

Os avatares do Abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé¹.

Judith Martins-Costa. Livre Docente
pela Universidade de São Paulo. Professora de
Direito Civil na Universidade Federal do Rio
Grande do Sul.

“A ordem jurídica protege os interesses dos membros da comunidade, enquanto entre si se harmonizam e coexistem; isto é, protege-os enquanto são dignos de proteção e necessitados dela”.

(Pontes de Miranda)

I) Uma tradição de fragmentações. A) A construção do conteúdo. B) O encadeamento entre ilicitude civil, culpa e responsabilidade e as entorses na qualificação do exercício inadmissível. II) Uma perspectiva de sistematização. A) As transversalidades culturais do art. 187 do Código Civil. B) Para uma visão prospectiva do art. 187: a sistematização possibilitada pelo Princípio da Boa-Fé Objetiva.

Em meados da década de 20 do século passado, o empresário, político e homem público alemão Walther Rathenau, metaforizou o fenômeno da concomitante *substituição do conteúdo* das organizações humanas conquanto a manutenção da palavra ou termo que as designa na expressão “concha do marisco abandonada”². Numa concha de marisco que se encontra jogada na areia da praia, o primitivo habitante que lhe

¹Trabalho apresentado ao Congresso *Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro* (Rio de Janeiro, 21-23 de setembro de 2006). Registro meu agradecimento ao convite formulado pelo Professor Gustavo Tepedino. Também sou especialmente grata ao auxílio que me foi prestado pelo Professor Doutor Antonio Pinto Monteiro que, para além de solver dúvidas acerca do Direito português na matéria, ofereceu-me a obra notável de João Baptista Machado citada ao longo do texto.

² *In verbis*: “Denominei em outros escritos como substituição de conteúdo (*Substitution des Grundes*) o fenômeno pelo qual todas as organizações humanas com o passar do tempo podem ser atingidas: a organização contém o seu nome e características peculiares de sua realidade original, inobstante suas condições, freqüentemente seus objetivos e sua constituição interna tenham se modificado, semelhante ao que acontece a uma concha de marisco abandonada, na qual gerações de outros seres encontram a sua morada. Também foi atingida por tal fenômeno a sociedade comercial (*Wirtschaftsgesellschaft*): ela é em sua atual constituição algo totalmente diferente daquilo que seus progenitores e legisladores ocidentais, franceses belgas e ingleses, quiseram e criaram”. (RATHENAU, Walther. Do Sistema Acionário- uma análise negocial. Tradução e introdução de LAUTENSCHLEGER JR, Nilson. In *Revista de Direito Mercantil*, 128, ano XLI, out-dez. 2002, p. 202).

recheava o conteúdo de há muito pode ter desaparecido e gerações de outros habitantes podem ali ter encontrado a sua morada. O mesmo ocorre com as instituições jurídicas e as palavras que as designam. Assim, a metáfora empregada por Rathenau pode ser retomada para refletirmos sobre os avatares do abuso do direito. Designação tão impressionante quanto questionável, celeberrimamente taxada de “logomaquia” por Planiol³, a expressão “abuso do direito” recobre, na verdade, os variados casos de *exercício jurídico inadmissível*, indicando no hoje vigente Direito brasileiro, forma de ilicitude civil, ilicitude objetiva a que se segue habitualmente – embora não forçosamente – eficácia indenizatória.

Porém, não nos prendamos ao significante e averiguemos os significados, tecidos na História e no Direito Comparado e que hoje se apresentam no art. 187 do Código Civil brasileiro como o curioso resultado de transferências culturais complexas.

Para tanto, teremos presente, primeiramente, *uma tradição de fragmentações* (Parte I).

Examinando o conturbado canteiro de obras aonde o abuso vem sendo construído como instituto jurídico há mais de um século, verificaremos que, ao contrário do ocorrido em outros países, entre nós a figura apareceu primeiramente por iniciativa legislativa e por uma tão parca quanto corajosa doutrina que ousou romper a “escassez alarmante” e a “vocaçãõ exclusivista” dos “jurisconsultos pátrios” denunciada nos anos 30 do século XX por Pedro Baptista Martins, pois a jurisprudência se viu enredada, por décadas, entre negações, idas e vindas, tímidos avanços e uma bem marcada vocaçãõ para o atraso. Mesmo assim, não descuremos do exame dos arestos do Supremo Tribunal Federal, pois sendo ali revelada a base formadora de uma pré-compreensão individualista e subjetiva, melhor compreenderemos a raiz de algumas presentes dificuldades na compreensão do instituto.

³A famosa passagem vinha assim redigida: « Cette nouvelle doctrine repose tout entière sur una language insuffisamment étudié ; sa formule « usage abusif des droits » est une logomachie, car si j’use de mon droit, mon acte est licite ; et quand il est illicite, c’est que jé dépasse mon droit e que j’agis sans droit ... le droit cesse où l’abus commence”. (PLANIOL, M. *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 10e éd., L.G.D.J, t. II, n. 871).

Voltemos nossa atenção, posteriormente, para uma *perspectiva de sistematização* (Parte II).

Tendo em conta a idéia de as variadas formas do exercício jurídico consistirem, necessariamente, a expressão da *integração de liberdades coexistentes* examinaremos o art. 187 do Código Civil mencionando os critérios que o enunciado normativo contém para a qualificação da inadmissibilidade no exercício dos direitos e liberdades. Atentaremos de modo especial ao *critério da boa-fé objetiva*, sedimentado nas duas últimas décadas em sede doutrinária e jurisprudencial. Então perceberemos que as suas virtualidades para a sistematização dos casos de violação do exercício jurídico segundo uma perspectiva finalista e axiologicamente orientada podem eludir a nossa tradição de fragmentações.

I) Uma tradição de fragmentações.

Em tema de abuso, o Direito brasileiro se move sobre uma tradição de fragmentações, não de sistema. As peças do mosaico vêm da construção legislativa, doutrinária e jurisprudencial até o final do séc. XX (A). Mais recentemente, porém, já se fazem sentir os efeitos de novas concepções permitindo discernir entre ilicitude civil e dano, assim viabilizando a reconstrução conceitual da ilicitude por forma a nela abranger, sem entorses, a figura do exercício inadmissível (B).

A) A construção no séc. XX

O Código Civil de 1916 não cuidou, estruturalmente, de sistematizar o regramento do *exercício jurídico*, isto é, a atuação humana relevante para o Direito, abrangendo os atos jurídicos, lícitos e ilícitos, incluindo, pois, todas as práticas negociais⁴, muito embora o tenha feito – casuisticamente – por meio de regras esparsas. No Direito anterior ao Código de Bevilacqua, assegura Pedro Baptista Martins – um dos pioneiros monografistas brasileiros do tema – “não se encontram, além da lide

⁴MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil. Português*. I. Parte Geral. Tomo IV. Coimbra, Almedina, 2005, p. 9.

temerária, outros vestígios do abuso do direito”⁵. O próprio tema da lide temerária era escassamente versado, atestando Jorge Americano em saborosa passagem de sua tese defendida em 1923 que, embora as “sérias divergências entre os escriptores principalmente italianos e franceses”, aqui “os nossos são relativamente restrictos na exposição dessas controvérsias e, si bem estudem a matéria, não parecem haverem-n’ a esgotado”⁶.

