade de concreto”, mesmo sentido apontado para concretude (“Novo Dicionário Aurélio”, Ed. Nova Fronteira, 2ª ed., 1986, pp. 447 e 448).

humanos fazem do ordenamento jurídico, em contraste com as exigências da vida humana em sociedade e das exigências axiológicas ¹⁹².

¹⁹² CARLOS FERNANDEZ SESSAREGO, "Abuso del Derecho", Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1992, pp. 46/49. Confira-se: "La desviación del derecho de su específica finalidad social se debe al mal uso que hacen, determinados sectores de seres humanos, del aparato normativo en contraste con los requerimientos de la vida humana social y de las exigencias axiológicas. Es una distorsión que no niega el valor y la función del derecho, sino que sólo nos muestra una desviación normativa que debe superarse. No significa el fracaso del derecho sino solamente lo que debería ser una transitoria inadecuación entre sus elementos, buscada y querida por un determinado grupo para privilegiar injustamente ciertos particulares intereses en el seno de la comunidad. Es una situación que la colectividad vivencia como contraria a los valores jurídicos y que debe necesariamente cambiarse mediante una acción concertada de las fuerzas sociales, a través de la presión de la opinión pública, utilizando mecanismos jurídicos. La lucha por el derecho es, por ello, un cotidiano y constante afán del hombre".

39. TEORIA DO VALOR E ABUSO

Impossível admitir-se a constatação do abuso, para sua posterior supressão, sem valorar as normas jurídicas, até porque o processo mental do intérprete em primeiro lugar dá às coisas um determinado valor, para só então penetrar em considerações de ordem teleológica – momento em que, ponderando, sopesando situações, decidirá a favor de uma das partes, ou seja, daquela de valor prevalecente a seus olhos.

Fatos e leis subsumidos em silogismo simples, numa operação bidimensional não chegam ao abuso, porque este implica a noção de excesso, de desvio de finalidade social na conduta do agente, de ofensa aos bons costumes ou à boa-fé, e tais questões exigem análise eminentemente axiológica, valorativa do comportamento sob exame. Se construo em minha propriedade de modo a tirar a visão de meu vizinho, o mero fato de construir não me permite admitir o excesso eventual de minha conduta, o que só ocorrerá se e quando fizer o intérprete a valoração do comportamento em relação aos interesses em jogo, em relação às motivações que originam os argumentos de cada qual.

Ou seja, valorada a situação é que se poderá, em momento ulterior, dizer se a finalidade da norma foi ultrajada ou não. A mera constatação objetiva de que A construiu vizinho a B, tapando-lhe a vista, não fornece nenhum elemento, nenhum subsídio de decisão ao julgador, no tocante a eventual abuso, se este não se dispuser

a analisar o comportamento e as motivações de A e B (mesmo que legítimas, porém, do risco criado poderá caracterizar-se o abuso) – e isto pressupõe uma escala axiológica, feita a qual se poderá concluir pela ocorrência do abuso do direito (de construir) e conseqüente desfazimento do ato, ou sujeição a perdas e danos.

É nesse sentido, e não do de se ter como presente apenas a teoria subjetiva para a hipótese, que se deve entender o comando normativo do art. 1228, § 2º, do Código Civil, ao proibir ao proprietário os atos que não lhe tragam comodidade e utilidade e que sejam animados por intenção de prejudicar outrem – ou seja, é preciso valorar a conduta do proprietário, seu ânimo e seus interesses em se conduzir de certo modo, produzindo determinadas conseqüências. É o que nos levou a propor, sendo aprovado por unanimidade, o enunciado nº 49 da Jornada de Direito Civil do STJ ¹⁹³, nos seguintes termos: “A regra do art. 1228, § 2º, do novo Código Civil interpreta-se restritivamente, em harmonia com o princípio da função social da propriedade e com o disposto no art. 187”. Em outra parte do trabalho, ocupamo-nos do tema com maior profundidade.

A própria relativização de um direito, para se ter seu exercício como inaplicável ou incabível a determinada hipótese, por abusivo, pressupõe uma análise tridimensional, de fato, valor e norma envolvidos, pois dessa ponderação valorativa é que se dará a conclusão da ilicitude da conduta (por abuso) ou não.

¹⁹³ A Jornada de Direito Civil ocorreu de 11 a 13 de setembro de 2002 e destinou-se a interpretar normas e postulados diversos do Código Civil sob “Vacatio Legis”. Foi promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no Superior Tribunal de Justiça, sob coordenação científica do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior.

40. ABUSO E CAPITALISMO

Embora o abuso contratual esteja ligado intrinsecamente ao capitalismo econômico, já que grandes empresas - mormente financeiras - são no mais das vezes a parte mais forte no contrato, a impor cláusulas que se mostram leoninas e, por isso, abusivas, é de se perguntar que espécie de capitalismo é o que acompanha o desequilíbrio contratual característico do abuso.

O capitalismo "vale tudo", denominado de "fordismo" por Walter Russel Mead¹⁹⁴, em alusão a Henry Ford e que traduz um capitalismo altamente competitivo e no qual o mais importante é o lucro, não a igualdade nas relações negociais, é o que ainda vigora predominantemente entre nós, nada obstante a edição de importantíssimas normas de avanço, como o Código de Defesa do Consumidor ou leis de proteção ambiental. É nesse tipo de capitalismo que floresce a ambição do lucro

¹⁹⁴ "Power, Terror, Peace and War: America's Grand Strategy in a World at Risk"; Alfred A. Knopf, 2004, citado por Nelson Ascher na "Folha de São Paulo" de 21.06.2004, página E6, com o seguinte comentário: "O capitalismo que vigorou durante quase todo o século 20 nos EUA e que, aproveitando um termo usado pelos marxistas, Mead chama de "fordismo" consistia numa combinação, em boa parte administrada pelo Estado, de produção e consumo em massa. No entanto, "a era da regulamentação, igualdade de renda, planejamento estatal e estabilidade tem dado gradualmente lugar a uma nova forma de capitalismo", algo que ele batiza de "capitalismo do novo milênio" (millennial capitalism). Este, que se desenvolve por causa da / e paralelamente à globalização, além de mais dinâmico e produtivo, é mais arriscado e apavorante sobretudo aos olhos do resto, ainda fordista, no mundo" (..) "Enquanto o capitalismo do novo milênio se desenvolve e promete mais oportunidades para os países pobres, as nações onde prevalece o fordismo se agarram com unhas e dentes ao sistema que, num século politicamente conturbado, garantiu-lhes alguma segurança". Nem é preciso frisar que, por aqui, o capitalismo que se deseja é ainda o da socialização dos prejuízos e privatização dos lucros, como a criação de mecanismos como o pagamento pelos consumidores de energia elétrica de "seguro apagão" ou o Proer, para bancos falidos, não nos deixa esquecer, e independente de sua justificação econômica ser adequada ou não.

desmedido, finalidade em si mesmo e, portanto, a prevalecer sobre sentimentos humanitários de solidariedade e de lealdade contratuais.

