

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**“DIRETRIZES TEÓRICO-DOGMÁTICAS PARA A INTERPRETAÇÃO E
APLICAÇÃO DO ARTIGO 187 DO CÓDIGO CIVIL – RENOVAÇÃO E
POSSIBILIDADES DA TEORIA DO ABUSO DO DIREITO NO BRASIL”**

Bruno Nubens Barbosa Miragem

Porto Alegre, dezembro de 2007.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO

**“DIRETRIZES TEÓRICO-DOGMÁTICAS PARA A INTERPRETAÇÃO E
APLICAÇÃO DO ARTIGO 187 DO CÓDIGO CIVIL – RENOVAÇÃO E
POSSIBILIDADES DA TEORIA DO ABUSO DO DIREITO NO BRASIL”**

Tese apresentada como requisito final
para obtenção do grau de Doutor em
Direito.

Doutorando Bruno Nubens Barbosa Miragem
Orientadora Prof^ª Dra. Claudia Lima Marques

Porto Alegre, dezembro de 2007.

A meus pais e minha irmã.
A Melissa.

RESUMO

O presente trabalho destina-se a ser uma contribuição para o exame dos contornos atuais da teoria do abuso do direito no Brasil. Para tanto, parte da exegese da cláusula geral do artigo 187 do Código Civil brasileiro, que estabelece nova hipótese de ilicitude, sem a exigência de culpa para sua caracterização, a partir do exercício do direito que viole os limites do seu fim econômico e social, da boa-fé ou dos bons costumes. Procura-se identificar esta norma como espécie de ilicitude objetiva, vinculada, por intermédio dos limites que estabelece, à proteção da confiança. Para tanto, busca-se estabelecer diretrizes para concreção dos limites previstos na norma, em vista da conduta do titular do direito, bem como sistematizar as conseqüências que resultam de sua aplicação, dentre os quais a imputação do dever de indenizar, a invalidade e a ineficácia do ato abusivo ou que decorre do abuso. Observa-se, deste modo, que o artigo 187 do Código Civil brasileiro, ao consagrar o abuso do direito como hipótese de ilicitude objetiva, consagra disposição apta ao controle do exercício dos direitos subjetivos e demais prerrogativas jurídicas em todo o sistema de Direito Privado, visando à proteção da confiança.

Palavras-chave: Abuso do direito. Ilicitude objetiva. Proteção da confiança.

ABSTRACT

This work purposes to realize a contribution to the study of actual limits of law abuse theory in Brazil. Thus, the present study starts from the exegesis of the general clause of article 187 of Brazilian Civil Code, which establishes a new tort hypothesis, that doesn't request guilt, but characterizes itself on executing a right that violates the limits of his economic and social scope, of good fait or good costumes. We tempt of identify this norm as an objective tort specie, entailed to the trust protection. Consequentially, we tempt to establish some directives that consolidate the limits established by the norm, considering the behaviour of the titular of the right, and systemize the consequences that derived from his applicability, such as attributing the duty of indemnify the abuse act by law abuse invalidity or inefficacy. We observe, on this way, that article 187 of Brazilian Civil Code, consecrating the law abuse as an objective tort hypothesis, establishes a norm able to control the exercise of subjective rights and that juridical prerogatives of the entire system of private law, looking at the trust protection theory.

Key words: law abuse, objective tort, trust protection theory.

SINTESI

Il presente lavoro è destinato ad essere una contribuzione all'esame dei contorni attuali della teoria dell'abuso del diritto in Brasile. Pertanto, il presente studio parte dall'esegesi della clausola generale stabilita all'articolo 187 del Codice Civile Brasiliano, che stabilisce una nuova ipotesi di illecito, che non richiede una colpa per la sua caratterizzazione, ma che si concretizza nell'esercizio del diritto che viola i limiti del suo fine economico e sociale, della buona fede o dei buoni costumi. Si tenta di identificare questa norma come specie di illecito oggettivo, vincolato alla protezione della fiducia. Pertanto, si tenta di stabilire delle direttrici che consolidino i limiti previsti dalla norma, in vista della condotta del titolare del diritto, e di sistematizzare le conseguenze che derivano dalla sua applicazione, tra cui l'imputazione del dovere di indennizzare, l'invalidità e l'inefficacia dell'atto abusivo che decorre dall'abuso. Si osserva, in questo modo, che l'articolo 187 del Codice Civile Brasiliano, nello stabilire l'abuso del diritto quale ipotesi di illecito oggettivo, consacra una disposizione atta al controllo dell'esercizio dei diritti soggettivi e delle rimanenti prerogative giuridiche in tutto il sistema di diritto privato, guardando alla protezione della fiducia.

Parole chiave: abuso di diritto, illecito oggettivo, protezione della fiducia.

SUMÁRIO

SUMÁRIO	7
INTRODUÇÃO	10
PRIMEIRA PARTE- O ABUSO DO DIREITO E SEU RECONHECIMENTO NO DIREITO PRIVADO CONTEMPORÂNEO	14
A) ABUSO DO DIREITO E ILICITUDE NA TRADIÇÃO JURÍDICA DO DIREITO PRIVADO	26
1. A categoria do direito subjetivo no Direito Privado.....	28
1.1. Perfil histórico do direito subjetivo: o direito como poder jurídico do indivíduo	36
1.2. Uma questão atual sobre os direitos subjetivos: servem os limites para definição do conteúdo ou do exercício?	43
1.3. Definições acerca do poder jurídico do indivíduo: direito subjetivo, posição jurídica e situação jurídica	48
2. A definição de ilicitude civil e o reconhecimento do abuso do direito	53
2.1. A definição de ilicitude e suas repercussão em Direito Privado	55
2.2. Elementos para definição de ilicitude civil: culpa, dano e contrariedade a direito.....	60
2.3. Convergências e distinções entre ilicitude e antijuridicidade	66
2.4. Convergências e distinções entre ilicitude e abuso do direito	70
B) A CATEGORIA JURÍDICA DO ABUSO DO DIREITO NO SISTEMA DE DIREITO PRIVADO	73
1. Origens e desenvolvimento da teoria do abuso do direito	75
1.1. O abuso do direito no direito francês	80
1.2. O limite ao exercício dos direito subjetivos em outros sistemas jurídicos	84
2. Origens e desenvolvimento da teoria do abuso do direito no sistema jurídico brasileiro ..	90
2.1. Abuso do direito como exercício irregular do direito: interpretação <i>a contrario sensu</i> do artigo 160, inciso I, do Código Civil de 1916	91
2.2. Alargamento e objetivação da teoria do abuso do direito através da lei: abuso das posições jurídicas e proteção da finalidade do direito	96
SEGUNDA PARTE - A ATUALIDADE DO ABUSO DO DIREITO NO DIREITO PRIVADO E O ARTIGO 187 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	103
A) O ABUSO DO DIREITO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 COMO ESPÉCIE DE ILICITUDE OBJETIVA	107
1. A cláusula geral do abuso do direito como nova espécie de ilicitude civil no Código Civil Brasileiro de 2002	112
1.1. A bipartição das cláusulas de ilicitude no Direito Privado brasileiro	118
1.1.1. Ilicitude e culpa	119

1.1.2. Ilicitude e dano	126
1.1.3. A cláusula do artigo 187 do Código Civil: novas fronteiras do conceito de ilicitude civil	129
1.2. Os limites ao exercício dos direitos subjetivos na cláusula geral do artigo 187 do Código Civil	127
1.2.1. Fim econômico ou social	141
1.2.2. Boa fé	146
1.2.3. Bons costumes	150
2. Repercussão da cláusula geral do artigo 187 do Código Civil no sistema de Direito Privado	157
2.1. O abuso do direito como cláusula de proteção da confiança	163
2.1.1. Abuso do direito como permissivo genérico para intervenção judicial na autonomia privada	167
2.1.2. Abuso do direito como medida para o exercício dos direitos subjetivos	169
2.1.3. Abuso do direito e expansão da responsabilidade civil	172
2.2. Desafios à interpretação e aplicação da cláusula do abuso do direito	175
2.2.1. A cláusula do abuso do direito e ativismo judicial	176
2.2.2. As conseqüências jurídicas da aplicação do artigo 187 do Código Civil	178
2.2.2.1. Dever de indenizar	181
2.2.2.2. Invalidade do ato praticado em abuso	185
2.2.2.3. Ineficácia do ato abusivo e ineficácia em razão do abuso	189
2.2.2.4. Tutela inibitória do abuso	194
2.2.3. Uma nova sanção para o abuso a partir da contribuição do processo civil: a não-aplicação de regra jurídica	196
2.2.4. A cláusula geral do abuso do direito e a eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas	199
B) POSSIBILIDADES DA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DO ABUSO DO DIREITO NO DIREITO PRIVADO	205
1. Exercício abusivo do direito no direito das obrigações	206
1.1. Limite ao exercício do direito pelo credor	213
1.2. Limite ao exercício do direito pelo devedor	218
2. Exercício abusivo do direito no direito do consumidor	223
2.1. Cláusulas contratuais abusivas	231
2.1.1. Cláusulas abusivas em razão da qualidade do consentimento	239
2.1.2. Cláusulas abusivas pela violação do equilíbrio contratual	241
2.2. Práticas comerciais abusivas	244

2.3. Publicidade abusiva	245
CONCLUSÕES: Teses	247
BIBLIOGRAFIA.....	252

INTRODUÇÃO

O abuso do direito é certamente um dos temas mais controversos do Direito Privado desde sua origem, entre o final do século XIX e o início do século passado. Parte desta controvérsia certamente decorre da crise conceitual que o instituto sempre provocou na ciência jurídica. Desde as polêmicas sobre sua própria existência como conceito jurídico, sua natureza como ato ilícito ou categoria autônoma, passando pelos requisitos para sua configuração, trata-se de um dos temas de Direito Privado sobre o qual quase tudo é divergente.

Mas são estas, as características que ora revelam seu valor. Acusado de ser uma categoria jurídica que visou “encarar conjunturas novas, sem perturbar a harmonia do tecido românico, cujo espírito respeita”¹, ora é vislumbrado como fator de instabilidade e insegurança jurídica, por aqueles que valorizam a liberdade individual como primado o Direito, insuscetível de maiores limitações. Do mesmo modo há os que lhe negam qualquer valor, tratando-o mais como uma peça histórica de belo acabamento, mas em desuso, e insistem na busca de novas terminologias que, no substancial, passam a reproduzir com apuro o sentido perseguido pelo abuso do direito desde sua origem: a rejeição do exercício anti-social e antifuncional dos direitos subjetivos.

Como ensina José Reinaldo de Lima Lopes, “o discurso jurídico que incorpora a definição do direito, é constitutivo da realidade”. São desta maneira, sentidos intersubjetivamente aceitos de ações da realidade, na medida em que a linguagem é “essencialmente constitutiva da realidade institucional”². Neste sentido, a linguagem do abuso do direito é o de uma noção que nasce da reação jurisprudencial ao exercício ilimitado do direito subjetivo, é largamente desenvolvida pela doutrina civilista, é contemplada em algumas legislações, retorna mais uma vez a jurisprudência, às leis, novamente à doutrina; e nesse período todo não hesitou renovar-se. A rigor, atualmente é impensável cogitar-se do abuso do direito exclusivamente em sua concepção subjetiva, exigindo-se o dolo ou a culpa

¹ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina 2001, p. 684.

² LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei. Direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 29.

para sua configuração, quando nos mais variados setores do Direito Privado, e notadamente nos domínios da responsabilidade civil, estas noções vivem dias de ocaso.

É a linguagem jurídica, por outro lado, que torna ainda mais atraente a teoria do abuso do direito. Não se desconhece a importância do fato de que a teoria tenha se estruturado sob a noção de alta significação do *abuso*. A consagração da expressão certamente contribuiu com sua repercussão nos meios jurídicos³ e chamou a atenção para o aspecto principal que visava destacar: o exercício ilegítimo ou desmesurado do direito. A este respeito, muito se disse que o direito cessa onde o abuso começa. Negar-se, contudo, a reconhecer, que do desenvolvimento desta teoria houve sua incorporação nas legislações, e que nem por isso deixou de representar uma norma de controle do exercício dos direitos subjetivos, é negar-se a ver a realidade.

No direito brasileiro, a previsão da cláusula geral do artigo 187, do Código Civil de 2002, é o ponto culminante de um longo desenvolvimento legal e doutrinário, que passa pelo reconhecimento da teoria por intermédio da interpretação, *a contrario sensu*, do artigo 160, inciso I, do Código Civil de 1916, e de uma diversidade de juristas e estudiosos que se debruçaram sobre o tema. Negar-se, contudo, que no artigo 187 do Código Civil está a consagração legislativa da teoria do abuso do direito, contudo, supõe uma descontinuidade histórica com toda evolução doutrinária, jurisprudencial e legislativa do instituto e, sobretudo, de sua idéia-força, de evitar o exercício anti-social dos direitos. Em outros termos, parece ser a tentativa de ver-se na norma estabelecida no artigo 187 do Código Civil uma realidade sem passado, sem origens, como se fosse resultado exclusivo de uma atividade criativa e premonitória do legislador⁴.

Com isso não se quer dizer que aquilo que hoje se entenda por abuso do direito observe a mesma compreensão vigente nas diferentes fases do seu desenvolvimento. Aliás, trata-se de uma noção construída, ao longo de toda sua trajetória, sob enormes divergências⁵.

³ GHESTIN, Jacques; GOUBEAUX, Gilles. *Traité de droit civil. Introduction générale*. Paris: LGDJ, 1990, p. 752.

⁴ O que a rigor não é, conforme indica a expressa referência feita pelo Prof^o Moreira Alves sobre a ilicitude prevista no artigo 187 como abuso do direito. MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto do Código Civil brasileiro. Subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 156.

⁵ Dentre as quais, a de que o abuso do direito não abrange o exercício de liberdades, que no seu sentido próprio, não são espécies de direitos subjetivos.. Neste sentido: ALTERINI, Atílio Aníbal; LÓPEZ CABANA, Roberto M. *Responsabilidad civil*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1995, p. 27-28.

Os direitos subjetivos não podem ser considerados como dotados de validade em si, desconsiderando toda a realidade que lhe é exterior. A rigor, os direitos subjetivos são dependentes reciprocamente entre si, pressupõem a colaboração dos indivíduos entre si, em referência ao direito de que são titulares e ao deveres correspondentes, tudo do que resulta conformação da própria ordem jurídica⁶.

Neste sentido, a regra do abuso do direito na conformação que lhe dá o artigo 187 do Código Civil, estabelece como limite para o exercício dos direitos subjetivos, o fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes. Trata-se de limites cuja eficácia depende de sua concreção, da precisão dos seus significados pelo intérprete e aplicador da norma.

Neste particular, convém mencionar que o desenvolvimento da boa-fé no direito alemão, em detrimento dos bons costumes, deve-se em alguma medida ao modo restritivo com o qual a contrariedade a bons costumes foi prevista na legislação do BGB, de regra associada ao elemento subjetivo da conduta⁷. Isto induziu a interpretação e aplicação da norma a dar destaque para o elemento intencional do agente, e mesmo da exclusividade desta intenção, como condição para caracterização do ilícito, o que reduziu a aplicabilidade prática das disposições dos §§ 226 e 266 relativos ao exercício inadmissível de direitos e à responsabilização pelo exercício contrário a bons costumes⁸. Não por casualidade, das referências normativas a bons costumes no direito alemão, a de maior desenvolvimento em termos de inovações à proteção da moralidade social (núcleo do significado da expressão), será o §138, cujo preceito não condiciona o reconhecimento dos bons costumes a qualquer requisito adicional subjetivo, para dar causa à nulidade do negócio jurídico.

No caso da cláusula geral do artigo 187, como se deverá demonstrar, não se há de cogitar da presença de culpa, razão pela qual se estará à frente da hipótese de um reconhecimento objetivo do abuso, de uma nova hipótese de ilicitude objetiva, decorrente da concreção dos conceitos presentes na cláusula geral.

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Trotta, 1998, p. 153-154.

⁷ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, v. I, t. IV. Coimbra: Almedina, 2007, p. 256.

⁸ LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 298-299.

Este, aliás, é um desafio do intérprete contemporâneo: a conciliação entre o método sistemático – próprio da ciência do direito, e da compreensão ainda hoje estabelecida, de que o direito é um sistema, um sistema jurídico – e a necessidade de solução dos casos concretos, que renovam cotidianamente o desafio ao jurista, buscando uma justiça do caso, próprio da tópica jurídica. A este respeito ensinava Clóvis do Couto e Silva, apontando a convivência hoje, entre os métodos dedutivo, próprio do pensamento sistemático, e a tópica, uma vez que

a sistemática atual é predominantemente dedutiva, mas dá larga margem para que se possa pensar casuisticamente, do que pode resultar a descoberta de novos princípios e a formação de novos institutos. E assim é porque o princípio da codificação, embora possa ter a virtualidade de revogar todas as normas que conflitaram com o novo Código, não terá essa grande ab-rogação a virtude de revogar, também, todos os princípios jurídicos, mormente aqueles considerados fundamentais⁹.

O presente trabalho destina-se assim, como seu título indica, a propor uma leitura do artigo 187 do Código Civil brasileiro de 2002, compreendendo nele a incorporação da teoria do abuso do direito, e dando causa a uma nova espécie de ilicitude no sistema jurídico brasileiro: a *ilicitude objetiva*. Neste sentido faz-se necessário examinar alguns conceitos clássicos da teoria geral do direito civil (e mesmo da teoria geral do direito), como as categorias do direito subjetivo e da ilicitude, para em seguida examinarmos a teoria do abuso e sua incorporação no direito brasileiro. Tudo isso que se faz na primeira parte deste trabalho. Na segunda parte do trabalho pretende-se examinar quais os elementos constitutivos desta nova cláusula geral de ilicitude objetiva, sua eficácia, e, por fim uma breve distinção entre o conceito de abuso do direito no sistema do Código Civil e no direito do consumidor.

A nova configuração do abuso do direito, a partir de sua incorporação como cláusula geral de ilicitude, do artigo 187 do Código Civil, faz com que se apresente como ilicitude objetiva, cujo sentido é determinado em vista de sua finalidade como cláusula geral de proteção da confiança na vida em sociedade.

⁹ COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. Porto Alegre: UFRGS, 1964, p. 82.

PRIMEIRA PARTE - O ABUSO DO DIREITO E SEU RECONHECIMENTO NO DIREITO PRIVADO CONTEMPORÂNEO

O direito, ao organizar-se como ciência a partir do século XVII, dedicou-se à construção de categorias jurídicas relativamente definidas, sobretudo em vista das aspirações de liberdade e segurança que preconizavam a estabilidade do direito e da sociedade como uma das premissas da vida comunitária, e que logo adiante vieram a ser consagradas pelos ideais revolucionários na França e nas codificações novecentistas. E dentre estas várias categorias, uma das mais importantes para o direito civil moderno, indiscutivelmente, foi a de *direito subjetivo*. Isto porque a noção de direito subjetivo, como esfera de ação individual do sujeito de direitos na defesa de interesses próprios, consagra, em última análise, o reconhecimento do poder jurídico da vontade humana individual, que por intermédio do exercício do direito subjetivo, revela no âmbito jurídico a influência dos ideais liberais e do individualismo na vida em sociedade.

Neste contexto, um dos mais sensíveis abalos da visão tradicional da categoria do direito subjetivo em sua concepção jusracionalista¹⁰ foi o surgimento, em fins do século XIX, da teoria do abuso do direito. Esta, antes de uma reação meramente teórica ao caráter absoluto dos direitos subjetivos e do seu exercício como expressão de poder individual quase ilimitado, constitui reação da jurisprudência francesa à mera aplicação das normas legais em matéria de direito de propriedade, as quais conduziam a soluções manifestamente injustas. Neste sentido, representa o abuso do direito não apenas reação ao caráter absoluto dos direitos subjetivos em sua compreensão advinda da modernidade, mas, igualmente, uma das primeiras respostas do direito dos juízes, à divisão tradicional da teoria das fontes que colocava o juiz no papel passivo de mero aplicador do direito legislado¹¹.

¹⁰ Neste sentido, veja-se: WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 306.

¹¹ Observa Castanheira Neves, apoiado nas lições de Kriele, que a visão tradicional da teoria das fontes indicava uma repartição funcional representada pela circunstância de que “o legislador cria o direito, o jurista ou o julgador aplica-o conhecendo-o”. Atualmente, com a evolução da ciência jurídica, o legislador continua com a “prerrogativa” de legislar, mas não mais com o “monopólio”. Daí a importância do “direito dos juízes” (*Richterrecht*), concorrendo e participando das fontes do direito, o que se pode observar atualmente a partir da importância concedida ao precedente judicial, mesmo nos países de direito legislado. CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 261.

Neste sentido, quando tratamos no presente trabalho da figura do abuso do direito como categoria jurídica, poderá questionar-se sua autonomia ou não em relação a definições próximas, mas certamente não sua importância e utilidade na solução de conflitos decorrentes, em uma visão tradicional, do egoísmo individualista, e numa visão contemporânea, dos limites estabelecidos pelo direito para o exercício de direitos subjetivos e demais prerrogativas jurídicas por todos aqueles submetidos ao ordenamento jurídico. De enorme importância, no exame do abuso do direito, igualmente, são as definições de direito subjetivo e também de ilicitude, sobretudo considerando que a rejeição do abuso do direito, dentre as diversas explicações possíveis, resta consignada, ou como expressão de um ilícito (identidade entre abuso e ilícito), ou como categoria autônoma e paralela ao conceito de ilicitude.

O conteúdo da teoria do abuso do direito deve muito ao relevo que a ciência jurídica do século XIX conferiu aos direitos subjetivos, e cuja influência se faz sentir ainda hoje. Não é novidade as idéias iluministas – triunfantes na Revolução Francesa – e sua influência decisiva sobre a concepção do próprio Direito a partir de uma perspectiva marcadamente individualista. Neste sentido, Prelot demonstra que a primazia dos direitos do homem, dos direitos naturais e subjetivos inalienáveis tomara conta do século XVIII como expressão do liberalismo nascente, dominando desde então a idéia de direito e de Estado na Europa contemporânea.¹² A partir de então, os direitos subjetivos afirmam seu caráter decisivo no direito moderno, calcados que estavam na ideologia liberal triunfante.

As razões que sustentam as primeiras noções sobre o direito subjetivo, de matriz jusnaturalista, vão sustentar que ao mesmo tempo em que constituem um espaço de ação do indivíduo, a limitam em vista da liberdade de ação dos demais. Giorgio Del Vecchio a este respeito demonstra que a simples liberdade de agir, a que não se opõe qualquer impedimento, nunca foi liberdade, mas arbítrio desregulado e destituído de valor. A liberdade propriamente dita, nasce quando a possibilidade natural de atuar é acompanhada da exigência do respeito. E os imperativos jurídicos têm o objetivo de garantir todas as possibilidades que não excluem¹³. Daí resultaria o entendimento de que tudo aquilo que não é proibido pelo direito é permitido, direito este entendido como direito objetivo, ou seja, o conjunto de imperativos jurídicos aos quais devem os indivíduos se sujeitar. De acordo com este entendimento, na concepção de

¹² PRELOT, M. *Histoire des Idées politiques*, 4^a ed., Paris, 1970, p. 376 et seq.

¹³ DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*, 5^a ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979; p. 432.

direitos subjetivos encontraremos sempre dois elementos. O primeiro, a possibilidade de querer e agir, em conformidade e dentro dos limites dos imperativos, a que Del Vecchio chama elemento interno. O segundo elemento, de sua vez, refere-se a correspondente possibilidade de reagir contra o provável impedimento de querer e agir estando estes dentro dos limites estabelecidos pelos imperativos jurídicos.

Trata-se, então, de uma *facultas agendi*, cujo exercício resulta de um ato de vontade destinado à consecução dos bens, materiais ou imateriais, de valores individuais ou sociais, necessários ou úteis à conservação e aperfeiçoamento do próprio titular ou da coletividade, exteriorizando-se sob a forma de relação entre as pessoas. Em outros termos, trata-se de uma faculdade pela qual o homem procura desenvolver suas aptidões¹⁴.

Conforme Jean Dabin, a existência de diversas proposições acerca de uma definição de direito subjetivo está no cerne das críticas que lhe endereçam as denominadas teorias negativistas¹⁵, ou seja, que negam a existência do direito subjetivo. É o caso dos entendimentos de Leon Duguit¹⁶ e Hans Kelsen, este último para quem a noção de direito subjetivo ou pretensão é mero reflexo da existência de um dever jurídico da outra parte, razão pela qual não existiria a necessidade da superposição de conceitos¹⁷.

Ocorre que, dentre as diversas concepções de direito subjetivo construídas ao longo do desenvolvimento da ciência do direito, e até as conhecidas concepções de Windscheid (o direito subjetivo como poder da vontade), passando pela teoria de Jhering (o direito subjetivo como interesse protegido), e mesmo as mais recentes teorias do século passado, como do próprio Jean Dabin (o direito subjetivo como relação de pertença-domínio), contém em si a noção de direito subjetivo, como expressão do poder individual. E é em relação a esta compreensão do direito subjetivo que se confronta, em fins do século XIX, a teoria do abuso do direito. É inspirada, em um primeiro momento, na teoria dos atos emulativos – *aemulatio* –, de matriz medieval e cristã, que se projeta como uma rejeição ao exercício de poderes jurídicos de modo egoísta, com a finalidade exclusiva de causar dano a outro, e sem a percepção de nenhuma vantagem ou utilidade por seu titular. Serão as hipóteses, no direito

¹⁴ RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*, v. II. 4ª ed. São Paulo: Editora RT, 1997; p. 537 et seq.

¹⁵ DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Trad. Francisco Javier Osset. Madrid: ERDP, 1955, p. 69.

¹⁶ DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*, t. 1. 3ª ed. Paris, 1927, p. 274 et seq.

¹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 142.

francês, daquele que pretendeu a construção de uma falsa chaminé apenas para prejudicar a iluminação do terreno do vizinho (*caso Doerr*), ou de quem instalou, em sua propriedade, espigões de ferro, com a exclusiva finalidade de destruir os aerostatos do proprietário vizinho (*caso Clément-Bayard*). No que se refere à legislação codificada, de sua vez, pioneiro na abordagem da matéria foi o *Landrecht* prussiano de 1794, que, regulamentando o uso da propriedade, estabeleceu que ninguém pode abusar de sua propriedade a fim de lesionar ou prejudicar o outro¹⁸.

O surgimento de situações como esta em diversos sistemas jurídicos, leva a uma preocupação geral com a definição de limites ao exercício de direitos subjetivos. Daí porque, em seguida sucederam-se disposições legislativas relativas à limitação do exercício de direitos subjetivos, como é o caso do § 226, do Código Civil Alemão (*B.G.B*), ao estabelecer que *o exercício de um direito é inadmissível quando só pode ter por fim causar dano a outrem*. Pode ter sua interpretação combinada, segundo maioria da doutrina alemã e estrangeira, com o disposto § 826 do mesmo diploma, que estabelece *ao que de um modo contrário aos bons costumes causa intencionalmente prejuízo a outra pessoa estará obrigado a sua reparação*.

O exemplo do BGB, aliás, é notável. Nele a idéia fundamental é a de que o direito subjetivo, qualquer que seja, não pode ser exercido – isto é, não se pode fazer de seu conteúdo qualquer realização de fato – de modo a violar bons costumes e, nomeadamente, quando se tenha por fim exclusivo causar dano a outrem¹⁹. Ou ainda, em dispositivos de lei que buscam regular situações específicas, como as limitações ao exercício do direito de propriedade, do poder familiar e todos os demais, o que corresponde à necessidade de se vedar o exercício do direito subjetivo e demais prerrogativas jurídicas para além dos limites ditados pela finalidade para o qual é concebido, e pelos fins do próprio Direito.

É correto observar que como garantia dos direitos subjetivos, até para reforçar-lhes a legitimidade, deve-se de algum modo vincular o seu exercício a uma finalidade socialmente útil, ou pelo menos, não reprovável. Sob pena de, caso isto não ocorra, ter-se nos direitos subjetivos não um modo de realização de interesses legítimos de seu titular, mas de atuação anti-social, o que certamente é rejeitado pelo ordenamento jurídico e pela própria idéia de

¹⁸ ANDORNO, Luis O. Abuso del derecho. *Revista de direito civil*, nº 19; jan.-mar./1982. São Paulo: RT, p. 17-18.

¹⁹ Neste sentido: ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. *Derecho civil (parte general)*, 1ª ed., 2ª tir., Barcelona, 1944, p.531.

direito, desde o direito romano como se percebe do célebre brocardo *summum jus, summa injuria*.

Não é de se pensar, evidentemente, que o ordenamento que não dispõe de regras positivas de limitação ao exercício dos direitos subjetivos estaria fadado a assistir abusos. Tampouco, no caso específico de um determinado direito subjetivo, que a ausência de norma expressa dando conta dos estritos limites do exercício do direito, signifique que este seja exercido indiscriminadamente. Evidente seria o absurdo de qualquer afirmação neste sentido, até porque o princípio de que parte o presente estudo é, exatamente, de que o ordenamento jurídico deve oferecer ao intérprete e ao aplicador da lei instrumentos de adequação do direito posto aos fins do Direito, tendo estes em acoro como a idéia kantiana de convivência do arbítrio de uns com o arbítrio de outros²⁰, cuja finalidade fundamental a ser alcançada é a promoção da justiça.

Pretende-se na lei, em regra, sua validade universal - segundo ensina Karl Engisch – igual àquela que se espera da natureza. Todavia esta não ocorre porque o Direito, como obra cultural, não possui um caráter definitivo, assim como a concepção de Justiça²¹. Cabe à Ciência do Direito a persecução, tanto de elementos de conservação do Direito, quanto de garantias à seus fins. Daí porque, a teoria do abuso do direito, em sua origem, e atualmente expressamente prevista em disposições normativas das diversas codificações, permite não apenas a identidade de situações em que o exercício abusivo será rejeitado e sancionado, como, da mesma forma, por intermédio dos limites que estabelece ao exercício de direito por seu titular, como medida para o exercício destes direitos. Promove, assim, não apenas uma *eficácia negativa* de rejeição do exercício abusivo, senão a possibilidade, pela via da interpretação e concreção das normas que tipificam o abuso, de uma *eficácia positiva* ou *promocional*, pelo estabelecimento dos deveres que devem ser observados pelo titular do direito.

²⁰ GOYARD-FABRE, Simone. *La philosophie du droit de Kant*. Paris: Vrin, 1996, p.39-40.

²¹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6^a ed. Lisboa: Fund. Calouste-Gulbenkian, 1988. p. 15. O autor a este respeito, aliás, lembra a expressão clássica de Pascal, dando conta de sua decepção com o a idéia de justiça: “*Quase nada há de justo ou injusto que não mude com a natureza com a mudança de clima. Três graus de altura polar revolucionam toda a jurisprudência. Um meridiano decide sobre a verdade. Após alguns anos de posse alteram-se leis fundamentais. O Direito tem suas épocas. Divertida justiça esta que um rio ou uma montanha baliza. Verdade aquém, erro além Pirinéus*”.

É nesta compreensão que o exame da teoria do abuso do direito, e sua incorporação pelo Código Civil de 2002, observam enorme atualidade. Não são poucos os que nos dias atuais reclamam da existência de direitos absolutos, ou de uma liberdade ilimitada. Do mesmo modo, o recurso a soluções herdadas da tradição moderna, como a de um sistema de direito formal e fechado, integrado por disposições normativas auto-referentes, que por intermédio da lógica de preceito e sanção, hipótese legal e consequência jurídica, absorvem todos os fatos da vida passíveis de regulação jurídica²². Entre nós, já de algum tempo se observa a necessidade de abertura do sistema jurídico²³, o que em Direito Privado se fez tanto a partir do reconhecimento de novos princípios, como a boa-fé objetiva²⁴, quanto pela aproximação entre o Direito Privado e o Direito Público²⁵, e o reconhecimento dos microssistemas jurídicos como fenômenos característicos da necessidade de maior proteção a determinadas situações ou de certos sujeitos de relações jurídicas²⁶.