Foi, portanto com certa esperança que os poucos estudiosos do tema acolheram a regra do art. 160, n. 1, do Código Civil, onde se aninhara, a *contrario senso*, “tímida e obscuramente”⁷, a fórmula que poderia ensejar a repressão ao abuso em caráter geral: “Não constituem atos ilícitos: I – Os praticados em legítima defesa, ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

Do ponto de vista *estrutural* a regra fora abrigada entre as disposições da Parte Geral do Código Civil referente aos Atos Ilícitos, se apresentando de maneira reflexiva ao art. 159, esse, por sua vez, cláusula geral de responsabilidade civil aquiliana que mesclava num mesmo enunciado, a ilicitude, a culpa e o dever de indenizar. A fórmula, centrada na noção de *regularidade do exercício* foi adotada por Clóvis Bevilacqua, autor do Projeto resultante no Código de 1916, professor de Direito Comparado e com fortes pendores à Sociologia, como regra de condenação ao abuso do direito na esteira da doutrina de Saleilles, expressamente invocada em seu *Código Civil Anotado*⁸. O art. 160, inciso I, expressava, segundo Bevilacqua, a “socialização do direito”, constituindo “a linha média” traçada entre duas solicitações de interesses por vezes colidentes, quais sejam, os interesses dos indivíduos e os da sociedade⁹.

⁵ MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*. (1ª ed: 1935). 3ª ed. histórica, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 92.

⁶ AMERICANO, Jorge. *O Abuso do Direito no Exercício da Demanda*. São Paulo, Casa Vanorem, 1923, introdução.

⁷ MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*. (1ª ed: 1935). 3ª ed. histórica, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p.92.

⁸ BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua*. Ed. Rio, 2ª tiragem, ed. histórica, Rio de Janeiro, 1976, p. 433, em que, após examinar as soluções dos vários Códigos civis estrangeiros, anota: “O brasileiro, art. 160, I, refere-se ao exercício irregular do direito. É a doutrina de Saleilles. O exercício anormal do direito é abusivo. A consciência pública reprova o exercício do direito do indivíduo quando contrário ao destino econômico e social do direito, em geral”.

⁹ BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua*. Ed. Rio, 2ª tiragem, ed. histórica, Rio de Janeiro, 1976, p. 432.

Porém, não bastou a expressa indicação do próprio codificador, nem mesmo, na década de 1930, a entusiástica defesa procedida por Pedro Baptista Martins acerca da base “puramente objetiva”¹⁰ da regra condenatória do abuso do direito, assim como não bastaram leis posteriores, editadas na década de 1930 com o escopo de amenizar “*a insolidariedade [...] completa*”¹¹, o “*individualismo troglodítico*”¹² que infelizmente marcam a nossa cultura¹³. Ainda que ingressando por meio de uma “fórmula misteriosa”, como qualificou Pontes de Miranda, o art. 160, I, teve pobre e desviada fortuna, sendo raros os acórdãos que o versavam, no mais das vezes para negar a vigência do instituto¹⁴.

Foi só muito após a enxurrada de leis especiais derivadas dos novos rumos políticos adotados em seqüência à Revolução de 1930¹⁵ e mesmo após o Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941 ter expurgado a intenção emulativa da regra do abuso¹⁶

¹⁰MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*. (1ª ed: 1935). 3ª ed. histórica, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 95.

¹¹ A forte expressão é do historiador OLIVEIRA VIANNA, F. J. *Populações Meridionais do Brasil*. Primeiro vol. 5ª ed., 1952, p. 231.

¹² OLIVEIRA VIANNA, F. J. *Populações Meridionais do Brasil*. Primeiro vol. 5ª ed., 1952, p. 237

¹³ Aludí a esses *topoi* no texto: Sobre o Princípio da Insolidariedade, in. BARRETO LIMA, Martonio Mont’Alverne (org.). *Estudos em Homenagem a Friedrich Mueller*. Florianópolis, 2006.

¹⁴ Para o exame da jurisprudência até meados do séc. XX, veja-se MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*. (1ª ed. 1935). 3ª ed. histórica, Rio de Janeiro, Forense, 1997, pp.102 e ss registrando “o horror ao reconhecimento da responsabilidade civil em casos de abuso” (p. 111), os poucos casos que o aceitavam consistindo em “descuido da jurisprudência” (p. 103). Referem a doutrina do período PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O Abuso do direito e as Relações Contratuais*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 289 e ss; JORDAO, Eduardo. *Abuso de Direito*. Salvador, Podivum, 2006, pp. 65 e ss.

¹⁵ A chamada “Revolução de 30” tem o significado de evidenciar a chegada das classes médias urbanas ao cenário político, fissurando em certa medida, a hegemonia do setor agrário-exportador. Levou ao poder Getúlio Vargas como candidato da Aliança Liberal, frente de oposições estaduais à hegemonia paulista e mineira, reunindo vários grupos desvinculados da economia cafeeira “cujos horizontes não iam além dos contornos agrários”(a expressão é de FAUSTO, Boris. A Revolução de 1930, in MOTTA, Carlos Guilherme (org.) *Brasil em Perspectiva*. 5ª ed. São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1974, p. 235. Desde então o campo cedeu passo à cidade verificando-se um forte processo de urbanização e uma avalanche de leis e medidas legislativas (decretos-leis, decretos) que afastaram o liberalismo econômico “*a outrance*”, marcando o intervencionismo estatal que chegou a configurar um modelo político de tipo fascista-corporativo. No Governo Vargas foi estimulada a industrialização e editadas leis “descodificantes”, incidindo diretamente sobre o Código Civil, tais como a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), protetiva dos trabalhadores, retirando a matéria da órbita do Código Civil; a Lei de Repressão à Usura (Dec. Lei 22.626/1933) limitando-se a liberdade convencional para a fixação de juros nos contratos; a Lei de Reajustamento Econômico (Dec. Lei n. 24.233/1934) para impor aos mutuantes, nos contratos referentes ao setor cafeeiro, formas especiais de adimplemento; a Lei do Loteamento (Decreto-Lei n. 58/1937) renovando o setor fundiário urbano, com garantias aos compradores de lotes; e foram editadas leis locatícias (ver infra), uma vez que a acelerada urbanização, com a corrida do campo à cidade, tornava premente a regulação da “questão habitacional”.

¹⁶ O Anteprojeto considerava obrigado a reparar o dano quem o causasse por exceder, no exercício do direito, os limites do interesse por este protegido ou os decorrentes da boa-fé, independentemente de intenção emulativa (art. 156). O mesmo direcionamento foi mantido no Projeto de Código de Obrigações de 1965.

que, já nos meados do séc. XX os Tribunais passaram a examinar com mais freqüência a hipótese de abuso e o fizeram com particular atenção em matéria locatícia¹⁷.

Esse setor jurídico econômico – o da locação de prédios, residenciais e comerciais – não figura por acaso no marco do tratamento do abuso como exercício irregular de um direito. Não só porque, como anotou ainda Pontes de Miranda, “no direito relativo à locação, os tempos exerceram a função de criação, de correção e de revelação”¹⁸ mas, fundamentalmente, porque as leis locatícias - que estampam, em nosso cenário, os primórdios da “descodificação” civil - revelam os males da aliança (infelizmente não rara) entre a incapacidade técnico-econômica dos governantes e a deficiente cultura jurídica dos legisladores bem como a inanidade do ataque jurídico em matéria social quando desacompanhado do correspondente ataque ético e econômico¹⁹.