O que o autor norte-americano chama de "millennial capitalism", ou capitalismo do novo milênio, ainda não aportou inteiramente por aqui, por isso sendo indispensável a doutrina do abuso para reprimir os excessos do que também se denominou "capitalismo selvagem", de um certo modo atenuado no Brasil, juridicamente, com as recentes normas protetivas dos hipossuficientes e imposição às partes da função social do contrato; mas sempre necessitada, essa proteção, da intervenção do Judiciário na concreção dos princípios e regras estabelecidos - utópico imaginar que, espontaneamente, compadeçam-se os grandes conglomerados econômicos da situação pessoal dos que com eles contratam ou dos prejuízos sociais que causem.

A intervenção estatal é fundamental: "Intervindo o Estado em toda condição de vida, afastado que está o pleno liberalismo (o deixar passar e o deixar fazer), a autonomia da vontade não mais pode ser considerada hoje como no começo do século XX, porque a inflexibilidade da concepção liberal traz em si profunda injustiça, por estar sustentada em dogmas e ficções. A igualdade e a liberdade, tratadas de forma absoluta, são quimeras. Nenhuma pessoa é igual à outra, nem livre totalmente. Há sempre algum ponto que indica severas diferenças e a vida em comunidade exige seja coarctada a vastidão do que alguém pretende elaborar, cerceando a liberdade em prol da vida em comunidade. A intervenção estatal nas negociações econômicas faz com que o Estado-legislador e o Estado-juiz sejam chamados permanentemente a modificar o que as partes contrataram para encontrar o justo equilíbrio em dada

situação. Não que a autonomia da vontade deixe de ser o elemento que move a circulação de riquezas, mas, no mundo hodierno, ela tem papel reduzido" ¹⁹⁵.

¹⁹⁵ ANTONIO JEOVÁ SANTOS; "Função Social, Lesão e Onerosidade Excessiva", Edit. Método, São Paulo, 2002, página 40. Em sentido oposto, lembra o juiz paulista que os irmãos Mazeud chegaram a afirmar que o dirigismo contratual caracterizar-se-ia como um atentado à liberdade de contratar, visão típica do voluntarismo contratual absoluto, que tinha no princípio "pacta sunt servanda" espécie de dogma infalível e inquestionável.

41. ABUSO DO PODER ECONÔMICO: INTERVENCIONISMO E “CUSTO BRASIL”

O abuso pode-se dar também através do abuso do poder econômico, “v.g”., quando uma empresa, aparentemente em conformidade com a lei, adquira outras de modo a constituir monopólio virtual sobre determinado produto ou mercadoria. Exemplos recentes são a formação da Ambev, ou a compra da fábrica de chocolates Garoto pela Nestlé, ambas as situações tendo sido objeto de polêmicas e acirrada discussão sobre os limites impostos à participação no mercado das empresas adquirentes (no caso da Nestlé) ou formadas por fusão (no caso da Brahma e Antártica, formando a Ambev).

Não há dúvida que aí existe o abuso, no desvio da livre iniciativa, em si um direito de “status” constitucional (art. 170, da CF), para uma situação de estrangulamento, de inexistência real da livre concorrência, obstaculizada pelo excessivo poder financeiro de determinados grupos econômicos, em detrimento de outros de menor expressão. Tem-se aí exemplo do desvio de finalidade da proteção ao direito de livre iniciativa, a se tornar antinômico com a livre concorrência e com a solidariedade social na ordem econômica, que deve fundamentar a atividade empresarial.

Em caso específico no qual se discutia a possibilidade ou não de denúncia unilateral de contrato de fornecimento, pela interfuncionalização das empresas

envolvidas, e ao comentar o abuso do poder econômico na conduta da denunciante, ALCIDES TOMASETTI JR. lembra bem que o dispositivo constitucional que informa ser o Brasil uma sociedade solidária não se restringe a mera promessa, mas se estende também aos negócios jurídicos de direito privado, concluindo em parecer sobre a hipótese concreta que a descontinuidade de fornecimento do produto (etileno) configuraria ilícito constitucional pela conduta "anti-solidária, abusiva, e, por consequência, contrária ao ordenamento jurídico ¹⁹⁶".

Essa contrariedade ao direito antepondo-se à livre manutenção ou alteração das regras contratuais mostra a necessidade de impor limites que impeçam ou ao menos dificultem o abuso do poder econômico por quem controle inteiramente frações do mercado, muitas vezes como monopolista de determinado produto ou serviço. Essa condição, de poder extremo, leva facilmente ao abuso do poder contratual, a impor cláusulas caracterizadoras do abuso do direito, seja por contrariarem a boa-fé objetiva, a lealdade que deve nortear a conduta das partes, seja por infração ao dever de solidariedade – que não é simples norma programática despida de eficácia, mas princípio constitucional a ser seguido, endossa-se, também no direito privado.

Essa solidariedade social na ordem econômica é ressaltada também por EDUARDO TEIXEIRA FARAH, em artigo de análise da disciplina da empresa em face de tal princípio, colocando-o como um passo além de uma visão individualista do

¹⁹⁶ Confira-se o raciocínio expendido: "A Constituição Federal de 1988 não encerra apenas uma promessa frustrânea ao prescrever para o Brasil, como um dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, uma "sociedade solidária" (art. 2º, "caput" e n. I, última parte). A solidariedade prescrita na regra constitucional é um dos "valores superiores" (Constituição espanhola de 1978, art. 1.1, "verbis") cuja realizabilidade a projeção cogente da hierarquia normativa porta inclusivamente ao nível dos negócios jurídicos de direito privado" (Revista dos Tribunais 715/96; "Abuso do Poder Econômico e Abuso do Poder Contratual").

justo, cuja concepção tenha por fim último a busca da almejada solidariedade social¹⁹⁷.

É certo que se não for preservado o equilíbrio material nas relações econômicas da sociedade, não se poderá falar em justiça econômica – é aí, livre das peias do intervencionismo estatal que dirija o contrato de modo a diminuir a vulnerabilidade do mais fraco economicamente, que viceja o abuso do poder contratual e, conseqüentemente, o abuso do direito de contratar, com a imposição de cláusulas inadmissíveis em sistema cujos princípios fundamentais asseguram o respeito à dignidade humana (Constituição Federal, art. 1º, inciso III) e à solidariedade e justiça sociais (Constituição Federal, art. 3º, inciso I). O que, aliás, não é exclusividade nossa, sendo, por exemplo, objeto de tratamento constitucional em Portugal e Itália¹⁹⁸.