Neste contexto, também se renova a função dos Códigos para o Direito. Conforme afirma Paolo Grossi,

atualmente, perante uma transformação rápida e uma complexidade pouco dócil, resta ao Código, na minha opinião, a possibilidade de se oferecer como uma espécie de grande moldura (...) acredito que o legislador pretendeu realizar uma ingerência excessiva no mundo moderno através de uma arrogante monopolização do fenômeno jurídico; infelizmente, fazendo isso, também demonstrou o quanto é impotente.²⁷

Não se pode desconhecer que a renovação do Direito é, também, uma resposta a sua crescente crise de legitimação, decorrente do confronto entre os postulados modernos da

²² Sobre a crítica do sistema de direito codificado e a necessidade de revisão dos seus institutos, são clássicas as palavras de Gaston Morin, associando a renovação do Direito Privado à incorporação no mesmo dos direitos da pessoa: “Introduire les droits de la personne dans le vocabulaire et la technique juridiques, c’est donner l’expression notionnelle exacte de tout le mouvement législatif et jurisprudentiel actuel: des atteintes à la liberté contractuelle, du droit nouveau de la responsabilité, des limites de la propriété individuelle”. MORIN, Gaston. *La révolte du droit contre le Code. La révision nécessaire des concepts juridiques (Contrat, responsabilité, propriété)*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1945, p. 114.

²³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 103 et seq.

²⁴ COUTO E SILVA, Clóvis. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. *Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil*, 2., 1980, Porto Alegre. *Estudos de direito civil brasileiro e português*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1980, p. 45; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999; MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed., p. 671.

²⁵ HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995, p. 63.

²⁶ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman. MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 26.

²⁷ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 144.

Ciência do Direito, em especial do Direito Privado, e as exigências de justiça substancial e de eficácia jurídica de uma sociedade em contínuo aumento da sua complexidade. Tais circunstâncias são bem definidas por Claudia Lima Marques, como espécie de desconstrução de verdades modernas, sobretudo em face da possibilidade de acesso a um número imenso de informações, sem que esta se traduza em assimilação e conhecimento das mesmas. Isto se dá pelo aumento significativo das informações a que todos são submetidos na denominada *sociedade da informação*, em relação ao tempo – extremamente exíguo na era da velocidade – para a assimilação e crítica destas informações disponíveis²⁸.

Trata-se, naturalmente, de fenômenos que superam em muito o mundo do Direito. A desilusão com a definição absoluta de liberdade individual advinda da modernidade, leva a uma busca de plena liberdade, algo desregulamentada e nômade, dando causa a uma situação de incerteza²⁹. O pensador alemão Jürgen Habermas, em estudo clássico³⁰, cita Berger, para observar que

separar-se da sociedade expõe o indivíduo a uma multiplicidade de perigos, aos quais não consegue vencer por si mesmo, no caso extremo chegando ao perigo da extinção imanente. A separação diante da sociedade também inflige insuportáveis tensões psicológicas ao indivíduo, tensões baseadas na raiz do fato antropológico da sociabilidade. O perigo último de tal separação, entretanto, é o risco da ausência de significação. Este perigo é o pesadelo por excelência, no qual o indivíduo afunda num mundo de desordem, insensibilidade e loucura³¹.

O desenvolvimento tecnológico do último século³² acompanhado pelo desenvolvimento dos meios de informação e comunicação traz consigo, segundo diversos estudos, o “colapso da ordem em todos os seus níveis teóricos – global, nacional, institucional, ambiental – e até a ausência da visão de uma boa sociedade capaz de dispor de um consenso³³”.

²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do direito na pós-modernidade. *Arquivos do Ministério da Justiça*, nº 50. Brasília: Ministério da Justiça, jan-jun/1998, p. 48 *et seq.*

²⁹ CONNOR, Steven. *Cultura pós-moderna. Introdução às teorias do contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 35.

³⁰ HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Biblioteca Tempo Universitário, nº 60. 3ª ed. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1999.

³¹ BERGER, P. *The sacred canopy*. Nova York, 1967, p. 22, citado por: HABERMAS, Jürgen, *A crise de legitimação...*, p. 149-150.

³² Sempre se refere para dimensionar a impressionante evolução tecnológica da segunda metade do século XX, a constatação de Eric Hobsbawm, de que o desenvolvimento econômico e tecnológico dos últimos cinquenta anos supera o desenvolvimento de todo o período precedente da história humana. HOBBSAWN, Eric. *A era dos extremos. O breve século vinte (1914-1991)*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

³³ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. São Paulo: Jorge Zahar Editores, 1998, p. 246-247.

É neste contexto que o Direito Privado³⁴, abalado em suas premissas tradicionais³⁵, como o reconhecimento do poder da vontade do indivíduo, por intermédio de institutos como a autonomia privada, a propriedade e o contrato, promove uma abertura sistemática, por intermédio da revisão de seus diversos institutos, bem como de uma maior aproximação com o Direito Público, e a irradiação dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, às relações entre particulares. No direito civil, o grande elemento promotor desta renovação foi, sem dúvida a cláusula geral. A abertura do sistema jurídico a elementos extra-sistemáticos, ou seja, a fatores anteriormente não previstos pela norma, mas relevantes para a formação do sentido e significado de sua aplicação, se dá com a previsão normativa das cláusulas gerais. A abertura que permitem ao sistema jurídico fomenta a busca de uma melhor relação de adequação entre a norma e a situação concreta, adotando solução com melhores condições de ser considerada uma *solução justa*.

Esta busca de critérios e medidas para interpretação e aplicação das normas jurídicas de Direito Privado, assim como da solução de novos e cada vez mais complexos litígios e questões jurídicas que desafiam o jurista, dão causa à abertura do sistema e à confiança na atividade de criação do direito pelo juiz, a partir do caso, promovendo a reconstrução do direito legislado, por intermédio das demais fontes jurídicas que não a lei³⁶.

O reconhecimento doutrinário e legislativo do abuso do direito, celebrado, em uma primeira compreensão tradicional, ainda associado à visão moderna do direito e da liberdade individual, surge como espécie corretiva do exercício desmedido e egoístico de direitos subjetivos. Atualmente, contudo, o renascimento do abuso do direito e sua renovação teórica e dogmática – o que no sistema jurídico brasileiro aparece a partir do artigo 187 do Código Civil de 2002 – surgem como exemplo dos desafios e do pluralismo que permeia o Direito Privado contemporâneo. Isto porque a noção de abuso do direito se desvincula, desde logo, da *concepção subjetiva*, que exigia a presença do dolo ou culpa para caracterização do ato

³⁴ Embora o exame que se faz no presente trabalho se dê exclusivamente em relação ao Direito Privado, não se desconhece que também no Direito Público são sentidos os reflexos dos fatos aqui referidos, como aponta Luis Roberto Barroso, ao perceber a existência de uma tendência de desprestígio do Estado: BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teórico-filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*, t. II. Rio de Janeiro, 2003, p. 40.

³⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoría de la decisión judicial Fundamentos de derecho*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2006, p. 29 et seq.

³⁶ PUIGELER, Catherine. Temps et création jurisprudentielle. *Archives de philosophie du droit. La création du droit par le juge*, t. 50. Paris: Dalloz, 2007, 89-147.

abusivo, para uma *concepção objetiva*, exigindo exclusivamente a caracterização da conduta que viole os limites impostos ao exercício do direito. A proibição do abuso do direito, neste sentido, representa não apenas a rejeição de um ato que praticado sob a legitimação genérica do Direito, e que na sua realização concreta vem a violar os limites estabelecidos por ele. Também os critérios para definição do caráter abusivo de um determinado exercício de direito convertem-se em medida de regularidade ou correção, um *standard* de conduta a ser observado por todos. Trata-se, deste modo, de reconhecer, no âmbito estritamente jurídico, a existência de uma constante direção axiológica do Direito³⁷.

Na atual quadra histórica do Direito Privado, e sob o influxo tanto da prática dos tribunais, quanto das inovações legislativas mais recentes, e que incorporam às legislações elementos característicos da teoria do abuso do direito, duas são as perguntas preliminares a serem enfrentadas e respondidas, para sustentar-se sua utilidade. Primeiro, qual a relação entre os conceitos de *abuso do direito* e *ato ilícito*, cuja recente experiência legislativa brasileira, do artigo 187 do Código Civil de 2002, associou de tal modo a estabelecer uma *relação de identidade*. E segundo, quais as conseqüências teóricas e práticas da adoção da concepção objetiva do abuso do direito, que prescinde da presença de dolo ou culpa para sua caracterização, em vista dos efeitos jurídicos que produz.

Da mesma forma, a atual conformação do abuso do direito, não é mais uma categoria meramente doutrinária – e neste sentido, criticada por eventuais imprecisões e pela insegurança que provocavam³⁸. Tendo sido recepcionado pela legislação de muitos países e, mesmo, ultrapassado sua consideração nas disposições gerais estabelecidas na Parte Geral dos Códigos Civis para abranger uma série de situações específicas nos diferentes aspectos da Parte Especial (Obrigações, Família, Sucessões), renova sua importância e atualidade. Da mesma maneira, observa-se que o exame do ato abusivo não se confina, nos dias atuais, apenas ao direito civil, mas abrange outros setores do Direito Privado, como é o caso expresso, no direito brasileiro, por exemplo, do direito da concorrência³⁹ e do direito do consumidor⁴⁰.

³⁷ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997 (reimpressão do original de 1973), p.20.

³⁸ Assim: GOMES, Orlando. *Obrigações*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 21.

³⁹ Em especial a centralidade do conceito de abuso da posição dominante, revelado naquele sistema, como revela o artigo da Lei de Defesa da Concorrência (L.8884/94). Neste sentido, veja-se, no direito brasileiro, o entendimento de Sérgio Varella Bruna, para quem “o instituto do abuso do direito, enquanto categoria jurídico-operacional, bem serve à tarefa de conceituar o abuso do poder econômico”, sendo que – como assinala o autor,

Outra discussão importante que perpassou todo o desenvolvimento teórico sobre o tema foi sobre sua classificação nas diversas hipóteses previstas pelo Direito Privado. Cumpre responder, neste particular, se seria identificada como categoria jurídica autônoma, ou, ao contrário, teria identidade com o ato ilícito. A identidade entre o abuso do direito e o ato ilícito levaria, em princípio, a uma contradição insuperável, uma vez que o abuso pressupõe a existência de um direito reconhecido pela ordem jurídica (fundamento da crítica de Planiol, no início do século passado⁴¹). Por outro lado, sua aceitação como categoria jurídica autônoma, sem qualquer previsão normativa expressa a respeito, ou mesmo referência histórica em nossa tradição jurídica, gerou dificuldades de precisão dos seus efeitos, como por exemplo, a imputação do dever de indenizar, a invalidade ou a ineficácia.

Por isso é que atualmente no direito brasileiro, com a edição do Código Civil de 2002, e a previsão normativa específica do artigo 187 estabelecendo que “*também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”, assume indiscutível importância a retomada da discussão do tema. Trata-se, na hipótese, do reconhecimento expresso do abuso do direito pela lei, e sua indicação como uma nova espécie de ato ilícito, o que provoca a necessidade de um reexame dos pressupostos de sua caracterização (exercício irregular ou além dos limites permitidos pelo direito).

A rigor, o artigo 187 do Código Civil vigente tem sua interpretação distinguida em duas direções⁴². De um lado, os que sustentam tratar-se a hipótese legal em questão da categoria do abuso do direito, em sua concepção objetiva – independente da presença e identificação da culpa. Por outro lado, há quem defenda tratar-se de hipótese distinta do

tem sua utilidade a partir da aceitação da concepção objetiva do abuso. BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso do seu exercício*. São Paulo: RT, 2001, p. 158.

⁴⁰ São conhecidos no direito do consumidor, a partir da previsão normativa que estabelece entre nós, o Código de Defesa do Consumidor, os conceitos de cláusulas abusivas (art. 51), práticas abusivas (art. 39), publicidade abusiva (art. 37, §2º) e abuso do direito propriamente dito, como fundamento da desconsideração da personalidade jurídica (art. 28, caput). O critério para definição de abusividade no direito do consumidor, contudo, distingue-se do direito civil, conforme sustentamos na Segunda Parte deste trabalho.

⁴¹ PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, v. 2. 2ª ed. Paris, 1902, p. 87. O professor francês, contudo, não se contrapunha à necessidade de repressão dos atos abusivos, mas apenas a esta construção conceitual, como bem observa: COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Do abuso do direito. Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 1983, p. 45.

⁴² Há de se referir, de modo residual, um terceiro entendimento, que vinculado a uma concepção tradicional da teoria do abuso do direito, em especial de seu reconhecimento jurisprudencial, sustenta uma concepção subjetiva, mediante a exigência de dolo ou culpa para sua configuração.

abuso, variando os argumentos neste sentido, desde sua identificação pura e simples com hipótese nova de ilicitude, denominada *ilicitude objetiva*⁴³, ou mesmo aqueles que defendem a “desconstrução do abuso do direito”⁴⁴, sustentando a inexistência de um instituto unitário que se vincule aos limites do fim econômico ou social, boa-fé ou bons costumes, presentes no artigo 187 do Código Civil⁴⁵.

Estas divergências doutrinárias destacam a dificuldade de encontrar-se justificativa e classificação para o fenômeno do abuso do direito, ora vislumbrado como categoria autônoma⁴⁶, como espécie de ilicitude absoluta, ou por figuras distintas como, por exemplo, sua definição como espécie de ilícito atípico⁴⁷.

Em direito brasileiro, como se sabe, a definição de abuso do direito sempre foi reconhecida de modo relacionado ao conceito de ilicitude. Isto se deu, sobretudo, por sua identificação formal por intermédio da interpretação *a contrario sensu* do artigo 160, inciso I, do Código Civil de 1916, cujo texto – repetido no artigo 188, inciso I, do Código Civil de 2002 – dispunha: “*Não constitui ato ilícito: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido*”. Neste sentido, a comparação e vinculação entre abusividade e ilicitude foram consagradas, em termos doutrinários, pelas interpretações de Clóvis Beviláqua⁴⁸, assim como a edição, em 1935, de obra clássica de Pedro Baptista Martins sobre o tema⁴⁹.

Há de se ter o cuidado, certamente, de não se examinar institutos e teorias do passado simplesmente com a visão do presente, sem considerar os aspectos jurídicos, sociais, políticos

⁴³ Neste sentido sustenta MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. *Revista da AJURIS*, nº 97. Porto Alegre: AJURIS, março/2005, p. 143-169.

⁴⁴ “A desconstrução do abuso do direito” é o título do instigante estudo do professor José de Oliveira Ascensão, no qual sustenta a diferença do disposto no artigo 187 do Código Civil brasileiro, assim como do artigo 334 do Código Civil Português de 1966, e a categoria do abuso do direito, afirmando a inexistência, nesta hipótese, de uma categoria jurídica autônoma. ASCENÇÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil. Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. Série Grandes Temas de Direito Privado, v. 4. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 33-54.

⁴⁵ ASCENÇÃO. A desconstrução do abuso do direito, p. 47.

⁴⁶ Neste sentido: SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 496 et seq.

⁴⁷ Assim: ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 33 et seq.

⁴⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, t. I. Rio de Janeiro, 1917, p. 420.

⁴⁹ MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3ª edição histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 93-94.

e econômicos que separam as realidades em que estes fenômenos ou teorias se desenvolveram e foram aplicados. Esta historicidade dos conceitos apresenta, desse modo, dois desafios. Primeiro, o de não interpretar uma realidade atual de modo desvinculado de todo um desenvolvimento teórico e prático ao longo da tradição jurídica. Segundo, não identificar o exame atual de uma dada realidade, categoria ou instituto jurídico, com seu perfil do passado, desconhecendo as diferenças contextuais existentes. Estes cuidados são os que se pretendem tomar na Primeira Parte deste estudo. Para falar-se do abuso do exercício do direito subjetivo, é intuitiva a necessidade de se compreender, em linhas gerais, a evolução do conceito de direito subjetivo ao longo da tradição jurídica moderna, sobretudo em consideração da relação necessária entre a concepção de direito subjetivo e uma determinada ordem cultural⁵⁰. Por outro lado, ao considerar-se que o artigo 187 do Código Civil de 2002 estabelece a identificação entre o exercício de direito que viola limites – ou seja, o exercício abusivo de direitos – e o ato ilícito, é necessário, antes de tudo, discutir o conceito de ilicitude, sobretudo em vista da própria estrutura normativa, que reparte em duas as cláusulas gerais de ilicitude. Assim como o desafio da definição dos contornos do ilícito, em vista da exigência de justiça substancial e de valores jurídicos como objetivos a serem perseguidos pelo Direito.

⁵⁰ KOHLER, Josef. *The philosophy of law*. Trad. Adalbert Albrecht. New York: Augustus M. Kelley Publishers, 1969, p. 66.

A) ABUSO DO DIREITO E ILICITUDE NA TRADIÇÃO JURÍDICA DO DIREITO PRIVADO

A relação entre o abuso do direito e a rejeição pela ordem jurídica de determinada conduta ou ato abusivos, traz desde logo sua aproximação do conceito de ilicitude. A questão fundamental a ser observada, contudo, é de qual a natureza desta relação? Em outros termos, trata-se de uma conseqüência histórica do modo de reconhecimento do abuso do direito no Brasil, segundo a interpretação *a contrario sensu* do artigo 160, inciso I, do Código Civil de 1916, ao identificar o abuso do direito como espécie de exercício irregular de um direito? Ou de fato o abuso do direito, na medida em que tem sua função definida justamente para a rejeição de um determinado comportamento pelo direito, traduz-se por isso, essencialmente como um ato ilícito? A regularidade ou irregularidade do exercício de um direito dirá respeito, em um primeiro momento, à correção da conduta do titular do direito ao exercer este mesmo direito subjetivo. Neste sentido, abuso é exercício irregular, na exata medida em que o titular ao exercer seu direito atua de modo a violar padrões, parâmetros estabelecidos para este exercício. A questão é saber se basta esta violação para fazer surgir a ilicitude.

Estes padrões para o exercício do direito são reconhecidos, em um primeiro momento, concentrados no seu elemento subjetivo, ou seja, vinculado ao exercício malicioso ou emulativo do direito subjetivo⁵¹. Ou seja, que o exercício do direito dirija-se exclusivamente à finalidade de causar dano a outrem. E ainda, em menor grau, do exercício culposo do direito, de modo a ter causado dano, ainda que sem a presença de intenção. Esta noção do que se considere um exercício irregular, aproxima-se do que se há de identificar abuso, qual seja, uma corrupção do uso, um mau uso, um mau exercício⁵².

Não se perde de vista, contudo, que este modo de reconhecer o abuso do direito contrasta com a própria definição de direito subjetivo, a partir de sua construção histórica. Ora, o direito subjetivo, em regra, é concebido como o reconhecimento jurídico de um poder individual, um poder da vontade individual que a partir de si, pode constituir, extinguir ou

⁵¹ Conforme refere: BAPTISTA MARTINS. *O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 17-21; e em recente trabalho: LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Abuso do direito*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 37.

⁵² MORAES, Maria Amália Dias de. Do abuso de direito: alguns aspectos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 15, n.42, p. 11-26, 1985, p. 16.

modificar uma relação jurídica, ou ainda permite que seu titular atue na defesa e exigência de seus interesses. Estaria, portanto, não apenas em conformidade com o ordenamento jurídico, senão que seria expressão do próprio Direito, resultado de uma previsão normativa (a aceitar-se a noção do direito subjetivo como resultado de uma previsão normativa), ou reconhecido da natureza das coisas (a aceitar-se o reconhecimento do direito subjetivo como algo natural, próprio do jusnaturalismo).

Daí porque, o exame do abuso do direito, seja como definição associada à ilicitude, ou como categoria jurídica autônoma, não prescinde da análise do perfil histórico da categoria do direito subjetivo e sua evolução desde a origem moderna do conceito, passando pelo momento do surgimento da teoria do abuso do direito, até sua compreensão contemporânea.

1. A categoria do direito subjetivo no Direito Privado

Um dos conceitos centrais na concepção no sistema de direito contemporâneo é, sem dúvida, o de direito subjetivo. Daí porque a importância de identificar-se a noção de direito subjetivo e sua concepção contemporânea como pressuposto da compreensão do abuso do direito. Na tradição jurídica romana, afirmam, majoritariamente, os estudos sobre o tema, não existia a noção de direito subjetivo, pelo menos com o significado que passou a ter com a modernidade. A expressão *ius*, nunca foi, neste sentido, reconhecida como espécie de poder ou faculdade do indivíduo, mas, como demonstra Rudolf Von Jhering, podia ser considerada a partir de duas concepções: uma *substancial* vinculada a uma finalidade prática; e outra *formal*, caracterizada pelo mecanismo de proteção deste direito, por intermédio das *actiones*⁵³.

Como já se referiu em estudo anterior⁵⁴, a idéia de direito para os romanos, em larga medida, era de algo estranho ao sujeito, no sentido de que não lhe era qualidade própria ou coisa de que era titular⁵⁵, senão um fenômeno que tinha sua origem na experiência prática da qual se originava a regra (*ius*). Assim, o reconhecimento da noção de *ius* como direito subjetivo, observa certa imprecisão técnica do conceito – o que Michel Villey referiu como espécie de "tradução totalmente mecânica"⁵⁶ –, e, portanto, sem atenção maior às peculiaridades da época.

A definição contemporânea de direito subjetivo tem-se na reflexão mais recente da filosofia jurídica na Idade Moderna. Assim, por exemplo, Guilherme de Ockham, quem ao definir o sentido da propriedade, caracterizou-o sob a idéia de uma liberdade ou poder (*'potestas ...rem temporalem...vindicandi et omni modo... pertaclandi'*), idéia que estende a

⁵³ JHERING, Rudolf von. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Granada: Comares, 1998, p. 1033. Sobre a *actio* romana e sua aproximação significativa da noção de direito subjetivo, anota Kaser que seu significado oscila "entre o conceito jurídico-processual de ação e o conceito jurídico-privado de pretensão, isto é, do direito que se pode fazer valer por via processual" KASER, Max. *Direito romano privado*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 57.

⁵⁴ MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 73 et seq.

⁵⁵ Ainda que Jhering venha a afirmar em seguida que o destinatário de todo o direito era o homem, a noção de destinatário não implica a de sujeito de direitos, o que bem demonstra ao questionar, na nota de referência a seguir desta afirmação, questionando sobre ser o homem sujeito de direitos e indicando em seguida, que dependerá a resposta do significado que se dê à idéia de personalidade jurídica. JHERING. *El espíritu del derecho romano...*, p. 1033.

⁵⁶ VILLEY, Michel. Origins du droit subjectif. In: *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1962, p. 232.

outros grandes conceitos romanos como *ius poli* e *ius fori*, vinculando-os à noção de potestade (*potestates*)⁵⁷. A noção de direito (*ius*) dirige-se, a partir daí, para a noção de um poder do indivíduo⁵⁸, o qual será exercido em acordo com a vontade.

Esta noção desenvolve-se, então, a partir de uma longa reflexão filosófica a partir da modernidade. No direito romano, refere Villey⁵⁹, a identificação da noção de direito subjetivo com o conteúdo que hoje a endereçamos, tem sua origem mais na confusão que as traduções posteriores dos textos romanos, sobretudo do *Corpus Iuris Civilis*, tiveram oportunidade de realizar. No pensamento jurídico romano, não se tem como tratar de Direito, a partir de uma distinção objetiva-subjetiva, numa lógica presente em dicionários sobre termos de direito romano⁶⁰. Ao contrário, o *ius* romano é termo designado largamente para um sem par de significados como *o justo, o objeto da justiça, as leis civis, o édito dos pretores ou dos tribunais*⁶¹. E, neste aspecto, constitui-se como experiência construída, advinda do caso concreto, num plano de permanente investigação⁶².

É neste sentido que a noção de direito subjetivo objeto deste exame, passa a se delinear a partir de fins da Baixa Idade Média e início da Idade Moderna, em que, dentre diversos autores representativos, temos em Ockham e Grotius pensadores de referência, inaugurais desta ressignificação do direito subjetivo, construído como poder pessoal de um *sujeito de direito*, num contexto em que *o bom e o útil promovidos no espaço de liberdade da ação humana, conciliam-se com a validade erga omnes de das leis naturais*⁶³.

Como cenário do surgimento do direito subjetivo, temos que crise europeia da época, havia, conforme demonstra Alasdair Macintyre gerado uma desconfiança geral em relação ao conceito clássico de justiça, de *ius suum cuique tribueri (dar a cada um o que é seu)*⁶⁴. Assim,

⁵⁷ VILLEY. *Origins du droit subjectif*, p. 241.

⁵⁸ COLEMAN, Janet. Guillaume d'Occam et la notion de sujet. *Archives de philosophie du droit*, Paris, v.34, , 1989., p. 25-32. Trata-se, no caso, de um poder do indivíduo frente à realidade dada, que para Ockham é uma realidade convencional. O poder do indivíduo, assim, situa-se exatamente nas relações que estabelece com estas convenções, o que surge a partir de experiências da vida e do querer frente ao mundo das coisas.

⁵⁹ VILLEY, Michel. *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, Paris: Dalloz, 1962, p. 220.

⁶⁰ VILLEY. *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, p. 227.

⁶¹ VILLEY. *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, p.229.

⁶² VILLEY, Michel. *Direito romano*. Lisboa: Res Editora, p. 74.

⁶³ CAMPA, Ricardo. *La practica del dictamen. Del ius a la humanitas*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1990, p. 63.

⁶⁴ MACINTYRE, Alasdair. *Tres versiones rivales de la etica*. Madrid: Rial Ediciones, 1992, p. 209. No mesmo sentido: GALLEGO, Elio. *Tradicón jurídica y derecho subjetivo*. Ed. Dykinson, 1999, p. 100. Assinalando as

o que até então estava adstrito ao mero cumprimento de uma obrigação, altera-se para dar origem a uma espécie de possibilidade de exigência de direitos. Daí a noção de *facultas*, ou do direito também passando a se entender como uma faculdade de exigência, de exercício das capacidades⁶⁵.

È de um longo desenvolvimento histórico, então, que surge a noção de direito como vontade, poder e também como domínio, tomado este como poder especial de *indicar e defender, ter e dispor de coisa temporal*⁶⁶. A idéia de poder lícito, de outro modo, é concebida pela compreensão de que ninguém deve ser privado contra sua vontade, se não existe culpa ou causa razoável. Daí a compreensão de Coleman, de que para Ockham, todo o direito será necessariamente um *poder do indivíduo*⁶⁷.

O ponto aqui, é a identidade entre direito e domínio, embora estejam em planos distintos e o domínio tenha de pressupor a existência do direito. O domínio será um atributo do homem, como ser livre e racional, sendo que este domínio não se limita aos atos humanos senão também às coisas. E esta confusão entre direito e domínio vai se agravar quando se abdicar da idéia de vontade racional, para restringi-la à mera vontade, a ponto dos futuros pensadores apenas considerarem a vontade essencial e inafastável, sendo apenas suscetível de limitação ou regulação por outra vontade. Daí que se alcança uma primeira conclusão: de que a partir do voluntarismo nominalista de Ockham, a concepção de direito afasta-se da tradição clássica, do direito em sentido objetivo – como objeto da justiça, coisa justa – e absorve uma concepção centrada na *vontade, do direito como poder, domínio ou faculdade (facultas)*. Ao mesmo tempo, como decorrência desta nova concepção, a noção de direito vincula-se a de *realidade inerente ao sujeito*.

razões da descrença, notável o exame de: SCHNEEWIND, J. B. *A invenção da autonomia. Uma história da filosofia moral moderna*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2001, p. 63.

⁶⁵ Neste contexto surge a primeira contribuição doutrinária que assume esta noção, que vem a ser exatamente a *Opus nonaginta dierum*, de Guilherme de Ockham, escrita em 90 dias para dar conta da polêmica em que franciscanos e o Papado enfrentavam, e que dizia com a defesa da vida de pobreza franciscana, para a qual Ockham constrói a tese com que fundamentava a possibilidade de uso, pelos franciscanos, de todas as coisas suficientes à satisfação de suas necessidades. Para tanto, importou a separação entre os conceitos de direito e coisa, defendendo a utilização de fato de um determinado bem material sem que se falasse em um direito sobre a coisa. Neste sentido, contribui para a construção de direito como *potestas* ou como *facultas*, poder sobre a coisa, ou faculdade de uso da coisa. Conforme: J. Hervada em nota de: GALLEGU, Elio. *Tradición jurídica...*, p. 101

⁶⁶ GALLEGU. *Tradición jurídica...*, 107.

⁶⁷ COLEMAN, Janet. Guillaume d'Occam et la notion de sujet, p. 31.

Esta compreensão foi desenvolvida adiante, pela escolástica espanhola dos séculos XVI e XVII, que embora direcionada claramente ao aprofundamento da filosofia tomista, termina por admitir a influência de elementos estranhos à tradição clássica exclusivamente católica. Neste movimento, duas grandes entendimentos podem ser identificados. De um lado os filósofos da ordem dos dominicanos, cujos representantes mais significativos são Francisco de Vitória e Domingo de Soto, e de outra parte os jesuítas da Companhia de Jesus, cujo grande representante é Francisco Suárez⁶⁸.

Tanto Francisco de Vitória, quanto Domingo de Soto procuram investigar as relações entre *domínio* e *direito*. Este segundo então escreve na obra *De iustitia et iure*, a qual inaugura, exatamente, com a noção de que "(...) *direito é a faculdade de dispor e usar livremente as coisas; pois isto mesmo parece significar domínio*"⁶⁹. Em seguida, contudo, estabelece a devida distinção para indicar que o uso dos mesmos termos para indicarem um e outro não seria correto, na medida em que por *direito* temos a concepção de coisa justa, objeto da justiça, enquanto *domínio* surge como espécie de poder de um senhor sobre as coisas, que lhes servem em seu proveito. Assim, o direito não se identifica precisamente com o domínio, configurando um significado mais amplo.

Outra contribuição importante, neste sentido, é a de Francisco Suárez, a qual assinala a ruptura na teologia tradicional, ao reconhecer plenamente o *conceito subjetivo de ius*. Para Suárez, o *ius* permanece como objeto da justiça, mas seu conteúdo passa a ser identificado com a *ação ou faculdade moral que cada um tem sobre a coisa que de algum modo lhe pertence*⁷⁰. Logo, o *ius* como *facultas* terá por centro não o direito como objeto da justiça, senão o respeito ou não-interferência em seu exercício⁷¹.

Assinala-se, entretanto, a partir da escola jusracionalista, a origem do conceito moderno de direito subjetivo. O propósito da escola jusracionalista, segundo Wieacker, é a "construção de um direito das gentes supra-racional e supraconfessional, deduzido da tradição da teologia moral"⁷². Assim é que, havendo a primeira elaboração do *ius* como *facultas* surgido no pensamento do católico de Ochkam, sua continuidade será obra de Hugo Grotius,

⁶⁸ TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Historia de la Filosofía del derecho y del Estado - 2. Del Renacimiento a Kant*. 3ª ed. Madrid: Alianza Editorial, 1988, p.77.

⁶⁹ SOTO, Domingo de. "De iustitia et iure, livro IV c.1, a.1." *apud* GALLEGO. *Tradición jurídica...*, p. 117.

⁷⁰ SUÁREZ, Francisco. *De legibus*, LI, C., a.5. *apud* GALLEGO. *Tradición jurídica...*, p. 118.

⁷¹ GALLEGO. *Tradición jurídica...*, p. 119.

⁷² WIEACKER. *História do Direito Privado moderno*, p. 325.

no âmbito do jusracionalismo. Através da sua obra célebre *De iure belli ac pacis* ("Do direito da guerra e da paz"), define, Grotius, o direito, como "a faculdade de realizar ou fazer qualquer coisa que resulte do poder sobre si mesmo, do poder sobre o outro do poder sobre todas as coisas."⁷³

O direito natural dos séculos XVI a XVIII, neste sentido, ao tempo em que se inspirava no carácter benigno do homem ("o bom selvagem"⁷⁴), lhe imprimia a noção de sujeito de direitos, central para a inversão da própria relação entre o homem e o direito, que passa a ser *a priori* entre o um direito subjetivo determinado e seu titular. E no marco desta nova reflexão jusnaturalista do direito, a figura do homem como titular de determinados poderes jurídicos que exerce de acordo com a vontade vai adquirir um carácter central. Desde logo, Grotius trata de reconhecer à origem da própria idéia de direito não só à vontade de Deus, mas também determinados princípios internos do homem, que podem ser referidos a Deus, na medida em que este desejara que os seres humanos os possuíssem⁷⁵. Estes princípios indicariam um novo significado ao termo direito, referente às pessoas, como uma qualidade moral que lhes permite fazer ou ter algo lícitamente. Tal direito apresenta-se então como *faculdade* ou *aptidão* conforme seja uma qualidade moral *perfeita* ou *menos perfeita* (L. I, I, § IV)⁷⁶.