O Código Civil de 1916, enucleado no liberalismo econômico característico da época e na subsunção da igualdade real à igualdade formal pouco interferia na formação e no conteúdo dos contratos locatícios. Porém, menos de cinco anos após a sua entrada em vigor, já nos primórdios da urbanização brasileira com a conseqüente passagem do campo às cidades detonando a crise do setor habitacional passa o Estado a intervir num movimento de idas e vindas legislativas²⁰ marcado pela esquizofrenia entre “leis

¹⁷ A primeira decisão indexada eletronicamente sob o verbete “abuso do direito”, no STF é: RE 14090 / Recurso Extraordinário. Relator (a): Min. OROSIMBO NONATO. J. em 20/06/1950 . segunda turma. In: ADJ de 04-04-1952, pp-01704; ADJ 22-09-1950,pp-03183 DJ 03-08-1950 pp-06968. EMENT vol.00005-02,p. 330. Ementa: Abuso de Direito n Exercício d Demanda. Código Civil, Arts. 262, 263, n. VI e 270 n. I. do mesmo Código. Inocorrência de vulneração de texto de lei. Também a doutrina passa a atentar para o problema como o demonstra o texto de OSCAR TENORIO, Considerações sobre o Abuso de Direito na Purgação da Mora, in *Arquivos do Ministério da Justiça*, vol.57, 1956, p. 11 et seq.

¹⁸ PONTES DE MIRANDA: *Tratado de direito privado*, t. XL, § 4.352, Rio de Janeiro, Borsóii, 1962, p. 6.

¹⁹ Anotou Pontes de Miranda: “Certa incapacidade técnico- econômica” dos legisladores, a par da deficiente cultura jurídica, os levou a tratarem os problemas da deficiência de habitações e do desajustamento entre os ganhos individuais e a alta dos alugueres como problema de estabilização dos contratos de locação. A finalidade seria a proteção dos locatários. E ainda: “Mas o ataque político-jurídico sem o ataque econômico-moral produziu as fraudes, como a “lei de luvas” e os expedientes de suborno nas interpelações por falta de pagamento, ao mesmo tempo em que preparou o terreno para que as propriedades, diminuídas em suas rendas, passassem, aos poucos, às companhias hipotecárias e a grupos de adquirentes, organizados de acordo com a política financeira de retenção do crédito”.

²⁰ Entrado em vigor o Código Civil em 1º de janeiro de 1917, já em 1921, no bojo de uma crise no setor da construção civil, foi editada a primeira “lei do inquilinato” marcando o início da intervenção estatal em setor econômico específico da vida civil. A lei limitava os poderes contratuais dos locadores. Em 1930, com o amenizar da crise da construção civil voltou-se ao regime do Código Civil. Porém, da década de 1940 em diante voltou a forte intervenção estatal em que, inclusive, é editada a primeira lei congelando os aluguéis, por dois anos, e limitando o despejo (DL 4589, de 20 agosto de 1942, seguido pelo DL 5160/43 e outros Decretos e Leis em 1944, 1945, 1946,1950 (Lei 1300/50, que alterou as “leis do inquilinato”), 1951, 55, 56, 57, 61, 1964 (Lei 4.494, de 25 de novembro de 1964, que consagrou a correção monetária

“protetivas” e leis “liberais”²¹. Então foi traçado, no plano jurisprudencial, um quadro peculiar, fortemente focado em casos de *emenda da mora* como nota das situações de exercício irregular de liberdades, poderes, posições contratuais e direitos subjetivos na relação locatícia. E tal qual os legisladores, também a jurisprudência era bipolar, ora reconhecendo que a emenda da mora podia ser abusiva quando reiterada²² ora se escudando na letra da lei para permitir ao locatário a *emendatio morae* –isto é, a purga da mora, na ação de despejo por falta de pagamento, possibilitando ao locatário evitar a resolução do contrato locatício - em situações efetivamente abusivas por sua habitualidade e reiteração²³.

No mais das vezes a jurisprudência, rejeitando a concepção objetiva do abuso do direito efetivamente estampada no art. 160, inciso I do Código Civil acolhia, diversamente, uma concepção subjetiva “*a outrance*”, exigindo-se intenção emulativa, “malícia e culpa”, pelo menos, como elementos integrantes do abuso do direito²⁴. Apenas no período de 50 a 70 do séc. XX começam a ser marcados certos elementos de concretização do abuso do direito como *fattispecie* decorrente do exercício anormal ou

dos aluguéis e prorrogou as locações por termo indeterminado); 1965 (Lei n. 4864, de 29 de novembro de 1965, dita "Lei de Estímulo à Construção Civil" e Decreto Lei n. 4, de 1966 que regulou as ações de despejo, permitindo a denúncia vazia; 1977 (Decreto-lei n. 1.334 e 1979 (Lei n. 6.649, chamada “Nova Lei do Inquilinato, vigente até 18.01.1991, quando entra em vigor a Lei n. 8.245).

²¹ O movimento pendular balançava entre o acentuado intervencionismo estatal (por exemplo, proibindo o despejo dos locatários) e o extremado liberalismo econômico (voltando ao regime do Código Civil em nome do “estímulo à construção civil”).

²² Como sintetizou, já na década de 70 o STF no RE 80798/GB – Guanabara. Recurso Extraordinário. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. J. em 07/03/1975. Segunda Turma. In: DJ 04-04-1975. Ementa. Locação. Reiteradas purgações da mora podem configurar abuso de direito ensejador de despejo. Precedentes do Supremo Tribunal. Recurso conhecido e provido. Vinte anos antes, e melhor explicitando os elementos de concreção do abuso, o mesmo STF, RE RE 20817 / Recurso Extraordinário. Relator: Min. LAFAYETTE DE ANDRADA. J. em 02/09/1955. Segunda Turma. In: ADJ de 25-07-1955, pp. 02527; ADJ de 20-07-1953, pp. 02011. EMENT vol. 00130 p.354. Ementa. 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.

²³ V.g: STF, RE 29904 / Recurso Extraordinário. Relator: Min. HAHNEMANN GUIMARAES. J. em 28/10/1955. Segunda Turma. In: DJ 19-04-1956 pp -04215. EMENT. Vol 00249-02, pp.00740. Ementa: Não comete abuso de direito o locatário, que purga a mora, exercendo varias vezes a faculdade concedida no art. 15, parágrafo 1º da Lei n. 1.300, de 27 de dezembro de 1950. E ainda: STF, RE 37056 / Recurso Extraordinário. Relator: Min. AFRANIO COSTA. J. em 27/12/1957, Segunda Turma. In: DJ 29-05-1958, pp. 07333. EMENT vol. 00341-03, pp. 01022. Ementa: DESPEJO: Em face do art. 11, parágrafo único da Lei n. 3.085, de 29. 12. 1956, não constitui abuso de direito o reiterado expediente do locatário de somente pagar os alugueres em atraso quando ajuizada a ação de despejo.