Esse equilíbrio material nas relações econômicas, porém, não está imune a críticas, quando obtido via revisão judicial das avenças de interesse de grandes corporações. Mesmo em termos de mídias não especializadas, é claro o “lobby” pelo não intervencionismo do Judiciário nos contratos, haja ou não motivos a justificar a

¹⁹⁷ "Infere-se que as regras jurídicas devem, normalmente, espelhar o grau do conceito de justo de determinada comunidade ou grupo social. Esta concepção de justiça média procura adequar e resolver os problemas experimentados por uma sociedade. Desta forma, verifica-se que a evolução dessa concepção de justo na sociedade moderna – ainda preponderantemente individualista – começa, passo a passo, na pós-modernidade" a pressupor um "telos", que alcança a solidariedade social" ("A Disciplina da Empresa e o Princípio da Solidariedade Social"; in "A Reconstrução do Direito Privado", Edit. RT, São Paulo, 2002, p. 674). Segundo a definição aristotélica, tenha-se "telos" como o fim ou a causa final de algum fenômeno.

¹⁹⁸ Como visível contraponto a uma liberdade econômica absoluta, confira-se o Art. 41 da Constituição italiana, a determinar a prevalência da utilidade social da economia e da dignidade humana, bem como o direcionamento da atividade econômica à finalidade social: "Art. 41. L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali". Do mesmo modo o Art. 1º da Constituição lusitana: "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre justa e solidária".

interferência. Infeliz opinião nos dá a seção “Radar”, da Revista Veja de 09.02.2005 (p.33), ao denominar ironicamente “Juízes Heróis” àqueles que procuram a justiça social em seus julgados. Numa mistura incrível de arrogância e ignorância da discussão milenar sobre o conceito de justiça, assim se manifesta o jornalista responsável pela seção, Lauro Jardim: “Há alguns anos, uma pesquisa entre juízes federais revelou que cerca de 70% deles tinham a pretensão de fazer ”justiça social” com suas decisões. Uma empulhação, claro: o juiz que faz ou pretende fazer primordialmente justiça social deixa de fazer justiça. Além de usurpar um mandato que não lhe foi concedido pela sociedade. Na semana passada, esse falso debate voltou tristemente à baila: a Associação Paulista de Magistrados brandiu que suas decisões visam a “erradicar a pobreza””.

Leia-se o que não está escrito: Judiciário confiável é o que não interfere nos contratos, o que não inibe o poder econômico de agir livremente, mesmo que de modo abusivo, na previsão de cláusulas leoninas e potestativas, como a famigerada comissão de permanência ¹⁹⁹. O intervencionismo é levado à conta do “Custo Brasil”, ou seja, na espécie, até que ponto pode-se trazer dinheiro de fora sem que haja “perturbações jurídicas” à tranqüilidade dos investidores e à sua natural voracidade.

¹⁹⁹ Ainda que fosse preferível a pura e simples definição dessa potestatividade, o próprio Superior Tribunal de Justiça sumulou por três vezes a matéria, atenuando a extensão desse injustificável instrumento, que por percentuais inexplicáveis objetiva o mesmo que a correção monetária, mas sempre através de índices irrealistas e extorsivos. São as súmulas 30 (“A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis”), 294 (“Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato”) e 296 (“Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado”).

Importante porém é destacar que as condições puramente potestativas – deixadas ao inteiro arbítrio de uma das partes – continuam vedadas, antes pelo artigo 115 do Código Civil de 1.916, agora pelo artigo 122 do Código Civil, também como forma de evitar o que, no caso da comissão de permanência, significa o abuso “de se fazer, ao inteiro arbítrio, na extensão que se quiser” (o percentual do índice a ser aplicado).

Nada obstante as diversificadas pressões, porém, entende-se que a justiça social pode e deve ser perseguida pelo Judiciário, mormente quando se enfrentem conceitos abertos que necessitam ser interpretados valorativamente para a consecução de suas finalidades. Ou – repisa-se – nenhum sentido faria ou fará o artigo 187 do Código Civil e, por extensão, o presente trabalho.

42. A PRÓPRIA LEI PODE CONTER O ABUSO?

Embora aqui se analise o abuso do direito, tão-só no exercício do direito, é questão intrigante, e sempre atual, se a própria lei pode conter, em si, o abuso, por ser contrária ao direito e à justiça.

Deve-se ter em mente, seja qual for o conceito que se tenha de justiça, que o direito, mesmo o direito positivo, não é senão uma ordem estabelecida para servir a justiça²⁰⁰. Se as leis deixam de observar essa finalidade, contrapondo-se aos fins do ordenamento jurídico e, portanto, deixando de ter como fim último a busca do justo, ter-se-iam leis abusivas que não deverão ser obedecidas pelo juiz, nada obstante a regra geral que lhe é imposta de estrita obediência à ordem jurídica.

O exemplo histórico das leis nazistas pode levar à conclusão de que há leis que, por terem abandonado o direito, são arbitrárias e não devem ser cumpridas. Ao contrário de HANS KELSEN, que para ser coerente a seu posicionamento doutrinário - pelo qual nada fora da norma jurídica positiva pode ser questionado pelo juiz - legitimou as decisões dos Tribunais alemães à época do nazismo, GUSTAV RADBRUCH (também empedernido positivista, até então), à vista de julgamentos de conteúdo político e não jurídico dos Tribunais tedescos, elaborou o conceito de "arbitrariedade legal", de "leis que não são direito", com as seguintes conseqüências,

²⁰⁰ GUSTAV RADBRUCH. "Arbitrariedad legal y derecho supra legal"; trad. por Maria Isabel Azareto de Vásquez; Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 37/38; in "Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica", PLAUTO FARACO DE AZEVEDO, Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, Porto Alegre, p. 67.

apontadas por PLAUTO FARACO DE AZEVEDO: "quando não se pretende de nenhum modo realizar a justiça, uma vez que a igualdade, que constitui seu núcleo, é conscientemente deixada de lado na formulação do direito positivo, as normas assim elaboradas não constituem apenas direito injusto, mas carecem da própria natureza jurídica". E, após afirmar que setores inteiros do direito nacional-socialista não atingiram a categoria de direito válido, afirma RADBRUCH a necessidade de uma preparação "para fazer frente a qualquer possibilidade de retorno do Estado sem direito, mediante a superação fundamental do positivismo, que impossibilitou toda capacidade de defesa contra o abuso da legislação nacional-socialista".²⁰¹

Em termos de Brasil, bons exemplos de leis arbitrárias são os Atos Institucionais, ao negar, por exemplo, a possibilidade de impetração de habeas corpus contra atos ditos revolucionários (AI nº 5, de 13/12/1968), ou ao determinar o fechamento do Congresso para impor alterações legislativas (por ocasião da Emenda Constitucional 7/77, por exemplo).