A *faculdade* considerada em si mesmo seria a própria *liberdade* do sujeito, enquanto que considerada em relação a outros seria uma faculdade *paterna* ou *senhoral*. Outra classificação de Grotius a de faculdade ordinária ou eminente, sendo a primeira pertinente ao uso privado e a segunda, de maior relevo, dizendo com a que compete à comunidade em relação a seus membros tendo por finalidade o bem comum (L. I, I, §§ V, VI)⁷⁷.

⁷³ GROTIUS, Hugo. *Derecho de la guerra y de la paz*. Trad. Primitivo Mariño Gomez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 47.

⁷⁴ MELLO FRANCO, Afonso Arinos. *O índio brasileiro e a revolução francesa. As origens brasileiras da teoria da bondade natural*. São Paulo: Topbooks, 3ª ed., p. 206. O escopo desta obra de Afonso Arinos, aliás, é defender que o bom selvagem a que se referem os jusnaturalistas europeus dos séculos XVII e XVIII, é no mais das vezes o índio brasileiro, seja pelas expressas referências constantes na obras, como é o caso do "Contrato Social", de Jean Jacques Rousseau, seja observando as injunções políticas e econômicas de cada pensador, como no caso de Grotius, o interesse do Estado holandês em fazer avançar seu Império sobre a América Portuguesa.

⁷⁵ GROTIUS, Hugo. *Derecho de la guerra y de la paz*. Trad. Primitivo Mariño Gomez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 36.

⁷⁶ GROTIUS. *Derecho de la guerra y de la paz...*, p. 54.

⁷⁷ Neste sentido vai indicar Grotius uma hierarquia entre as faculdades, indicando que o direito régio não se opõe ao direito paterno ou senhoral, mas em relação às coisas particulares este mesmo direito, em razão do bem comum, observa-se em patamar superior ao domínio ou propriedade dos particulares, uma vez que "todo o membro da República está mais obrigado ao serviço público e bem comum do que a seu próprio credor". GROTIUS. *Derecho de la guerra y de la paz...*, p. 55.

De outra parte, reconhece Grotius a possibilidade da vontade humana intervir no direito natural ditado segunda as regras da *reta razão*. Assim a propriedade, que uma vez instituída pela vontade humana, não torna mais lícito o avanço contra a propriedade do titular, uma vez que estar-se-á violando sua própria vontade, mas sobretudo porque estar-se-ia então a atentar contra o próprio direito natural, contra quem nem mesmo Deus pode se insurgir⁷⁸. O papel de Grotius, neste aspecto, surge da formação de uma teoria jurídica geral, a partir do direito internacional, que através da mediação do direito natural de outros jusnaturalistas como Pufendorf, Wolf e Thomasius, é adotada em larga medida pelo Direito Privado, como, por exemplo, na definição das origens, conteúdo e transmissão da propriedade, a declaração de vontade⁷⁹, a justiça contratual e o casamento⁸⁰.

Note-se que esta escola jurracionalista nasce com uma característica nitidamente professoral, conforme bem assinala Koschaker, um direito dos professores, sobretudo, por distinguir de modo marcante *teoria e prática*⁸¹. Aqui também observa-se uma característica do rompimento entre a tradição clássica romana e medieval e a perspectiva da modernidade. Neste sentido são as definições de Hobbes - "*liberdade não culpável*" -, ou mesmo no extremo que propõe Baruch Spinoza, para quem o "*o direito de cada um se estende até onde alcança seu poder determinado*." Outras definições lembradas, de Leibniz de que "*o direito é a potência do homem bom*", ou "*o poder moral de fazer ou não fazer, ou padecer*." E por fim, a definição mais estreita do direito de marca subjetivista, de Christian Thomasius - "*o direito como atributo da pessoa*", como um "*atributo moral relativamente à norma*"⁸².

⁷⁸ Refere Grotius que "*o direito natural é tão imutável que tampouco Deus pode modificá-lo. Pois, apesar de seu infinito poder, se pode dizer que existem coisas às quais seu poder não chega (...) E como dois não são quatro e Deus não pode fazer com que sejam, da mesma forma o que é intrinsecamente mau não pode fazer que seja bom*." GROTIUS. *Derecho de la guerra y de la paz...*, p. 58.

⁷⁹ Refere Pufendorf, sobre a atuação humana capaz de gerar vínculo: "Para que um juramento possa ser obrigatório, é necessário que seja prestado com idéias deliberadas e um real intuito: donde não ficará obrigado por um juramento quem meramente o recita, ou, falando na primeira pessoa, dita as palavras formais do conceito a um outro que deve repeti-las. Mas quem se comportar com seriedade como alguém que está para jurar solenemente, ficará obrigado, não importa as restrições mentais que ele possa, o tempo todo, abrigar em seu pensamento. Pois de outra forma todos os juramentos, e, mais, todas as técnicas de obrigação mútua pela intervenção dos mais simples significados não teriam nenhuma utilidade para a vida humana, se algum homem, por sua tácita intenção, pudesse impedir este ato de resultar no efeito que ele foi inicialmente instituído para produzir." PUFENDORF, Samuel. *Os deveres do homem e do cidadão. De acordo com as leis do direito natural*. Trad. Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007, p.193.

⁸⁰ WIEACKER. *História do Direito Privado moderno*, p. 327.

⁸¹ KOSCHAKER, Paul. *Europa y derecho romano*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 354-355.

⁸² Todas as definições são referidas por: GALLEGO. *Tradición jurídica...*, p. 122.

Em todos estes conceitos o que se tem é a sedimentação da noção de direito como faculdade humana, faculdade do sujeito de direitos, como expressão da sua liberdade. O problema que surge, contudo, diz respeito à necessidade prática de harmonização destas faculdades do indivíduo frente às faculdades dos demais. Ou seja, qual o elemento regulador do exercício destas faculdades ou liberdades?

Neste ponto, é evidente a tentativa de regulação destas diferentes liberdades, variando o modo como se há de estabelecer esta limitação. Concebido este estado de livre exercício das faculdades inerentes ao sujeito como algo que se opera sem qualquer limitação no contexto teórico do chamado "estado de natureza", por certo que fora deste, na experiência jurídica concreta, um regramento para seu exercício deve existir. A proposta de Hobbes e Spinoza é de que esta limitação parta do poder do Estado, absoluto, fundado em um pacto originário dos homens para permitir uma convivência segura. Ou seja, ao Estado se reconhecerá um poder supremo que por concessão do indivíduo através de um pacto, legitima inclusive o uso da força para fazer eficaz esta limitação.

A característica destes dois autores, Hobbes e Spinoza, diz respeito à proposição de que haja uma cessão absoluta destes direitos/faculdades. Neste sentido é que refere Michel Villey, acerca da oposição enérgica que propõe Hobbes entre *ius* e *lex*. *Ius* como liberdade, poder, direito subjetivo. *Lex* como obrigação, regra, comando que limita e especifica as liberdades⁸³. Já para Spinoza, em seu *Tratado teológico político*, o *ius* vê-se necessariamente pelas *leis civis*⁸⁴.

Em outros autores como Locke, por exemplo, esta cessão absoluta terá um caráter relativo, à medida que parte do pressuposto de que no conceito de comunidade política - leia-se Estado – o sujeito ingressa voluntariamente, e o fenômeno de direção do Estado, por intermédio do Governo, se dá por decisão da maioria. O indivíduo, de sua vez, insere-se nesta comunidade política motivado basicamente em razão de medo e incerteza⁸⁵.

Não se pode deixar de referir, quanto à tradição jurídico-filosófica de formação do direito subjetivo, a proposição de Immanuel Kant, para quem o direito será um *conjunto das*

⁸³ VILLEY, *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, p. 247.

⁸⁴ VILLEY, *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, p. 248.

⁸⁵ LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o governo civil. In: LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 381-394.

condições pelas quais o arbítrio de cada um harmoniza-se com o dos demais, de acordo com um lei universal de liberdade⁸⁶. Todavia, esta concepção necessita obrigatoriamente que o sujeito exerça este arbítrio de acordo com a lei de liberdade, sendo que, quando não o faz, é necessário o advento da coação. Neste ponto temos que *coação* e *direito* se identificam.

Em Kant, a separação entre direito e moral se observa mais nítida, na medida que temos na própria estrutura da sua obra *Metafísica dos costumes*, em duas partes: *Do direito* e *Da ética*⁸⁷. A noção kantiana de direito neste sentido, será a que se vai produzir no âmbito da ação externa, ou seja, será direito o que se apoiar na possibilidade de uma coação exterior. Neste sentido, o respeito ao direito não se dá no âmbito da consciência ou de um querer ético, senão pela consciência de que só se pode impor pela força.

E desta concepção kantiana, o fundamento teórico sob o qual se articulará a moderna concepção de Direito, vinculada em seguida à matriz do pensamento positivista, e afastando-se do carácter objetivo da tradição clássica. Aproxima-se, então, de uma visão moderna do direito como norma, e sua identidade com o poder de coerção do Estado. Observa-se, pois, a transformação fundamental do conceito de direito (*ius*) tomado no sentido da tradição clássica como *coisa justa*, para - passando pelo conceito de direito subjetivo da modernidade, poder do indivíduo - incorporar-se à idéia de poder sobre o sujeito e daí, à noção de direito identificada com a coação. Ou seja, de que direito só será o que se possa exigir dos indivíduos coercitivamente.

A partir da escola jusracionalista, então, é que se afirma definição de direito subjetivo e sua compreensão como expressão do poder da vontade individual. O direito se subjetiva, então, para ser compreendido como espécie de poder jurídico da vontade, sendo assim compreendido pelos juristas por ocasião do processo codificatório⁸⁸ e sua incorporação no nascente direito civil que se constrói com as codificações, e em especial, o Código Civil Francês, de 1804⁸⁹.

⁸⁶ GALLEGO. *Tradicón jurídica...*, p. 124.

⁸⁷ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Trad. Edison Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

⁸⁸ Lembre-se que o poder da vontade será a fonte do vínculo jurídico obrigacional em relação aos contratos, segundo refere: POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Trad. Guillermo Cabanellas de Torres, Buenos Aires: Heliasta, 2007, p.35-36.

⁸⁹ Para observar as características a importante da declaração das noções de declaração de vontade e de ato jurídico no Código Civil francês de 1804, em especial em comparação ao Código Civil alemão de 1900 (BGB), veja-se: LASSERRE-KIESOW, Valérie. *La technique législative. Étude sur les Codes Civils Français et Allemand*. Paris: LGDJ, 2002, p. 127 et seq.

1.1. Perfil histórico do direito subjetivo: o direito como poder jurídico do indivíduo

A definição de direito subjetivo como espécie de poder jurídico do indivíduo é pressuposto essencial a que se reconheça a possibilidade de que o exercício deste poder venha a ser irregular, de modo a atingir outra esfera jurídica, ou contrariar de qualquer modo o ordenamento jurídico em que tem sua fonte. A compreensão do direito subjetivo, neste sentido, dentre juristas do direito natural tardio, como Giorgio del Vecchio, parte do pressuposto de que a simples liberdade de agir, a qual não se oponha qualquer impedimento, nunca foi liberdade, mas arbítrio desregulado e destituído de valor. A liberdade propriamente dita nasce quando a possibilidade natural de atuar é acompanhada da exigência do respeito a esta mesma atuação e a dos demais. E os imperativos jurídicos têm o objetivo de garantir todas as possibilidades que não excluem⁹⁰. Nesse sentido, destaca-se a idéia de que tudo aquilo que não é proibido pelo Direito é permitido, Direito este entendido como direito objetivo, ou seja, o conjunto de imperativos jurídicos aos quais devem os indivíduos se sujeitar.

No mesmo sentido ensina, na doutrina francesa, Jean Dabin, que ao definir as características do direito subjetivo como categoria própria (afastando-se dos que negavam sua existência, no princípio deste século, como Leon Duguit⁹¹), observa ser impossível uma definição exata em vista do caráter fluído das suas expressões⁹².

Os direitos subjetivos são, como é intuitivo, aqueles atinentes ao sujeito de direito. Pontes de Miranda, a este respeito, assevera que ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito. Fundamentalmente, importa em estar numa relação de direito. Neste sentido ensina que quando se diz ser pessoa, afirma-se ser sujeito de direito, supõe-se que a pessoa

⁹⁰ Daí porque na concepção de direitos subjetivos encontraremos sempre dois elementos: primeiro, a possibilidade de querer e agir, em conformidade e dentro dos limites indicados pelo ordenamento jurídico, a que Giorgio Del Vecchio chama elemento interno. O segundo elemento, de sua vez, refere-se a correspondente possibilidade de reagir contra o provável impedimento de querer e agir estando estes dentro dos limites estabelecidos pelos imperativos jurídicos. O autor italiano, neste ponto, nota ao longo da evolução do direito, dois elementos fundamentais, quais sejam, um certo respeito à liberdade humana e uma certa limitação do arbítrio individual. DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*, 5^a ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979; p. 432 passim 527.

⁹¹ A respeito das objeções de Duguit: DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*, 3^a ed. Paris, 1927, t. I, p. 274 et seq.

⁹² DABIN, Jean. *Le Droit Subjectif*. Paris:Librerie Dalloz, 1952; p. 56 et seq.

tenha direitos. Pode eventualmente não ter nenhum direito (historicamente houve pessoas antes de existir direitos), sendo que nos dias atuais admitem-se direitos nascidos com a pessoa, a que se dá o nome de direitos inatos⁹³.

Ensina Eduardo Espínola, que a ação de cada indivíduo no comércio jurídico da vida social, só pode desenvolver-se livremente com a observância das prescrições dessas normas jurídicas que lhe facultam exigir respeito para os atos praticados em conformidade com o direito, bem como reclamar dos seus semelhantes o cumprimento do que, no seu próprio proveito, determinam tais normas⁹⁴. Para Jean Dabin, de outra parte, o problema dos direitos subjetivos se compõe em um *problema de existência* e um *problema de definição*. Neste sentido refere-se às objeções da escola objetiva à própria existência do direito subjetivo, apontando-o como mera decorrência do direito objetivo⁹⁵. Este é o posicionamento de Kelsen, que ao vincular-se à teoria normativista do direito, observa que a norma só tem valor pelo fato de produzir efeitos, existindo para ser obedecida. Em certo sentido, a finalidade da norma seria a produção de efeitos, de que pouco importa, na realidade que estes efeitos se verifiquem ou não. Em certa medida, para a teoria kelseniana, sendo a norma a medida do Direito, crítica na ciência jurídica, em especial a dos séculos XIX e XX, uma espécie de sincretismo do Direito com a Psicologia, a Sociologia, a Ética e a Teoria Política, que acaba por obscurecer o próprio Direito⁹⁶. Neste sentido, o próprio direito à liberdade, tão caro aos cultores das teorias afirmativas dos direitos subjetivos, no juízo kelseniano, seria um conceito negativo, na medida em que existiria exatamente em face à ausência de regra jurídica obrigatória⁹⁷.

Já Leon Duguit, outro jurista reconhecido pela negação da noção de direito subjetivo, observa que é insustentável a idéia advinda da *Declaração de Direitos*, de 1789, de que o homem natural, isolado dos demais, mesmo assim seria titular de determinadas prerrogativas, à causa da dignidade da pessoa humana. Rejeita – o constitucionalista francês – qualquer

⁹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, t. I. 4^a ed. São Paulo: Editora RT, 1977; p.153-154

⁹⁴ ESPÍNOLA, Eduardo. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de Direito Civil Brasileiro*. v. XI – Dos Direitos Subjetivos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941. p. 14.

⁹⁵ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*; p. 3-4

⁹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.p. 1-2.

⁹⁷ Segundo DABIN, Jean, *op. cit.*, p. 15 : “*Pour Kelsen comme pour Duguit, les prétendus droits subjectifs de liberté individuelle, dans les nombreuses applications de celle-ci, ne sauraient constituer des droits subjectifs précisément parce que la liberté se définit par l’absence de règle obligatoire et que ce Qui est soustrait au droit n’est pas du droit: la liberté, Qui consiste à échapper aux prises de la règle de droit, est un concept juridique purement négatif.*”

espécie de modelo teórico que tenha, por fundamento ou justificativa, o homem isolado dos demais. Entende, pois, ser o homem um ser que vive necessariamente em sociedade, e como tal deve ser considerado. Neste sentido, baseia todo o seu sistema político-social sobre o postulado de uma regra de conduta que a todos se imponha. Esta regra, em sua origem, confundia-se então com a própria regra de conteúdo moral, mas reputando a consciência social do grupo, da necessidade de sua aplicação por meios coercitivos, a partir de então se impôs sua transformação em regra de direito⁹⁸.

Neste sentido, eventuais direitos ditos subjetivos, na verdade não seriam mais do que direitos relativos a institutos jurídicos de natureza objetiva. Um hipotético direito subjetivo à propriedade, ou outro decorrente de uma obrigação, por exemplo, nada mais seriam do que mera decorrência de um instituto de direito objetivo referido como *propriedade*. Seriam, assim, sistemas de regras particulares, parte de um sistema geral de direito objetivo, ou o direito de propriedade ou o direito das obrigações⁹⁹. Nesta concepção, o que se entende por direitos subjetivos, ou seja, a possibilidade de manifestação decorrente do poder de vontade do sujeito de direitos, estaria afastada para uma espécie de periferia do sistema de direito objetivo (*péripherie du système du droit objectif*).

Na origem histórica recente da compreensão de direitos subjetivos, encontram-se as definições da pandectística alemã do século XIX.. Primeira delas é a *teoria da vontade*, formulada por Friederich Carl Von Savigny, pioneiro da chamada *Escola Clássica*, para quem toda relação jurídica se apresenta como relação estabelecida por diversas pessoas e determinada por uma regra de direito. Esta determinação, de sua vez, consistiria em atribuir-se à vontade individual um respectivo âmbito dentro do qual possa atuar independente de qualquer vontade alheia. Neste sentido, a denominação *teoria da vontade* se opera exatamente em razão da concepção de direito subjetivo assentar-se na vontade do indivíduo, expressa como conteúdo de uma relação sujeita à disciplina da norma jurídica. Ou como propõe o próprio Savigny: “*cada relación de derecho nos aparece como relación de persona á persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna á cada individuo un dominio en donde su voluntad reina independientemente de toda voluntad extraña.*”¹⁰⁰

⁹⁸ DUGUIT. *Traité de droit constitutionnel*, p. 374.

⁹⁹ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 7.

¹⁰⁰ SAVIGNY, Friederich Carl. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, t. I. 2ª ed. Madrid: Góngora, p. 258.

Na linha desse entendimento de Savigny, a identificação de direito subjetivo e vontade teve no magistério de um dos principais representantes da pandectística alemã, Windscheid, sua formulação mais conhecida, ao abordar os *direitos subjetivos como expressão do poder da vontade*, ou seja, dela dependendo para realizar-se enquanto tal¹⁰¹. Diverge, todavia, ao abordar a vontade em relação ao direito subjetivo, não como vontade individual, mas sim como vontade geral, neste sentido reportando-se ao entendimento de August Thon, para quem o direito subjetivo consiste em um meio de proteção do interesse, o qual, quando transgredido, autoriza a razão ou pretensão do sujeito de ver realizado coercitivamente o que a norma ordena ou removido o que ela proíbe¹⁰². Daí porque o aspecto corretamente criticado da teoria de Windscheid deve-se ao fato de que mesmo sujeitos sem vontade reconhecida pelo direito, tais como os incapazes, poderiam ser titulares destes, teriam capacidade de direito, embora não pudessem exercê-lo.

Em sentido diverso, contudo, propõe Rudolf von Jhering, que embora reconhecendo a vontade como elemento do direito, contesta sua concepção como mera prerrogativa do indivíduo. Assevera, então, que, ou se afirma a subordinação da vontade individual ao ditame da vontade geral – desde logo afastando a possibilidade de contestação – ou se identifica o cerne do direito subjetivo com o conteúdo da vontade individual, concebendo a vontade geral, pois, como fundamento do direito objetivo. Rejeita prontamente esta segunda hipótese, à razão de que não há de cogitar deixar sob o arbítrio individual do sujeito a ponderação sobre a finalidade do direito. Isto porque, a valer esta hipótese, observa-se a impossibilidade de se reconhecerem direitos aos incapazes, uma vez que desprovidos de vontade perfeita.

A partir deste entendimento, Jhering passa a desenvolver uma definição própria a respeito dos direitos subjetivos, conhecida como *teoria do interesse*. Neste sentido, conclui serem os direitos *interesses juridicamente protegidos*¹⁰³. Defende, então, que o direito, seja qual for, só existe para servir ao homem, lhe prestando alguma utilidade, caracterizando-se seu conteúdo sempre como um bem material ou moral, que em relação ao seu beneficiário constitui um *interesse*. Intuitivo, assim, que a reivindicação de um direito, mais não é do que

¹⁰¹ WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle Pandette*. Trad. Carlo Fadda e Paolo Bensa. Torino, Editrice Torinese, 1902. v. I. t. I, p. 169-71

¹⁰² THON, August. *Norma giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto*. 2ª ed. Padova: CEDAM, 1951, p. 207. Neste sentido ver também: DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 56 et seq.

¹⁰³ JHERING, Rudolf von. *El espíritu del derecho romano en as diversas fases de su desarrollo*. Trad. Enrique Príncipe y Satorres. Granada: Comares, 1998, p. 1033.

meio para dele utilizar, pois o que lhe é essencial, exatamente, é a possibilidade de sua utilização.

Afirmando os direitos subjetivos como interesses juridicamente protegidos, não tratava Jhering de desconsiderar ou mesmo negar a existência do direito objetivo. Pelo contrário. Considerava-o a garantia das condições vitais da sociedade¹⁰⁴, o que consistiria de modo objetivo, na proteção jurídica a que faz referência. Neste sentido, o direito subjetivo poderia ser considerado como interesse juridicamente protegido, tanto sob o aspecto substancial quanto formal. Sob o aspecto substancial, relativo ao fim prático do Direito, de modo a produzir a utilidade, as vantagens e os lucros que visam assegurar. Sob o aspecto *formal*, em relação a esse fim, constituindo-se o meio pelo qual este se realizaria, qual seja, a proteção que a ordem jurídica estabelece para efeito de assegurar a realização do direito¹⁰⁵. A partir daí, outras tantas teorias surgem, na doutrina, para elucidar a definição de direito subjetivo, designadas em geral como teorias mistas, na medida em que buscam associar os elementos teleológico (de proteção do interesse) e psicológico (de predominância da vontade)¹⁰⁶.

Por fim, cumpre á teoria proposta por Jean Dabin, segundo a qual o direito subjetivo traduz-se pela dicotomia entre pertença e domínio, e pressupõe um bem ou valor ligado ao sujeito-pessoa por um vínculo de pertinência, o qual é consagrado pelo direito objetivo. (“*le droit subjectif est essentiellement appartenance-maitrise, l'appartenance causant et déterminant la maitrise*”¹⁰⁷). O aspecto que se destaca daí é o da distinção entre a capacidade de direito e de fato, indicando que os incapazes serão igualmente, titulares de direitos subjetivos¹⁰⁸. Isto em face do caráter essencialmente funcional da concepção de direito subjetivo. Como aponta Vicente Ráo, o sujeito de direito não é aquele que *quer*, nem aquele

¹⁰⁴ JHERING, Rudolf von. *Das Zweck im Recht*. 3^a ed., 1893. p. 443. *apud*, DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 65.

¹⁰⁵ Refere Jhering: “Dos elementos constituyen el principio del derecho: uno sustancial, que reside en el fin práctico del derecho, que produce la utilidad, las ventajas y ganancias que esto aseguran; outro formal, que se refiere à ese fin únicamente como medio, á saber: protección del derecho, acción de la justicia. Este es el fruto y aquél la envoltura ó cáscara protectora. Por si mesmo, el Estado no crea más que nun estado de hecho útil ó de goce (interes de hecho) que calquiera, á su antojo, tiene el médio ó puede impunemente, á cada instante, destruir ó cambiar.” JHERING. *El espíritu del derecho romano...*, p. 1033.

¹⁰⁶ DABIN. *El derecho subjetivo*, p. 90-100; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I. 21^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 35-36.

¹⁰⁷ DABIN, Jean. *Le droit subjectif. op. cit.*, p. 80 et seq.

¹⁰⁸ No mesmo sentido, veja-se as considerações de CALÒ, Emmanuele. *Il ritorno della volontà*. Milano: Giuffrè Editore, 1999, p. 47-49

que *sabe*, nem aquele que *desfruta*, nem aquele que *age*, nem aquele que *sofre*. Trata-se fundamentalmente de ter como seu algum bem.¹⁰⁹

Esta concepção de direitos subjetivos como relação de pertinência do objeto em relação ao sujeito, com o grau de intensidade que lhe dá o traço distintivo (*pouvoir de libre disposition*) tem, no âmbito das relações intersubjetivas, características próprias. Neste aspecto, ecoa a máxima da teoria obrigacional de que ao direito de alguém corresponde a obrigação ou dever do outro (*le droit de l'un a pour objet précisément l'obligation l'autre*)¹¹⁰.

Nesta linha de argumentação, não é possível, pois, fazer do direito subjetivo, com o grau de intensidade que se ressalta, dizer respeito apenas ao sujeito. É preciso, pois, que o direito subjetivo seja oponível aos demais sujeitos, de modo que ao direito de um corresponda o co-respectivo dever de abstenção geral, não relacionado a um ou outro sujeito, mas a toda a coletividade. Assim, temos o direito subjetivo garantido a partir de sua oponibilidade aos demais indivíduos, o que se traduz pela teoria de Dabin, nas respectivas garantias de inviolabilidade e exigibilidade do direito pelo seu titular¹¹¹. Refere-se a um dever geral de respeito ao direito do outro, qualificando-o como abstenção geral. No mesmo sentido, são as ponderações de Pontes de Miranda a respeito da sujeição passiva da coletividade em relação aos direitos reais – aos quais se circunscrevem, em termos práticos, esta teoria – indicando a idéia de um dever geral de sujeição da coletividade, a quem denomina sujeito passivo total¹¹².

Esta questão é objeto de inúmeros debates doutrinários, em sua maioria, procurando estabelecer um termo indicativo do limite do exercício do direito subjetivo. Do mesmo modo, o problema da sujeição passiva da totalidade das pessoas coloca em destaque, pelo menos em abstrato, exigências quanto à legitimidade do exercício deste direito (como bem demonstram

¹⁰⁹ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, p.559.

¹¹⁰ Neste sentido esclarecedoras as palavras do autor : “*La maîtrise étant ainsi détachée de l'exercice et ramenée dans le prolongement de l'appartenance, en quoi consiste-t-elle? En un pouvoir de libre disposition de la chose, objet du droit*”. DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 89.

¹¹¹ Ainda refere Jean Dabin que “*l'opposabilité à autrui de l'appartenance-maîtrise s'explique dans les concepts jumelés d'invocabilité et d'exigibilité. L'invocabilité d'abord: pas de droit subjectif sans l'obligation correspondante du respect de ce même droit. 'Jus et obligatio sunt correlata'. Au cas d'appartenance directe, là où le bien appartient dès au titulaire, l'obligation du respect, Qui lie tout le monde, au titre du devoir général du respect du droit d'autrui, est d'abstention pure: ne pas porter atteinte, volontairement ou même involontairement, au droit du titulaire par empiètement sur ce qui lui appartient (...) ou par entrave à sa faculté de libre disposition*”. DABIN. *Le droit subjectif*, p.94-95.

¹¹² A propósito: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*, t. XI. 4ª ed. São Paulo: Editora RT, 1977. p. 15-16.

as exigências de funcionalização do direito de propriedade entre nós¹¹³). Mas ao mesmo tempo, uma vez que a qualquer pessoa é possível conferir o bem objeto do direito subjetivo individual, o interesse do titular do direito forçosamente deve ser oponível a toda a coletividade¹¹⁴.

Ao longo do desenvolvimento doutrinário sobre o tema, o direito subjetivo já foi largamente identificado com a noção de poder da vontade e dominação, a qual se expressa tanto pela identificação de poderes para que a pessoa, por intermédio destes, realize seus próprios interesses, como também faculdades jurídicas, reconhecidas como possibilidades de atuação atribuídas à pessoa como conteúdo de um direito subjetivo mais amplo, ou isoladamente, de modo independente a qualquer outro tipo de direito¹¹⁵.

O que se percebe, contudo, é de que a idéia de direito subjetivo de fato resulta de uma noção de poder da vontade, considerando-se a potência da intervenção humana na realidade da vida, constituindo, modificando ou extinguindo relações jurídicas. Entre nós, Clóvis Beviláqua o definiu em perfeita síntese, observando tratar-se do “poder de ação assegurado pela ordem jurídica”¹¹⁶. O reconhecimento do poder do indivíduo, um poder jurídico cujo exercício se estabelece a nos termos da vontade de seu titular, não admitirá, *a priori*, como uma determinada realidade dada. Exigirá, dentro do próprio sistema, uma justificação que não alcance apenas sua existência como direito subjetivo (contemplado, a princípio, no sistema de direito positivo, pela existência de previsão normativa), mas na própria idéia de finalidade para a qual é *concebido* e sua relação com o modo e os fins para os quais será *exercido*.

¹¹³ Sobre o tema, remete-se ao clássico de Karl Renner, que lê-se na tradução inglesa: RENNER, Karl. *The institutions of private law and their social functions*. London: Routledge & Kegan Paul, 1976, p. 104 et seq.

¹¹⁴ Neste sentido, de conteúdo as observações de SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Diritto sogettivi*. in: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Ed. Giufré, 1964,

¹¹⁵ DíEZ-PICAZO, Luiz; GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil*, v. I. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 1998, p. 415.

¹¹⁶ BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. Campinas: Red Livros, 1999, p. 79

1.2. Uma questão atual sobre os direitos subjetivos: servem os limites para definição do conteúdo ou do exercício?

O reconhecimento do direito subjetivo envolve tanto questões de ordem dogmática e de previsão normativa, quanto de natureza ético-filosófica, na medida em tanto se identifica (visão analítica) a existência ou não dos direitos subjetivos, quanto às razões de sua existência e sua respectiva finalidade¹¹⁷. Nesta linha de entendimento, a moderna compreensão da definição de direitos subjetivos vincula-se à noção de um poder jurídico conferido ao indivíduo pela ordem jurídica e que se vincula a uma dada finalidade, que é um meio para a satisfação dos interesses humanos¹¹⁸.

Neste sentido, refere Alexy, “*se trata de uma cuestión ético-filosófica cuando, independiente de la validez de un orden jurídico positivo, se pregunta por qué los individuos tienen derechos y cuáles derechos tienen*”¹¹⁹. A resposta clássica a esta questão – aponta o mestre alemão¹²⁰ – será a fornecida por Immanuel Kant, segundo a qual, a liberdade, na medida em que pode coexistir com a liberdade de qualquer outro, de acordo com a lei universal, é o direito único, originário, e que pertence a toda a pessoa em virtude de sua humanidade, caracterizada com a qualidade da pessoa como ser racional. Daí porque conclui Kant:

se, então, minha ação ou minha condição pode geralmente coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, todo aquele que obstaculizar minha ação ou minha condição me produz injustiça, pois este obstáculo (resistência) não pode coexistir com a liberdade de acordo com uma lei universal.¹²¹

Esta noção de liberdade, de sua vez, distingue-se na teoria kantiana, em liberdade *interna* e *externa*, sendo a primeira compreendida como os deveres que o indivíduo impõe a si mesmo, e a segunda, os deveres que se impõem na relação dos indivíduos com os demais¹²². No âmbito da liberdade interna, espécie de liberdade moral, inclusive, situa-se o âmbito da

¹¹⁷ VIGO, Rodolfo. Consideraciones iusfilosóficas sobre el abuso del derecho. *Revista de derecho privado y comunitario. Abuso del derecho*, nº 16. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1998, p. 287-318.

¹¹⁸ Neste sentido, a definição de ENNECCERUS, L.; KIPP, T; WOLF, M. *Derecho civil. Parte general.*, t. I. Revisado por H.C. Nipperdey e trad. B. Pérez González e J. Alguer. Barcelona: Bosch, 1947, p. 425.

¹¹⁹ ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 174.

¹²⁰ ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 174.

¹²¹ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*, p. 76-77.

¹²² BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4ª ed. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Editora UnB, 1997, p. 58-59.

autonomia da vontade, e a qualidade desta vontade do indivíduo de fazer lei para si mesmo¹²³, tendo como paradigma o imperativo categórico pelo qual deve o indivíduo agir com base em uma máxima que também possa ter validade como uma lei universal¹²⁴. Como a compreensão dos direitos subjetivos, vincula-se estritamente ao das finalidades para as quais é concebido, as quais aparecem como razões para as quais é previsto. Mesmo na concepção moderna de direito subjetivo, no direito natural, o cerne da definição de direito subjetivo tem como elemento nuclear as razões pelas quais este é originado, como qualidade moral do indivíduo ou poder do indivíduo, por ele expressa sua liberdade e vontade¹²⁵.