²⁴ V.g: STF, RE 24545 / Recurso Extraordinário. Rel. Min. RIBEIRO DA COSTA. J. em 28/01/1954 ; SEGUNDA TURMA. In: ADJ de 12-09-1955, pp.-03223. EMENT vol. 00181-02 pp.00550. Ementa: Circunstâncias de fato caracterizando malícia, culpa e temeridade, elementos integrantes do abuso de direito com que agira a parte no exercício da demanda. Trata-se de matéria de fato, insusceptível de reexame em recurso extraordinário. Não conhecimento”.

irregular de um direito já insinuando alguma consideração à finalidade econômica ou social do direito como baliza da licitude como na decisão de 1956 do Supremo Tribunal Federal que rejeitou, por abusiva, a purga da mora uma vez que “a oportunidade que a lei do inquilinato arma em favor do locatário [deve atender] a uma premência econômica que deve ser rigorosamente justificada, sem abrir ensejo a um privilegio odioso, em detrimento de legítimo interesse do locador em auferir sua renda dentro do prazo contratual”²⁵. Em outra ocasião foi expressamente invocada a *exceptio doli* – que está nos mais arcanos antecedentes históricos do abuso²⁶ – em aresto que, apesar do não conhecimento do recurso, entendeu correto o reconhecimento da *exceptio doli* para paralisar a cobrança executiva de dívida comum, efetivada por meio de execução judicial, em função de aval obtido irregularmente.²⁷

Por volta desse período ocorreu uma relativa expansão horizontal do instituto, abrindo-se não apenas para o Direito Civil, Processual²⁸ e Societário, mas, por igual, para o Direito do Trabalho²⁹, o Direito Administrativo³⁰ e o Direito Penal. Essa

²⁵ STF, RE 29749 / Recurso Extraordinário. Rel. Min. RIBEIRO DA COSTA. J. em 08/05/1956 . Segunda Turma. In: EMENT vol. 00274 pp. 00349 . Ementa: 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 privilegio odioso, em detrimento de legítimo interesse do locador em auferir sua renda dentro do prazo contratual.

²⁶ A *exceptio doli generalis*, que reprimia as condutas que se enquadravam na regra que proíbe o *venire contra factum proprium* permaneceu vigente na tradição jurídica do *ius commune* como mecanismo processual mediante o qual o demandado se defendia contra o exercício malicioso e contrário à boa-fé de quem pretendia manter uma posição jurídica formal. V. VILLARREAL, Martha Lucia Neme. *Venire contra factum proprium*, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe. In: *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos. Libro en Homenaje a Fernando Hinestrosa – 40 años de Rectoría 1963-2003*. Tomo II. Universidad Externado de Colombia, 2004, p.32-33. Consulte-se também MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Almedina, Coimbra, 1984, p.719-741.

²⁷ STF, RE nº 39.322, Segunda Turma, Relator Min. Afrânio Costa, j. em 25 de novembro de 1958. In: ADJ de 26-06-1961,pp-00127, EMENT vol. 00391-02,pp-00963 e EMENT vol.-00391-03,pp-00963. Ementa: Ação Executiva não é meio hábil para cobrança de obrigação civil comum subordinada a outros ritos processuais. A *exceptio doli* foi bem aceita no acórdão que a deu por provada, conforme inquérito policial.

²⁸ Já em 1923 Jorge Americano enfrentara o tema da lide temerária e do abuso do direito no exercício da demanda concluindo não ser “indiferente à estabilidade das relações jurídicas a escolha de um modo ou de outro no exercício da ação”[pois] “sendo que a cada fim corresponde um meio, não é lícito desnaturar a norma jurídica para alcançar um interesse, que em tal caso torna-se ilegítimo, e causa damno injusto”. (AMERICANO, Jorge. *O Abuso do Direito no Exercício da Demanda*. São Paulo, Casa Vanorem, 1923, P. 114). A primorosa e, à época, avançada tese não parece ter tido repercussão de monta na jurisprudência. Aliás, anotara o autor: “Fortes objecções têm sido opostas à aplicação da doutrina do abuso do direito ao exercício da demanda”(p. 58).

²⁹ STF, AI 29349 / GB .Agravado de Instrumento.Relator: Min. LUIS GALLOTTI. J. em 24/06/1963 . Primeira Turma. In: ADJ de 22-08-1963, pp. 00743; DJ 25-07-1963 pp.02323. Ementa: Transferência de empregado. Não é o direito de transferência que esta em causa. Se estivesse, é que seria caso de recurso

expansão se aprofunda na década de 70 quando outras hipóteses de abuso começam a aparecer. Considerando-se os especiais deveres fiduciários que interligam os sócios de uma sociedade locatária e como num prenúncio dos deveres de conduta derivados da boa-fé, decide-se ser abusiva a conduta daquele sócio que, valendo-se de sua posição como locador, busca o despejo da sociedade com o fim de “destruir a sociedade ou empobrecê-la, desmoroná-la, afligi-la economicamente”³¹. Porém, o certo é que, conquanto as idas e vindas, maiores eram os retrocessos que os avanços no tocante aos elementos integrantes da *fattispecie*, exigindo-se habitualmente culpa grave ou dolo³².

Foi só na década da virada para o séc. XXI que a jurisprudência passou a caminhar - ainda que em passos vacilantes - no sentido da objetivação do abuso. Seja em razão das grandes mudanças legislativas ocorridas desde 1988 (data da vigência da Constituição Federal) e em especial nos anos 90 (quando se aprofunda o processo de descodificação civil, principalmente pela edição do Código de Defesa do Consumidor e sua noção objetiva de *abusividade contratual*³³ fundada no “significativo desequilíbrio”

extraordinário. Na espécie, ocorreu que o Tribunal Regional, em face das provas, concluiu estar configurada uma transferência punitiva (abuso de direito). E o Tribunal Superior, por isso, visto se tratar de matéria de fato, não conheceu da Revista. Bem indeferido foi, portanto, o Recurso Extraordinário. Agravo desprovido.

³⁰ V.g, STF, RMS 16623 / MG - Minas Gerais. Recurso em Mandado de Segurança. Relator: Min. DJACI FALCAO. J. em 06/03/1967 . Primeira Turma. In: DJ 19-04-1967. Ementa: A conduta da autoridade indicada como coatora, atestando a existência de antecedentes policiais, não importou em ilegalidade ou abuso do direito.

³¹ Exemplificativamente, no STF: RE 81902 / RJ - Rio de Janeiro. Recurso Extraordinário. Relator: Min. Leitão de Abreu. J. em 18/11/1977 , Segunda Turma. In: Ement vol-01085 pp-00298; RTJ vol-00085-02 pp-00568 . Ementa: Abuso de direito. Locação de prédio não residencial. 1) locador que e, 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 4., III, combinado com o artigo 3., do Decreto-lei n. 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, desmoroná-la, afligi-la economicamente. 3) Recurso Extraordinário não conhecido.

³² Exemplificativamente, no STF: RE 22174 / RJ - Rio de Janeiro Relator (a): Min. MARIO GUIMARAES, em 19/01/1953. Primeira Turma, in DJ DATA-05-11-53, p.-13582 EMENT vol.00150-03 PG-00770 .Ementa: Sem prova de culpa ou dolo, não pode ser aplicada a penalidade do art. 1531, do Código Civil.