Apesar da inegável força dos argumentos de RADBRUCH, mormente em face do contexto histórico em que emitidos, não se poderá, porém, chegar ao ponto de considerar que, dada sua abusividade, determinadas leis não terão atingido a categoria de direito válido. Confrontado com tais leis, caberá ao juiz - quando possível - descobrir-lhe um sentido diverso do pretendido pelo legislador, em esforço hermenêutico que busque afastar os efeitos nefastos das normas arbitrárias. Ou, se

²⁰¹ obra citada, pp 67/69: "Como exemplos de "leis que não são direito" refere RADBRUCH as determinações que pretendiam atribuir ao partido nacional-socialista a totalidade do Estado, porquanto todo partido é necessariamente uma parte que se insere e vive no Estado; todas as leis que estipulavam tratamento infra-humano ou negavam direitos humanos a certos homens; as disposições que estabeleciam penas sem consideração à diferente gravidade dos delitos, cominando igual pena a ações da mais diversa gravidade, amiúde a pena de morte, tudo com o fito de atender a necessidades momentâneas de intimidação".

não for possível interpretar tais leis de modo a afastar de todo seus efeitos não desejados, ao menos atenuar ao máximo esses efeitos, quando da inevitável aplicação da lei ao caso concreto. Não há, porém, como negar a tais leis sua existência, validade e eficácia, se editadas em conformidade com o processo legislativo vigente, por mais questionada que possa ser sua origem.

Não se nega, em suma e por fim, que haja leis abusivas e despidas de legitimidade social. Mas não se vislumbra como negar validade a tais leis, se regulares sob o aspecto formal, o contrário caracterizando o também indesejável - por seu completo subjetivismo e conseqüente ausência de direcionamentos objetivos - "judge made law", um direito dependente apenas da visão de mundo de cada juiz e de sua vivência e filosofia pessoais. Ambas soluções ruins, mas pior aquela ausente de qualquer controle objetivo.

Para ao menos minimizar a possibilidade do abuso na lei é que se criou – esta a nossa visão – o princípio da proteção do núcleo essencial ("Wesensgehalt") dos direitos fundamentais, previsto por exemplo na Constituição alemã (art. 19.2 : "Em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência"), portuguesa (art.18,3 : "As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais") e espanhola (art.53.1 : "Os direitos e liberdades reconhecidos no capítulo II do presente título vinculam todos os poderes públicos. Somente por lei, que em todos os casos deve respeitar seu conteúdo essencial, poderão ser regulados esses direitos e liberdades (...)").

O chamado respeito ao núcleo essencial permite que o juiz afaste a arbitrariedade, contida na lei, para adequá-la ao direito fundamental que não poderá, nunca, ser afetado em sua essência, em sua substância, para utilizarmos a expressão tedesca. E mesmo que a Constituição brasileira não tenha contemplado expressamente esse princípio, protetivo do núcleo essencial dos direitos fundamentais, ensina SUZANA DE TOLEDO BARROS que²⁰²:

“Não há dificuldade técnica em hauri-lo da própria natureza destes direitos, uma vez que não faria sentido uma intervenção do legislador no âmbito de um direito fundamental para destruí-lo”.

E mais, que²⁰³:

“O núcleo essencial constituiria o conteúdo mínimo de um direito, insuscetível de ser violado, sob pena de aniquilar-se o próprio direito”.

Em suma, caracterizada a abusividade da lei por ter sido afetada a essência de um direito fundamental, caberá ao juiz afastar a arbitrariedade e negar validade e eficácia ao que, nessa hipótese, na verdade não integra o ordenamento jurídico.

²⁰² “O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais”; Brasília Jurídica, Brasília, 1996, p.94.

²⁰³ idem, p.95. Os poderes inerentes ao direito de propriedade, por exemplo, podem ser limitados pelos direitos de vizinhança, mas nunca a ponto de impedirem a disposição, uso e gozo do bem, conteúdo mínimo desse direito. Defende-se que, na hipótese de invasão do núcleo essencial do direito, a lei será abusiva e, na medida da abusividade, desconsiderada – por exemplo, se a lei impedisse a alienação de um bem, logo sua disposição, à população de determinada cidade ou bairro.

43. CONSEQÜÊNCIAS DO ABUSO.

O ato abusivo é ilícito, objetivamente considerado e, como tal, ao gerar danos ao ofendido ter-se-á a responsabilidade do ofensor pela reparação correspondente, tanto material como o de ordem moral.

Essa é mais uma das razões, embora não a única, pela qual o ato abusivo não pode ser visto senão como ilícito, pois se assim não for é incompreensível que se tenha de reparar o prejuízo causado ou, na dependência do caso concreto, desfazer-se a conduta, restituindo as partes à situação fática anterior. A ordem jurídica foi lesada, ainda que o ato tenha aparente conformidade à lei; assim, e por isso, o dano causado deve ser reparado ²⁰⁴.

Tanto quanto ao dano material como ao dano moral ²⁰⁵, configurar-se-ão a partir dos elementos apontados no art. 186 do Código Civil e relativos à responsabilidade subjetiva:

²⁰⁴ Como tivemos a oportunidade de escrever, ainda sob a égide do Código Civil de 1916: “Com efeito, ensina o mestre Carlos Alberto Bittar que “recebe – como também assentado – o nome de “ato ilícito” (a “faute”, dos franceses), quando contrária a dever geral previsto na ordem jurídica – observados os demais condicionamentos técnicos apontados – integrando-se, então, ao campo da responsabilidade extracontratual (Código Civil brasileiro, art. 159)”. Ou seja, também será ilícito o ato que fere a ordem jurídica, ainda que tenha, em princípio, obedecido à ordem legal. Ora, o exercício abusivo de direito fere justamente a ordem jurídica, ainda que conforme à lei; como visto, é no desvio de sua finalidade social que o ato se caracteriza como um abuso – ferindo o ordenamento jurídico e, por conseguinte, caracterizando-se como ato ilícito” (“Anotações sobre o Abuso de Direito”, in RT 667/48; a citação do saudoso Carlos Alberto Bittar refere-se à obra “Responsabilidade Civil nas Atividades Nucleares”, São Paulo, Edit. RT., 1985, p.61 – grifos do original).

²⁰⁵ Lembre-se que a cumulação de ambos é questão remansosa na jurisprudência, cristalizada mesmo em entendimento sumular (Súmula 37, STJ; “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”).

- a. ação ou omissão do agente;
- b. nexos etiológico entre o abuso e suas conseqüências;
- c. culpa (quando houver, já que, como visto, é elemento dispensável à ocorrência do abuso); e
- d. o dano, propriamente, englobando os danos emergentes e os lucros cessantes, nos exatos termos do art. 402 do Código Civil: "Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar".