Neste sentido, no sistema de direito positivo, os fins para os quais a norma foi estabelecida permaneceriam vinculados à autorização jurídica ou ao poder jurídico que define este direito. Sugere Alexy que a distinção sobre os traços fundamentais dos direitos subjetivos se estabeleça em três graus: *primeiro*, as razões para os direitos subjetivos; *segundo*, sua compreensão como posições e relações jurídicas; e *terceiro*, o atributo de imposição (*imponibilidad*) destes mesmos direitos¹²⁶. Daí porque ressurgem, a partir da reflexão de Alexy sobre os direitos fundamentais, refletindo a tradicional discussão doutrinária sobre a definição dos direitos subjetivos e seus limites, cuja definição é central para o exame da teoria do abuso do direito. Isto implica questionar se o direito subjetivo e seus limites ou restrições são realidades distintas, ou se, ao contrário, confundem-se em uma só figura, uma vez que estes limites ou restrições estariam na verdade a definir o conteúdo do direito, razão pela qual o exercício do direito que ultrapassa os limites estabelecidos não o realiza sob a égide do direito, mas sem nenhum direito.

Esta distinção, por um lado, remarca os primeiros debates acerca da admissão ou não da teoria do abuso do direito, na medida em que se distinguia a noção do exercício abusivo – contemplado por dita teoria – e o agir sem direito, uma vez que o título jurídico da atuação, qual seja, um determinado direito subjetivo, não teria respeitado o seu conteúdo, não se tratando por isso, de exercício, mas de ação a margem de qualquer autorização jurídica.

¹²³ BOBBIO. *Direito e Estado...*, p. 62.

¹²⁴ KANT. *A metafísica dos costumes*, p. 67-68.

¹²⁵ TIERNEY, Brian. *The idea of natural rights. Studies on natural rights, natural law and church law 1150-1625*. Cambridge: William B. Eerdmans Publishing Co, 2001, p. 324-325.

¹²⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 178-179.

Sua importância contemporânea diz respeito ao fundamento e compreensão da natureza das restrições aos direitos subjetivos, distinguindo-se entre a teoria *externa* e a teoria *interna*. Como ensina Robert Alexy,

o conceito de restrição de um direito sugere a suposição de que existem duas coisas – o direito e suas restrições – entre as quais se dá uma relação de tipo especial, é dizer, a da restrição. Se a relação entre o direito e restrição há de ser definida deste modo, então existe, em primeiro plano, o direito em si, que não está restringido, e segundo, o que se mantém do direito quando se estabelecem as restrições, e dizer, o direito restringido. Esta é a teoria que costuma ser chamada – em geral com intenção crítica – teoria externa.¹²⁷

Ensina então que, nos ordenamentos jurídicos, a *teoria externa* pode admitir a existência de direitos restringidos, mas também deve conceber a existência de direitos sem restrições. Não existiria assim uma correlação necessária entre a existência do direito e sua restrição, a qual vem a ser criada apenas em razão de uma necessidade externa do direito, de modo a compatibilizar os direitos que estejam em concorrência¹²⁸. Da mesma forma, a visão crítica de Menezes Cordeiro, para quem a *teoria externa* encontra dificuldade de se afirmar porquanto não existem limites genéricos aos direitos, mas tão apenas disposições limitativas, cuja concretização deve se dar no caso concreto¹²⁹.

A *teoria interna*, por sua vez, não distingue entre a existência do direito e suas restrições, mas sim da existência de um direito com um determinado conteúdo. Neste contexto, talvez o aspecto mais relevante para a teoria do abuso do direito, é de que o conceito de restrições é substituído pelo conceito de limites, sendo que “a dúvida sobre os limites do direito não são dúvidas de se o direito deve ou não ser limitado, senão de qual é o seu conteúdo. Quando se fala de limites ao invés de restrições, se fala de restrições imanentes”¹³⁰.

A importância da distinção entre a *teoria externa* e a *teoria interna* não constitui – conforme alerta Robert Alexy – uma mera polêmica conceitual. A rigor, entre as teorias da restrição e dos suportes normativos gerais, existiriam claras conexões¹³¹, razão pela qual a *teoria externa* será mais afeta a quem sustenta uma visão individualista do Estado e a

¹²⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 268.

¹²⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 268.

¹²⁹ MENEZES CORDEIRO. *Tratado de direito civil português*, v. I, t. IV, p. 365.

¹³⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 268-269.

¹³¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 269.

sociedade, assim como, em sentido contrário, quem sustenta uma visão mais comunitária observará a tendência da *teoria interna*, quando se trate em referência aos direitos fundamentais.

No que se refere aos direitos subjetivos em geral, a admissão de que são concebidos em vista de determinadas finalidades, as quais ao mesmo tempo em que justificam sua existência, limitam seu exercício em vista destas mesmas finalidades, exige a distinção entre a titularidade do direito e seu exercício pelo titular, sendo que este não se submeteria ao arbítrio absoluto da vontade, senão aos limites estabelecidos pela concepção antecedente do direito. Da mesma forma, sendo derivados do ordenamento jurídico, os direitos subjetivos teriam com relação a este uma necessária posição de não-contradição, caracterizada não apenas pelo necessário atendimento da finalidade que a ele se vincula, como também a outros parâmetros de conduta indicados expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico.

Assim, por exemplo, o direito de propriedade se considera direito subjetivo cuja finalidade precípua é a de organizar o modo de apropriação e circulação econômicas. Daí porque não se admite o exercício do direito de propriedade com vista a uma finalidade não-econômica. Mas, para além disso, o ordenamento jurídico, a partir da Constituição, já determinou à propriedade a necessidade de cumprimento de função social, a qual abrange uma série de limites de maior ou menor precisão. Deste modo, objetiva o ordenamento jurídico, tanto estimular o aproveitamento econômico da propriedade¹³², quanto estabelecer limites em relação à possibilidade de seu exercício anti-social¹³³. A própria definição do direito de propriedade, neste sentido, que no direito brasileiro se estabelece por intermédio da descrição das prerrogativas reconhecidas ao proprietário, ao relacionar os poderes de uso, fruição e disposição que lhe são inerentes, em seguida refere os limites do exercício destes

¹³² Neste sentido, o artigo 182, §4º da Constituição da República, ao tratar da propriedade fundiária urbana, estabelece ao Poder Público municipal uma série de instrumentos de estímulo ao adequado aproveitamento do bem, “4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.”

¹³³ Com relação à função social da propriedade agrária, refere o artigo 186 da Constituição: “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

limites, como se observa no §1º do artigo 1228, do Código Civil: “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 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.”

Observa-se que a existência do direito subjetivo justifica-se em razão de finalidades que deve cumprir em vista da satisfação de interesses humanos. E da mesma forma, como se trata de um poder jurídico que se origina do próprio ordenamento jurídico, tem com este uma relação necessária de não-contradição, razão pela qual o exercício do direito subjetivo deve observar estas mesmas condições. Isto ocorre, então, pelo reconhecimento de limites ao exercício do direito, os quais, como examinaremos adiante, podem ser explícitos ou implícitos, uma vez que se deduzam diretamente da norma, ou decorram de sua interpretação pelas demais fontes do direito, como a doutrina e a jurisprudência, sempre buscando a preservação do sistema jurídico como complexo coerente de normas e valores.

1.3. Definições acerca do poder jurídico do indivíduo: direito subjetivo, situação jurídica e posição jurídica.

O poder do indivíduo, e seu reconhecimento pelo direito, admitem uma série de classificações, das quais a noção de direito subjetivo, como espécie de poder *jurídico* do indivíduo é a mais assente. Contudo, é relevante para a interpretação do artigo 187 do Código Civil, e o conteúdo do preceito normativo ali indicado, a distinção entre as categorias de *direito subjetivo*, *situação jurídica* e *posição jurídica*. Subjacente a estes conceitos, para efeito do desenvolvimento deste estudo, também se distingue *liberdades* e *faculdades* jurídicas, com a finalidade de precisar o âmbito de aplicação do comando normativo do artigo 187 do Código Civil: “*também comete ato ilícito, o titular de um direito que...*”.

O direito subjetivo, como foi mencionado, e nos termos que reconhecemos neste estudo, trata-se de um direito de titularidade do indivíduo, assim estabelecido por norma jurídica, e caracterizado pelo poder de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão). Ou ainda, por ato livre de vontade, produzir determinados efeitos jurídicos. Neste sentido, note-se que só há direito subjetivo quando estes dependam da vontade do seu titular¹³⁴. Não seriam propriamente direitos subjetivos os *poderes-deveres*, ou os *poderes funcionais*, como é o caso do poder familiar e do poder de tutela¹³⁵.

Os direitos subjetivos podem ser *direitos subjetivos propriamente ditos* e *direitos potestativos*. O direito subjetivo propriamente dito consiste no poder de exigir ou pretender de outrem um determinado comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão), sendo-lhe contraposto um dever jurídico de fazer ou de não fazer (abstenção)¹³⁶. Neste sentido, não cumprindo o titular do dever com o comportamento que lhe é atribuído, poderá o titular do dever violado, no exercício de um poder de exigir, recorrer ao Poder Judiciário e demais autoridades competentes no sentido da obtenção do comportamento devido ou da aplicação das sanções cabíveis.

¹³⁴ MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 169.

¹³⁵ MOTA PINTO. *Teoria geral do direito civil*, p. 169-170.

¹³⁶ MOTA PINTO. *Teoria geral do direito civil*, p. 172-173.

Já os direitos potestativos são espécies de poderes jurídicos de titularidade individual que mediante seu simples exercício, ou ainda integrado por uma decisão judicial, produzem efeitos jurídicos, independentemente da colaboração da outra parte da relação jurídica¹³⁷. Note-se que em relação aos direitos potestativos corresponde um dever de sujeição por parte do outro sujeito da relação jurídica.

Outra definição que deve ser examinada é a de *situação jurídica*. Trata-se de conceito sistematizado por Paul Roubier, na doutrina francesa, identificando-a como a situação que concretiza regras jurídicas de direito objetivo, de modo a reconhecer direitos subjetivos e demais poderes jurídicos aos partícipes desta situação jurídica¹³⁸. No direito brasileiro, esta teoria foi defendida por Torquato Castro, que a define como “a situação que de direito se instaura em razão de uma determinada situação de fato, revelada como fato jurídico, e que se traduz na disposição normativa de sujeitos concretos posicionados perante certo objeto; isto é, posicionados em certa medida de participação de uma res, que se define como seu objeto.”¹³⁹

Neste sentido, sustenta-se que a relação entre sujeitos de direito são relações medidas, como projeções de relações atributivas, nas quais cada sujeito ocupa *posições jurídicas*. Assim é, por exemplo, a relação entre *credor e devedor*, hipótese na qual, em relação ao primeiro, é atribuído o crédito, e ao segundo a obrigação de adimplir o mesmo¹⁴⁰. Este entendimento leva a considerar o fenômeno jurídico, a partir do conceito de situação jurídica, como integrado por sujeitos concretos, em posições medidas pela norma, de modo a afastar-se de um puro conceitualismo, em favor da identificação do indivíduo situado na realidade, “uma experiência de sua própria existência imersa no mundo e encarnada numa situação”¹⁴¹.

Em sua origem, a teoria da situação jurídica teve por finalidade a definição de situações que não se adequavam à identificação da presença de direito subjetivo, hipóteses como a capacidade de agir ou o poder de disposição¹⁴². Mais adiante, a situação jurídica passa

¹³⁷ MOTA PINTO. *Teoria geral do direito civil*, p. 174-175.

¹³⁸ ROUBIER, Paul. *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963, p. 48.

¹³⁹ Esclarece o autor, sobre o conceito proposto que, por res, entenda-se, em seu sentido genérico, “abrangendo tudo o quanto pode ser objeto de direito, desde a parcela do mundo físico, os atos humanos externos, até as qualificações de valor moral ou social, enquanto tais realidades externas sejam passíveis da experiência jurídica, que é a experiência da atribuição.” CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 50-51.

¹⁴⁰ CASTRO. *Teoria da situação jurídica...*, p. 51.

¹⁴¹ CASTRO. *Teoria da situação jurídica...*, p. 52-53.

¹⁴² Conforme Torquato Castro, ao referir as razões do surgimento do conceito de situação jurídica na doutrina de Josef Kohler. CASTRO. *Teoria da situação jurídica...*, p. 54. No mesmo sentido, Clóvis do Couto e Silva, que

a ser indicada pelo entendimento sustentado por parte da doutrina processualista, para a compreensão das situações das partes no curso do procedimento judicial¹⁴³.

Os elementos constitutivos da situação jurídica, neste sentir, seriam o sujeito, o objeto e a posição do sujeito, assim como, na generalidade dos casos, um quarto elemento, a relação intersubjetiva, assinalando a relação jurídica que se estabelece entre sujeitos, determinada pela natureza do objeto. Note-se que a situação jurídica que daí resulta decorre de atribuição da norma, sendo a relação jurídica determinada especialmente pela posição jurídica do sujeito¹⁴⁴. E por este critério, as situações jurídicas ou serão *uniposicionais*, ou serão *relacionais*. Como exemplo das primeiras, as que tenham por objeto direitos reais, na qual o titular da posição jurídica a exerce independente dos demais; ou ainda aquelas em que se identifica o exercício de direitos potestativos, como resolução, resilição, ou renúncia, caracterizados, desde a perspectiva da teoria da situação jurídica, como espécie de exercício de poder jurídico. Já as situações jurídicas relacionais caracterizam-se por ações e comportamentos típicos dos sujeitos entre si¹⁴⁵, como no caso dos contratos e demais relações onde existe uma relação entre sujeitos.

A teoria da situação jurídica, assim, afasta o papel preponderante do conceito de direito subjetivo como modo de reconhecimento da atuação humana pelo Direito. Prefere a distinção entre *situações jurídicas subjetivas*, onde exista uma dependência da vontade para produção de seus efeitos, e as *situações jurídicas objetivas*, em que o efeito resulta da norma¹⁴⁶. Sustenta-se na crítica principal à tese do direito subjetivo, referindo que esta se baseia “na falsa generalização de uma liberdade, criada aqui por exigência de ordem moral,

refere as obras de Josef Kohler e James Goldschmidt como as que referem à existência de “posições jurídicas”. COUTO E SILVA, Clóvis. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil. *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Estudos em homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz*. Coimbra, 1983, p. 46.

¹⁴³ Sobretudo o trabalho de James Goldschmidt, *Processo como situação jurídica (Prozess als Rechtslage)*, de 1925. O autor sustenta que “o conceito de situação jurídica é especificamente processual (...) o conceito de situação jurídica forma a síntese da consideração abstrata, suposto processual, e da concreta, suposto material para o direito judicial”. Ou como explica: “reduz ao um denominador comum a exigência abstrata do cidadão, de que o estado administre a justiça e a concreta do titular, segundo algum direito material, de que o Estado lhe outorgue proteção jurídica mediante uma sentença favorável.” GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936, p. 56-57. Ou seja, a situação jurídica traduzida como “um estado de esperança de uma pessoa em atenção a uma sentença judicial futura”. GOLDSCHMIDT, James. *Problemas generales del derecho*. Buenos Aires: De Palma, 1944, p.120. Este entendimento, contudo, é criticada por Torquato Castro, ao entender que a teoria da situação jurídica foi impropriamente estendida para o processo civil. CASTRO. *Teoria da situação jurídica...*, p. 54.

¹⁴⁴ CASTRO. *Teoria da situação jurídica...*, p. 68.

¹⁴⁵ CASTRO. *Teoria da situação jurídica...*, p. 74-81.

¹⁴⁶ ROUBIER. *Droits subjectifs et situations juridiques*, p. 60 et seq.

em razão da específica natureza do objeto jurídico”¹⁴⁷. Não há, assim, uma distinção entre o que é objetivo e o que é subjetivo no fenômeno jurídico, concentrando-se tudo na relação de atributividade da norma jurídica a uma dada situação¹⁴⁸. Daí porque prefere a noção de *posição jurídica*, entendida como “o termo que congrega em síntese, todas as relações possíveis que cabem a um sujeito, dentro da unidade normo-dispositiva impressa pela norma a cada situação jurídica”¹⁴⁹.

A questão do abuso do exercício, seja de um direito subjetivo, seja de um poder ou posição jurídica, contudo, permanece possível no mundo fático, na medida em que o titular do direito, ou do poder, ou ainda aquele que ocupe uma determinada posição jurídica, realize seu conteúdo material de modo estranho ao que estabeleça explícita ou implicitamente o ordenamento jurídico. A distinção apenas, é de que enquanto no exercício abusivo do direito subjetivo tem-se que este exercício pode se dar de modo contrário ao ordenamento jurídico, em vista de limites que o mesmo lhe indica, no caso do exercício de poder ou posição jurídica, segundo a teoria da situação jurídica, o exercício abusivo seria desde logo reconhecido como estranho à relação de atributividade da norma jurídica a uma determinada situação fática. Em ambos os casos, contudo, há de se falar de uma atuação individual contrária à previsão normativa que a legitima, seja por razões de ordem interna do sujeito (dolo, culpa), ou pelo fato da violação de limites expressos ou implícitos em vista do sentido e alcance do reconhecimento jurídico de uma determinada possibilidade de ação¹⁵⁰, pelo titular do direito subjetivo, poder ou posição jurídica. Esta contrariedade, e sua vez, resulta desde a atenção a deveres gerais – como os deveres de não causar dano ou de não enriquecer indevidamente a custa de outrem – ou deveres especiais, como os que decorrem das leis (caracterizando um

¹⁴⁷ CASTRO. *Teoria da situação jurídica...*, p. 82.

¹⁴⁸ A distinção corrente entre os direitos subjetivos e as demais prerrogativas jurídicas em regra vincula-se a uma maior segurança e certeza quanto ao primeiro, porquanto vinculado diretamente ao seu titular, muitas vezes em virtude de previsão legal expressa com anterioridade. Esta distinção, contudo, observará toda a sorte de questionamentos, porquanto esta certeza e segurança quanto à existência e possibilidade de exercício pode se dar em relação às demais prerrogativas. Contudo, é certo que seja como se constituam estas prerrogativas (se direitos subjetivos, liberdades, faculdades), todas podem ser reconduzidas ao conceito de direitos, para efeito do reconhecimento da possibilidade fática de abuso, rejeitada pela ordem jurídica por intermédio da condenação ao abuso do direito.

¹⁴⁹ CASTRO. *Teoria da situação jurídica...*, p. 97.

¹⁵⁰ Roubier contrapõe a noção de liberdade e direito subjetivo indicando que enquanto estes tem uma finalidade que pode ser definida, em relação à liberdade esta não poderia ser definida, e neste sentido, não poderia ser objeto exercício desviado do fim, porquanto a crítica ou qualquer espécie de condenação dos motivos pelos quais alguém exerce uma liberdade é impossível, uma vez que a idéia de liberdade comporta possibilidades de iniciativa indefinidas e, deste modo, controlar-se suas motivações seria negar-se seu caráter de liberdade. ROUBIER. *Droits subjectifs et situations juridiques*, p. 381-383.

ilícito formal) ou dos usos e costumes¹⁵¹ (assinalando-se aqui, também, a importância dos bons costumes).

¹⁵¹ Para a definição destes deveres gerais e especiais, e sua correlação com os respectivos direitos ou poderes jurídicos, veja-se: ROUBIER. *Droits subjectifs et situations juridiques*, p. 111-116.

2. A definição de ilicitude civil e o reconhecimento do abuso do direito.

A definição de ilicitude civil é pressuposto do reconhecimento do abuso do direito. Se ilicitude é a contrariedade à norma, e o abuso seria, em uma visão tradicional, o exercício de um direito previsto normativamente, mas com a violação dos limites estabelecidos expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico, no que se distingue o ato ilícito do ato abusivo? Ou, em outros termos, e em vista, sobretudo, da técnica legislativa adotada pelo legislador brasileiro, que distinções se admitem entre a definição clássica do ilícito, formado admitindo em seu núcleo conceitual a contrariedade a direito, a culpa e o dano, e a noção de abuso do direito?

A clássica oposição de Marcel Planiol à definição de abuso do direito, de certo modo, representa a cerne da questão em tela. Segundo refere o civilista francês:

a expressão abuso dos direitos concretiza e apóia eficazmente uma tendência à extensão dos casos de responsabilidade pela diminuição destes direitos subjetivos. Esta concepção deve rechaçar-se. (1) Ninguém há pretendido nunca que os direitos subjetivos, definidos ou não, sejam ilimitados, senão, ao contrário, são limitados evidentemente pelos direitos dos demais; (2) Falar, portanto, de abuso dos direitos, é enunciar uma fórmula inútil, e ainda incorrer em uma logomaquia; (3) toda vez que quando eu faço uso de meu direito, meu ato é lícito, e quando não o é, é porque ultrapassei meu direito e atuo sem direito. Por outra parte, não se chegou a fixar um critério prático do abuso dos direitos entendidos nestes termos. O melhor que se propôs, consistente em que há abuso do direito quando se faz uso anormal deste, atendidas as concepções e necessidades do meio e da época, não é mais que uma fórmula sem grande valor prático e, em definitivo, a mesma que se logra ao tratar de definir o ato ilícito, como condição da culpa. Sem dúvida alguma, quando dois interesses se chocam, merecendo igual proteção do direito e sendo impossível sua conciliação, tem que se decidir qual deles deve prevalecer (...) Este problema se apresenta sempre, mas é problema de determinação e limitação de cada direito subjetivo, de fixação de seus contornos.¹⁵²

No mesmo sentido refere Jean Dabin, para quem:

“tecnicamente o problema do abuso só nasce depois que o legislador dispõe a respeito da interpretação e aplicação do direito. Portanto, quando para impedir o abuso de um direito, o legislador proíbe, por uma regra especial, ou por um princípio geral (como a causa ilícita), o uso que estima ser abusivo, o ato abusivo perpetrado contra esta limitação redonda na categoria

¹⁵² PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Tratado práctico de derecho civil frances*, t. 6, p. I. Trad. Mario Diaz da Cruz. Havana: Cultural, 1946, p. 790-791.

da ilegalidade, ainda que o legislador tenha conservado em seu texto a expressão abuso. Mais ainda, o abuso em sentido técnico desaparece quando o legislador somente concede um direito com a reserva de que se use de um modo determinado não abusivo, que apreciará o juiz: o uso nas condições proibidas colocaria a seu titular fora de seu direito legal”¹⁵³.

Mas assinala o mestre francês que: “*a situação se altera, evidentemente, quando o legislador vem a consagrar a teoria do abuso a título de princípio geral, que rege o exercício de todos os direitos: neste caso, o abuso está previsto e reconhecido como tal, independente do ato ilegal.*”¹⁵⁴ O critério que propõe, então, é de que deve considerar-se o exercício abusivo aquele que contrarie regras morais, ou seja, de que a questão apresentada pelo abuso do direito é de controle da moralidade do exercício do direito subjetivo¹⁵⁵.

A pergunta básica, neste caso, é se há distinção teórica, e de utilidade prática, entre o ato ilícito e o ato abusivo, o que importa – sobretudo do ponto de vista prático – sustentar a utilidade desta diferenciação. E os entendimentos possíveis nestas circunstâncias são de três ordens, a saber: a) os que distinguem ato ilícito como contrariedade direta a Direito, e ato abusivo, como ato originariamente autorizado pela norma, mas que na sua concretização, viola o Direito; b) a identificação do ato ilícito e do ato abusivo, como manifestações de reprovação jurídica de uma dada atuação humana; c) distinção entre ato ilícito e abusivo, considerando com atos ilícitos, as hipóteses em que a norma expressamente vede o abuso ou imponha limites explícitos ao exercício de direitos: o cometimento do abuso ou a violação dos limites implicariam na violação da norma, e logo, em ilicitude; por outro lado, segundo esta visão, admitir-se-ia o ato abusivo quando o exercício do direito subjetivo, ao qual não se estabelece *a priori* nenhum limite explícito, é realizado de modo abusivo pelo titular, contrariando princípios ou máximas de experiência consagradas pelo Direito.

Daí porque a identificação entre o exame do ato ilícito e sua relação com o abuso do direito são essenciais para a demonstração da exata compreensão deste último, sobretudo em vista do direito brasileiro atual, no qual a regra do artigo 187 do Código Civil estabelece como ato ilícito o exercício de direito pelo seu titular, que viole os limites estabelecidos pelo direito, quais sejam, o fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes.

¹⁵³ DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Trad. Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 338.

¹⁵⁴ DABIN. *El derecho subjetivo*, p. 339.

¹⁵⁵ DABIN. *El derecho subjetivo*, p. 363 et seq.

2.1. A definição de ilicitude e suas repercussão em Direito Privado

A definição de ilicitude, e desde aí, de ato ilícito em direito civil, compreende a identificação de uma violação a preceito normativo. Esta violação se expressa quando, se estabelecendo uma regra de proibição, ou ainda uma regra imperativa que restringe ou conforma uma determinada conduta, estas ordens de proibição, imperativa ou de restrição, são direta e expressamente violadas, por intermédio de comportamento do autor do ato que contraria a determinação normativa.

Há autores, em direito civil, que distinguem *ilicitude* e *ilegalidade*¹⁵⁶. Para estes, a ilicitude importa na violação de uma norma que impõe um dever jurídico, cujo desrespeito importa uma verdadeira sanção, enquanto na ilegalidade a norma violada representa apenas um ônus jurídico, razão pela qual sua violação implica apenas em uma desvantagem. Neste sentido exemplifica Mario Júlio de Almeida Costa, indicando, à luz do direito português, que é ilícito não cumprir uma obrigação, difamar ou furtar, enquanto se configura ilegal realizar a venda e um imóvel por escrito particular ou fazer um testamento oral¹⁵⁷.

Na doutrina civilista brasileira, o ato ilícito é identificado genericamente como o ato representativo da contrariedade a um dever preexistente¹⁵⁸. Neste sentido, comporta certos requisitos como: a) uma conduta que se configura na realização intencional ou apenas previsível de um resultado exterior; b) a violação do ordenamento jurídico, caracterizada pela contraposição do comportamento à determinação de uma norma; c) a imputabilidade,

¹⁵⁶ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 514-515.

¹⁵⁷ ALMEIDA COSTA. *Direito das obrigações*, p. 515.

¹⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, t. LIII. Rio de Janeiro: Borsói, 1972, p. 96 et seq. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 654; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 1. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 546; GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 488; CAVALIERI, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 9. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. Parte geral*, v. I. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 441. SANTIAGO DANTAS, Francisco Clementino. *Programa de direito civil. Teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 289. BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil. Parte geral*, v. 1. 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 320; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Parte geral*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 589. AMARAL, Francisco. Os atos ilícitos. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O novo Código Civil. Estudos em homenagem a Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003, p. 147-163; TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a Teoria do Risco na perspectiva do novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) *A parte geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 345-365.

caracterizada pela atribuição do resultado antijurídico à consciência do agente; d) a penetração da conduta na esfera jurídica alheia.¹⁵⁹

Por outro lado, embora prevista em muitos ordenamentos jurídicos, a existência de cláusula geral de ilicitude, que estabelece expressamente seus requisitos, ou mesmo a define conceitualmente, no direito brasileiro observa um sistema aberto, presidido pelo princípio da atipicidade dos atos ilícitos civis¹⁶⁰. Estes, em tese, podem ser configurados em infinitas hipóteses de ofensa à norma, reconduzindo-se ou não à definição fixada nos artigos 186 e 187 do Código Civil.

Neste sentido assinala Alfredo Orgaz, que em vista da sua natureza, ou caráter, isto é, sua definição, o ato ilícito é simplesmente o que contraria uma proibição legal, sem nenhuma outra consideração¹⁶¹. Daí porque vai considerar que “la ilicitud, por tanto, se define por la contrariedad del acto, positivo o negativo (acción o omisión), a las normas de un sistema dado de derecho; entraña una ‘idea de relación’: la relación contradictoria entre el hecho del hombre y la ley”. Se aprecia, en consecuencia, por comparación entre ese hecho y la prohibición o el mandato legal.”¹⁶²

Contudo, é comum ocorrer a definição do ilícito associada, necessariamente, a uma determinada atuação culposa, ou mesmo ao cometimento de ato danoso contra o patrimônio jurídico alheio. Tais elementos, embora se adequassem ao preceito inscrito no artigo 159 do Código Civil de 1916, e mesmo agora, no disposto no artigo 186 do Código Civil vigente, não permite que desde logo sejam compreendidos na definição de ato ilícito. Isto é especialmente visível em vista da característica da atipicidade dos atos ilícitos, que conceitualmente comportam em seu significado toda a violação de norma jurídica, assim como a circunstância de o próprio Código Civil, por intermédio de outros preceitos, estabelecer normas proibitivas ou imperativas, cuja violação não se dá necessariamente por dolo ou culpa do agente, ou, mais comum, não dá origem a um dano.

È certo que a contrariedade a direito, característica da ilicitude, estabelece desde logo, como consequência, o estabelecimento de uma sanção legal, já que a ordem jurídica é, por

¹⁵⁹ PEREIRA. *Instituições de direito civil*, p. 654.

¹⁶⁰ AMARAL. *Os atos ilícitos*, p. 152-153.

¹⁶¹ ORGAZ, Alfredo. *La ilicitud*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1974, p. 17.

¹⁶² ORGAZ. *La ilicitud*, p. 18.

essência, uma ordem coativa¹⁶³. A associação entre ilicitude e dano, e logo, à consequência típica do reconhecimento de um dano ilícito, qual seja, a reparação, é própria da definição legal de ato ilícito. Neste sentido, estabelece o artigo 186 do Código Civil "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*". Esta cláusula repete os termos do artigo 159 do Código Civil anterior, com duas modificações essenciais. De um lado reconhece a autonomia do dano moral, ainda que se verifique em caráter exclusivo. Da mesma forma, o dever de indenizar deixa de ser elemento constitutivo da norma de definição do ato ilícito, ainda que esta tenha o dano como elemento do seu suporte fático. A consequência jurídica típica do artigo 186, segundo se vislumbra da sua análise, é apenas a cominação de ilicitude, cujo dever de indenizar, no sistema do Código, estará determinado em acordo com o artigo 927, em capítulo relativo à responsabilidade civil.

A nova redação da cláusula geral de ilicitude subjetiva estabelece algumas distinções em relação ao direito anterior. Em primeiro lugar, a gradação da culpa, que pelo artigo 159, segunda parte¹⁶⁴, do Código Civil de 1916, era remetida para a disciplina da liquidação das obrigações *ex delicto* (artigos 1537 a 1553), que do mesmo modo solvia, pela indicação dos artigos 1518 a 1532, a legitimação ativa em hipóteses nas quais a culpa poderia ser presumida¹⁶⁵, foi eliminada do novo texto vigente. Ao mesmo tempo, o dever de reparar o dano deixa de apresentar-se como um elemento constitutivo do conceito de ato ilícito subjetivo para, corretamente, ser indicado como consequência da causação do dano (artigo 927). Em certa medida, a associação entre ilicitude e responsabilidade deriva da existência em ambas as definições do elemento comum da culpa. Assim, por exemplo, o Código Civil Francês, de 1804, que em seu art. 1382 refere: "*Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*".

O principal argumento a sustentar a identificação do ilícito com a determinação de responsabilidade é justamente o de que, na ausência desta consequência, no plano do direito civil, a definição de ilicitude restaria sem uma utilidade prática. Ou seja, se concentrados apenas em uma preocupação da definição do que seja ilícito, a razão de ser da classificação

¹⁶³ ORGAZ. *La ilicitud*, p. 21.

¹⁶⁴ Assim a segunda parte do artigo 159 do Código Civil de 1916, ao estabelecer que "*a verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto nesse Código, arts. 1518 a 1532 e 1537 a 1553*".

¹⁶⁵ Como no caso da responsabilidade pelo fato da coisa, artigo 1527 do Código anterior. Assim: CAVALIERI FILHO. Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 192 et seq.

não se sustentaria. Este argumento, contudo, pode ser refutado, sobretudo em vista de dois aspectos. Primeiro a consideração da atipicidade dos atos ilícitos, que faz com que surjam da simples violação de qualquer norma do ordenamento jurídico, razão pela qual não se há de falar na necessária subsunção da hipótese à cláusula geral de atos ilícitos que preveja o dano como elemento constitutivo do conceito de ilicitude. Segundo, o próprio surgimento, no direito brasileiro, de uma cláusula geral de ilicitude que não prevê o dano como elemento do suporte fático da norma definidora do ilícito, o que no caso se retira do disposto no artigo 187, do Código Civil.