³³ Conquanto haja pontos de conexão e relação de gênero e espécie, a noção de “abusividade contratual” do Código de Defesa do Consumidor não se subsume na noção de abuso do direito, não apenas pela distinta operabilidade, mas fundamentalmente, por serem distintos os elementos de qualificação da espécie. A figura do art. 187 do Código Civil abriga como nota característica a afronta “manifesta” aos elementos materiais, quais sejam, a boa-fé, o fim econômico ou social e os bons costumes. Por sua vez, o conceito de abusividade contratual do CDC implica as noções de (i) disparidade ou desequilíbrio de poderes contratuais; e (ii) vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Assim, a abusividade está ligada ou a um *injustificável desequilíbrio* entre os direitos e deveres recíprocos assegurados pelo

em detrimento do consumidor); seja, enfim, por força da criação e do papel desempenhados desde então pelo Superior Tribunal de Justiça, o fato é que começam a pipocar arestos a invocar o abuso prescindindo dos elementos subjetivos³⁴ sendo digno

contrato ou a uma *intolerável deslealdade* (por exemplo, a inserção de “cláusulas surpresa”) para a parte presumida vulnerável. Não tendo o CDC definido a abusividade por meio de um enunciado abrangente, cabe atentar para a “lista” de casos do seu art. 51; para o significado do postulado fático- normativo da vulnerabilidade do consumidor e para os princípios do equilíbrio, da transparência e da boa-fé como elementos normativos da concreção do conceito de abusividade, tudo sendo contrastado com natureza dos bens ou serviços que sejam objeto do contrato, com a sua racionalidade econômico-social e mediante a consideração de todas as circunstâncias contratuais, pois, como assegura a doutrina: “Para definir abusividade têm sido usadas as idéias de prejuízo substancial e inevitável, de razoabilidade e de inescrupulosidade. Para a primeira corrente, seria abusiva a cláusula que causasse ao consumidor prejuízo grave (substancial), do qual não pudesse se liberar (inevitável); para a segunda, abusiva seria a cláusula que dele exigisse uma prestação além do razoável, de acordo com os critérios fornecidos pelo senso comum; por último, seria abusiva a cláusula reveladora de inescrupulosidade por parte do fornecedor, com ofensa aos bons costumes” (AGUIAR JR, Ruy Rosado. *Cláusulas Abusivas no Código de Defesa do Consumidor*. In: MARQUES, C. L. (org.) *Estudos sobre a Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre, AJURIS, 1994, p.14. Vide ainda HEINECK SCHMITT, Cristiano. *Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 129). Assim, “abusivo”, na conotação introduzida pelo CDC, é o que é “desmedido”, “irrazoável”, “excessivo” tendo em conta certo *ponto de equilíbrio* entre os direitos e deveres pactuados no contrato. Daí porque também a abusividade se caracteriza como uma noção relacional isto é: não há abusividade “em si”, mas *na relação com determinado parâmetro*, motivo pelo qual, observa Ferreira da Silva, a desproporção manifesta entre as prestações só importará em abusividade por lesão quando todos os *limites justificadores* da desproporção tenham sido claramente ultrapassados, considerada a utilidade gerada pelas mercadorias e a taxa de remuneração dos fatores produtivos que entram no custo marginal (assim, FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 80). Um valioso subsídio para detectar a abusividade nas relações de consumo é dado pela Diretiva 93/13/CEE que dispôs sobre cláusulas abusivas nos contratos com consumidores na medida em que essa normativa instituiu um sistema de sindicância baseado, justamente, no conceito de “cláusula abusiva”, situando-a como noção eminentemente *relacional*. Como observa o jurista português Almeno de Sá, “Para esse efeito, decisiva é a circunstância de a cláusula, contrariando as exigências da boa-fé, *originar um significativo desequilíbrio, em detrimento do consumidor*, entre os direitos e deveres das partes decorrentes do contrato (SÁ, Almeno de. *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*. 2ª ed. Coimbra, Almedina, 2001, p. 19). Essa é a lição que vem do Direito Comparado em que o princípio do equilíbrio contratual atua, também, como baliza da abusividade afirmando Stiglitz ser abusiva a cláusula que “importe em desequilíbrio significativo entre os direitos do consumidor e as obrigações e ônus do fornecedor, derivadas do contrato, em prejuízo do primeiro”(STIGLITZ, Ruben. *Contrato de Consumo y Clausulas Abusivas*. In: *Estudos de Direito do Consumidor*. Vol. 1, 1999. Centro de Direito do Consumo da Universidade de Coimbra, p.321).

³⁴ Exemplificativamente, no STJ: REsp n. 1712 / RJ , Relator Min. FONTES DE ALENCAR e Relator p/ Acórdão Min. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA . Quarta Turma. J. em 13/02/1990. In: DJ 09.04.1990 p. 2745 e REVJUR vol. 156 p. 46. Ementa: Falência. Depósito elisivo. Honorários advocatícios. Descabimento da verba. Precedente da turma. Recurso parcialmente provido. (...) A opção pela via falimentar como meio de cobrança, em detrimento da via executiva, constitui, inúmeras vezes, abuso de direito, a merecer redobrada atenção do julgador, que não a deve prestigiar e estimular. Em outro exemplo o REsp 3403 / RS ; Relator Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. Quarta Turma, J. em 18/09/1990. In: DJ 09.10.1990 p. 10900. Ementa: Locação.Despejo. Imóvel não-residencial. Notificação. Prazo. Não previsão legal. Abuso. Apuração pelo Judiciário. Recurso provido. I) Não tendo a lei previsto prazo de validade da notificação destinada a despejo de imóvel não-residencial, cumpre ao Judiciário aferir, em cada caso, da ocorrência ou não de abuso pelo locador. (...). E ainda, em outro exemplo: REsp 203755 / MG ; Relator Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA . Quarta Turma. J. em 27/04/1999. In: DJ 21.06.1999 p. 167 (idem em RSTJ vol. 121 p. 408). Ementa: Comercial e Processual civil. Duplicata. Protesto. Desfazimento da transação mercantil subjacente. Ciência do banco endossatário. Dano moral. Pessoa jurídica. Arbitramento. Instância especial. Possibilidade. Recurso provido. I - O apontamento levado a efeito pelo endossatário é, por imperativo legal (art. 13, § 4º, da Lei 5.474/68), ato necessário à preservação do direito de regresso contra a emitente-endossante, pelo que tal

de especial nota o acolhimento jurisprudencial da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no caso de abuso da personalidade³⁵. Mas, mesmo então, nenhuma referência há aos elementos de concreção do abuso que viriam a ser consagrados no Código Civil de 2002, quais sejam a boa-fé, os bons costumes e o fim econômico ou social do direito, situação que até hoje perdura, invocando-se o art. 187, mas fundamentando-se o decidido nos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade a rejeição ao abuso³⁶.

procedimento, quando dirigido a esse fim específico, não se concebe acoimá-lo de abusivo. II - Deferida a sustação definitiva do protesto, com reconhecimento de inexigibilidade das cártulas em relação à sacada não-aceitante, impõe-se assegurar ao endossatário de boa-fé, por meio de ressalva expressa, o exercício de sua pretensão regressiva contra a sacadora-endossante. III - Não se aplica esse entendimento, todavia, em havendo abuso ou má-fé do banco-endossatário. IV- Tendo o banco endossatário ciência inequívoca de que desfeito o negócio jurídico em que se fundou a emissão das duplicatas, deixando os títulos sem lastro, deve o mesmo responder pelo dano moral decorrente do protesto.V - A evolução do pensamento jurídico, no qual convergiram jurisprudência e doutrina, veio a afirmar, inclusive nesta Corte, onde o entendimento tem sido unânime, que a pessoa jurídica pode ser vítima também de danos morais, considerados estes como violadores da sua honra objetiva. (...).