De se ressaltar que a extensão da responsabilidade pela reparação variará conforme tenha havido, ou não, dolo ou culpa do agente que cometeu o abuso. Se a conduta foi despida de culpa "stricto sensu" ou de má fé, no caso o espírito emulativo do comportamento do ofensor, a reparação pelas perdas e danos limitar-se-á ao valor do prejuízo efetivo, sem adinículos (a premissa, frise-se, é a da impossibilidade de restituição das partes à situação anterior, ou de desfazimento do ato).

Já se a conduta foi culposa – menos – ou dolosa – mais grave –, ter-se-á a reparação material acrescida de prováveis danos morais, mormente quando violados pelo abuso do direito da personalidade da vítima, pelo só fato da lesão, independente do conhecimento de terceiros em relação ao ato abusivo praticado²⁰⁶.

²⁰⁶ É como defendemos, em nossa obra "Liquidação de Danos Morais": "Não é necessário, assim – como se tem equivocadamente entendido, por vezes, na jurisprudência-, que haja publicidade a terceiros da ofensa causada à vítima do dano moral. A indenização será devida pelo só fato da humilhação havida, pela quebra da auto-estima do ofendido, independentemente da veiculação do fato na comunidade em que vive, pois o dano moral não existe somente na lesão à imagem, mas também quando se violem a privacidade, a intimidade, o sentimento de tranqüilidade e satisfação da pessoa

Pode-se defender ainda que mesmo o ato abusivo despido de culpa ou dolo gere a responsabilização não só pelo dano material, como também moral. A possibilidade existe, a ser aferida em cada caso concreto, mas não se pode negar a extensão da indenização não poder ser a mesma de quem tenha obrado emulativamente, com o desejo de causar prejuízo à vítima. Neste espírito, o “*caput*” do art. 944 do Código Civil manteve a regra clássica de se medir a indenização pela extensão do dano, mas seu parágrafo único a excepcionou ao determinar ao juiz a redução eqüitativa da reparação, “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”. Com maior razão o princípio deverá ser considerado na hipótese de inexistência total de culpa ou dolo, embora, sempre se repita, mesmo aí possa configurar-se o abuso, que é ilícito objetivo, relevando a questão somente na e para a fixação do “quantum” indenizatório.

Por outro lado, não há contradição alguma em se admitir que o abuso do direito configure ilícito e, ao mesmo tempo, não gera necessariamente conseqüências indenizatórias.

A uma, porque muitas vezes a decorrência do ato abusivo é simplesmente o desfazimento contratual, sem outras repercussões (em se tratando de relações contratuais); outras vezes, o abuso levará ao desfazimento do ato excessivo, por exemplo, obrigando-se à derrubada de um muro construído de modo a prejudicar

para consigo própria, que se fere no só fato da ocorrência de uma humilhação injustificada” (Copola Edit., 2ª ed., 1997, São Paulo: p.54).

injustamente um vizinho. Trata-se de conseqüências cominatórias, sem que venham necessariamente acompanhadas de um dever indenizatório²⁰⁷.

O ato abusivo pode ser coarctado, igualmente, de modo preventivo – por exemplo, via nunciação de obra nova para impedir uma construção potencialmente nociva aos direitos de vizinhança –, o que difere da violação efetiva ao bem jurídico, em que se buscará recompor a esfera jurídica atingida pela vítima. Já aí com dinheiro, como regra, para ressarcir a lesão já ocorrida, o que nem sempre ocorrerá quando, preventivamente, for impedida a consecução do abuso.

Ainda quanto às conseqüências decorrentes do abuso do direito e como já frisado, não é certo que se restrinjam à responsabilização por perdas e danos, ainda que esse aspecto seja o mais visível da repressão ao abuso, no que tange à responsabilidade aquiliana. No que se refere à responsabilidade contratual, a nulidade do ato é a decorrência mais freqüente, muitas vezes cumulada com pedidos indenizatórios, mas também aí podem surgir outras soluções que não se limitem ao desfazimento do ato.

Vejam-se os inúmeros exemplos dados pelo grande mestre paulista RUBENS LIMONGI FRANÇA, com as respectivas sanções cabíveis²⁰⁸: "Direitos da personalidade: uso indevido do nome – ação de reclamação do nome. Institutos de proteção à personalidade: a prodigalidade (é um abuso do direito) – a sanção é a

²⁰⁷ Felipe Peixoto Braga Netto, em artigo doutrinário, aponta interessante exemplo para mostrar que os ilícitos podem estar desvinculados do dever de indenizar: "Apenas para exemplificar, a ingratidão do donatário é um ato ilícito civil cujo efeito consiste, exatamente, na possibilidade que o ordenamento faculta ao doador de revogar a doação, se assim lhe aprouver (art. 557, Código Civil/2002; art. 1183, Código Civil/1916). Trata-se, portanto, de uma autorização como efeito de um ato ilícito" (Revista "Del Rey Jurídica", Edit. Del Rey, Minas Gerais; nº 11, ano 5; p. 21).

²⁰⁸ "Responsabilidade Civil e Abuso de Direito", em "Ciclo de Conferências sobre o Projeto de Código Civil", Revista do advogado nº 19, p. 43/44.

interdição. Direito de Família: abuso do pátrio poder – a sanção é a perda do pátrio poder; abuso do poder conjugal – a sanção é o suprimento de consentimento, ou outras que caibam. Direito da Coisas: uso nocivo da propriedade – a sanção é o direito de exigir a respectiva cessação. Direito das Obrigações: purgação reiterada da mora, além dos parâmetros permitidos pela lei – a sanção é o despejo, nos contratos de locação; recusa de venda – a sanção é a compelição à venda; os casos de "dumping" – a sanção é a cessação do "dumping"; engajamento de operários, vizinhos, com o fito de fazer concorrência desleal – a sanção é a proibição de o fazer; a rescisão do contrato de trabalho, para que os empregados, em certas circunstâncias, não adquiram certos direitos – a sanção é a readmissão dos empregados e o reconhecimento dos direitos, além da responsabilidade civil".

Outros exemplos podem ser dados em que as soluções não passam apenas pela responsabilização puramente indenizatória, como no caso do abuso de greve, em que se determina a volta ao trabalho, eventualmente com multas pelo descumprimento; ou os casos contratuais em que o nome do indivíduo tenha sido indevidamente positivado no sistema de proteção ao crédito, resolvidos pela retirada forçada da restrição ²⁰⁹.

²⁰⁹ 2º TACivSP, 10ª Câmara, Ag 646.442-0/4, de que fui relator. "AGRAVO DE INSTRUMENTO – POSITIVAÇÃO JUNTO AO SERASA NO CURSO DE AÇÃO PROPOSTA PELO DEVEDOR PARA DISCUSSÃO DE CONTRATO DE "LEASING" – INADMISSIBILIDADE
Havendo discussão da dívida em Juízo, e inexistindo qualquer prejuízo irreparável ou de difícil reparação ao credor, a inclusão do nome do consumidor, como devedor inadimplente no cadastro do SERASA, constitui abuso de direito e inadmissível demonstração de força, visando à desistência do devedor da demanda proposta".