Logo, a ilicitude deve manter sua autonomia conceitual em relação às conseqüências que dá causa, como as obrigações derivadas de ilícitos. Ensina Pontes de Miranda que “*no conceito de atos ilícitos, devemos precisar a independência da obrigação que deles resulta (...) o conceito de ilicitude ou de atos ilícitos é mais vasto do que a aceção, restrita e técnica, do direito civil e, particularmente, do direito das obrigações*”¹⁶⁶. Isto porque, a rigor, o inverso também é verdadeiro. Afinal, não são poucas as hipóteses em que se há de falar, no direito vigente, de responsabilidade sem ilicitude¹⁶⁷, para muitos inclusive convertendo-se em fundamento de mesmo grau de importância do que a tradicional responsabilidade por ato ilícito¹⁶⁸. Esta autonomia conceitual, embora a reconhecer que a violação da norma gera, invariavelmente, a invasão da esfera jurídica alheia, ensejando na maioria dos casos, indenização, não é suficiente para fazer compreender no conceito, aspectos de natureza obrigacional. Esta será resultado, conseqüência do ato ilícito, não seu elemento constitutivo.

Por outro lado, a rejeição do ordenamento jurídico à ilicitude não se constringe apenas a eventual obrigação de indenizar. Deste modo, em matéria de ilicitude civil, também a nulidade pode surgir como espécie de sanção ao ilícito (art. 166, inciso VII, do Código Civil), sem se tratar aqui, evidentemente, de outras conseqüências possíveis, mesmo em outras matérias, como o ilícito administrativo ou o ilícito penal.

Daí porque a ilicitude se compõe, em termos conceituais, de uma violação da norma jurídica, em vista do que surge a noção de *responsabilidade*¹⁶⁹. A existência de norma jurídica

¹⁶⁶ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, t. LIII, p. 97-98.

¹⁶⁷ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, v. LIII, p. 94.

¹⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 153 et seq.

¹⁶⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1994, p. 160-161.

dispondo sobre dado comportamento retira do agente a possibilidade de opção – sob a perspectiva jurídica – de se comportar de modo contrário ao estabelecido na norma. Isto porque, havendo violação da norma, surge responsabilidade, que pode ser estabelecida em vista do ônus da imputação do dever de indenizar (obrigação por ato ilícito), a perda de um direito (ilícito caducificante, como, por exemplo, a perda do poder familiar), ou de suportar a nulidade ou ineficácia do ato, e conseqüentemente, a supressão do seu proveito para os interesses do agente.

2.2. Elementos para definição de ilicitude civil: culpa, dano e contrariedade a direito

A amplitude do conceito de ilicitude civil, e por conseqüência, de ato ilícito, fez com que, em linhas gerais, fossem associados ilicitude e dano, e neste sentido, ilicitude e a conseqüência necessária do dever de indenizar. Ensina Pontes de Miranda que “há mais ilícitos ou contrários a direito que os atos ilícitos de que provém obrigação de indenizar.” Debruçado sobre o Código Civil de 1916, então, refere o jurista alagoano que

a ilicitude pode ser encarada como juridicizante, isto é, a) determinadora da entrada do suporte fático no mundo jurídico para a irradiação da sua eficácia responsabilizadora (art. 159) [Código Civil de 1916], ou b) para perda de algum direito, pretensão ou ação (caducidade com culpa como se dá com o pátrio poder), ou c) como infratora culposa de deveres obrigações, ações ou exceções, tal como acontece com toda responsabilidade culposa contratual, ou d) como nulificante¹⁷⁰.

A distinção do ilícito pode se dar então conforme os planos em que se apresenta. O ilícito que dá causa à obrigação de reparação e o que dá causa à caducidade, se colocam no plano da existência. O ilícito concernente à nulidade, situa-se no plano da validade, e o ilícito caracterizado como infração das obrigações no plano da eficácia¹⁷¹.

Ou seja, a despeito da definição largamente desenvolvida de que para que haja ilícito, é necessário que exista o dano, não parece sustentar-se esta assertiva. E isto, mesmo se fosse pretendido identificar no conceito de dano, não apenas a noção de perda patrimonial ou extrapatrimonial em relação a um determinado indivíduo prejudicado pelo ilícito. Assim também na hipótese de estender-se a noção de dano não apenas em relação a um dano certo e atual (pressuposto típico do dever de indenizar), senão de um dano futuro e hipotético, que o reconhecimento do ilícito que lhe dê causa e sua sanção pelo Direito, teria por finalidade evitar.

A inexistência do dano não descaracteriza o ilícito ou a definição de ilicitude. O que não significa que ao definir-se ilicitude não se esteja a sustentar a necessidade de proteção de um determinado bem ou interesse, cuja relevância é identificada pelo ordenamento jurídico. De modo mediato, aliás, toda a ilicitude tem por objetivo a proteção da autoridade do Direito,

¹⁷⁰ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, t. II. São Paulo: RT, 1977, p. 201.

¹⁷¹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, t. II. São Paulo: RT, 1977, p. 201-202.

da ordem jurídica. De modo imediato, pretende a proteção de interesses jurídicos relevantes, que podem ser interesses individuais, determinados e vinculados a um determinado indivíduo, como também possa não ter uma titularidade definida, o que é facilmente demonstrável nas hipóteses de ilicitude relativa a interesses difusos, por exemplo.

Outra questão, contudo, diz respeito à necessidade da culpa para definição do ilícito. Seria correto identificar-se como elemento constitutivo do conceito de ilícito a presença da motivação subjetiva de seu autor, no caso, o comportamento doloso ou culposos que indicasse a intenção de violar direito, ou ao menos negligência ou imprudência que dêem causa a esta violação? A discussão não é nova. Refere a respeito, Pontes de Miranda, ao indicar que a solução da relação entre ilicitude e culpa se estabelece – desde a ótica da responsabilidade civil – a partir de dois entendimentos. O primeiro, “*retira qualquer contrariedade a direito se a responsabilidade é sem culpa. Através dos últimos cem anos, tem-se discutido se há reparação sem contrariedade a direito, portanto sem ilicitude; mas isso não implica que, existindo, as espécies de responsabilidade pelo risco tenham de ser tidas como sem contrariedade objetiva a direito*”¹⁷². O segundo entendimento “*ou cogitava de culpa objetiva (contradictio in terminis), ou de não-culpa, mas, num e noutro caso, contrariedade a direito, ali subjetiva, aqui objetiva.*”¹⁷³

Segundo Pontes de Miranda, nos casos da responsabilidade pelo fato do animal, ou da coisa, ou da indústria, não há ato humano, embora por trás deles se há de cogitar de atividade humana. No direito romano, limitaram-se os juristas a identificar a contrariedade subjetiva a direito (neste sentido com a presença de dolo ou culpa). Contudo, se há de admitir a existência de uma contrariedade objetiva a direito, o que se percebe das hipóteses já mencionadas¹⁷⁴. Nessas hipóteses, pode não ter havido ato-fato jurídico, uma vez que não exista ato, nem tampouco ato ilícito *stricto sensu*, uma vez que não há ato nem culpa. A solução indicada por Pontes de Miranda é de que a contrariedade a direito sem culpa, nestas hipóteses, se obriga a indenizar, ou é ato ilícito relativo, ou fato jurídico ilícito, ou ato-fato ilícito, com a ressalva que “*a forma com a que se ascendeu, com a civilização, é a da contrariedade transubjetiva a direito, mas próxima da contrariedade objetiva do que a da subjetiva*”¹⁷⁵, razão pela qual,

¹⁷² PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, t. II. São Paulo: RT, 1977, p. 194.

¹⁷³ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, t. II. São Paulo: RT, 1977, p. 195.

¹⁷⁴ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, t. II. São Paulo: RT, 1977, p. 195.

¹⁷⁵ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, t. II. São Paulo: RT, 1977, p. 198.

não necessariamente terá em si um ato propriamente, mas mera alusão histórica à atividade de guarda, vigilância ou direção.

Este reconhecimento à contrariedade objetiva a direito, ou seja, que para que haja ilícito seja desnecessária a presença da culpa *lato sensu* (dolo ou culpa *stricto sensu*), foi desenvolvida entre nós a partir do que ora dispõem os artigos 936¹⁷⁶, 937¹⁷⁷ e 938¹⁷⁸, do Código Civil brasileiro, relativos à responsabilidade por fato dos animais, pela ruína de prédio ou por coisas que caíam ou sejam lançadas do prédio. Ensina Marcos Bernardes de Mello, que “a arraigada idéia de que a culpa seria um componente essencial da ilicitude levou a doutrina a adotar soluções técnicas para justificar a sua presença onde na realidade não existe.”¹⁷⁹ Procura-se, assim, no domínio da responsabilidade civil, contornar a realidade do ato ilícito sem culpa para fazê-lo culposos.

Estas soluções largamente desenvolvidas para justificar as hipóteses legais de responsabilidade não-culposa, admitem a possibilidade da separação entre os conceitos de ilicitude e culpa, admitindo-se assim a existência de um ilícito não culposos, sobretudo em matéria de responsabilidade civil.

Veja-se que esta ilicitude não-culposa não elimina a contrariedade a direito (ou antijuridicidade), que nos casos examinados pela doutrina caracteriza-se exatamente pela existência de dano. A questão que se estabelece então, é de se a única hipótese de contrariedade a direito pela qual se justifica a caracterização de uma ilicitude não culposa seria a presença do dano, de modo a ensejar a responsabilidade civil. Há de se prestigiar o esforço da doutrina neste sentido, afinal eram as crescentes hipóteses de responsabilidade independente de culpa que exigiam a necessidade de uma redefinição do conceito de ilícito. Historicamente, assim, justifica-se o esforço no sentido da classificação de certas hipóteses que ensejam a responsabilidade civil como hipóteses que dão causa a definição de um *ilícito não-culposos*, mas *com dano*. Neste sentido, inclusive, desenvolve-se o entendimento de que a ilicitude comporta um duplo aspecto: um primeiro subjetivo, indicado pela reprovabilidade da

¹⁷⁶ “Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.”

¹⁷⁷ “Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.”

¹⁷⁸ “Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido”

¹⁷⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 240-241.

conduta do agente, e outro objetivo, como “*comportamento contrário ao valor que norma visa*”, caracterizando “*comportamento objetivamente ilícito*”¹⁸⁰. Neste sentido, desenvolve-se a definição do que se pode denominar como *antijuridicidade objetiva*, em que a reação da ordem jurídica não leva em conta o comportamento do agente, mas sim o resultado de sua conduta, como espécie de dano individual ou social¹⁸¹.

Nada impede contudo, considerando já haver o reconhecimento de atos ilícitos sem a presença de dano (como, por exemplo, nos casos dos ilícitos caducificantes ou nulificantes), assim como admitida a possibilidade de uma ilicitude não-culposa, que se possa referir, igualmente, a uma *ilicitude não-culposa e sem dano*. Neste caso, o único elemento restante de uma definição tradicional de ilícito seria a contrariedade a direito, que surge da violação de determinados preceitos do ordenamento jurídico.

É o caso do artigo 187 do Código Civil de 2002. Note-se que a norma refere expressamente a uma definição do ato ilícito ao referir que “*também comete ato ilícito...*” Neste sentido, não estão expressos no texto do preceito nem a culpa *lato sensu* (dolo ou culpa *stricto sensu*), nem o dano como requisitos do seu suporte fático. A lei, contudo, define como ato ilícito, na medida em que rejeita, o exercício de direito que exceda manifestamente os limites impostos pela mesma norma.

Note-se que o abuso do direito, durante muito tempo, teve como maior crítica o fato de que se tratava de um exercício permitido e legitimado pela norma (o exercício de um direito subjetivo por seu titular), que por causa da violação de determinados limites estabelecidos ou não pelo ordenamento, caracterizava a atuação como abusiva e neste sentido, ilícita. Poder-se-ia discutir sobre o conteúdo da definição de ilicitude frente à necessidade ou não dos limites violados estarem previstos expressamente na norma. Em outros termos, seria a retomada da objeção lógico-formal de que o ato abusivo é contra direito e, por isso, ilícito. O artigo 187 do Código Civil, ao prever expressamente os limites do exercício dos direitos subjetivos, com isso expressa o critério para identificação da ilicitude. E isto poderia, em tese, indicar uma

¹⁸⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 9.

¹⁸¹ Ensina o mestre argentino Mosset Iturraspe que a partir de um critério objetivo de antijuridicidade, “el perjuicio o dano, individual o social, que se sigue del comportamiento analizado es independiente del reproche subjetivo a su autor, de la culpabilidad, y más aún, la invocación de la “no intención”, com su correlativo: la colocación de la carga de la prueba a cargo de quién la invoca suele ser pretexto eficaz para justificar proceder semejantes”. MOSSET ITURRASPE, Jorge. El “abuso” em el pensamiento de tres juristas transcendentales: Risolía, Spota y Llabrás. Uma situación concreta: el abuso y el derecho ambiental. *Revista de derecho privado y comunitario. Abuso del derecho*, nº 16. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, p. 139-177.

aparente desnecessidade da teoria do abuso do direito para identificação da ilicitude prevista na cláusula geral do artigo 187, inclusive sugerindo que o preceito ali estabelecido não se confunde com o conceito de abusividade, dando ensejo a uma nova espécie de ilicitude em nosso sistema.

Note-se, contudo, que a exegese do artigo 187 do Código Civil sem identificar ali a consagração legislativa, em direito brasileiro, da teoria do abuso do direito, é antes de tudo uma interpretação desenraizada, em descon sideração das origens históricas do preceito. Em especial, no que diz respeito ao desenvolvimento dos limites ali estabelecidos – fim econômico ou social, boa-fé e bons costumes – todos conceitos desenvolvidos em maior ou menor grau no exame da teoria do abuso do direito.

Outra razão de crítica a esta relação de identidade estaria na consideração de que a norma do artigo 187 diria respeito apenas ao exercício de direitos subjetivos, mas não do exercício de liberdades, faculdades ou mesmo, de posições jurídicas. Argumento desta natureza, em geral, estaria mais direcionado aos critérios do legislador para o estabelecimento do texto legal do que propriamente para crítica da identidade entre o abuso do direito e o preceito normativo. Isto porque *liberdades* ou *faculdades* são significados que, como se examinou, podem ser reconduzidos a um *conceito amplo* de exercício de direito. Estão, pois, contemplados pela noção indicada por Pontes de Miranda, ao referir que o exercício do direito “*não é só a efetivação do direito em relação a outros; é também toda a efetiva realização do conteúdo do direito*”. Neste sentido o exercício de liberdades ou faculdades jurídicas resulta, igualmente, do exercício de direitos subjetivos, seja um direito geral de liberdade ou dentre as denominadas faculdades, os chamados direitos potestativos, cuja eficácia – a exemplo das faculdades jurídicas –, depende exclusivamente do seu exercício pelo titular, sem a exigência de um comportamento de aceitação ou de qualquer modo completante do seu titular.

O mesmo parece ocorrer em relação ao que se denomina *exercício de posição jurídica*. Isto porque, a rigor, *posição jurídica é elemento estático*. O *exercício de direitos é dinâmico*. Ou seja, há uma impropriedade em se fazer referência ao exercício de *posição jurídica*. O que há em realidade é que, pelo fato de se estar em uma determinada posição jurídica, contar o indivíduo que aí esteja com a titularidade de uma série de direitos decorrentes desta posição, os quais poderá exercer em sua eficácia máxima (tanto o exercício ativo quanto a abstenção de agir), e os quais estarão igualmente limitados pelo fim econômico ou social, pela boa-fé e

pelos bons costumes. Lembre-se que, em muitas situações, é justamente a *posição jurídica* de um determinado titular de direitos que assinala a *abusividade*, e portanto, *ilicitude*, do exercício de direito subjetivo que promove, como será visto adiante.

Todas estas questões remetem, então, para o elemento que oferece unidade conceitual à definição de ilicitude, qual seja, a de que todo o ato ilícito é um ato contrário a direito (antijurídico). Contudo, o que se considera um ato contrário a direito? Pode-se identificar ilicitude e contrariedade a direito em um mesmo significado?

2.3. Convergências e distinções entre ilicitude e antijuridicidade

São várias as possibilidades de interpretação comparativa entre os conceitos de ilicitude e antijuridicidade. Uma visão mais formalista exigiria, a princípio, uma identidade entre as duas definições, sustentando que o ilícito tem como característica essencial ser antijurídico, e de que todo o antijurídico, para sê-lo, necessariamente será ilícito. Embora respeitável, e de certo modo, primar pela segurança na precisão dos conceitos, de regra há de se reconhecer distinções entre o ilícito e o antijurídico.

A contrariedade a direito (*antijurídico*) ultrapassa a mera violação expressa de preceito normativo (*ilícito ou ilegal*). Assim é, inclusive, bem demonstrado nas hipóteses em que se estabelece a responsabilidade de indenizar prejuízos decorrentes de atos lícitos, como por exemplo o artigo 188, inciso II¹⁸², cujo dever de indenizar, ainda que não se trate de ato ilícito (na medida em que se exclui a ilicitude), é previsto nos artigos 929 e 930¹⁸³, ambos do Código Civil.

O ilícito, em visão tradicional, possui como requisitos: (a) a existência de uma conduta, (b) a violação do ordenamento jurídico, (c) a imputabilidade desta conduta e (d) sua penetração na esfera jurídica alheia¹⁸⁴. Pressupõe assim, uma violação ao ordenamento jurídico¹⁸⁵. A antijuridicidade resulta de conceito mais amplo do que o de ilicitude. Isto porque ilicitude é espécie de antijuridicidade, mas não esgota sua definição. Contudo, ambos possuem um elemento de convergência: tanto o ilícito quanto o antijurídico são fatos jurídicos, na medida em que deles resultam uma eficácia jurídica.

¹⁸² Art. 188. Não constituem atos ilícitos: (...) II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.”

¹⁸³ “Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.” E “Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.”

¹⁸⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I, p. 654.

¹⁸⁵ Naquele que talvez tenha sido o primeiro trabalho em direito brasileiro sobre o abuso do direito, com sua 1ª edição publicada em 1922, Jorge Americano já assinalava a dificuldade da determinação do conceito de ilícito, indicando que seu significado pela doutrina, após inúmeros debates sobre a necessidade da demonstração de dolo ou má-fé, o traço distintivo do delito civil “da falta de assento em direito no acto danoso”. AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2ª ed muito melhorada. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 21.

A antijuridicidade admite duas concepções: a) uma primeira que associa o antijurídico à existência de lesão a situações juridicamente protegidas, em hipóteses nas quais não se possa falar do ato ilícito imputável; b) uma segunda que associa o antijurídico como espécie de categoria transcendente a do ordenamento jurídico positivo, podendo-se identificar contrariedade a direito em situações não expressamente identificadas pelo ordenamento jurídico, como nos casos de contrariedade a princípios ou a valores jurídicos. Neste sentido identifica Mosset Iturraspe, diversas compreensões da expressão *antijuridicidade*. A *antijuridicidade formal*, vinculada à idéia de ilegalidade, e segundo a qual toda conduta que não esteja expressamente considerada ilícita na lei, não poderá ser considerada como tal; a *antijuridicidade material*, como resultado da evolução jurídica, e a consideração de que o conceito de ilícito não se esgota na contrariedade à lei, dando conta de outras fontes como os bons costumes, a moral social e os princípios gerais de direito. Da mesma forma, distingue o mestre argentino o conceito de *antijuridicidade subjetiva* e *antijuridicidade objetiva*, sendo a primeira fundada na culpa, e a segunda no caráter injusto do resultado da conduta (dano), não devendo se referir, neste caso, à culpabilidade¹⁸⁶.

No que se refere à distinção entre ilícito e antijurídico, observa Fernando Noronha que “a antijuridicidade não se reporta somente às condutas humanas que atingem situações jurídicas de modo não permitido pelo ordenamento, alcança também acontecimentos naturais que lesem bens que eram juridicamente protegidos”¹⁸⁷. Neste sentido, a definição de ilicitude tradicionalmente é indicada a situações em que se tem a contrariedade ao ordenamento jurídico causada por um ato humano subjetivamente reprovável e imputável, em geral um ato lesivo causado por dolo ou culpa. Por outro lado, é possível considerar-se como ato objetivamente ilícito os praticados em circunstâncias nas quais não se examina o elemento subjetivo do agente (dolo ou culpa), tais como as hipóteses de atos justificados (quando inexigível conduta diversa), ou atos praticados por incapazes a que não se possa imputar a responsabilidade. Trata-se, nesta visão, de uma concepção ampla de ilicitude, a qual se confunde com a noção de antijuridicidade¹⁸⁸. Segundo ensina Zannoni, “o sistema legal não pode deixar sem repúdio toda uma série de condutas não expressamente vedadas, mas cuja proibição surge da consideração harmônica do sistema jurídico como plexo normativo”¹⁸⁹.

¹⁸⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge. La antijuridicidad. In: MOSSET ITURRASPE, Jorge (Dir.) *Responsabilidade civil*. Buenos Aires: Hammurabi, 1997, p. 59-61.

¹⁸⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 348.

¹⁸⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, v. 1, p. 361.

¹⁸⁹ ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1987, p. 4.

Neste sentido a antijuridicidade vai além do conceito de ilicitude, indicando também condutas em que o próprio ordenamento jurídico positivo pré-exclui a ilicitude ou a imputabilidade¹⁹⁰, mas que por seus efeitos concretos (lesão do patrimônio jurídico alheio), dão causa à configuração de contrariedade a direito. E nesta linha de entendimento, a distinção de uma ilicitude ampla, objetiva, e de uma ilicitude subjetiva, tida como “verdadeira”, será a existência ou não da possibilidade de se atribuir ao agente uma conduta censurável¹⁹¹.

Note-se, por esta distinção, que *a priori*, o ato antijurídico não necessita ser nem censurável (pela presença de dolo ou culpa), nem imputável. A rigor, os pressupostos necessários para a antijuridicidade são apenas a existência de um sujeito e um ordenamento jurídico, sendo que da relação entre eles surja o conceito como juízo valorativo do observador¹⁹². Isto porque, conforme ensina Carlos Alberto Ghersi, “*o antijurídico se dá quando uma conduta que viola o ordenamento jurídico não encontra nele ou em seu contexto valorativo*”.¹⁹³

Já se observou que para que exista o antijurídico não há necessidade de que exista a violação de direito alheio, senão que basta apenas a violação do ordenamento jurídico, que se pode dar com a violação de disposição expressa de lei, ou ainda, com a finalidade da lei¹⁹⁴. Trata-se, assim, o ato antijurídico de uma conduta que contraria objetivamente o ordenamento jurídico, entendendo-se este como “*conjunto de normas de unidade e com aplicação coerente, consequência analítica de proibições e permissões*”¹⁹⁵.

O exame comparativo do ilícito e do antijurídico revela-se de grande utilidade para a adequada compreensão do abuso do direito. Isto porque, a princípio, se está a mencionar quando do exame de um abuso, um inicial “uso” do direito, ou seja, um exercício de direito que *a priori* é reconhecido pelo ordenamento, e deste modo, *jurídico e lícito*. Ocorre que o exame do exercício *in concreto* é que determina a existência do abuso. Afinal, é do exercício do direito que se revela dentre duas opções possíveis (respeito ou não dos limites estabelecidos pelo próprio ordenamento), a existência do excesso manifesto (=violação), dos

¹⁹⁰ Em sentido contrário o entendimento de Marcos Bernardes de Mello, segundo o qual o que caracteriza a contrariedade a direito (antijuridicidade) “é a violação da ordem jurídica sem que haja pré-exclusão de ilicitude”. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, p. 221.

¹⁹¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, v. 1, p. 362.

¹⁹² GHERSI, Carlos Alberto. *Reparación de daños*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1992, p. 162.

¹⁹³ GHERSI. *Reparación de daños*, p. 164.

¹⁹⁴ ORGAZ. *La ilicitud*, p. 42; GHERSI. *Reparación de daños*, p. 164.

¹⁹⁵ GHERSI. *Reparación de daños*, p. 165.

limites do fim econômico ou social, boa-fé ou bons costumes, caracterizando a hipótese legal do artigo 187 do Código Civil brasileiro. A definição de ilicitude ali estabelecida caracteriza hipótese de ilicitude em sentido amplo¹⁹⁶, integrativa do conceito de antijuridicidade. O que se refere como ilícito no artigo 187, é o exercício disfuncional do direito¹⁹⁷. Daí inclusive as críticas¹⁹⁸ à qualificação do abuso do direito como ato ilícito, na medida em que se considerem integradas a este conceito as noções de contrariedade a direito mais culpabilidade, o que é, a toda prova, dispensado pela norma em exame.

¹⁹⁶ Não como uma ação contra *ius*, ou seja, um comportamento contrário ao direito do prejudicado, senão uma ação *non iure*, ou seja, como fato realizada na ausência de um direito reconhecido. CAORSI, Juan J. Benitez. Reflexiones em torno de la noción de ilicitud. *Responsabilidad civil y seguros*, t. 2005. Buenos Aires: La Ley, 2005, p. 217-222.

¹⁹⁷ Esta é a posição de Menezes Cordeiro, para a definição do abuso. MENEZES CORDEIRO. *Tratado de direito civil português*, t. I, v. IV, p. 366-367.

¹⁹⁸ NORONHA. *Direito das obrigações*, p. 370.

2.4. Convergências e distinções entre ilicitude e abuso do direito

A origem da doutrina do abuso do direito, conforme referem Planiol e Ripert, decorrem de duas considerações básicas: a primeira, de que se convertera em regra de direito a regra moral elementar, que proíbe prejudicar a terceiro por espírito de maldade (ato meramente emulativo); e segundo, a circunstância de que eventual temor das arbitrariedades judiciais na apreciação da intenção, não foi obstáculo, quando se tratou na jurisprudência de reprimir a fraude e a má-fé, bem como não pode afastar a exigência de moralidade das ações¹⁹⁹.

Ou como refere o autor-referência da teoria do abuso do direito, Josserand, observa a necessidade de distinguir-se, como resposta aos que negam a possibilidade da teoria, ou questionam sua aplicação, entre o ato praticado *sem direito* e o ato *abusivo*²⁰⁰. O primeiro é identificado como espécie de violação direta e expressa à regra jurídica, sendo o ato abusivo o que se transmuta da licitude à irregularidade, pela circunstância do exercício. No que se refere às críticas de fundo sobre a teoria, Josserand considera que se concentram, em maior ou menor grau com o argumento de que se estaria, na teoria do abuso, a estabelecer uma confusão entre o direito e a moral²⁰¹. Contrapõe este argumento considerando que desde a os romanos a partir dos preceitos *viver honestamente, não causar dano a outrem e dar a cada um o que é seu*, os quais não contavam com uma precisão legal, assim como as exigências de paz social, responde a limitação do exercício dos direitos a uma condição para o necessário equilíbrio dos direitos²⁰².

Por outro lado, Karl Larenz, expoente do direito alemão, sustenta que

os limites de um direito resultam, por uma parte, de seu conteúdo determinado especificamente pela lei ou por ajuste. Assim, o credor de um crédito não pode, em geral, exigir mais do que a prestação a ele devida; a parte disso, pode esperar o devedor uma conduta que corresponda ao sentido da obrigação e da boa-fé.

Contudo, observa que:

¹⁹⁹ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Tratado práctico de derecho civil frances*. Trad. Mário Diaz Cruz. Habana: Cultural, 1946, p. 789.

²⁰⁰ JOSSERAND, Louis. *De l'espirit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*. Paris: Dalloz, 2006, p. 334-335.

²⁰¹ JOSSERAND. *De l'espirit des droits et de leur relativité...*, p. 347.

²⁰² JOSSERAND. *De l'espirit des droits et de leur relativité...*, p. 357.

os direitos subjetivos podem entrar em conflito entre si. Não é possível que uma mesma coisa seja propriedade exclusiva de distintos proprietários, pois a propriedade é um direito que exclui a todos os demais do domínio real (...) Prescindindo das limitações resultantes de cada caso do conteúdo particular de um direito, existem algumas limitações válidas para todos os direitos subjetivos, as quais decorrem, de uma parte, das normas sobre legítima defesa e do estado de necessidade (...) De outra parte, tais limitações resultam do mesmo pensamento jurídico enquanto ao princípio da boa-fé.²⁰³

Na doutrina latino-americana, ensina Carlos Fernández Sessarego, que:

el fenómeno jurídico conocido como “abuso del derecho” consiste en una conducta que, sustentándose en un derecho subjetivo, se convierte en antisocial al transgredir su ejercicio, o a través de su omisión, un genérico deber jurídico que cristaliza el valor solidaridad. Ello origina un específico *sui generis*, acto ilícito que no es materia de la responsabilidad civil. Lo antisocial es lo “irregular”, lo “anormal”, es decir, contrario a la solidaridad y, por ende, a la moral social²⁰⁴

A identificação do abuso do direito como espécie de ilicitude, como ato ilegítimo (no esteio do artigo 334 do Código Civil português), ou ainda como espécie de figura *sui generis*, de rejeição pelo direito do exercício de prerrogativa jurídica de modo contrário a limites estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico, ou ainda as teorias que negam a existência do abuso, por sustentarem que – nas hipóteses em que este é aventado – se está presente diante de uma situação de não-direito, não desconhecem sua funcionalidade como elemento de limite e correção do exercício do direito subjetivo. Na medida em que se trata de categoria cujo exame se estabelece em *dois momentos*, um *prévio, estático*, de conformidade a direito e, inclusive, legitimado no ordenamento jurídico (a titularidade de um direito subjetivo previsto no ordenamento), e um *segundo, dinâmico*, de exercício do direito contra limites ou preceitos estabelecidos pelo mesmo ordenamento, o abuso do direito não pode ser vislumbrado simplesmente em posição de contradição à definição de ilicitude formal, senão de complementaridade.

Isto porque, em tese, não é incorreta a objeção original de Planiol, de que um ato não pode ser ao mesmo tempo conforme e contrário a direito²⁰⁵. Trata-se, contudo, de objeção

²⁰³ LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 296.

²⁰⁴ SESSAREGO, Carlos Fernández. *Abuso del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 179.

²⁰⁵ PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, v. 2. 2ª ed. Paris, 1902, p. 87.

formal, que por si não nega as virtudes da teoria²⁰⁶. A rigor, esta perspectiva se justifica dentro de uma visão *estática* da conformidade a direito. Sob uma perspectiva *dinâmica*, o exercício posterior é que transforma o que é lícito em ilícito, o que a princípio tem uma justificação jurídica, em algo que deixa de contar com esta justificação, em vista de, em movimento, violar preceitos do próprio ordenamento jurídico.

Daí a noção de complementaridade. Isto porque as estruturas formais do direito, e em especial do sistema de Direito Privado, não alcançam *a priori*, a amplitude das potencialidades da ação humana na atuação legitimada pelo próprio ordenamento. É neste campo, inclusive, que o recurso a diversas estratégias como a interpretação histórica ou teleológica da norma, em contraposição à atuação do autor em conformidade com a norma, encontra seus limites, no mais das vezes no texto da própria norma, e da autorização jurídica que ela representa.

²⁰⁶ Neste sentido: JOSSERAND. *De l'esprit des droits et de leur relativité...*, p. 331.

B) A CATEGORIA JURÍDICA DO ABUSO DO DIREITO NO SISTEMA DE DIREITO PRIVADO

A teoria do abuso do direito e sua aplicação em Direito Privado sempre estiveram envoltas em viva polêmica, tanto em relação a aspectos conceituais, quanto sobre eventual contraposição entre a função de moderação do exercício dos direitos subjetivos estabelecidos pelo ordenamento jurídico – e portanto da liberdade individual, segundo seus críticos – e a proteção dos interesses supraindividuais, comuns à sociedade²⁰⁷. Os fundamentos de sua aceitação ou rejeição situavam-se no plano da possibilidade ou não de um determinado ato ter sido praticado em conformidade (em face do exercício pelo titular de um direito reconhecido pelo ordenamento) e ao mesmo tempo em contrariedade (pelo excesso aos ditames ou limites reconhecidos ao direito) ao Direito. Ao definir-se o conteúdo preciso da conduta reconhecida como abuso do direito sob a categoria geral dos atos ilícitos, dissipa-se em boa medida, o primeiro aspecto da resistência do ato abusivo. Segundo sustenta Savatier, a definição do abuso do direito resulta simplesmente de uma proteção da equidade, e da proibição geral do direito de causar dano a outrem²⁰⁸. A rigor, retira-se da teoria do abuso mais do que mera *eficácia negativa*, de proibição ou repressão do ato praticado em excesso aos limites. Isto não significa desconhecer, naturalmente o lugar e a importância do abuso do direito no sistema da responsabilidade civil²⁰⁹.