³⁵ STJ, REsp 158051 / RJ ;Relator Min. BARROS MONTEIRO. Quarta Turma. J. em n22/09/1998 . In: DJ 12.04.1999 p. 159 (idem em JBCC vol. 196 p. 109; LEXSTJ vol. 121 p. 207; RSTJ vol. 120 p. 370).Ementa: Responsabilidade Civil. Naufrágio da embarcação *Bateau Mouche* IV. Ilegitimidade de parte passiva "ad causam". Sócios. Teoria da desconsideração da personalidade jurídica'. Danos materiais. Pensionamento decorrente do falecimento de menor que não trabalhava.1. Arguições de ilegitimidade de parte passiva e imputações recíprocas dos réus acerca da responsabilidade pelo trágico evento. (...) 2. Acolhimento da teoria da "Desconsideração da personalidade jurídica". O Juiz pode julgar ineficaz a personificação societária, sempre que for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros.(...).(Precedentes: STJ - RESP 86502-SP (RSTJ 90/280, LEXSTJ VOL.:00089 JANEIRO/1997/206, RDR 7/263).

³⁶ STJ, Processo REsp 811690 / RR; Rel. Min. DENISE ARRUDA. Primeira Turma. J. em 18/05/2006. In: DJ 19.06.2006 p. 123. Ementa. "Processual civil e administrativo. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais. Concessionária de serviço público. Dissídio pretoriano não-demonstrado. Fornecimento de energia elétrica. Suspensão. Alegada violação dos arts. 186 e 188, i, do cc. Não-ocorrência. Abuso de direito. Configuração de ato ilícito (cc, art. 187). Ressarcimento devido. Doutrina. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.1. A divergência jurisprudencial deve ser devidamente demonstrada, conforme as exigências do parágrafo único do art. 541 do CPC, c/c o art. 255 e seus parágrafos, do RISTJ, não bastando, para tanto, a simples transcrição de ementas.2. A questão controvertida neste recurso especial não se restringe à possibilidade/impossibilidade do corte no fornecimento de energia elétrica em face de inadimplemento do usuário. O que se discute é a existência ou não de ato ilícito praticado pela concessionária de serviço público, cujo reconhecimento implica a responsabilidade civil de indenizar os transtornos sofridos pela consumidora. 3. Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos costumes (art. 187 do Código Civil). 4. A recorrente, ao suspender o fornecimento de energia elétrica em razão de um débito de R\$ 0,85, não agiu no exercício regular de direito, e sim com flagrante abuso de direito. Aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 5. A indenização por danos morais foi fixada em valor razoável pelo Tribunal *a quo* (R\$ 1.000,00), e atendeu sua finalidade sem implicar enriquecimento ilícito à indenizada. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido". Diferentemente, ao aplicar-se o CDC invoca-se a boa-fé, como no TJRS, Apelação Cível Nº 70007755283, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Aquino Flores de Camargo, Julgado em 11/08/2004, assim ementado: "Ação De Adjudicação Compulsória. Instrumento Particular De Promessa De Compra E Venda Sobre Unidade De Empreendimento Em Venda Através De Incorporação Imobiliária. Promitente comprador que resgatou integralmente a dívida perante construtora. Agente hipotecário que é parte legítima passiva. Existência de litisconsorte necessário. Contrato que previa a possibilidade de hipoteca futura. Agente financeiro que não exerceu controle sobre os recursos do financiamento e que se opõe à liberação da garantia hipotecária. Abuso de direito. Princípio da boa fé objetiva. Prevalência dos princípios contidos

Em suma: às vésperas da edição do Código Civil de 2002 o abuso do direito era, na prática brasileira, comparativamente a outros países, uma figura tímida, ainda subjetivada e fundamentalmente assistemática, muito embora a sistematização teoricamente possibilitada, no plano do método, pela inserção da figura na Parte Geral. A vocação generalizante do art. 160, I do Código de 1916 não fora efetivamente trabalhada, talvez por conta de seus próprios limites estruturais, posto quase como um apêndice da cláusula geral de responsabilidade civil aquiliana do art. 159 do Código Civil.

B) O encadeamento entre ilicitude civil, culpa e responsabilidade e as entorses na qualificação do exercício inadmissível.

Com efeito, o art. 159 do Código Civil de 1916, por seu enunciado e por sua posição estrutural na arquitetura Codificada ensejava a construção da idéia de ilicitude civil a partir de sua mais corriqueira *consequência patrimonial*, a saber, o nascimento do dever de indenizar. Por uma espécie de cadeia conceptual estabelecida entre culpa, ilicitude e responsabilidade civil, o art. 160, I, posto na “misteriosa fórmula” de Bevilacqua de forma reflexa ao art. 159 viu-se caracterizado como espécie de ilicitude, porém, espécie de uma ilicitude reduzida à sua acepção mais subjetiva e geradora de uma *única medida de eficácia*, qual seja: a eficácia indenizatória, se do abuso resultasse dano patrimonial³⁷. Em outras palavras: para a perspectiva tradicional a ilicitude, para além de restar confundida com a culpa, era verdadeiramente *construída, conceitualmente, a partir do seu efeito mais corriqueiro e geral*, qual seja a obrigação de indenizar por dano ao patrimônio³⁸.

no CDC sobre as regras da hipoteca. Indivisibilidade do bem que não pode ser arguída ante a manifesta finalidade do financiamento concedido, vale dizer, o seu fracionamento em unidades autônomas em face da incorporação”.

³⁷A plena compatibilidade do dano extrapatrimonial só foi admitida com caráter geral após a Constituição Federal de 1988, muito embora o lento labor jurisprudencial em prol do seu acolhimento desde a década de 50 do séc. XX bem como as opiniões doutrinárias que, desde a entrada em vigor do Código de 1916 militavam em seu favor.

³⁸ Assim referi em MARTINS-COSTA, Judith. Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil (estruturas e rupturas em torno do art. 187). In: www.migalhas.com.br.

Ora, as conseqüências dessa conexão, por assim dizer, automática, foram grandes: em primeiro lugar, a ilicitude civil era vista, tradicionalmente, de forma amarrada à culpa, ao dano e à conseqüência indenizatória. O conceito de ilicitude civil não valia “por si”, não tinha um campo operativo próprio, era mera “condição” da responsabilidade civil. Tanto assim é que, não apenas a letra do art. 159 do Código de 1916 assim dispunha, quanto o exame doutrinário da ilicitude era feito, modo geral, a partir do seu efeito “natural”, qual seja, o nascimento do dever de indenizar. Por esse viés, não apenas a doutrina tradicional e majoritária confundia a ilicitude com o elemento subjetivo (culpa) quanto a própria idéia de ilicitude restava *limitada* às hipóteses de “ilicitude de fins”, seja na violação aos direitos do parceiro contratual, seja na violação a direitos absolutos, pouco espaço restando para a chamada “ilicitude no modo do exercício”, razão pela qual parte da doutrina buscou *discernir* entre ilicitude e abuso³⁹.

Um diverso caminho foi aberto, no entanto, pela *reconstrução da idéia de ilicitude*.