A crítica, portanto, de que a conseqüência da caracterização do abuso é insuficiente, limitando-se às indenizações²¹⁰, não se sustenta, pois há diversas outras soluções judiciais, de obrigação de fazer ou não fazer, de cunho cominatório e não meramente pecuniário tanto no âmbito contratual como aquiliano.

Sob esse aspecto, também MARIA HELENA DINIZ demonstra que as conseqüências da configuração do abuso não se limitam à mera reparação do dano causado, podendo acarretar, além dessa obrigação, a anulabilidade do negócio jurídico se consistiu na ameaça do exercício anormal de um direito para extorquir do ameaçado certa declaração de vontade (Código Civil de 1.916, artigos 100 e 147, II; Código Civil, artigos 153 e 171, II); consideração da condição como verificada se o abuso consistir no impedimento malicioso da condição desfavorável ou consideração da condição preenchida como não verificada se o abuso consistiu na provocação maliciosa da condição favorável (Código Civil de 16, art. 120; Código Civil art. 129); inoponibilidade da menoridade e convalidação de um negócio que, normalmente, seria anulável se o abuso resultar do fato de o menor com mais de 16 anos invocar sua incapacidade para anular negócio, depois de se ter feito passar, dolosamente, como maior (Código Civil de 1.916, art. 155; Código Civil, art. 180); demolição de obra construída se esta for nociva à propriedade vizinha (Código Civil de 1.916, art. 586; Código Civil, art. 1312), caso em que se terá uma restauração natural da situação anterior²¹¹.

²¹⁰ Quando se tratar de abuso contratual, quase sempre a conseqüência imediata é a invalidade da cláusula abusiva, só eventualmente cumulando-se ao pedido de nulidade o de perdas e danos.

²¹¹ Ob. cit., pp. 379/380.

Por outro lado, também a nulidade do ilícito é uma sanção, tanto quanto a anulabilidade, caracterizando punição a determinadas condutas que, embora com roupagem de negócio jurídico, violam o direito. A consequência da violação é a invalidade do ato, portanto ²¹².

Como já se defendeu, o abuso do direito constitui ilícito e, enquanto ilícito contratual, uma das sanções possíveis é sua nulidade, por vezes expressamente determinada pela lei, como no Código de Defesa do Consumidor, em que a consequência da nulidade é prevista para as hipóteses elencadas no rol de seu art. 51²¹³.

A invalidade ocorre por violação de norma cogente, no caso do abuso representado por condutas contratuais que desequilibrem o contrato, em lesão injusta a qualquer das partes (normalmente à parte mais fraca economicamente, mormente em contratos de adesão).

Frise-se, porém, que a invalidade não é a única sanção decorrente da caracterização do abuso. A ela poderá somar-se o pedido reparatório por perdas e danos ou de desfazimento do ato abusivo, isolada ou cumulativamente. Inegável, porém, a natureza sancionatória da invalidade, o que, aplicado ao abuso, implica a

²¹² "A invalidade, em seus diversos graus (=nulidade e anulabilidade), constitui uma sanção que o ordenamento jurídico adota para punir determinadas condutas que, embora integrem suporte fático de ato jurídico, implicam contrariedade a direito" (MARCOS BERNARDES DE MELLO, "Teoria do Fato Jurídico" (Plano da Existência); 8ª ed., 1998, Edit. Saraiva, São Paulo, p. 216).

²¹³ "Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (..)"

nulidade do ato abusivo, já que decorrente, repita-se, de violação a norma cogente, de que tal consequência é o corolário natural ²¹⁴.

Por tais e tantos exemplos resta claro que a caracterização do abuso não se limita à indenização do prejuízo causado, havendo inúmeras situações nas quais se buscam soluções cominatórias, positivas ou negativas, por vezes objetivando-se até a restauração do "status quo" anterior à prática do ato abusivo.

²¹⁴ "No campo de direito privado, a invalidade afeta os atos jurídicos "lato sensu" (=negócios jurídicos e atos jurídicos "stricto sensu") que infringem normas cogentes proibitivas e impositivas, afora os casos específicos de invalidade relativos ao sujeito (incapacidade), ao objeto (ilicitude por imoralidade e impessoalidade), à forma e perfeição da manifestação da vontade (=defeitos dos atos jurídicos)" (MARCOS BERNARDES DE MELLO, ob. cit., p. 217).

44. ASPECTOS PROCESSUAIS DO ABUSO NO CÓDIGO CIVIL - PREVENÇÃO DO ABUSO

Da forma como expresso no Código Civil, enquanto exercício antifinalístico de um direito tem-se que o abuso pode ser reprimido após o cometimento da conduta abusiva, mas, em regra, não teria como ser coibido preventivamente, pelo não exercício de uma conduta de direito que se mostrasse necessária. Trata-se de uma conduta comissiva, que parte de um dado já realizado, já efetivado, a exigir uma ação de restituição das partes ao estado anterior ou uma ação indenizatória para compensar perdas e danos havidos.

No entanto, pode-se imaginar que de um ato omissivo também decorra o abuso, como, v.g., por não realizar um vizinho determinadas obras de contenção que possam, em potencial, causar prejuízo futuro ao proprietário molestado pela situação. Esse "não uso da propriedade", como nos permitiríamos dizer, poderia – se ausente norma exigindo a conduta, pois nesse caso haveria mera ilegalidade e não abuso – caracterizar abuso por omissão e, assim, justificar uma ação de obrigação de fazer, de cunho cominatório e de natureza mandamental, eventualmente com pedido antecipatório do provimento jurisdicional pleiteado?

A resposta deve ser positiva, até para evitar grave lacuna em um conceito que, por já ser aberto, restaria até irônico não contivesse em sua previsão todos os meios processuais necessários para abordar e eventualmente prevenir as lesões

decorrentes do abuso, até porque, acima do Código Civil, o princípio constitucional maior contido no art. 5º, inciso XXXV, da inafastabilidade da jurisdição, conclama que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Frise-se então bastar a ameaça ao direito da vítima potencial, a qual, se provados os requisitos próprios, de verossimilhança de seu direito, de perigo na demora da prestação jurisdicional, etc., poderá, sim, caracterizar abuso na omissão e, assim, agir preventivamente para obstar os efeitos do ato omissivo que se demonstrar fora de sua finalidade social e, portanto, abusivo. Interessante conclusão tira JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA a respeito do veto ao parágrafo único do art. 83 do CDC (lei 8078/90), que possibilitaria o ajuizamento, por qualquer interessado, de "ação visando ao controle abstrato e preventivo das cláusulas gerais" alegadamente abusivas. Mostra o autor a redução da defesa efetiva do consumidor, já que "Estear-se somente no controle sucessivo, posterior à causação do dano efetivo ao consumidor, será falsear a defesa do economicamente mais fraco ²¹⁵". Tem-se aí, porém, hipótese de controle preventivo abstrato e difuso, não hipótese de prevenção, em concreto, pelo próprio titular de direito ameaçado.