Contudo, o adensamento doutrinário e jurisprudencial dos limites ora estabelecidos ora na norma jurídica, que imprimem a regularidade do exercício do direito ou, ao contrário, o exercício abusivo destes mesmos direitos – fim econômico ou social, boa-fé ou bons costumes – faz com que estes se refiram não apenas a restrições ou proibições de determinadas condutas. Respondem também a uma *eficácia positiva*, na medida em que tais limites ao exercício de direitos, de outro modo, conformam a possibilidade e as virtualidades de exercício destes direitos, permitindo a conformação do sentido e significado destes direitos.

²⁰⁷ RESCIGNO, Pietro. *L'abuso del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1998, p. 13.

²⁰⁸ SAVATIER, René. *Cours de droit civil*, t. 2. Paris: LGDJ, 1949, p. 116.

²⁰⁹ JOSSERAND. *De l'esprit des droits et de leur relativité...*, p. 357 et seq.

Esta constitui uma das principais inovações da teoria do abuso do direito no direito brasileiro, em especial no que diz respeito ao reconhecimento dos limites, e sua referência à correlação necessária entre os direitos e interesses individuais e os direitos e interesses sociais, supra-individuais, limitando e conformando os direitos subjetivos quando da sua manifestação dinâmica, ou seja, no seu exercício.

Note-se, contudo, que a teoria do abuso do direito foi tipicamente uma construção teórico-dogmática elaborada em três tempos. Primeiro, com os famosos casos da jurisprudência francesa da segunda metade do século XIX, que visaram à limitação do exercício da propriedade, em matéria de direito de vizinhança. Em seguida, sua construção doutrinária, especialmente na França. E em seguida, sua consagração legislativa e doutrinária em outros sistemas jurídicos. Neste ínterim, observa-se, igualmente, uma evolução em relação à identificação do ato abusivo com o ato emulativo (a exigir a má-fé), que determinava os contornos de uma *concepção subjetiva* de abuso, para as construções teórico-dogmáticas contemporâneas, a fixar uma *concepção objetiva*, situando fora do ânimo individual do titular do direito, o exame acerca do respeito aos limites e critérios para aferição da regularidade ou não de sua conduta, visando sua identificação como ato abusivo.

1. Origens e desenvolvimento da teoria do abuso do direito

Não é desconhecido que a teoria do abuso do direito tem sua origem recente, em primeiro plano, na segunda metade do século XIX, com a recuperação da teoria dos atos emulativos – *aemulatio* – desde sua sede no direito medieval, e seu desenvolvimento pela jurisprudência francesa desta época. Note-se que se esta a falar na *aemulatio*, e não do abuso do direito, sobre o qual não se registram “*antecedentes históricos directos nem concita, para se fundamentar, o recurso a quadros tradicionais romanísticos*”²¹⁰. A idéia de *aemulatio*, contudo, tem suas origens marcadas ainda no direito romano, circunscrita às questões relativas ao uso das águas²¹¹. Condenava o Direito, a possibilidade de um indivíduo desviar a partir de modificações em seu terreno, o curso de um rio ou canal, para que a vazão da água não atingisse ao terreno vizinho, agindo com a exclusiva finalidade de causar dano ao proprietário deste terreno que ficaria privado do respectivo recurso. Restringia-se, neste aspecto, às questões relativas ao direito de vizinhança.

A *aemulatio*, todavia, comportava em sua origem a convergência de uma série de elementos, quais sejam: o *exercício de um direito* do qual resultasse *dano* a terceiro e que embora *inútil* ao agente, fora praticado com o fito exclusivo de *prejudicar*. Neste sentido, oportuna a observação de Pedro Baptista Martins, citando Windscheid, para quem o núcleo da concepção de ato emulativo não resulta do dano causado pelo agente (*eventus damini*), mas da intenção exclusiva do agente de causar prejuízo (*animus nocendi*), o que é condenado pelo Direito²¹².

Após longo período sem maiores notícias a respeito, ressurgiu na Idade Média a idéia de ato emulativo, a partir do que passará a se configurar os primeiros lineamentos de doutrina²¹³. Neste sentido, avulta o princípio romano *qui iure suo utitur neminem laedit* ainda que resultasse de certo modo estranho falar-se em abuso pressupondo a existência de um direito (ou seja, sua juridicidade). Todavia, o ambiente medieval favorecia uma construção teórica desta natureza, a qual poderíamos caracterizar como espécie de abuso subjetivo, por

²¹⁰ MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé no direito civil*, p. 683.

²¹¹ MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 17.

²¹² MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 18.

²¹³ GUALAZZINI, Ugo. *Abuso del diritto. Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 163.

intermédio do qual, embora não desviando do preceito legal, o titular do direito lhe fraudava a finalidade.

A idéia de finalidade de sua vez, insere na questão da identificação do abuso um novo elemento, fundamental para a concepção da abusividade do ato praticado supostamente sem atingir a lei. Ou seja, a razão de sua contrariedade ao direito (*antijuridicidade*) ainda que não contrário à lei (*ilicitude*). Esta noção só poderá ser admitida no âmbito da ciência jurídica, introduzindo-se no debate a idéia de *princípios gerais*, que atuarão no caso específico do exercício dos direitos subjetivos, como vetores que irão assegurar sua regularidade.

No período medieval, um dos aspectos históricos de maior destaque é o amplo domínio assumido pelo cristianismo em praticamente todas as áreas do conhecimento humano. No campo da Ciência do Direito, o direito canônico constituiu objeto de trabalhos doutrinários antes do chamado direito laico. O direito canônico, deste modo, sendo um direito escrito e de erudição, muito antes do que o direito laico na Europa, exerceu influência incomparável no desenvolvimento do direito ocidental²¹⁴.

Desde o reinado de Constantino, a Igreja passou a desempenhar tarefas públicas, sociais e morais. Depois do colapso do Estado romano, pareceu aos romanos e germanos como instituição de enorme poder. Passou a influenciar, então, decisivamente, a administração, a autoridade, a cultura a jurisdição, assim como assumiu para si as técnicas de documentos, processos e notas antes exercidas pelas autoridades seculares.²¹⁵

Aliás, assinala-se que o direito laico, durante grande parte da Idade Média permaneceu como direito consuetudinário, remetendo os primeiros textos regulando costumes, a período não muito anterior ao século XIII. O direito canônico de sua vez, foi redigido e comentado desde a Alta Idade Média, conhecendo a partir do século XII uma redação mais ou menos sistemática que, constituindo espécie de codificação, perdurará até o presente.

É um direito religioso, mas que sempre guardou diferenças em relação a outros direitos religiosos, de que o muçulmano e o hindu são exemplos. Ao contrário destes, o direito

²¹⁴ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 135.

²¹⁵ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, p. 17.

canônico sempre reconheceu a noção de Direito. Para os muçulmanos e os hindus, de outro modo, reina até hoje a confusão entre noções propriamente jurídicas e outras de natureza religiosa, ritual ou moral. Isso se deve, aliás, ao fato do direito canônico ter se desenvolvido sob a marcante influência do direito romano, no que toca, principalmente a determinados institutos jurídicos.

Neste aspecto parece paradoxal que o direito canônico, tendo sua formação marcada de modo tão forte pelo direito romano venha, num segundo momento, a influenciar de forma igualmente intensa não só na segunda metade do Império romano, como na interpretação dos textos redescobertos na Idade Média. Entretanto, conhecendo sua fase ascendente a partir do século III até o século XI, e o seu apogeu entre os séculos XII e XIII, só observou a perda da sua influência por volta do século XVI, a partir do fenômeno da reforma e da laicização dos Estados, e conseqüentemente do Direito²¹⁶.

Todavia, no que se refere aos direitos subjetivos e mesmo ao Direito em geral, parte da influência do direito canônico e do próprio cristianismo no direito medieval refere-se à revitalização do princípio da equidade (*aequitas*) como sinônimo de justiça cristã, e corretivo do sistema jurídico laico. Equidade que, sendo concebida de distintos modos, conforme o período histórico a que se refere, exprime, sobretudo, o senso de justiça difuso na consciência social²¹⁷. *Aequitas* esta que termina por abranger os ideais e sentimentos da vida cristã, e a traduzir no âmbito do direito laico, pela valoração da conduta individual não mais apenas pelo mero lineamento posto pelo direito, mas fundamentalmente pelo conteúdo da vontade, da intenção individual de guiar-se conforme os preceitos cristãos.

Neste sentido, assumem influência incomparável no âmbito do direito romano sob influência cristã, mas sobretudo no direito medieval, os princípios da caridade, da moderação, da clemência, da piedade, de humanidade, de misericórdia e do perdão que, na incidência sobre o direito consuetudinário do medievo, e na interpretação dos textos romanos antigos, acabam por denotar a importância da vontade do indivíduo, a qual deveria estar impregnada pelos conteúdos éticos expressos por tais princípios, abrigados todos sob o princípio maior da cristandade: o princípio da caridade.

²¹⁶ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 136.

²¹⁷ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*, t. II. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952. p. 39.

A valorização da intenção individual (*animus*) tem sua origem remota na supremacia da íntima consciência do indivíduo em relação a quaisquer outras manifestações exteriores ou aparência, característica da ética pregada por Cristo. No centro desta avaliação situa-se a vontade, ainda que não tendo sido expressa, mas formada no interior do indivíduo²¹⁸. Este conteúdo ético da vontade, de sua vez, foi incentivado na filosofia cristã através da patrística de Santo Agostinho que, revitalizando a teoria platônica das idéias, referia-se a uma lei divina, eterna, que se refletia na consciência humana como lei ética natural. Assim, não havia perversidade capaz de impedir aos homens de distinguir o bem do mal, o justo do injusto. Esta lei ética natural é de autoria de Deus não havendo nada de justo ou legítimo que não derive dela.

Esta relevância conferida ao *animus* passa então a conferir ao exercício dos direitos subjetivos ou prerrogativas jurídicas, um problema de consciência, a partir da condenação moral àquele que faz mau-uso, que abuso do próprio direito, tanto quanto aquele que agia na faixa da absoluta ilicitude. Neste sentido, os princípios originários ou revitalizados pela doutrina canônica – fundamentalmente a *aequitas* – impediam que do ponto de vista moral e religioso o indivíduo exercesse seu direito além de limites impostos pelos princípios cristãos, ainda que este exercício estivesse formalmente reconhecido e protegido pela lei. O uso imprimiria a lei, então, caráter real, delimitando seu relativo campo de aplicação, e determinando a que finalidade procura atender²¹⁹.

Via comum de caracterização do abuso do direito se dava a partir da aplicação literal de uma norma de direito positivo sem que se levasse em conta a nova *ratio* do sistema introduzida justamente pelos valores da moral cristã, e que acaba por condensar-se no conteúdo do princípio da equidade que, informativo do sistema, constitui dentro de pouco tempo seu fundamento e finalidade. A partir do que, qualquer exercício de direitos transcendente ao limite de princípio imposto pela *aequitas* seria considerado abusivo.

A partir da inspiração da doutrina cristã, tanto no que respeita aos princípios informadores da conduta humana em acordo com a vontade divina que se perfaz na *aequitas*, quanto na valorização do *animus* do indivíduo na formação de juízo acerca da sua conduta, conformou-se a partir da doutrina canônica a chamada *teoria dos atos emulativos (aemulatio)*.

²¹⁸ BIONDI. Biondo. *Il diritto romano cristiano*, p. 305.

²¹⁹ GUALAZZINI, Ugo. *Abuso del diritto*, p. 164.

Esta teve por objetivo abranger exatamente aquelas situações em que o indivíduo que exerce determinado direito o faz em desconformidade com os princípios informadores da moral cristã e, por via de consequência, do direito canônico, na medida em que tem por finalidade exclusiva causar dano a outrem, sem apreender da sua atividade resultado que lhe seja útil.

Com fundamento nesta teoria dos atos emulativos, que se pode considerar a matriz doutrinária da moderna teoria do abuso do direito, é que se passou a sistematizar a rejeição do sistema jurídico a todo e qualquer exercício de direitos que tivesse por finalidade exclusiva causar dano ou prejuízo a outrem, embora este exercício se desse em absoluta consonância – ou pelo menos em não-contrariedade – à norma de direito. Note-se, todavia, que o elemento fundamental da teoria em exame é exatamente o *animus nocendi*, ou seja, a intenção de causar prejuízo. Toda a construção doutrinária a partir da *aemulatio* se funda no elemento subjetivo da consciência do indivíduo. Este traço de subjetividade é característica indissociável da teoria dos atos emulativos, dá espaço, com o avanço da ciência jurídica e aplicação da teoria do abuso do direito, à uma crescente objetivação, que dispensa o dolo ou a culpa para caracterização da abusividade, conforme examinaremos a seguir.

1.1. O abuso do direito no direito francês.

A origem da teoria do abuso do direito, fora de dúvida pode ser indicada ao direito francês. A expressão *abus de droit*, de sua vez é referida ao jurista belga, mas de língua francesa François Laurent, explicando desde então, que na hipótese de se verificar a existência de abuso, não há, a rigor, direito²²⁰. A referência, de sua vez, tem lugar em vista dos diversos casos da jurisprudência francesa da segunda metade do século XIX, a qual, a título de controle do exercício dos direitos subjetivos passa a limitá-los *in concreto*, em vista da solução dos casos apresentados aos tribunais franceses.

Nestes casos, tendo-se em discussão o direito de propriedade, questionava-se seu exercício pelo titular diante da ausência de utilidade no mesmo. São exemplos célebres dessa jurisprudência os casos *Lingard*, *Mercy* e *Lacante*, relativos a fumos e maus cheiros de fábricas, e o caso *Grosheintz*, que girou sobre escavações no terreno do próprio titular que provocaram o desmoronamento do terreno vizinho. Ainda o caso *Doerr* (também referido pela doutrina como *arrêt Colmar*, por ter sido decidido nesta localidade), dizendo respeito à construção de uma chaminé falsa em terreno próprio com o fito exclusivo de retirar a luz do terreno vizinho; o caso *Savart*, em que o proprietário de um terreno construiu uma estrutura de madeira com dez metros de altura, pintada de negro, com o objetivo de sombrear e entristecer o terreno vizinho; e, talvez o mais citado deles, o caso *Clément-Bayard*, em que o proprietário construiu em seu terreno um dispositivo de espigões de ferro com o objetivo de impedir o lançamento dos aerostatos lançados pelo proprietário vizinho²²¹, visando a valorização do seu terreno.

A primeira divergência com respeito à teoria do abuso do direito, de sua vez, diz respeito às tradicionais objeções que lhe fazia Marcel Planiol, e se refere à impossibilidade de aceitação da mesma, seguindo o raciocínio de que é impróprio admitir-se uma determinada ação, ao mesmo tempo, como conforme e contrária ao direito. Razão pela qual, inclusive, terminou o célebre professor francês por qualificar a teoria como espécie de *logomaquia*²²². A

²²⁰ A referência é de Menezes Cordeiro, remetendo à terceira edição da obra de François Laurent, *Principes de droit civil français*, de 1878. MENEZES CORDEIRO. *Tratado de direito civil português*, v. I, t. IV, p. 251.

²²¹ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997, p 53 et seq.

²²² Isso porque, sumariamente, uma vez que é ato contrário ao direito (ilícito), resulta daí a consequência importante de que, sendo titular do direito de realizar um determinado ato, não se está em falta por tê-lo

segunda questão seria a respeito da utilidade atual da teoria, que para muitos estaria afeta a uma concepção originária francesa, de matriz subjetiva – decorrente da influência absoluta da teoria dos atos emulativos - e, desse modo, em larga desvantagem como possibilidade de solução de problemas concretos se comparada com as novas técnicas de responsabilidade objetiva consagradas pelo direito contemporâneo. Desde a origem, vincula-se a identidade do ato abusivo à circunstância do exercício emulativo, doloso ou mesmo, em dadas circunstâncias, culposos, que caracterizou a teoria dos atos emulativos medieval, sob decisiva influência do direito canônico²²³.

É comum mencionar²²⁴ as teses de Porcherot e Salleilles, ambas de 1901, Ripert e Josserand,²²⁵ de 1905, Dessertaux e Perreau, de 1906, e Valet, de 1907, como precursoras da teoria do abuso do direito²²⁶. Contudo, é a tese de Josserand a que vai alcançar maior destaque tanto no direito francês, quanto nos sistemas jurídicos sob sua influência. O mestre francês, ao definir os marcos principais da configuração do abuso do direito, no que ele próprio vai denominar como *ensaio de uma teoria geral*, reclama atenção para necessidade de fixar com o máximo de precisão o critério de identificação do ato abusivo²²⁷. A identificação do critério, todavia, é que se submete a diferentes interpretações. Saleilles, ao identificar o abuso do direito, o faz em perspectiva objetiva, referindo: “*La véritable formule serait celle qui verrait l’abus de droit dans l’exercice anormal d’un droit, exercice contraire à la destination économique ou sociale du droit subjectif*”²²⁸. François Génys, de sua vez, reclamará para configuração do abuso do direito, em sentido vizinho, simétrico, do conceito desenvolvido no direito administrativo para figura do abuso do poder, indicando que, neste caso, o elemento

realizado. E se tem o direito de abstenção, nada deve a ninguém, qualquer que seja o prejuízo que a ação ou abstenção tenha causado a outrem. Os direitos têm limites que devem ser respeitados e, em não o fazendo, estar-se-á atuando *sem direito*. O mestre francês assevera, então, que o direito cessa onde começa o abuso e não pode haver o uso abusivo de um direito qualquer, porque um mesmo ato não pode ser, a um só tempo, conforme e contrário ao direito PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 2^a ed. Paris, 1902, v.2, p. 87.

²²³ Veja-se a respeito: TROPLONG, M. *La influencia del cristianismo en el derecho civil romano*. Buenos Aires: Ed. Desclée, De Brouwer, 1947.

²²⁴ ANCEL, Pascal; DIDRY, Claude. L’abus de droit: une notion sans histoire. L’apparition de la notion d’abus de droit en droit français au début du XX siècle. In: ANCEL, Pascal; AUBERT, Gabriel; CHAPPUIS, Christine. *L’abus de droit. Comparaisons franco-suisse*. Saint-Étienne: Publications de l’Université de Saint-Étienne, 2001, p. 51-66.

²²⁵ JOSSERAND, Louis. *De l’abus des droits*. Paris: Arthur Rousseau Éditeur, 1905.

²²⁶ PORCHEROT, E. *De l’abus de droit*. Dijon: Librairie J. Venot, 1901; SALLEILLES, Raimond. *De l’abus de droit. Rapport présenté à la première sous-commission de révision du Code Civil. Bulletin de la société d’études législatives.*, t. 4. 1901, p. 325-350; RIPERT, Georges. L’exercice des droits et la responsabilité. *Revue critique de droit civil*, 1905, p. 352; DESSERTAUX, M. Abus de droit ou conflits de droits. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1906, p. 119; PERREAU, E.H. Origine et développement de la théorie de l’abus de droit. *Revue générale du droit*, t. 37, 1906, p. 481-507, todos citados por ANCEL/DIDRY. *L’abus de droit...*, p. 51.

²²⁷ JOSSERAND, Louis. *De l’abus des droits*. Paris: Arthur Rousseau Éditeur, 1905, p. 43.

²²⁸ SALEILLES, Raymond. *Théorie générale de l’obligation*, p. 370. Apud JOSSERAND, *L’abus...*, p. 44.

constitutivo da noção de abuso do poder é o desvio da função prevista a estes poder, sem questionar sobre a existência de nenhum elemento de ordem intencional. Assim como no caso do abuso do direito, o elemento constitutivo do conceito será a anormalidade do direito e não a intenção manifestada²²⁹.

Para Louis Josserand aparecerá como critério seguro de identificação do abuso do direito, a presença ou não de um *motivo legítimo* a mover o exercício do direito subjetivo. Trata-se em seu dizer, na pedra angular da teoria do abuso do direito, sob a qual, graças a sua flexibilidade, a noção de abuso do direito apresentará importante caráter evolutivo da interpretação e aplicação do direito²³⁰, afastando-se assim, a necessidade da presença de qualquer elemento intencional ou culposo na ação do autor do ato qualificado abusivo.

Em termos legislativos, a primeira lei que irá prever expressamente a hipótese de repressão a um ato caracterizado como abusivo, será a lei sobre a rescisão unilateral do contrato de trabalho, de 1890, a qual impedirá a denominada despedida abusiva²³¹. Esta lei, que terá lugar após grandes agitações sociais, consolidará as hipóteses em que a despedida poderá se dar com motivos sérios ou legítimos ou, em outras hipóteses, mediante indenização do empregado, em vista da brusca ruptura do vínculo contratual²³².

A partir de então, a jurisprudência francesa ora com maior ou menor intensidade, passa a desenvolver o abuso do direito como solução lógico-formal para controle do exercício de direitos subjetivos. Contudo, mesmo em direito francês, não é unânime a doutrina no sentido do caráter objetivo do abuso do direito, em vista de suas finalidades, e que teve em Josserand seu grande precursor. A rigor, o exame da regularidade do exercício do direito ainda diverge sobre a adoção do critério subjetivo (com a exigência de dolo ou culpa) ou objetivo (privilegiando a funcionalidade dos direitos), sendo largamente influenciada pela doutrina, sobretudo no que tange ao advento do que se vem considerando uma solução mista, de compreensão da funcionalidade dos direitos, mas sem descurar completamente da

²²⁹ GÉNY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. Paris: LGDJ, 1954, p. 544.

²³⁰ JOSSERAND. *L'abus de droit...*, p. 57-59.

²³¹ ANCEL/DIDRY. *L'abus de droit: une notion sans histoire...*, p. 53.

²³² ANCEL/DIDRY. *L'abus de droit: une notion sans histoire...*, p. 55-58.

existência ou não de dolo ou culpa na atuação individual, do titular do ato exercido de modo abusivo²³³.

²³³ Neste sentido refere: MORACCHINI-ZEIDENBERG, Stéphanie. *L'abus dans les relations de droit privé*. Aix-Marseille: Presses Universitaires d' Aix de Marseille, 2004, p. 59 et seq.

1.2. O limite ao exercício dos direitos subjetivos em outros sistemas jurídicos

É certo que o estabelecimento de limites ao exercício de direitos subjetivos, não se caracterizou como um fenômeno tipicamente francês, embora, lá tenha se desenvolvido em um primeiro momento a teoria, que inclusive pela força da expressão que adota, *abuso do direito*, tenha alcançado enorme projeção nos diversos sistemas jurídicos.

A experiência legislativa em direito comparado demonstra diversas formas de previsão normativa do abuso do direito. Para citar exemplificativamente, o Código Suíço, de 1911, artigo 2º, parte final, dispõe: "*O abuso manifesto de um direito, não goza de nenhuma proteção*". Esta norma de direito privado é considerada igualmente princípio geral de ordem pública²³⁴. O artigo 135 do Código Polonês de Obrigações, por sua vez, estabelece: "*Aquele que, intencionalmente ou por negligência, cause dano a outrem no exercício do seu direito, tem de reparar o dano sempre que exceda os limites fixados pela boa-fé ou pelo objeto em atenção ao qual esse direito haja sido outorgado*". Da mesma forma, o Projeto franco-italiano de obrigações e contratos, de 1927, previu o abuso do direito como fonte de obrigações, na medida em que estabelece o dever de reparar o dano "*àquele que causa um dano a outro excedendo, no exercício do seu direito, os limites fixados pela boa-fé ou pelo fim em vista do qual esse direito lhe fora conferido*"²³⁵.

Verifica-se regra semelhante no artigo 281, do Código Civil grego, de 1940: "*O exercício do direito é proibido se excede manifestamente os limites prescritos quer pela boa-fé e pelos bons costumes, quer pelo fim social e econômico deste mesmo direito.*" Trata-se de norma que, inclusive, serviu de inspiração ao legislador português para elaboração do artigo 334, do Código Civil de 1966, cujo texto é semelhante: "*È ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim econômico e social desse direito*".

Note-se que no direito grego, conforme relata Cunha de Sá, houve em primeiro, uma grande resistência em relação à aplicação do artigo 281, realizando-se adiante um

²³⁴ ANCEL, Pascal/ AUBERT, Georges. Introduction em forme de dialogue franco-suisse. In: ANCEL/AUBERT/CHAPPUIS. *L'abus de droit...*, p. 15.

²³⁵ DÍEZ-PICAZO/GULLÓN. *Sistema de derecho civil*, p. 435.

adensamento do tema, por força da doutrina e da própria jurisprudência a imprimir os contornos do instituto sobretudo em vista de outras duas disposições. Assim os artigos 178 e 179, do Código Civil, sendo o primeiro preceito (art. 178) que comina de nulidade os atos jurídicos contrários a bons costumes, e o segundo (art. 179), que determina a nulidade, também por contrariedade a bons costumes, do ato que restrinja de modo desmesurado 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, segundo as circunstâncias, estão em manifesta desproporção com a dita prestação”*²³⁶.

No direito português, o artigo 334, do Código de 1966 (inspiração imediata do art. 187 do Código Civil brasileiro de 2002), deve-se a profundas modificações no Anteprojeto Vaz Serra, durante as fases de revisão ministerial até o texto vigente. Isto porque, em sua versão original, previa em seu texto a “consciência de lesar outrem” como elemento constitutivo do ato abusivo. Esta referência, de matriz subjetiva, é retirada na revisão seguinte, em que ao mesmo tempo passa-se a referir expressamente à boa-fé e aos bons costumes, o que indica a marcada influência alemã, como aliás se verificou no próprio Código grego²³⁷.

No direito argentino, o artigo 1071, parte final, igualmente refere que *“A lei não ampara o exercício abusivo dos direitos. Considerará como tal o que contrarie os fins que aquela teve em vista ao reconhecê-los, ou que exceda os limites impostos pela boa fé, a moral, e os bons costumes”*. Esta regra é traduzida na doutrina argentina atualmente, em vista de uma concepção objetiva de abuso²³⁸, com larga aplicação em matéria de direito das obrigações e Direito Privado.

No direito espanhol, Díez-Picazo e Gullón decompõem os limites ao exercício do direito subjetivo em dois. O primeiro limite, de que o exercício do direito subjetivo deve se dar em conformidade com as convicções éticas dominantes na comunidade, é identificado genericamente com a boa-fé. A figura do abuso do direito, neste sentido, vincula-se apenas ao

²³⁶ CUNHA DE SÁ. *Abuso do direito*, p. 80.

²³⁷ CUNHA DE SÁ. *Abuso do direito*, p. 130-131. No mesmo sentido: MENEZES CORDEIRO. *Tratado de direito civil português*, v. I, t. IV, p. 260-264.

²³⁸ Neste sentido: LORENZETTI, Ricardo Luis. Nuevas fronteras del abuso de derecho (situaciones jurídicas lesivas de libertades, tutela del mercado y amparo. *Revista dos Tribunais*, v. 723. São Paulo: RT, 1996, p.

segundo limite, de que o exercício de um direito deve ajustar-se à finalidade econômica e social para a qual tenha sido concedido ou atribuído ao titular deste direito²³⁹.

O Código Civil espanhol, de 1973, refere a que parece ser a mais ampla definição de abuso do direito, em seu artigo 7º: “1. *Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.* 2. *La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.*” Na visão de Díez-Picazo e Gullón, embora não refira adequadamente as sanções civis na hipótese de abuso do direito, legitima a todo aquele que tenha um interesse, ainda que não sofra um dano atual, a buscar a devida proteção. Ou mesmo, segundo referem os mestres espanhóis, quando a violação deste interesse decorra de abuso caracterizado pela celebração de um negócio jurídico, é possível que o prejudicado pretenda, além de indenização, também a nulidade do negócio, admitindo sua legitimação para interposição da ação de nulidade.²⁴⁰

Na Itália, de sua vez, o Código Civil consagra expressamente, ainda que não através de uma fórmula genérica, a doutrina do abuso do direito. Isto, embora no Projeto original constasse em seu art. 7º, que: *Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è riconosciuto.* Todavia, optou-se por pontuar todo o sistema codificado de previsões legais atinentes à orientação do comportamento dos indivíduos segundo os princípios éticos, como por exemplo os artigos que apontam a observância da boa fé na interpretação e execução dos contratos (arts. 1337, 1366 e 1375) no comportamento do credor (art. 1175), no exercício dos direitos reais pelo proprietário (art. 833) e pelo usufrutuário (art. 1015). Da mesma forma, identificam-se no corpo da legislação italiana incontáveis referências à finalidade do direito, recorrendo-se para tanto a expressões várias, como por exemplo *função*, *motivo justo* ou *justa causa*.

O grande divulgador da teoria do abuso do direito no direito italiano foi Mario Rotondi, que em artigo publicado em 1923, estabelece a definição do abuso do direito, segundo afirma, não por intermédio de um conceito propriamente jurídico, mas também

²³⁹ DÍEZ-PICAZO/GULLÓN. *Sistema de derecho civil*, p. 431.

²⁴⁰ DÍEZ-PICAZO/GULLÓN. *Sistema de derecho civil*, p. 437.

histórico e social, uma vez que representa o surgimento de uma nova consciência jurídica coletiva²⁴¹. Em uma posição intermediária, sustenta Giulio Levi que o abuso do direito não pode ser considerado apenas como fenômeno social, senão como fruto da interação entre a realidade eo direito, cabendo a jurisprudência e à doutrina sua correta aplicação²⁴². Não falta, contudo quem refira a inexatidão da noção de abuso, porquanto o que assim se denomina, segundo esta visão, seria, a rigor, simples limitação do exercício do direito, razão pela qual a teoria do abuso ao pretender examinar a justeza ou não deste exercício para além da lei, ofereceria um alto grau de insegurança que a tornaria indesejável, ou impregnada de considerações ideológicas e morais²⁴³.

Na jurisprudência italiana, de outra parte, podemos identificar casos-líder, como por exemplo, o ato do proprietário de um terreno que coloca diversos espantalhos próximo ao limite de sua propriedade, com o fito de afastar a caça do terreno vizinho; o uso do cavalo tido em comodato com a finalidade de poupar o cavalo próprio; a crítica jornalística de novos produtos nacionais ou estrangeiros não com o objetivo de aprimorar os conhecimentos técnicos dos leitores, mas de denegrir a reputação de tais produtos, criando uma concorrência comercial desvirtuada, com lesão a direitos ou interesses alheios; ou ainda o não exercício por parte de um proprietário do direito de ação contra os ocupantes de seus prédios, em prejuízo dos habitantes regularmente titulados²⁴⁴.

Desta forma é que a doutrina italiana vem asseverar que por abuso do direito temos o princípio com base no qual possam ser declarados ilegítimos os atos de exercício do direito subjetivo, que não sejam justificados com respeito ao interesse da outra parte ou de terceiros, ou com respeito ao interesse coletivo e, pois, contrastantes com a aspiração de uma justiça substancial²⁴⁵.

No direito alemão, embora não esteja expressamente prevista a noção de abuso do direito, também é correto a existência de limites ao exercício dos direitos subjetivos, e neste sentido, a possibilidade de seu exercício de modo contrário à boa-fé ou aos bons costumes. Daí que, conforme ensina Karl Larenz,

²⁴¹ ROTONDI, Mário. *L'abuso di diritto. Aemulatio*. Padova: CEDAM, 1979, p. 23-25.

²⁴² LEVI, Giulio. *L'abuso del diritto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, p. 23.

²⁴³ RESCIGNO, Pietro. *L'abuso del diritto*, p. 22 et seq.

²⁴⁴ As decisões são referidas por: CUNHA DE SÁ. *Abuso do direito*, p. 57-9.

²⁴⁵ BIANCA, Massimo; PATTI, Guido; PATTI, Salvatore. *Lessico di Diritto Civile*. 2ª ed. Milão, 1995. p. 3.

um ato que se tenha por regular no âmbito da legitimidade, e por ele aparece com exercício de um direito, é lícito quando não pode ter outro objeto que não o de causar um prejuízo a outro (art. 226; proibição do abuso). A tal respeito, a jurisprudência não se tem mobilizado, senão que tem considerado como abuso de direito ilícito os exercícios aparentes de direito contrários a bons costumes (art. 826) ou que infringem o preceito de manter a boa-fé (art. 242).²⁴⁶

Uma limitação evidente do § 226 do BGB (“*O exercício de um direito é inadmissível, se ele tiver por fim, somente, causar um dano a outro*”²⁴⁷), contudo, é justamente o sentido que se depreende da norma, de que o exercício de direito em questão não pode ter outra finalidade, que não a de causar dano a outrem. Isto porque, em regra, de um mesmo exercício de direito, é evidente que junto ao dano que se pretende causar à esfera jurídica alheia, se pode identificar, igualmente, a existência de um interesse, de uma finalidade útil para o titular do direito. Daí porque resulta um dos aspectos controversos da visão tradicional da doutrina do abuso do direito consagrado na legislação estrangeira, como é o caso do §226 do Código Civil alemão: a intenção do titular do direito, sua má-fé comprovada ou presumida, não são critérios suficientes – sobretudo na realidade complexa da sociedade atual²⁴⁸, que conduz à objetivação da avaliação da conduta humana e dos critérios de imputação da responsabilidade²⁴⁹ – para construção de uma categoria jurídica de proteção do indivíduo contra o arbítrio de outrem, como é o caso do abuso do direito.