Uma série de fatores – entre os quais modificações do *método de legislar*, adotando-se uma legislação por princípios, conceitos indeterminados e cláusulas gerais, a par da legislação casuística ou tipológica – levou a discernir entre ilicitude e mera ilegalidade⁴⁰, compreendendo-se a ilicitude como a *contrariedade ao Direito* entendido

³⁹Exemplificativamente, CARPENA, Heloisa. Abuso do direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPELINO, Gustavo (coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pp. 367- 385. Também PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O Abuso do direito e as Relações Contratuais*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 77 e ss e 110 e ss. Na jurisprudência se encontra a distinção, como, exemplificativamente, o TJRS, Apelação Cível Nº 598258317, Vigésima Câmara Cível, Rel. Des. José Aquino Flores de Camargo, J. em 30/03/1999, assim ementada: “Cartao de Crédito - O empréstimo através do cartão de crédito configura modalidade distinta de financiamento direto ao consumidor, que pressupõe a adesão deste ao sistema. Isso nao impede, tal qual ocorre nos contratos de abertura de crédito em conta corrente, a eventual revisao judicial do contrato. Juros. Nao se aplica s instituições financeiras a Lei de Usura, eis que regente o microssistema da Lei 4595/64. Tampouco é auto-aplicavel a norma do art-192, par-3, CF. A liberdade de pactuação nao autoriza, contudo, o abuso do direito, que deve ser estancado pela intervenção judicial no contrato, fazendo prevalecer o necessário estado de equilibrio entre as partes. Aplicacao, por analogia, do limite estabelecido para o crédito comum em decorrenca do art-1, do dec. 22626/33, em combinacao com o art-1262 do CC. Capitalizacao dos juros. Vedada pela legislacao vigente, nao enquadrando-se a hipotese em qualquer das excecoes legais. Taxa de administracao. Ilicita quando configura forma abusiva, via obliqua, de remuneracao do capital mutuado. Repetição de indebito. Nao é de ser deferido quando nao hé prova de que o pagamento voluntário se deu por erro. Prevalência do principio da boa fé. Apelo parcialmente provido.

⁴⁰ Por isso é que, fundado nessa moderna concepção de ilicitude civil, Menezes Cordeiro traça reprimenda ao texto do art. 334º do Código Civil português que utiliza a expressão “ilegitimidade” para qualificar o

como *Ordenamento* composto por princípios e regras e polarizado por uma precisa finalidade, qual seja, *ordenar a coexistência de liberdades*, pois – ensina a Filosofia – só através do “outro” o “eu” pode sair de si mesmo, os “mundos privados” se comunicando necessariamente entre si pois “cada um deles se dá a seu titular como variante de um mundo comum”⁴¹. A licitude demarca, portanto, o modo de coexistência numa comunidade ordenada pelo Direito, de modo que: (i) há ilicitude quando há contrariedade às regras de dever-ser postas no Ordenamento jurídico⁴² compreendido como uma dinâmica e complexa totalidade de regras, princípios e modelos jurídicos derivados das quatro fontes de produção de normatividade, quais sejam, as fontes legal, jurisprudencial, consuetudinária e jurisprudencial⁴³; (ii) há formas de ilicitude a *priori* detectáveis, porque a conduta contrária ao Direito já vem descrita com suficiente previsão na norma legal; (iii) essa não é, porém, a única forma de ilicitude pois há “configurações de ilicitude” que se dão de realizar depois de constituído um particular “contexto situacional”⁴⁴ tramado p ela conexão entre elementos fáticos (por exemplo, uma situação de confiança legítima, quando alguém pratica ou deixa de praticar algo porque acredita na regularidade de certa conduta alheia) e jurídicos (por exemplo, os princípios conducentes à responsabilização pela confiança; ou as regras de exclusão de ilicitude do art. 188 ou ainda as regras de validação de situações possessórias como as resultantes da usucapião, etc). Como sintetiza com precisão Maria Cláudia Mercio

abuso do direito. Examinando os seus elementos observa que a palavra “ilegítimo”, constante da dicção legal, lá está “em sentido não técnico” [pois] o legislador pretendeu dizer “é ilícito” ou “não é permitido” (MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. I. Parte Geral. Tomo IV. Coimbra, Almedina, 2004, p. 239.)

⁴¹ MERLEAU-PONTY, M. *O Visível e o Invisível*. Trad, de José Artur Gianotti e Armando Mora. 4º ed., 2ª reimpressão, São Paulo, Perspectiva, 2005, p. 23.

⁴² Em sentido contrário, CARPENA, Heloisa. Abuso do direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pp. 367- 385. Para a autora, “no ato ilícito o sujeito viola diretamente o comando legal, pressupondo-se então que este contenha previsão expressa daquela conduta” (p. 371).

⁴³ Por todos, Miguel Reale e sua concepção da norma jurídica não como “simple estrutura lógico-formal”, antes consistindo num “modelo ético-funcional que, intrínseca e necessariamente, prevê e envolve o momento futuro de uma ação vetorial e prospectiva concreta”. (REALE, Miguel, *O Direito como Experiência*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 191). Para a idéia das fontes e modelos, veja-se, do mesmo autor, *Fontes e Modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Saraiva, 1994.

⁴⁴ Ao tratar da responsabilidade pela confiança observa Baptista Machado hipótese em que a violação da *fides* constitui “fundamento suficiente” para se considerar ilícita a conduta contrária a *fides*, explicitando: “a ‘ilicitude’ não se traduz aqui na violação de um direito ou de uma norma destinada a proteger interesses de outrem – não se exige aqui este tipo de ilicitude – *porque* a relação de confiança ou a própria ‘autovinculação’ do responsável torna justificável que os danos resultantes dessa confiança (engendrada pela ‘autovinculação’) vão onerar quem a criou”. (BAPTISTA MACHADO, João. Tutela da Confiança e ‘Venire Contra Factum Proprium’. In: *Obra Dispersa*. Vol. I. Scientia Jurídica. Braga, 1991, p. 378). Isto significa dizer que há “configurações de ilicitude” que se há de realizar depois de constituído um particular “contexto situacional”.

Cachapuz ao aludir ao art. 187 do vigente Código Civil, aí resta possibilitado o exame da ilicitude “a partir de um princípio formal, ou seja, um princípio que, fundado sobre a liberdade na relação exterior e submetido a uma permanente confrontação pela razão prática, exige tão-somente, no plano abstrato, um requisito de universalização: todo o agir humano deve ser promovido de forma a querer tornar-se uma lei universal, independentemente do fim proposto”⁴⁵.

O modo de exercerem-se os direitos, faculdades, poderes, pode levar à contrariedade ao Direito compreendido como Ordenamento. Essa contrariedade, porém, não precisa ser culposa⁴⁶. Basta que seja *imputável*, isto é, atribuível a alguém, segundo a ordem jurídica, compreendendo-se o verbo “imputar” no sentido corrente na língua portuguesa de “atribuir algo a alguém” e não, restritamente, como atribuição de poderes referentes à capacidade de fato⁴⁷: imputar, em suma, significa determinar se alguém deverá arcar com as conseqüências de ato ou fato, e quem deverá arcar, e em que medida⁴⁸, tendo Hans Kelsen precisado que o “modo específico de imputação do direito” está em ligar ao ato praticado por uma pessoa uma conseqüência jurídica⁴⁹.

⁴⁵ CACHAPUZ, Maria Claudia. *Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro. Uma leitura orientada pelo Discurso Jurídico*. Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 2005, p. 233.

⁴⁶ Em sentido contrário, TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a Teoria do Risco na perspectiva do Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pp. 345- 365. Para o autor, a ausência de “qualquer referência expressa à culpa”, no texto do art. 186 do Código Civil, poderia, “num primeiro momento”, levar à conclusão segundo a qual o art. 186 “em regra excluiria, do ato ilícito, a avaliação da culpa”. Além do mais, opina que “tal entendimento (...) significaria desmorrionar todo o arcabouço teórico até aqui construído em torno do ato ilícito”, aduzindo: “e não há razão nem tampouco vantagens para tanto”(pp. 348-349). Diversamente, entendo haver expressa menção à culpa no texto do art. 187 que refere o seu conteúdo (“negligência ou imprudência”); no próprio texto, aliás, há a distinção entre os elementos da ilicitude (“violar direito”, por “ação ou omissão voluntária”) e culpa (“negligência ou imprudência”). Além do mais, o conceito de ilicitude não se restringe ao art. 186, devendo ser compreendido a partir da reunião entre os três artigos (186 a 188) que compõem o Título III da Parte Geral do Código Civil.