Por fim, embora o abuso refira-se, como regra, a relações jurídicas definidas, intersubjetivas em conflito, pode-se dar também em face de interesses difusos ou coletivos, de que é exemplo – sob o ângulo contratual – a questão dos reajustes de telefonia, em nível nacional, cuja intervenção judicial liminar, no STJ, teve como objetivo nítido, ao limitar num primeiro momento os índices de reajuste contratual,

²¹⁵ "Cláusulas Abusivas nos Contratos", Edit. Forense, Rio, 2ª ed., 2002, p. 205.

evitar a imposição de majoração de preços abusiva a todos os consumidores do serviço telefônico prestado.

CONCLUSÕES

1. A idéia de abuso é intuitiva, havendo um sentimento popular que o identifica, legitimando sua vedação.

2. No Código de Hammurabi já existia a noção de proporção e de repressão ao exercício abusivo do direito.

3. A idéia aristotélica de justiça busca a igualdade do meio como a proporção que configura o equilíbrio entre as partes, o que se contrapõe ao vício do desequilíbrio injusto e abusivo do exercício do direito.

4. A antigüidade romana não conheceu o abuso como hoje é examinado, mas tinha a clara noção da necessidade de limites no exercício de direitos subjetivos. O adágio “*summum jus, summa injuria*” é claro exemplo dessa noção.

5. A noção de ilícito é mais ampla que a de ilegalidade, pois abrange não apenas a norma – regra mas também a norma – princípio, cuja dimensão axiológica é muito maior e que manda reprimir a situação jurídica de vantagem de quem age abusivamente.

6. O abuso do direito não é uma logomaquia. A expressão “o direito cessa onde começa o abuso” confunde os conceitos de legalidade e de licitude.

7. O direito grego é a fonte do Código Civil português no que tange a seu artigo 334, por sua vez origem imediata do artigo 187 do Código Civil brasileiro, que dele tirou o mesmo sentido finalístico, social e econômico, acrescentando o caráter ilícito da conduta abusiva.

8. A doutrina brasileira já aceitava majoritariamente o abuso do direito no Código Civil de 1.916, vislumbrando-o por vezes na interpretação “a contrario sensu” do artigo 160, I, e por vezes no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

9. O anteprojeto de Código de Obrigações de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA já contemplava, em 1963, a figura do abuso do direito, ao lado do dever de indenização sem culpa.

10. A cláusula penal deve guardar uma razão de proporção entre o valor da obrigação principal e o montante da pena contratualmente exigida, sob pena de caracterização do abuso, da situação jurídica de vantagem do titular de crédito em relação de obrigação.

11. O abuso poderá ocorrer tanto na fixação de cláusula penal moratória, como na fixação de cláusula penal compensatória, uma vez configurados o excesso ou a desproporção, a partir das regras dos artigos 412 e 413 do Código Civil.

12. Em relação à desconsideração da personalidade jurídica prevista no art. 50 do Código Civil, técnica interpretativa para evitar-se o abuso, não se exige intenção de causar dano ao credor, bastando que a conduta do agente tenha caracterizado desvio às finalidades da empresa ou confusão patrimonial.

13. Por se tratar de ilícito objetivo – e não mera violação aquiliana do não lesar – é possível associar a imprevisão ao abuso, bastando para tal que a parte beneficiada aproveite-se da situação imprevista, não causada por ela, e tire dela a maior vantagem pessoal possível. Haverá então modalidades de abuso por oportunismo.

14. Divergem os defeitos do negócio jurídico e o abuso do direito na ausência de manifestação de vontade viciada neste último, bem como na consequência da anulabilidade daqueles e nulidade do abuso.

15. Ontológica e prioritariamente, buscam os mesmos fins a repressão à lesão, ao estado de perigo, à onerosidade excessiva, à coação e ao abuso do direito, quais sejam, a manutenção do equilíbrio contratual entre as partes e o afastamento de

condições contratuais iníquas, bem como o restabelecimento da base objetiva do negócio, cujo equilíbrio econômico possa vir a se comprometer.

16. Finalisticamente, o que está em jogo na repressão ao abuso do direito é a valorização da concepção social do contrato, em respeito ao princípio constitucional da dignidade do ser humano e dando guarida à função social do direito.

17. O abuso do direito foi definido como ato ilícito pelo artigo 187 do Código Civil, artigo que ao lado do 186 contempla as hipóteses de ilicitude genericamente previstas na codificação civil.

18. Por ser ilícito, do ato abusivo decorrem as conseqüências de seu desfazimento ou, em não sendo possível a reposição das partes ao estado anterior, a imposição de perdas e danos à vítima.

19. Quando o abuso for contratual, a conseqüência jurídica é a nulidade da cláusula correspondente, só se invalidando o contrato se a cláusula abusiva disser respeito à própria substância da avença.

20. Quando o abuso for extracontratual, o desfazimento do ato dar-se-á pura e simplesmente se ausente má-fé, ou cumulado com perdas e danos se emulativa a conduta.

21. A configuração do ilícito independe de culpa, ocorrendo também a ilicitude pela análise do mero resultado danoso do ato, como acontece na caracterização da responsabilidade objetiva.

22. No que tange ao abuso do direito, o ilícito configura-se sem necessidade de investigação da intenção danosa, pois se trata de ilícito objetivo. O exame da intenção só será relevante para se cumular ao pedido de nulidade da cláusula abusiva (em caso de abuso contratual), ou de desfazimento do ato (na hipótese de abuso extracontratual), a pretensão por perdas e danos.

23. Ao adotar a corrente objetivista, sem investigação do elemento intencional para a caracterização do abuso, o Código Civil enfatizou o caráter anti-social ou anti-funcional da conduta, adotando-se o critério finalístico ou teleológico do desvio da destinação social do direito ou de seu afastamento em relação à boa-fé objetiva ou aos bons costumes.

24. As normas que determinam a repressão ao abuso do direito são de ordem pública, não podendo ser contrariadas pela vontade das partes nem ignoradas pelo juiz, quando argüido o abuso.

25. O juiz pode e deve declarar de ofício a abusividade, contratual ou extracontratual, dada a cogência das normas que prevêm o abuso, no primeiro caso impondo a nulidade da cláusula, no segundo determinando o desfazimento do ato abusivo, sua não realização ou, na impossibilidade, as perdas e danos sofridas pela vítima.