Ainda no direito alemão, o § 826, do BGB (“*Quem, de modo atentatório aos bons costumes, causar, dolosamente, um dano a um outro, estará obrigado, para com o outro, à indenização do dano*”²⁵⁰), vai estabelecer que uma ação obriga ao ressarcimento de danos quando prejudica de forma imoral a outro, e quando o propósito do autor está dirigido a causar um prejuízo. Segundo ensina Larenz, a jurisprudência e a doutrina sustentam a possibilidade deste prejuízo ser sancionado pelo § 826, no curso do exercício de um direito. E

²⁴⁶ LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 297-298.

²⁴⁷ SOUZA DINIZ. *Código Civil alemão*. Rio de Janeiro: Record, 1960, p. 54.

²⁴⁸ Sobre o tema, veja-se: BECK, Ulrich. *Sociedad de riesgo global*. Trad. Jesús Albores Rey. Madrid: Siglo XXI de España, 2002, p.113 et seq.

²⁴⁹ Neste sentido, dentre outros: MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, v. 854. São Paulo: RT, dezembro/2006, p. 11-37.

²⁵⁰ SOUZA DINIZ. *Código Civil alemão*. Rio de Janeiro: Record, 1960, p. 138.

embora a norma faça referência a um exercício doloso, sua interpretação gradativamente vem perdendo força, tornado discutível a necessidade da presença de dolo²⁵¹.

²⁵¹ LARENZ. *Derecho civil. Parte general*, p. 299.

2. Origens e desenvolvimento da teoria do abuso do direito no sistema jurídico brasileiro

Originariamente, não é possível afirmar que o Código Civil brasileiro de 1916 previa o abuso do direito como hipótese legal determinada. A conhecida referência à interpretação do artigo 160, inciso I, do Código Civil de 1916, *a contrario sensu*, é obra eminentemente doutrinária, a partir do exame que o próprio codificador, Clóvis Beviláqua, em seus comentários ao texto vigente, realiza da referida norma. Neste sentido, apontará Beviláqua, trata-se de hipótese de exercício anormal de direito, invocando para tanto a teoria de Raymond Saleilles, relativamente ao exercício anormal de um direito. Neste sentido, inclusive, vai mencionar o codificador brasileiro, o que se pode considerar uma referência à concepção objetiva do abuso do direito, ao relacionar o exercício abusivo com a contrariedade à destinação econômica e social do direito²⁵².

Contudo, o exame da recepção e desenvolvimento da teoria do abuso do direito no direito brasileiro se inicia a partir desta interpretação sugerida ao artigo 160, I, do Código Civil de 1916, assistindo, em um primeiro momento à predominância do critério subjetivo, para seguir então a uma crescente objetivação do abuso²⁵³, eliminando-se gradativamente a exigência de dolo ou culpa para sua caracterização.

²⁵² BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, t. I. Rio de Janeiro, 1917, p. 420.

²⁵³ Neste sentido já entendia Alvíno Lima em sua conhecida tese “Da culpa ao risco”, publicada originariamente em 1960, ao defender a concepção objetiva da teoria do abuso do direito no direito brasileiro. LIMA, Alvíno. *Culpa e risco*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 243 et seq.

2.1. Abuso do direito como exercício irregular do direito: interpretação *a contrario sensu* do artigo 160, inciso I, do Código Civil de 1916

O direito civil brasileiro consagrava a ilicitude do abuso do direito, a partir do disposto no Código Civil de 1916, pelo do critério de regularidade do exercício do direito subjetivo, pela interpretação *a contrario sensu* do artigo 160, inciso I, segunda parte, do Código Civil de 1916, que dispunha: “*Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido*”. Tratava-se de interpretação lógica, uma vez que se restava estabelecido que não constitui ato ilícito o *exercício regular* de um direito reconhecido, de outra parte reconhecia-se como ilícito o seu *exercício irregular*²⁵⁴. Todavia, a consagração desse critério terminava por remeter a discussão ao problema da definição conceitual do que se considerasse *regularidade*. Ensina a respeito Maria Amália Dias de Moraes que, quando o titular do direito subjetivo, no uso das prerrogativas que lhe competem, circunscreve sua atuação aos limites naturais vinculados ao conteúdo do próprio direito, respeitando os ditames da boa fé e atentando ao destino econômico e social do direito, diz-se que o exerceu regularmente²⁵⁵.

A tradição doutrinária do direito brasileiro, contudo, vincula a teoria do abuso do direito e o conceito de ato ilícito. Nesse sentido, o clássico de Pedro Baptista Martins, publicado em 1935, “*O abuso do direito e o ato ilícito*”, no qual, demonstra que identificação entre ilícito e abusivo deu-se, antes de tudo, em face da adoção da teoria pela interpretação *a contrario sensu* do artigo 160, inciso I, do Código de 1916²⁵⁶. Da mesma forma aliás,

²⁵⁴ Ao pré-excluir a ilicitude no caso de atos praticados no exercício regular de um direito reconhecido, o legislador acabou por referir que o seu contrário, ou seja, o exercício irregular do direito constitui ato ilícito, sendo pois repellido pelo sistema jurídico. E o exercício irregular, no dizer de Everardo Cunha Luna, termina por se referir não consiste apenas na violação de um dever legal, mas também na violação de um dever moral. LUNA, Everardo Cunha. *Abuso de direito*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 107. Em sentido diverso: Cláudio Antônio Soares Levada, para quem a regra do inciso I, do artigo 160, tinha por objetivo apenas algum defeito legal no exercício irregular de um direito e não seu exercício de modo egoísta, excessivo ou anti-social, conforme prevê a teoria finalista do direito que serve de suporte à teoria do abuso. LEVADA, Cláudio Antônio Soares. Responsabilidade civil por abuso de direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 661, p. 37-43, nov. 1990, p. 42. Ainda é de se mencionar o entendimento do Professor Haroldo Valadão, o qual, embora defendesse a necessidade de reprovação ao abuso do direito, não identificava na legislação, disposições que corroborassem nesse sentido. Daí porque incluiu em seu Projeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, sob a rubrica “Condenação do Abuso do Direito”, o art. 11, *in verbis*: “*Não será protegido o direito que for ou deixar de ser exercido em prejuízo do próximo ou de modo egoísta, excessivo ou anti-social*”. VALLADÃO, Haroldo. *Estudios de derecho civil*: en honor del Prof. Castan Tobeñas. Pamplona: Universidad. de Navarra, 1969.

²⁵⁵ MORAES, Maria Amália Dias de. *Do abuso de direito*: alguns aspectos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 15, n.42, 1985, p. 11-26.

²⁵⁶ MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3ª edição histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 93-94.

propugnou o próprio Clóvis Beviláqua em seus *Comentários* ao Código Civil, no qual adota expressamente a identidade entre o abuso do direito e o ato ilícito²⁵⁷.

A identificação entre abuso e ilicitude é reforçada, igualmente, pela constatação de que em ambos se está a tratar é da violação de limites previamente estabelecidos. O que se altera nada mais é do que a natureza desses mesmos limites. Enquanto na ilicitude, o limite evidente é o preceito normativo, cuja ordem de autorização, permissão ou proibição permite de modo imediato constatar sua violação, o abuso distingue-se desta apenas ao remeter tal exame para elementos não expressos de modo específico na norma, mas que se depreende da concreção de conceitos plurissignificativos, com ou sem conteúdo valorativo pré-determinado, como é o caso do fim econômico ou social, da boa-fé objetiva ou dos bons costumes – todos limites adotados pelo Código Civil de 2002.

Ilustra esse entendimento a lição de Pontes de Miranda, que utilizando o exemplo da doutrina alemã, lembra que os direitos subjetivos implicam deveres e contêm em si, algo de não dilatável: *um limite de natureza moral inerente a todos os direitos*²⁵⁸. Esse limite moral é determinante em apontar então para um relativismo dos direitos subjetivos, ao contrário do que a visão que o individualismo jurídico quis fazer crer, de uma suposta absolutidade dos mesmos.

Ainda, segundo o jurista, 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 bem e o mal social, não nos fatos e resultados, mas nas intenções, nas culpas²⁵⁹. A teoria do abuso do direito, aliás, nasce como reação ao individualismo jurídico e à concepção absolutista dos direitos subjetivos, como limite moral à concepção egoísta que por muito tempo circundou a esfera dos direitos subjetivos²⁶⁰. No dizer de Baptista Martins, a teoria do abuso é um meio eficaz de limitação da autonomia da vontade

²⁵⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, t. I. Rio de Janeiro, 1917, p. 420.

²⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*, t. LIII. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 62.

²⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código de Processo Civil de 1939*, Rio de Janeiro, 1947, v.1, p. 521.

²⁶⁰ Nesse sentido o magistério de Eduardo Espínola, para quem “quando um ato qualquer vai além do justo limite traçado pelas conveniências sociais à atividade lícita do indivíduo, não mais se poderá dizer legítimo nem qualificar de exercício de um direito.” *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, v. 1. Salvador: Joaquim Ribeiro, 1918.

individual, cujo desregramento corrige, atenua ou impede, assegurando os princípios de equivalência das prestações e equilíbrio dos interesses em concorrência²⁶¹.

O excesso aos limites determinados pela ordem jurídica é também a tônica das considerações de Castro Filho, para quem toda vez que o indivíduo, no exercício do seu direito subjetivo, excede aos limites impostos pelo direito positivo, aí compreendidos não só o texto legal, mas também as normas éticas que coexistem em todo o sistema jurídico, fala-se em abuso. Daí porque, toda vez que o indivíduo, no exercício do seu direito subjetivo, o realiza de forma contrária à finalidade social, verifica-se o abuso do direito²⁶².

A limitação ao exercício dos direitos subjetivos, tendo um conteúdo moral acentuado, parece constituir, segundo Savatier, um conflito entre o direito e a moral, ou melhor, entre um direito subjetivo e um dever moral que incumbe ao titular desse direito que, ao exercê-lo, não pode faltar a este dever²⁶³.

Sobre o tema referia Pontes de Miranda, em vista do antigo artigo 160, inciso I, do Código Civil de 1916:

A doutrina do abuso do direito, *Rechtmissbrauch*, obteve, no Código, completa vitória: na estrada legislativa aberta pelo BGB e prosseguida pelo Código Civil Suíço, art. 2º, alínea 2ª, veio o Código Civil brasileiro marcar fase nova da teoria. No BGB, §226, pressupõe-se que o exercício do direito não tenha outro fim que o de causar dano. A interpretação tem assentado: a) para a aplicação do §226 não basta a atribuição do propósito subjetivo, é preciso que o juiz reconheça, pelas circunstâncias, que, objetivamente, não se poderia admitir outro fim à ação exercida.²⁶⁴ Daí porque completa: “Se o direito tem diferentes fins, não pode ser aplicado o §226, por não haver a exclusividade a que se refere o BGB. No Código Civil suíço, art. 2º, adota-se a solução negativa: o manifesto abuso de um direito não é protegido pela lei (*Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz*). Também negativa, mas de outra natureza, é a solução do Código Civil brasileiro: não é ato ilícito o exercício regular de um direito reconhecido (art. 160, I). Portanto: o exercício irregular constitui ato ilícito. Trata-se de

²⁶¹ MARTINS. *O abuso do direito...*, p. 5.

²⁶² CASTRO FILHO, José Olímpio. *Abuso do direito no processo civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 21. De outro modo, para LUNA, a essência do abuso do direito é a ilicitude, que se define como a relação de contrariedade entre a conduta do homem e o ordenamento jurídico. Nesse aspecto apreende-se a ilicitude como relação ontologicamente uma para todo o ordenamento. LUNA, Everardo Cunha. *Abuso de direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 47.

²⁶³ SAVATIER, René. *Effets et sanctions du devoir moral*, 1916. p. 23. *Apud* RIPERT, Georges. *A regra moral das obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 172.

²⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 162.

regra jurídica objetiva: a opinião do que exerce o direito ou do que se diz prejudicado nenhuma significação tem. A extensão dos direitos é apreciada pelo juiz. Cabe a ação de perdas e danos. Não é preciso que haja a exclusividade de fim a que se refere o BGB; mas, no sistema do Código, será exigida a culpa. No suíço a má-fé (sem Treu und Glauben). Dos três, o que mais largo conceito apresentou foi o brasileiro.²⁶⁵

Ainda refere Pontes de Miranda que “*não se trata de Selbsthilfe (BGB, §§229-331); mas pode uma lei deixar de supor que a justiça por si mesmo e a si mesmo, nos limites de defesa pessoal indispensável, é permitida a todos? A lei e a literatura alemãs podem ser proveitosas à elaboração da praxe brasileira*”.²⁶⁶

A noção de regularidade do exercício do direito está presente no Código de 1916 não apenas explicitamente no artigo 160, inciso I, mas em diversos outros institutos específicos, como é o caso das disposições referentes à utilização da propriedade, reprovando ou mesmo impedindo o exercício do direito desviado de sua finalidade. O artigo 526 vedava ao proprietário que se opusesse a trabalhos que fossem empreendidos a uma altura ou profundidade tais, que não tivesse ele interesse algum de impedi-los. O artigo 554 possibilitava ao proprietário ou inquilino de um prédio, o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha pudesse prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam. O artigo 555 estabelecia ao proprietário o direito de exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou reparação necessária, quando este ameaçasse ruína, bem como prestasse caução pelo dano iminente. Estabeleceu ainda limitações expressas ao exercício do direito subjetivo nas disposições acerca das águas (artigo 563 e seguintes), e direito de construir (artigo 572 e seguintes). No âmbito do direito de família, de sua vez, previa seu artigo 394 do Código Civil, segundo o qual se o pai ou a mãe abusassem de seu poder, faltando aos deveres parentais, ou arruinando os bens dos filhos, competia ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe parecesse reclamada pela segurança do menor e seus haveres, suspendendo até, quando conviesse, o pátrio poder. No mesmo sentido o artigo 395, que estabelecia a perda do pátrio poder pelo pai ou mãe que castigasse imoderadamente o filho, o deixasse em abandono, ou praticasse atos contrários a moral e aos bons costumes.

È neste contexto, então, que a jurisprudência brasileira, em vista da noção de abuso do direito, derivada do artigo 160, inciso I, do Código Civil de 1916, vai concretizar a cláusula,

²⁶⁵ PONTES DE MIRANDA. *Fontes e evolução...*, p. 162-163.

²⁶⁶ PONTES DE MIRANDA. *Fontes e evolução...*, p. 163.

no mais das vezes indicando a presença do critério subjetivo²⁶⁷, ora com vista a situações específicas, como da relação entre as partes do contrato de locação²⁶⁸, visando evitar a malícia do locatário de evitar a resolução do contrato e respectivo despejo, recorrendo a sucessivas purgações que a lei lhe autoriza²⁶⁹.

Observação crítica de Pontes de Miranda indica a recepção tímida e até com certa hostilidade em um primeiro momento, da teoria do abuso do direito em nossos tribunais. Assinala, então, que a fórmula adotada no direito brasileiro, embora um tanto “*misteriosa na aparência, sem que na essência o seja, é a que mais corresponde aos hodiernos reclamos do sentimento e da mentalidade liberal e democrática em sua vigente conciliação com o capitalismo*”²⁷⁰.

²⁶⁷ “Despejo: não pode a lei do inquilinato ser aplicada contra seu verdadeiro sentido que e abrandar as dificuldades oriundas do problema de habitação. Sem admitir capricho ou emulação, não se pode compreender que o locatário reiteradamente somente pague os alugueres, no prazo da contestação, quando citado para ação do despejo.” (STF – RE 29201; Rel. Min. Afrânio Costa; j. 29/09/1955; p. DJU 26.01.1956, p. 1151).

²⁶⁸ “Abuso de direito. Locação de prédio não residencial. 1) Locador que é, ao mesmo tempo, sócio da sociedade locatária. Autonomia subjetiva da sociedade em relação aos sócios. Não quebra esse princípio decisão que considerou o substrato da sociedade, para definir a posição de um dos sócios - o locador -, para verificar se este incorria em violação da norma do artigo 1.363 do Código Civil, segundo o qual celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns. 2) Não contravém ao artigo 4º, III, combinado com o artigo 3º, do Decreto-Lei nº 4, decisão que, sem negar que o locador pode retomar o imóvel, por não lhe convir continuar a locação, reputa, no caso, eivada de abuso de direito a ação de despejo, em que o autor e sócio da locatária, uma vez que, segundo o exame dos fatos, o despejo tinha por fim destruir a sociedade ou empobrecê-la, desmoraná-la, afligi-la economicamente. 3) Recurso extraordinário não conhecido” (STF – RE 81902 /RJ; Rel. Min. Leitão de Abreu; j. 18.11.1977; p. RTJSTF 85/568); “Abuso de direito. Purgação de mora em ação de despejo. O abuso do direito como ato ilícito resulta, no campo do direito civil brasileiro, da interpretação, “contrario sensu”, do disposto no artigo 160 do Código Civil. Não se pode, pois, pretender que, ao aplicá-lo, tenha o acórdão recorrido violado o §2º do artigo 153 da Constituição Federal. Recurso extraordinário não conhecido.” (STF - RE 85816/RJ; Rel. Min. Moreira Alves; j. 01.10.1976); “Locação. Reiteradas purgações da mora podem configurar abuso de direito ensejador de despejo. Precedentes do Supremo Tribunal. Recurso conhecido e provido.” (STF – RE 80798/GB; Rel. Min. Xavier de Albuquerque; j. 07/03/1975; p. DJU 04.04.1975). “Se o locatário, habitualmente, só efetua o pagamento dos alugueres a que se obrigou, sob a pressão do requerimento de despejo posto em juízo pelo locador, o seu reiterado pedido de purgação da mora pode ser havido com abuso de direito, e, como tal, denegado pelo juiz” (STF – RE 20817; Rel. Min. Lafayette de Andrada; j. 02/09/1955); “Locação. Abuso de direito. Se o locatário, habitualmente só efetua o pagamento dos alugueres após o requerimento de despejo provido pelo locador, o seu reiterado pedido de purgação da mora pode ser havido como abuso de direito” (STF - RE 26122 – Rel. Min. Mário Guimarães; j. 23/08/1954; p. DJU 30/04/1956, p. 629. Em sentido contrário, contudo: “Purgação sucessiva da mora. Não há abuso de direito quando se usa de um direito e nenhum dano se causa a terceiros. A purgação pressupõe ampla indenização: principal, juros, custas e honorários” (STF – RE 65774/GB; Rel. Min. Themistocles Cavalcanti; j. 10/12/1968; p. DJU 28.03.1969);

²⁶⁹ “A lei, permitindo a purga da mora, quando requerida no prazo para a contestação do pedido de despejo, nem por isso acoberta o abuso de direito, concretizado na conduta do locatário que, reiteradamente, protela o pagamento do aluguel. A emenda da mora e oportunidade que a lei do inquilinato arma em favor do locatário; atenda a uma premência econômica que deve ser rigorosamente justificada, sem abrir ensejo a um privilégio odioso, em detrimento de legítimo interesse do locador em auferir sua renda dentro do prazo contratual.” (STF – RE 29749; rel. Min. Ribeiro da Costa; j. 08/05/1956). Em sentido contrário: “Não comete abuso de direito o locatário, que purga a mora, exercendo varias vezes a faculdade concedida no art. 15, § 1º da Lei n. 1.300, de 27 de dezembro de 1950” (STF – RE 29904; Rel. Min. Hahnemann Guimarães; j. 28/10/1955; p. DJU 19.04.1956, p. 4215)

²⁷⁰ PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado, t. LIII, p. 73

2.2. Alargamento e objetivação da teoria do abuso do direito através da lei: abuso das posições jurídicas e proteção da finalidade do direito

Anteriormente crítico da teoria do abuso do direito, falando mesmo da decadência do abuso do direito²⁷¹ como fenômeno do direito contemporâneo, o mestre português António Menezes Cordeiro preferia o exame das questões postas pela teoria do abuso do direito, a partir da perspectiva da boa fé, como *exercício inadmissível das posições jurídicas*²⁷². Atualmente, contudo, sobretudo diante da crescente utilização da teoria pelos tribunais portugueses, com fundamento no artigo 334, do Código Civil português de 1966, observa em seu tratado de direito civil de 2005, que o “*abuso do direito é uma expressão consagrada para traduzir hoje, um instituto multifacetado, internamente complexo e que prossegue, in concreto, os objectivos últimos do sistema*”²⁷³.

Assinalam diversos autores, que só se deve falar em abuso do direito na hipótese da teoria não ter ainda sido recepcionada pelo direito positivo. Uma vez ocorrendo sua positivação, não é de abuso do direito, senão de ato ilícito o que se está a referir²⁷⁴.

Ocorre que ao longo da tradição doutrinária e jurisprudencial da teoria do abuso do direito no direito brasileiro, observou-se um sensível processo de objetivação da concepção do abuso do direito, assim como em áreas circunvizinhas, como o fenômeno da objetivação da responsabilidade civil no campo do direito das obrigações. É bastante referido que o ocaso da culpa no âmbito da responsabilidade se dá em vista da sua insuficiência, seja como critério funcional para atribuição da responsabilidade, ou mesmo sob uma perspectiva ético-jurídica, uma vez que não mais atende às exigências ético-sociais como critério de repartição dos riscos da vida em sociedade.

Da mesma forma, é correto identificar no sistema dualista de responsabilidade (objetiva e subjetiva), fundado em preceitos que exigem a culpa e outros que se referem ao risco, que cada um deles tem por pressuposto, conceitos de justiça distintos. Enquanto a

²⁷¹ MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé no direito civil*, p. 685.

²⁷² MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé no direito civil*, p. 707 et seq. No Brasil, é o entendimento de Judith Martins-Costa. *A ilicitude derivada...*, p. 162-165.

²⁷³ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, v. I, t. IV. Coimbra: Almedina, 2007, p. 247.

²⁷⁴ RESCIGNO. *L'abuso del diritto*, p. 25. WARAT, Luis Alberto. *Abuso del derecho y lagunas de la ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969, p. 84-85.

responsabilidade por culpa corresponde à justiça distributiva ou comutativa, vinculada à noção de reciprocidade, a responsabilidade objetiva teria por fundamento a justiça distributiva, vinculada à noção de proporcionalidade²⁷⁵. Ensina Bodin de Moraes que “enquanto a justiça compensatória regula o equilíbrio dos interesses em conflito, a justiça distributiva pronuncia-se sobre a repartição dos ônus e bônus”²⁷⁶.

Assinala, Bodin de Moraes, a existência de uma certa resistência entre os autores nacionais, na distinção entre a culpa e o risco como fundamento da responsabilidade. Isto porque não estariam acostumados a identificar a responsabilidade objetiva, fundamentalmente como responsabilidade por ato lícito, havendo resistência à possibilidade de imputação de responsabilidade sem que haja nenhuma antijuridicidade. Um outro aspecto é de que a responsabilidade objetiva é vista como efeito de alguma forma de violação de deveres ou de conduta anti-social.²⁷⁷ Neste sentido, sustenta-se que a responsabilidade objetiva resulta da violação de um dever de segurança²⁷⁸, hipótese em que tratam o fundamento do risco nos mesmos moldes da culpa²⁷⁹.

O abuso do direito, enquanto proposição teórico-dogmática, trilha um caminho bastante semelhante. A noção de abuso, embora não presente expressamente no Código Civil de 1916, sobretudo em vista das sensíveis transformações da sociedade na segunda metade do século XX, passa a ser considerada em vista do exercício dos direitos no âmbito de certas relações jurídicas, em vista do interesse das partes, mas também de terceiros, como se passa a ver no caso do *abuso de poder econômico*, que embora não tenha sido expressamente previsto na Lei de Defesa da Concorrência (Lei Federal nº 4.137/62) – embora seja seu pressuposto –, e só mais tarde incorporada ao direito brasileiro pela Lei nº 8.884/94²⁸⁰, por influência do direito europeu²⁸¹, tem seu âmbito de definição fortemente vinculados a critérios objetivos, como a eficiência econômica e o juízo de legalidade que estabeleça a racionalidade da atuação

²⁷⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, v. 854. São Paulo: RT, dezembro/2006, p. 11-37.

²⁷⁶ BODIN DE MORAES. Risco, solidariedade..., p. 20.

²⁷⁷ BODIN DE MORAES. Risco, solidariedade..., p. 23.

²⁷⁸ Assim: CAVALIERI, Sérgio. DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao Código Civil. Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, p. 145

²⁷⁹ BODIN DE MORAES. Risco, solidariedade..., p. 23.

²⁸⁰ Assim o artigo 1º da Lei Federal nº 8.884/94: “Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

²⁸¹ A referência é de BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: RT, 2001, p. 108.

do agente econômico e sua relação com o mercado²⁸². E neste sentido, visa à realização de um dos princípios informadores da ordem econômica, a livre concorrência (art. 170, inciso IV, da Constituição da República), tendo por objetivo o escopo da ordem econômica constitucional, qual seja, de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, *caput*).

No mesmo sentido se enquadra o abuso de posições jurídicas, compreendidas a titularidade de um direito subjetivo de modo vinculado a uma determinada posição jurídica. Ao examinar a teoria da situação jurídica, observa Torquato Castro que se o objeto jurídico

se inscreve na ordem do útil, que é própria dos valores econômicos, deixa ele de configurar fim ético em si e se comporta sempre como meio a serviço de fins éticos próprios”. E “servindo apenas de instrumento a outros fins, o objeto útil é de ser entregue como tal ao sujeito, ao qual necessariamente se confere a liberdade moral de discernir sobre a razão e o momento de seu uso²⁸³.

Dáí porque, a noção de abuso de posição jurídica alcança repercussão no âmbito das relações econômicas. Assim o abuso de poder do acionista controlador da companhia, extensamente tratado pela doutrina e regulado pelo artigo 115 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei Federal nº 6.404/76), em sua redação vigente (desde 2001)²⁸⁴. O exercício abusivo do poder pelo acionista controlador, de outra parte, gera sua responsabilidade pelos

²⁸² BRUNA. *O poder econômico...*, p. 174-175. Assinala Calixto Salomão Filho a alteração do sentido da expressão abuso de poder econômico, em vista de sua consagração no texto constitucional, no artigo 173, §4º da Constituição da República. Segundo o professor paulista, na Constituição anterior, de 1967, “o abuso do poder econômico e a dominação de mercado surgiam como figuras centrais. O aumento arbitrário dos lucros e a eliminação substancial da concorrência surgiam como meras conseqüências do ilícito principal e único. Essa redação era ainda conseqüência da gênese do direito concorrencial brasileiro, que como destaca B. Shieber, teve origem nos dispositivos constitucionais e penas de proteção à economia popular. Em função dessa origem, a idéia de proteção direta do consumidor através da concorrência destacava-se, transparecendo de maneira clara na prevalência exegética da fórmula “abuso do poder econômico”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial. As condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 106-107.

²⁸³ CASTRO. *Teoria da situação jurídica...*, p. 82.

²⁸⁴ A redação original da disposição contava apenas com o *caput*, na idêntica redação vigente. Os parágrafos 1º a 4º, contudo, foram acrescidos pela Lei Federal nº 10.303/2001, a qual determinou a seguinte redação: “Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. § 1º o acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia. § 2º Se todos os subscritores forem condôminos de bem com que concorreram para a formação do capital social, poderão aprovar o laudo, sem prejuízo da responsabilidade de que trata o § 6º do artigo 8º. § 3º o acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido. § 4º A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido.”

danos causados, segundo expressamente previsto pelo artigo 117 da Lei das Sociedades Anônimas²⁸⁵, sendo esta independente de culpa, segundo assentado pela jurisprudência²⁸⁶.

Em Direito Privado, contudo, teve papel decisivo na objetivação do abuso do direito, o advento do Código de Defesa do Consumidor, e a adoção por este, de uma concepção objetiva de abuso, a prescindir da exigência de dolo ou culpa para determinação da abusividade. Isto porque, em direito do consumidor, a referência a práticas abusivas (art. 39), cláusulas abusivas (art. 51), publicidade abusiva (art. 37, §2º), ou ao abuso do direito, como um dos requisitos da desconsideração da personalidade jurídica (art. 28), são realizados sempre em vista de uma relação de desigualdade entre consumidor e fornecedor, sendo o primeiro, sujeito de uma presunção absoluta de vulnerabilidade pela lei. Neste sentido, o abuso do direito, nesta hipótese, configura-se espécie de abuso de posição jurídica, em razão do que os direitos pelo fornecedor, direitos que decorrem da liberdade negocial genericamente considerada, serão

²⁸⁵ “Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. § 1º São modalidades de exercício abusivo de poder: a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional; b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente; e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembleia-geral; f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas; g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade. h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia. § 2º No caso da alínea e do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador. § 3º O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo.”

²⁸⁶ Assim decidiu o STJ: “RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO SOCIETÁRIO. ART. 117, § 1.º, DA LEI N.º 6.404/76 (LEI DAS SOCIEDADES). MODALIDADES DE ABUSO DE PODER DE ACIONISTA CONTROLADOR. FORMA EXEMPLIFICATIVA. CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DE PODER. PROVA DO DANO. PRECEDENTE. MONTANTE DO DANO CAUSADO PELO ABUSO DE PODER DO ACIONISTA CONTROLADOR. FIXAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. POSSIBILIDADE. - O § 1.º, do art. 117, da Lei das Sociedades Anônimas enumera as modalidades de exercício abusivo de poder pelo acionista controlador de forma apenas exemplificativa. Doutrina. - A Lei das Sociedades Anônimas adotou padrões amplos no que tange aos atos caracterizadores de exercício abusivo de poder pelos acionistas controladores, porquanto esse critério normativo permite ao juiz e às autoridades administrativas, como a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), incluir outros atos lesivos efetivamente praticados pelos controladores. - Para a caracterização do abuso de poder de que trata o art. 117 da Lei das Sociedades por ações, ainda que desnecessária a prova da intenção subjetiva do acionista controlador em prejudicar a companhia ou os minoritários, é indispensável a prova do dano. Precedente. - Se, não obstante, a iniciativa probatória do acionista prejudicado, não for possível fixar, já no processo de conhecimento, o montante do dano causado pelo abuso de poder do acionista controlador, esta fixação deverá ser deixada para a liquidação de sentença. Recurso especial provido. (STJ – REsp 798264/SP; Rel. p/ Ac. Min. Fátima Nancy Andrighi; j. 06/02/2007; p. DJU 16.04.2007 p. 189)

observados em vista da dimensão *relacional* do seu exercício, na medida em que tais direitos sejam indicados a um sujeito titular de proteção jurídica constitucional²⁸⁷.

Da mesma forma, foi no Código de Defesa do Consumidor em que se introduziu no ordenamento jurídico brasileiro, a boa-fé objetiva²⁸⁸, e com isso, tanto a objetivação na avaliação das condutas das partes na relação jurídica regulada (no caso a relação de consumo), assim como a imposição de deveres jurídicos de modo autônomo, como efeito da boa-fé, fez com que copiosa doutrina e jurisprudência identificasse nas condutas previstas no microsistema legislativo do consumidor como abusivas, fossem tidas deste modo, independente de qualquer referência à presença de dolo ou culpa²⁸⁹. Não se desconhece, igualmente, que esta objetivação se dá em vista, sobretudo, do respeito aos objetivos básicos do CDC que, por expressa determinação constitucional, visa à proteção do consumidor. Neste sentido, a concepção objetiva de abusividade no CDC vem atender, justamente, a finalidade da norma, qual seja, a proteção do sujeito identificado como merecedor de proteção pela norma constitucional.

A rigor, ao aproveitar-se da posição jurídica para exercício de direitos ou liberdades que em razão desta são titulares, o acionista controlador, o agente econômico em posição dominante de mercado ou o fornecedor, no âmbito de suas relações, podem exercer estes direitos ou liberdades de modo abusivo. Note-se que, neste caso, o abuso da posição jurídica é antes de tudo o exercício abusivo de direitos e liberdades cujo traço de abusividade situa-se exatamente na existência de uma determinada posição de direito. Em outros termos, é em razão da posição jurídica ocupada pelo titular do direito que sua conduta se qualifica como abusiva. Sendo outra a posição jurídica, um mesmo exercício de direito não seria tomado necessariamente como abusivo. Em todos estes casos, a abusividade resulta de uma posição

²⁸⁷ Neste sentido, remeto a meu estudo anterior: MIRAGEM, Bruno. Direito do consumidor como direito fundamental: conseqüências jurídicas de um conceito. *Revista direito do consumidor*, v. 43. São Paulo: RT, 2002, p. 111-133.