26. Cabe ao juiz dar concreção ao conceito de abuso, em face das peculiaridades de cada caso concreto, a partir de um critério axiológico de análise teleológica do alcance da norma jurídica posta em exame.

27. Em um sistema aberto como o do Código Civil, devem prevalecer princípios gerais de importância social, como o da boa fé objetiva, em relação a princípios de natureza individualista, como o da força obrigatória dos contratos, quando sua aplicação possa levar à quebra da comutatividade contratual que se encontra na origem da base objetiva do negócio jurídico.

28. O abuso não é possível numa filosofia positivista, porque sua identificação e concreção pelo juiz pressupõem uma postura ideológica incompatível com a mera

validade da norma posta. A valoração, o critério axiológico de exame teleológico da norma jurídica é essencial na caracterização do abuso, o que pressupõe que à norma e aos fatos se inclua também o valor nessa análise, o que concerne ao tridimensionalismo jurídico.

29. A ausência de conteúdo valorativo faz desaparecer a aparente liceidade (formal) do ato abusivo, o que justifica amplamente sua caracterização como ilícito.

30. Ao dar concreção ao conceito de abuso do direito, pode o juiz valer-se dos princípios gerais de direito que, quando incorporados pela lei – como nas hipóteses de boa fé objetiva, função social da propriedade ou do contrato-, encontram-se plenamente normatizados, não havendo qualquer inferioridade hierárquica com as demais normas positivadas.

31. O juiz pode ainda valer-se dos princípios gerais de direito quando omissa a lei, mesmo se não previsto o princípio expressamente na norma jurídica, em face da permissão positivada no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

32. Para caracterização do ilícito, é irrelevante ter havido contrariedades frontal ou não à norma jurídica, importando sim a contrariedade em si e as conseqüências danosas advindas, passíveis de reparação e próprias dos atos ilícitos, ainda que a conduta inicial apresente circunstancialmente aparência de bom direito.

33. A repressão ao abuso do direito impõe nova concepção ao princípio “pacta sunt servanda”, que continua válido, mas vinculado à função social do contrato e aos limites de seu fim econômico e social, à boa fé objetiva e aos bons costumes.

34. O ilícito do artigo 186 do Código Civil distingue-se da previsão do artigo 187 porque daquele decorre responsabilidade subjetiva, exigindo culpa para sua caracterização, enquanto deste decorre responsabilidade objetiva, sem perquirição de dolo ou culpa na conduta que gerou o dano objetivamente identificado.

35. O ato abusivo pode gerar tanto danos materiais como danos morais, aplicando-se as regras gerais da responsabilidade civil para a quantificação da indenizabilidade, em ambos os casos.

36. Os danos materiais e morais decorrentes do abuso podem gerar indenizações que podem ser pleiteadas cumulativamente.

37. Os danos materiais decorrentes do abuso abrangem os danos emergentes e os lucros cessantes, conforme a previsão do artigo 402 do Código Civil.

38. Se o ato abusivo for despido de dolo ou culpa, a extensão da indenização deverá ser menor do que a fixada para atos emulativos, de prejuízos intencionalmente causados, aplicando-se o espírito da regra de redução eqüitativa prevista no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil.

39. Cometido o abuso, o só fato da lesão poderá gerar a responsabilidade pela reparação moral, independente do conhecimento de terceiros, mormente quando violados direitos da personalidade da vítima.

40. Inúmeras vezes as conseqüências do ato abusivo não se limitarão às perdas e danos, havendo hipóteses de determinação de preceitos cominatórios, positivos e negativos, na responsabilidade aquiliana, e de nulidade da cláusula, na responsabilidade contratual.

41. A mera impossibilidade econômica pessoal do devedor em solver a obrigação não é em si caracterizadora de abuso do direito, pois não há conduta ilícita do credor a ser reprimida.

42. A excessiva onerosidade de uma prestação deve ser encarada objetiva e não subjetivamente, em relação a determinado devedor que se encontre em má situação econômica e, por isso, impossibilitado de adimplir o contrato. A abusividade poderá estar no exercício dos meios de execução contratual.

43. No só fato de exigir-se o adimplemento puro e simples do contrato não há abuso, mas exercício regular de direito, se não se desvia da finalidade social do pactuado.

44. A subsistência jurídica de um contrato não pode depender de o devedor encontrar-se em situação econômica de cumpri-lo, salvo se o credor conhecia sua má situação econômica antes de firmado o vínculo contratual.

45. A intervenção judicial nas relações negociais privadas, e também em relações jurídicas extracontratuais, não objetiva sua publicização e sim o resguardo da liberdade e igualdade das partes, pela aplicação de princípios, cláusulas gerais e conceitos legais determinados pela função ou indeterminados.

46. O abuso do direito caracteriza conceito legal determinado pela função, uma vez que o juiz é chamado para lhe dar concreção em cada caso particularizado.

47. A cogência de certas normas privadas é indispensável para se dar concreção ao sistema aberto do Código Civil, que ao incluir o abuso como conceito legal determinado pela função pretende sua interação com cláusulas gerais diversas e com as normas positivadas.

48. O artigo 1228, § 2º, deve ser interpretado restritivamente, em harmonia com o princípio da função social da propriedade e com o disposto no artigo 187 do Código Civil (Enunciado nº 49 da “Jornada de Direito Civil” de setembro de 2002 do STJ, aprovado por unanimidade, de minha autoria).

49. O mau uso da propriedade equipara-se a seu uso anormal, com as hipóteses do artigo 1277, “caput”, do Código Civil configurando desvio de finalidade que se enquadra no conceito do abuso do direito.

50. Os atos abusivos relativos ao mau uso da propriedade independem da intenção de causar prejuízo aos vizinhos.

51. O abuso do direito ocorre, no Direito de Família, sempre que a conduta dos membros do núcleo familiar desviar-se de sua finalidade básica protetiva ou exceder os limites no exercício dos direitos concedidos, em prejuízo indevido aos demais membros desse núcleo.

52. A lei será abusiva se invadir o núcleo essencial de um direito fundamental, cabendo ao juiz nessa hipótese negar-lhe vigência e eficácia, pois verdadeiramente não integra o ordenamento jurídico.

53. O princípio da proporcionalidade deve ser aplicado no direito obrigacional privado como forma de evitar o abuso contratual, pois a desproporcionalidade implica desvio da função social e da finalidade dos contratos, ferindo ainda a boa-fé objetiva.

54. O princípio constitucional da solidariedade social, previsto no artigo 3º da Lei Maior, relaciona-se diretamente e tem aplicabilidade concreta no sistema aberto do Código Civil.

55. Em relação ao abuso do direito, a solidariedade liga-se à sua repressão, em nome da prevalência ética do equilíbrio contratual.

56. A repressão ao abuso insere-se na busca do justo. É sua razão ontológica de existência.