²⁸⁸ Há quem refira a existência de previsão da boa-fé objetiva no Código Comercial, de 1850, no seu artigo 131, com a seguinte redação: “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 (...)”. Consideramos contudo que, em termos de desenvolvimento dogmático do conceito de boa-fé, e sobretudo da interpretação e aplicação da cláusula em questão, que a previsão normativa da boa-fé objetiva, como fonte de deveres jurídicos autônomos, limite do exercício de direitos subjetivos e, sobretudo no caso, como critério de interpretação e integração dos negócios jurídicos, a mesma só vem a assumir estes contornos, em termos legislativos, no CDC, de 1990.

²⁸⁹ Neste sentido, veja-se: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 112. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de direito do consumidor*, v. 14. São Paulo: RT, p. 20-27.

jurídica de poder, que desequilibra a relação jurídica em vista de circunstâncias do mundo dos fatos (em geral, nos exemplos tratados, circunstâncias econômicas), que tornam o exercício de um direito, do modo e nas condições em que é estabelecido, como espécie de exercício abusivo. Pense-se por exemplo, no caso de cláusulas contratuais que são abusivas em razão de sua imposição pelo fornecedor, não tendo este mesmo traço de abusividade se objeto de uma relação entre iguais (e.g. cláusula de eleição de foro), assim como espécies de contratos que caracterizem abuso de posição dominante porque celebrados por um dado agente econômico, e que não guardariam nenhum traço de abusividade se celebrado por qualquer outro agente no mercado. Ensina Pontes de Miranda que o direito subjetivo *contém poder e contém faculdade*²⁹⁰, ou seja, que em sua compreensão se insere toda a potencialidade de atuação humana em direito. Daí porque, ao se falar no abuso do exercício de posições jurídicas trata-se, necessariamente, do abuso do exercício de direitos ou liberdades decorrentes desta posição jurídica, situando-se o fenômeno no âmbito da disciplina do abuso do direito.

O advento da cláusula geral do artigo 187 do Código Civil, ao definir como ato ilícito o exercício de direito que viole o fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes, retirou expressamente do suporte fático da norma a exigência da culpa para caracterização do ilícito, ao mesmo tempo em que previu, no artigo 927, *caput*, o dever de indenizar os danos causados em face do exercício de direito que viole os limites previstos na tipificação prevista na parte geral.

Esta norma, que como adiantamos, tem franca inspiração no direito português, e notadamente na norma do artigo 334, do Código Civil português, de 1966, amplia no direito brasileiro a abrangência da responsabilidade sem culpa, assim como dispõe no ordenamento, dos limites do fim econômico ou social, boa-fé e bons costumes, como espécies de limites do exercício do direito subjetivo, naquilo que assumem uma *eficácia negativa*, de proibição do exercício abusivo. Por outro lado, ao mesmo tempo em estabelecem o limite do exercício dos direitos subjetivos em geral, tratam-se igualmente estes três limites, de conceitos dotados de significados que maior ou menor grau constituem desafio para a doutrina nacional. De um lado, o limite da boa-fé é certamente o que apresenta maior adensamento do seu significado, desenvolvido pela doutrina e jurisprudência com regularidade desde o princípio da década de 1990. Em uma posição intermediária, mas ainda com largo campo de desenvolvimento

²⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*, t. V. 4ª ed. São Paulo: RT, 1974, p. 232 e 236.

doutrinário e jurisprudência, situa-se o fim econômico ou social dos direitos subjetivos, os quais, se de um lado podem ser reduzidos a finalidades amplas e gerais do Direito, como a segurança jurídica ou a paz social, de outra parte podem ser reconduzidos a cada direito subjetivo *in concreto*, podendo ser atribuído individualmente a cada direito, um ou mais fins econômicos e tantos mais fins sociais. Por fim, o limite dos bons costumes, que na doutrina estrangeira resta amplamente transformado em relação a seu significado tradicional vinculado à moralidade sexual ou à pudicícia, encontra-se vinculado ora a uma noção de moralidade social, extrínseca ao sujeito ou à relação jurídica, e associada ao sentido ético imperante na comunidade social²⁹¹.

A norma inscrita no artigo 187 do Código Civil, deste modo, antes do que simples desenvolvimento de uma nova fórmula para ilicitude civil, ou a consagração em direito positivo da centenária teoria do abuso do direito em seus contornos contemporâneos, passa a representar verdadeiro paradigma normativo da regularidade do exercício dos direitos, em vista de sua funcionalidade. Da mesma forma visa a preservar os limites estabelecidos pelo ordenamento para efeito de respeito a interesses e direitos que tenham a mesma proteção, assim como a proteção do interesse social, seja contra o interesse egoístico e individual do titular do direito (que nunca perde atualidade), mas principalmente em proteção à confiança social, considerada como bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico, em benefício da comunidade.

²⁹¹ COUTINHO DE ABREU. *Do abuso do direito*, p. 64.

BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR DIAS, José de. *Influências revisionistas nos princípios de responsabilidade civil*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, setembro/1944, p. 27-29.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A boa fé na relação de consumo. *Revista de direito do consumidor*, nº 14. São Paulo:RT, abril-junho/1996, p. 20-27.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Os contratos nos Códigos Civis francês e brasileiro. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, nº 28. Brasília, março/2005, p. 5-14.
- ALBA, Isabel Espín. La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- ALEXY. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALMADA, Ney de Mello. Ilícito. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, t. 42. São Paulo: Saraiva, 1977.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- ALTERINI, Atílio Aníbal; LÓPEZ CABANA, Roberto M. Responsabilidad civil. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1995.
- AMARAL, Francisco. Autonomia privada. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, v. 3, n. 9. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, setembro-dezembro/1999, p. 25-30.
- AMARAL, Francisco. Os atos ilícitos. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O novo Código Civil. Estudos em homenagem a Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003.
- AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor. *Revista AJURIS*, nº 58. Porto Alegre, p. 69-84.
- AMERICANO, Jorge. Do abuso do direito no exercício da demanda. 2ª ed muito melhorada. São Paulo: Saraiva, 1932.
- ANCEL, Pascal/ AUBERT, Georges. Introduction em forme de dialogue franco-suisse. In: ANCEL, Pascal; AUBERT, Gabriel; CHAPPUIS, Christine. *L'abus de droit. Comparaisons franco-suissees*. Saint-Étienne: Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2001.
- ANCEL, Pascal; AUBERT, Gabriel; CHAPPUIS, Christine. *L'abus de droit. Comparaisons franco-suissees*. Saint-Étienne: Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2001.

ANCEL, Pascal; DIDRY, Claude. L'abus de droit: une notion sans histoire. L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au début du XX siècle. In: ANCEL, Pascal; AUBERT, Gabriel; CHAPPUIS, Christine. *L'abus de droit. Comparaisons franco-suissees*. Saint-Étienne: Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2001, p. 51-66.

ANDORNO, Luis O. Abuso del derecho. *Revista de direito civil*, nº 19. São Paulo: Editora RT; jan.-mar./1982.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil. Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. Série Grandes Temas de Direito Privado, v. 4. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 33-54.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil Comentado: negócio jurídico, atos jurídicos lícitos, atos ilícitos.*, v. 2. São Paulo: Atlas, 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de Azevedo. Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. *Revista Forense*, v. 351, Rio de Janeiro: Forense, jul.-ago/2000, p. 275-283.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 90, São Paulo, p. 13, 1995.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui com o inadimplemento contratual. *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2004, p. 137-147.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso. *O Código Civil e sua interdisciplinariedade. Os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 370-377.

BALAGUER CALLEJÓN, Maria Luisa *Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid: Tecnos, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coord.) *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Abuso do direito. Revista trimestral de direito civil, v. 13. Rio de Janeiro: Padma, janeiro-março/2003, p. 97-110.
- BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil. Parte geral*, v. 1. 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teórico-filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*, t. II. Rio de Janeiro, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. São Paulo: Jorge Zahar Editores, 1998.
- BÉCHILLON, Marielle de. *La notion de principe general en droit privé*. Aix-en Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1998.
- BECK, Ulrich. *Sociedad de riesgo global*. Trad. Jesús Albores Rey. Madrid: Siglo XXI de España, 2002.
- BELMONTE, Cláudio. *Proteção contratual do consumidor. Conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal*. São Paulo: RT, 2002.
- BENJAMIN, Antônio Herman. *Função ambiental*. In: BENJAMIN, Antônio Herman (org.) *Dano ambiental. Prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- BÉNOIT, Francis-Paul, *Le droit administratif français*, Paris: Dalloz, 1968.
- BERTHIAU, Dennis. *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*. Paris: L.G.D.J., 1999.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, t. I. Rio de Janeiro, 1917.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. Campinas: Red Livros, 1999.
- BIANCA, Massimo; PATTI, Guido; PATTI, Salvatore. *Lessico di Diritto Civile*. 2ª ed. Milão, 1995.
- BILBAO UBILLOS, Juan María *La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BIONDI, Biondo. *Il Diritto Romano Cristiano*, t. II. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 11ª ed. São Paulo: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Edizioni di comunità, 1977.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4ª ed. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Editora UnB, 1997.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, v. 854. São Paulo: RT, dezembro/2006, p. 11-37.

BRUNA, Sérgio Varela. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: RT, 2001.

BULHÕES CARVALHO, Francisco Pereira de. *Sistema de nulidades dos atos jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do novo Código Civil brasileiro. *Revista trimestral de direito civil*, v. 22. Rio de Janeiro:Padma, abril-junho/2005, p. 115-135.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro. Uma leitura orientada do discurso jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.

CALÒ, Emmanuele. *Il ritorno della volontà*. Milano: Giuffrè Editore, 1999.

CAMPA, Ricardo. *La practica del dictamen. Del ius a la humanitas*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1990.

CANARIS, Claus Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 223-244;

CANARIS, Claus Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2003.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J.J. Dogmática de direitos fundamentais e Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 339-357.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAORSI, Juan J. Benitez. Reflexiones em torno de la noción de ilicitud. Responsabilidad civil y seguros, t. 2005. Buenos Aires: La Ley, 2005, p. 217-222.

CARNEIRO DE FRADA, Manuel Antônio de Castro Portugal. Contrato e deveres de proteção. Coimbra, 1994, p. 13-14.

CARNEIRO DE FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

CARPENA, Heloísa. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CARPENA, Heloísa. Abuso do direito no Código de 2002. Relativização dos direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *A parte geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CASTELLO BRANCO, Elcir. Abuso do direito. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1977.

CASTRO FILHO, José Olímpio. *Abuso do direito no processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

CASTRO FILHO, José Olympio de. *Abuso do direito no processo civil*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1955.

CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em Direito Privado nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985.

CAVALIERI FILHO, Sérgio; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao novo Código Civil. Da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CERAMI, Pietro. "La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio". In: *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico comparatistica*. Org. Letizia Vacca. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995.

CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito civil* v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1999.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: RT, 1989, p. 63.

COLEMAN, Janet. Guillaume d'Occam et la notion de sujet. *Archives de philosophie du droit*, Paris, v.34, , 1989.

COMPARATTO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995.

CONNOR, Steven. *Cultura pós-moderna. Introdução às teorias do contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Do abuso do direito. Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 1983.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Porto Alegre: UFRGS, 1964.

COUTO E SILVA, Clóvis. O princípio da boa fé no direito brasileiro e português. *Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil*, 2, 1980, Porto Alegre. *Estudos de direito civil brasileiro e português*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1980.

COUTO E SILVA, Clóvis. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil. *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Estudos em homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz*. Coimbra, 1983.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997.

DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Trad. Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

DABIN, Jean. *Le Droit Subjectif*. Paris:Librerie Dalloz, 1952.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. Cláusulas abusivas: a opção brasileira. *Revista da AJURIS*, nº 60. Porto Alegre: AJURIS, março/1994, p. 129-142.

DAWSON, John. The general clauses viewed from a distance. *Rebels Zeitschrift*, 3.º cad., Tübingen, p. 448, 1977.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*, 5ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil. Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. Série Grandes Temas de Direito Privado, v. 4. São Paulo: Editora Método, 2005.

DIAS, José de Figueiredo. *Liberdade, Culpa e Direito Penal*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

DÍEZ-PICAZO, Luís. Prólogo. In: WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Madrid: Civitas, 1986.

DÍEZ-PICAZO, Luiz; GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil*, v. I. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 1. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DOBSON, Juan M. *El abuso de la personalidad jurídica em el derecho privado*. 2ª ed. Buenos Aires: DePalma, 1991.

DUIGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*, t. I. 3ª ed. Paris, 1927.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. Baptista Machado. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

ENNECCERUS, L.; KIPP, T; WOLF, M. *Derecho Civil, Parte General.*, t. I. Revisado por H.C. Nipperdey e trad. B. Pérez González e J. Alguer. Barcelona: Bosch, 1947.

ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. *Derecho civil (parte general)*, 1ª ed., 2ª tir., Barcelona, 1944.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, v. 1. Salvador: Joaquim Ribeiro, 1918.

ESPÍNOLA, Eduardo. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de Direito Civil Brasileiro*. v. XI – Dos Direitos Subjetivos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

ESSER, Josef. *Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FABRE-MAGNAN, Muriel. *Les obligations*. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.

FACCHINI NETO, Eugênio. A responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 151-198.

FERNANDES NETO, Guilherme. *Abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor. Cláusulas, práticas e publicidades abusivas*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

FERNANDES NETO, Guilherme. *Direito da comunicação social*. São Paulo: RT, 2004, p. 212 et seq.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1994, p. 160-161.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo (Org.) *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 127-150.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. Cláusulas abusivas: natureza do vício e sua decretação de ofício. *Revista de direito do consumidor*, nº 23-24. São Paulo: RT, julho-dezembro/1997, p. 122-138.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Revisão dos contratos. Do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, v. 1. Coimbra: Almedina, 1992.

FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do direito nas relações obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FLORENCE, Aspectos pontuais da cláusula penal. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações. Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Cláusulas abusivas nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FONTES, André Ricardo Cruz. Limitações constitucionais ao direito de propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 435-456.

FRADERA, Véra Maria Jacob de Fradera. O dever de informar. *Revista dos Tribunais*, v. 656. São Paulo: RT, junho/1990, p. 51-71.

FRADERA, Vera Maria Jacob. A ineficácia das cláusulas abusivas no sistema brasileiro do Código de Defesa do Consumidor. Uma abordagem clássica. *Revista de direito do consumidor*, nº 43. São Paulo: RT, julho-setembro/2002, p. 316-324.

FUCHS, Maximilian. *El sistema de derecho de los actos abusivos en el derecho alemán. Responsabilidad civil y seguros*, t. 2005. Buenos Aires: La Ley, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. Parte geral*, v. I. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GALGANO, Francesco. Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca. In: *Contrato e impresa*, v. 14, t. 1. Padova: CEDAM, 1998.

GALLEGO, Elio. *Tradición jurídica y derecho subjetivo*. Ed. Dykinson, 1999.

GARCEZ, Martinho. *Nullidades dos actos jurídicos*, v. 1º. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Lireiro-Editor, 1910.

GARCIA TORRES, Jesús; JIMÉNEZ BLANCO, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Dirittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1986.

GÉNY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. Paris: LGDJ, 1954.

GHERSI, Carlos Alberto. *Reparación de daños*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1992.

GHESTIN, Jacques. FONTAINE, Marcel. *Les effets du contrat à l'égard des tiers*. Paris: LGDJ, 1992.

GHESTIN, Jacques; GOUBEAUX, Gilles. *Traité de droit civil. Introduction générale*. Paris: LGDJ, 1990.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas generales del derecho*. Buenos Aires: De Palma, 1944.

GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 1967.

GORPHE, F. Bonnes mouers. In: VERGÉ, Emmanuel; RIPERT, Georges. *Répertoire de droit civil*. Paris: Dalloz, 1951, p. 490-493.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8ª ed revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2003.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GROTIUS, Hugo. *Derecho de la guerra y de la paz*. Trad. Primitivo Mariño Gomez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

GUALAZZINI, Ugo. Abuso del diritto. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1964.

HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Biblioteca Tempo Universitário, nº 60. 3ª ed. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HECK, Luis Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 16, 1999, p. 111-125.

- HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Traducción Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995.
- HOBBSAWN, Eric. *A era dos extremos. O breve século vinte (1914-1991)*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 3ª ed. Milão: Giuffrè, 1989.
- JAKOBS, Günter. *A imputação objetiva no direito penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.
- JAYME, Erik. *Integración culturelle et integración. Le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye*, t. 251, II, 1995.
- JHERING, Rudolf von. *El espíritu del derecho romano en as diversas fases de su desarrollo*. Trad. Enrique Principe y Satorres. Granada: Comares, 1998.
- JOSSERAND, Louis. *De l'abus des droits*. Paris: Arthur Rousseau Éditeur, 1905.
- JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite l'abus des droits*. Paris: [s.n.], 1927.
- JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*. Paris: Dalloz, 2006.
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Trad. Edison Bini. São Paulo: Edipro, 2003.
- KARIMI, Abbas. *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*. Paris: L.G.D.J., 2001.
- KARIMI, Abbas. *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*. Paris: L.G.D.J., 2001.
- KASER, Max. *Direito romano privado*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KOHLER, Josef. *The philosophy of law*. Trad. Adalbert Albrecht. New York: Augustus M. Kelley Publishers, 1969.
- KOSCHAKER, Paul. *Europa y derecho romano*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.
- KÜMPEL, Victor Frederico. *A teoria da aparência no Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.
- KUPISCH, Berthold. "La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale." In: *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico comparatistica*. Org. Letizia Vacca. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995.
- LAPALMA, Juan Carlos. *Moral y buenas costumbres: um limite poco delimitado?* In: BARBERO, Omar et alli. *Abuso del derecho*. Buenos Aires: Universitas, 2006, p. 53-58.

- LARENZ, Karl. *Base del negocio y cumplimiento del contrato*. Trad. Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.
- LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.
- LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LASSERRE-KIESOW, Valérie. *La technique législative. Étude sur les Codes Civils Français et Allemand*. Paris: LGDJ, 2002.
- LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Abuso do direito*. São Paulo: Atlas, 2007.
- LEVADA, Cláudio Antônio Soares. Responsabilidade civil por abuso de direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 661, p. 37-43, nov. 1990.
- LEVI, Giulio. *L'abuso del diritto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993.
- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2ª ed. revista e atualizada por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: RT, 1999.
- LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o governo civil. In: LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei. Direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. *Revista de informação legislativa*, nº 160. Brasília: Senado Federal, outubro-dezembro/2003.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. *Revista de direito público e economia*, n. 8. Belo Horizonte: Editora Fórum, out.-dez./2004, p. 137-170.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. Abuso del derecho, contratos de duración y distribución de bienes. *Revista de derecho privado y comunitario. Abuso del derecho*, v. 16. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1998, p. 85-125.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. Nuevas fronteras del abuso de derecho (situaciones jurídicas lesivas de libertades, tutela del mercado y amparo. *Revista dos Tribunais*, v. 723. São Paulo: RT, 1996.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoría de la decisión judicial Fundamentos de derecho*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2006.

- LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do Direito Privado*. Trad. Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.
- LORENZETTI, Ricardo. Redes contractuales: Conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, nº 16. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contratos*, t. I. 2ª ed. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2004.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LUNA, Everardo Cunha. Bons costumes. Direito penal. *Enciclopédia Saraiva de direito*. São Paulo: Saraiva, 1978, v.12, p. 131-146.
- LUNA, Everardo Cunha. *Abuso de Direito*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- MACARIO, Francesco. Riesgo contractual y relaciones a largo plazo: de la presuposición a la obligación de renegociar. *Responsabilidad civil y seguros*, t. 2005. Buenos Aires: La Ley, 2005.
- MACEDO, Sílvio de. Bons costumes. *Enciclopédia Saraiva de direito*, v. 12 São Paulo: Saraiva, 1978.
- MACINTYRE, Alasdair. *Tres versiones rivales de la etica*. Madrid: Rial Ediciones, 1992.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória. Individual e coletiva*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória. individual e coletiva*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2006.
- MARQUES, Cláudia Lima. “A crise científica do direito na pós-modernidade”. *Arquivos do Ministério da Justiça*, nº 50. Brasília: Ministério da Justiça, jan-jun/1998.
- MARQUES, Claudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? *Revista de direito do consumidor*, n. 43, São Paulo, RT, p. 215-257, jul.-set. 2002.
- MARQUES, Claudia Lima. Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. *Revista dos Tribunais*, v. 741, São Paulo, RT, p. 11-37.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: RT, 2004.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002.

- MARQUES, Cláudia Lima. Os contratos de crédito na legislação brasileira de proteção do consumidor. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, n. 18, p. 53-76, 1996.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Prefácio* da obra de Cristiano Heineck Schmitt. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2006.
- MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes. O modelo brasileiro de coexistência entre o diálogo das fontes e o Código Civil de 2002. *Revista de direito do consumidor*, nº 51. São Paulo: RT, julho-setembro de 2004.
- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman. MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006.
- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2007.
- MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3ª edição histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MARTINS, Plínio Lacerda. *O abuso nas relações de consumo e princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no Direito Privado*. São Paulo: RT, 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. *Revista da AJURIS*, nº 97. Porto Alegre: AJURIS, março/2005, p. 143-169.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: DELGADO, Mario Luiz.; ALVES, Jônes Figueiredo. *Questões controvertidas. Parte geral do Código civil*. São Paulo: Método, 2007, p. 505-544.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações*, v. V, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.) *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2002, p. 611-661.
- MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do novo Código Civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 15, Porto Alegre, 1998, p. 129-154.
- MATHIEU, Bertrand. Les rôles du juge et du législateur dans la détermination de l'intérêt général. *Archives de philosophie du droit. La création du droit par le juge*, t. 50. Paris: Dalloz, 2007.
- MAZEAUD, Denis. *La notion de la clause penale*. Paris: LGDJ, 1992.

- MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculacion negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGrawHill, 1996.
- MELLO FRANCO, Afonso Arinos. *O índio brasileiro e a revolução francesa. As origens brasileiras da teoria da bondade natural*. 3ª ed. São Paulo: Topbooks, 1999.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas - análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã. In: : MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 211-232.
- HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 16. Porto Alegre: Sulina, 1999, 111-125.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Tratado de direito civil português*, v. I, t. IV. Coimbra: Almedina, 2007.
- MESSINEO, Francesco. *Derecho civil y comercial*. Trad. Santis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1971.
- MILMAN, Fábio. *Improbidade processual. Comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 864. São Paulo: RT, dezembro/2005, p. 11-44.
- MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Cláudia Lima. ARAÚJO, Nádia de. *O novo direito internacional. Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 307-354.
- MIRAGEM, Bruno. Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o direito e a economia na experiência brasileira. In: TIMM, Luciano Benetti (org.) *Direito e economia*. 1. ed. São Paulo: IOB Thomsom, 2005, p. 141-163.
- MIRAGEM, Bruno. Direito do consumidor como direito fundamental: conseqüências jurídicas de um conceito. *Revista direito do consumidor*, v. 43. São Paulo: RT, 2002, p. 111-133.
- MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. *Revista de direito do consumidor*, nº 56. São Paulo: RT, outubro-dezembro/2005, p. 22-45.

MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.) *A nova crise do contrato. Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: RT, 2007, p. 176-225

MIRAGEM, Bruno. O artigo 1228 do Código Civil e os deveres do proprietário em matéria de preservação do meio ambiente. *Revista de Informação Legislativa*, nº 168. Brasília: Senado Federal, outubro-dezembro/2005, p. 101-120.

MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra. O novo Código Civil e a Lei de Imprensa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade pré-contratual da Administração e proteção da confiança no direito brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, nº 58. Porto Alegre: PGE, dezembro/2003, p. 131-152.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1998, v.4, p. 7-8.

MORACCHINI-ZEIDENBERG, Stéphanie. *L'abus dans les relations de droit privé*. Aix-Marseille: Presses Universitaires d' Aix de Marseille, 2004.

MORAES, Maria Amália Dias de. Do abuso de direito: alguns aspectos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 15, n.42, 1985, p. 11-26.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, v. 854. São Paulo: RT, dezembro/2006, p. 11-37.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORIN, Gaston. *La révolte du droit contre le Code. La révision nécessaire des concepts juridiques (Contrat, responsabilité, propriété)*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1945.

MOSSET ITURRASPE, Jorge (Dir.) *Responsabilidade civil*. Buenos Aires: Hammurabi, 1997.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. El “abuso” em el pensamiento de tres juristas transcendentales: Risolía, Spota y Llambías. Uma situación concreta: el abuso y el derecho ambiental. *Revista de derecho privado y comunitario. Abuso del derecho*, nº 16. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1998, p. 139-177.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. La antijuridicidad. In: MOSSET ITURRASPE, Jorge (Dir.) *Responsabilidade civil*. Buenos Aires: Hammurabi, 1997, p. 59-61.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. *Revista trimestral de direito civil*, v. 23. Rio de Janeiro: Padma, julho-setembro/2005.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa fé*. Rio de Janeiro, 1998.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: RT, 2002.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, v. 1. Fundamentos do Direito das Obrigações e da Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEIXOTO, Ester Lopes. O princípio da boa-fé no direito civil brasileiro. *Revista de direito do consumidor*, nº 45, janeiro-março/2003, p. 140-171.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2ª ed. Roma: Edizione Scientifiche Italiane, 1991.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1990.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, v. 2. 2ª ed. Paris, 1902.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Tratado práctico de derecho civil frances*, t. 6, p. I. Trad. Mario Diaz da Cruz. Havana: Cultural, 1946.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código de Processo Civil de 1939*, v. 1. Rio de Janeiro, 1947.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, t. I. 4ª ed. São Paulo: Editora RT, 1977.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, t. II. São Paulo: RT, 1977.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, t. IV. Rio de Janeiro: Borsóí, 1970.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, t. V. 4ª ed. São Paulo: RT, 1974.

- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, t. XI. 4^a ed. São Paulo: Editora RT, 1977.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. XXVI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.
- POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2001.
- POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Trad. Guillermo Cabanellas de Torres, Buenos Aires: Heliasta, 2007.
- PRADO, Luis Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado. Uma aproximação crítica e seus fundamentos*. São Paulo: RT, 2006.
- PRATA, Ana. *Tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- PRELOT, M. *Histoire des Idées politiques*, 4^a ed., Paris, 1970.
- PUFENDORF, Samuel. *Os deveres do homem e do cidadão. De acordo com as leis do direito natural*. Trad. Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.
- PUGLIATTI, Salvatore. Delitti (premesse). *Enciclopedia del diritto*, t. XII. Milano: Giuffrè, 1964.
- PUIGELER, Catherine. Temps et création jurisprudentielle. *Archives de philosophie du droit. La création du droit par le juge*, t. 50. Paris: Dalloz, 2007, 89-147.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, v. II. 4^a ed. São Paulo: Editora RT, 1997.
- REALE, Miguel. *O direito como experiência*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- RENNER, Karl. *The institutions of private law and their social functions*. Trad. Agnes Schwarzschild. London: Routledge & Kegan Paul, 1976.
- REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). *Revista dos Tribunais*, v. 410, 1969.
- RESCIGNO, Pietro. *L'abuso del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1998.
- RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RIOS, Roger Raupp. Função social da propriedade. *Revista Lex. Jurisprudência do STJ e dos Tribunais Regionais Federais*, ano 6, n° 55. São Paulo: Lex Editora, março/1994, p. 17-27.
- RIPERT, Georges. *A regra moral das obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2000.
- RIPERT, Georges. *O regimen democrático e o direito civil moderno*. Trad. J. Cortezão. São Paulo: Saraiva, 1937.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ROBLES, Gregório. *Los derechos fundamentales y la ética em la sociedad actual*. Madrid: Civitas, 1997.

- ROTONDI, Mário. *L'abuso di diritto. Aemulatio*. Padova: CEDAM, 1979.
- ROUBIER, Paul. *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial. As condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SANTIAGO DANTAS, Francisco Clementino. *Programa de direito civil. Teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Diritto sogettivi. in: Enciclopedia del Diritto*. Milano: Ed. Giuffré, 1964.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A constituição concretizada. Construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 107-163.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista de direito do consumidor*, nº 30. São Paulo: RT, abril-junho/1999.
- SAVATIER, René. *Cours de droit civil*, t. 2. Paris: LGDJ, 1949.
- SAVIGNY, Friederich Carl. *Sistema del Derecho romano actual*. Trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, t. I. 2ª ed. Madrid: Góngora [s.d.].
- SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2006.
- SCHNEEWIND, J. B. *A invenção da autonomia. Uma história da filosofia moral moderna*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2001.
- SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório. Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- SCHWABE, Jürgen (Comp.). *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Traducción: Marcela Anzola Gil. Medellín: Gustavo Ibañez/Konrad Adenauer Stiftung, 2003.
- SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Milão: Giuffrè, 1966.
- SERRA, Teresa. *Problemática do erro sobre a ilicitude*. Almedina: Coimbra, 1991, em especial p. 58 et seq.
- SESSAREGO, Carlos Fernández. *Abuso del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1992.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SOUPHANOR, Nathalie. *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*. Paris: LGDJ, 2000.

SOUZA DINIZ. *Código Civil alemão*. Rio de Janeiro: Record, 1960.

SOZZO, Gonzalo. *Antes del contrato. Los cambios en la regulación jurídica del período precontractual*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.

STOFFEL-MUNCK, Philippe. *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*. Paris: L.G.D.J., 2000.

TEPEDINO, Gustavo (Org.) *A parte geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e direito civil. tendências. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 15, p. 95-113, ago./dez. 1999.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. *Temas de direito civil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos atuais da propriedade privada. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. *Temas de direito civil*, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coord.) *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 93-129.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil: parte geral*, v. 3, t. 2. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

THON, August. *Norma giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto*. 2ª ed. Padova: CEDAM, 1951.

- TIERNEY, Brian. *The idea of natural rights. Studies on natural rights, natural law and church law 1150-1625*. Cambridge: William B. Eerdmans Publishing Co, 2001.
- TIMM, Luciano. Função social do contrato: a hipercomplexidade do sistema contratual em uma economia de mercado. In: TIMM, Luciano (org.) *Direito e economia*. São Paulo: IOB Tomsom, 2005, p. 107-140.
- TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) *A parte geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TROPLONG, M. *La influencia del cristianismo en el derecho civil romano*. Buenos Aires: Ed. Desclée, De Brouwer, 1947.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Historia de la filosofía del derecho y del estado - 2. Del Renacimiento a Kant*. 3ª ed. Madrid: Alianza Editorial, 1988.
- VALLADÃO, Haroldo. *Estudios de derecho civil: en honor del Prof. Castan Tobeñas*. Pamplona: Universidad. de Navarra, 1969.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Parte geral*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- VERRUCOLI, Piero. *Il superamento de la personalità giuridica della società di capitali nella "Common Law" e nella "Civil Law"*. Milano: Giuffrè, 1964.
- VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2000, p. 17-51.
- VIEWHEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília, 1979.
- VIGO, Rodolfo. Consideraciones iusfilosóficas sobre el abuso del derecho. *Revista de derecho privado y comunitário. Abuso del derecho*, nº 16. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1998, p. 287-318.
- VILLEY, Michel. *Direito romano*. Lisboa: Res Editora [s.d.].
- VILLEY, Michel. *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, Paris: Dalloz, 1962.
- VILLEY, Michel. Origins du droit subjectif. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1962.
- WARAT, Luis Alberto. *Abuso del derecho y lagunas de la ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969.
- WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Madrid: Civitas, 1986.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. 2ª ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbekian, 1980.

WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle Pandette*, v. I, t. I.. Trad. Carlo Fadda e Paolo Bensa. Torino, Editrice Torinese, 1902.

XAVIER, José Tadeu Neves. A teoria da desconsideração da pessoa jurídica no Código Civil de 2002. *Revista de Direito Privado*, nº 10. São Paulo: RT, abril-junho/2002.

ZANNONI, Eduardo A. El abuso del derecho y las relaciones conyugales. *Revista de derecho privado y comunitario. Abuso del derecho*, v. 16. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1998, p. 127-137.

ZANNONI, Eduardo. *El daño em la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1987.

ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil e alemão*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.