⁴⁷ A expressão “imputação” diz respeito, primariamente, a atribuir, conferir (a alguém ou algo) e também a de qualificar, designando na linguagem jurídica um nexo de atribuição posto pela norma estabelecida pela autoridade jurídica (seja, genericamente, a atribuição de poderes para atuar na ordem civil, no exercício de direitos e de deveres que caracterizam a capacidade de fato) seja a uma atribuição de eficácias específicas (v.g, a eficácia de responsabilizar pelo ressarcimento de danos).

⁴⁸ Sobre a estrutura formal do nexo de imputação, a obra de JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal – Parte Geeral – Fundamentos y Teoria de la Imputación*. Tradução espanhola de J. C. Contreras e J. L. S Gonzalez de Murillo. Madri, Marcial Pons, 1997. Também GUNTHER, Klaus. Responsabilização na Sociedade Civil. Tradução de Flavia Püschel. In: *Novos Estudos. CEBRAP*. V. 63, São Paulo, 2002, pp. 105-118).

⁴⁹ KELSEN, Hans. *La Dottrina Pura del Diritto*. Tradução italiana, Einaudi, 1990, p.p.93 e ss., distinguindo o princípio da causalidade do princípio da imputação (*Zurechnung*).

Essa ligação entre a ação (ou omissão) e a sua consequência é informada por *critérios normativos*, sendo o mais corriqueiro, no Direito Civil, o critério da culpa. Porém, ainda que no terreno civil seja quantitativamente prevalecente a imputação informada pelo critério da culpa, esse não é o único critério. Também há essa atribuição segundo outros critérios (por exemplo, o critério da confiança; o do risco; etc). Como consequência, admite-se uma *complexa dimensão da ilicitude* que engloba a chamada ilicitude subjetiva e objetiva: é subjetiva quando a norma determina seja o nexo de imputação balizado pela culpa, impondo-se a verificação da negligência ou da imprudência ou, ainda, no caso do dolo, também da intencionalidade; é objetiva quando não é necessário averiguar se subjacente ao ato ou conduta, houve ato negligente ou imprudente, pois a ilicitude estará caracterizada pelo desvio ou pela contrariedade à norma de dever-ser imposta pelo Ordenamento, compreendido – como acima se explicitou – como o conjunto de princípios e regras derivadas das quatro fontes de normatividade e destinadas, em última instância, a assegurar a coexistência de liberdades⁵⁰.

Porém, para além de confundir ilicitude e culpa, a concepção tradicional não deixava espaço nem à percepção dos variados casos em que ocorre o nascimento do dever de indenizar independentemente da prática de um ato ilícito nem às hipóteses de ilicitude sem dano indenizável⁵¹. Ao se tomar o dano como condição do ilícito não se permitia, outrossim, perceber a existência de ilícitos combatidos por outras formas de tutela que não a ressarcitória, tais quais as tutelas de remoção do ilícito⁵², “tutelas

⁵⁰ As próprias denominações por vezes empregadas de “ilicitude formal” vs. “ilicitude material” (ou designações similares) nada mais indicam de se estar, sempre, no terreno da ilicitude. O que pode haver é relação de gênero e espécies (ilicitude, como gênero; ilicitude subjetiva (englobando os “delitos civis”) e ilicitude objetiva como espécies). Como ensinou Pontes de Miranda, “um dos grandes erros de pensamento é atribuir-se dependência ao que apenas constitui relação. Na epistemologia, nas ciências, inclusive no direito, tem sido cheia de prejuízos tal confusão”. (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Tomo LIII, par. 5.498. Rio de Janeiro, Borsói, 1966, p. 13).

⁵¹ Na preparação do que viria a se transformar no vigente Código Civil Português, já advertia Vaz Serra: “A teoria do abuso do direito não tem interesse somente em matéria de responsabilidade civil, pois saber se certo acto é ou não lícito pode ter importância para outros efeitos, como o da legitimidade da oposição a ele ou o da sua nulidade. Por conseguinte, a admitir-se essa teoria, deve ela ser enunciada na parte geral”. (VAZ SERRA, Adriano. Abuso do Direito (em matéria de responsabilidade civil). In: *Boletim do Ministério da Justiça*. N. 85, abril – 1959, p. 252.

⁵² V. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica – arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2ª edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 27 e ss. Do mesmo autor, v. *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*. 2ª Edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 e, de modo especial para esse tema, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, pp. 158 e ss.

específicas”, na dicção de Renato Sconamiglio⁵³, segundo uma concepção desenvolvida no Direito Processual italiano desde os anos 50 do séc. XX.

A identificação entre ilícito e dano, denuncia Marinoni, deixara “*no escuro outras possíveis formas de sanção civil do ilícito*”⁵⁴. Essa falta de clareza acerca de outras formas de sanção civil do ilícito era perfeitamente congruente a uma determinada forma de pensar-se o Direito Civil, a saber, uma forma liberal, tipicamente oitocentista, a tutela ressarcitória expressando “apenas o custo econômico da lesão” e assim mantendo íntegros “os mecanismos do próprio mercado, sem alterar a sua lógica”⁵⁵.

Contudo, muito antes dos civilistas os processualistas perceberam que, sendo a unificação das categorias da ilicitude e da responsabilidade um mero reflexo dos valores do Estado Liberal, decorreria, pela mudança no perfil do Estado e da própria sociedade civil, a necessidade de *tutela diferenciada* que atendesse aos novos bens dotados de relevância jurídica. Para atender com justiça uma sociedade como a nossa que é, fundamentalmente, “transversalizada”, fundada em assimetrias reais e que desperta para a necessidade de serem protegidos bens extrapatrimoniais da personalidade ou de interesse comunitário, transindividual - como a concorrência e o meio-ambiente -, foi preciso construir categorias que não se fundassem no dogma segundo o qual *tudo pode ser compensado pela pecúnia*. A percepção segundo a qual por vezes é mais importante *prevenir* ou *eliminar* o ilícito do que *reparar* o dano (como no caso da tutela de busca e apreensão de produtos que evidenciam contrafação de marca comercial⁵⁶, ou a tutela preventiva em matéria ambiental) permitiu, pois, fosse reconstruída conceitualmente a categoria da ilicitude civil ensejando tutela processual contra os *atos contrários ao direito* – e não mais, necessariamente, os atos danosos.

⁵³ SCONAMIGLIO, Renato. Il risarcimento del danno in forma specifica. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 201 e ss.

⁵⁴ V. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica – arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2ª edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 27 e ss. Do mesmo autor, v. *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*. 2ª Edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 e *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p.158 e ss.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica – arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2ª edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 18.

⁵⁶ O exemplo é de MARINONI, Luis Guilherme, em *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p.161.

É certo que a ninguém ocorreria pensar que, verificando-se no exercício abusivo as demais condições que ensejam o dever de indenizar – a saber, a culpa, o dano e o nexo causal – não haja, aí, fonte de responsabilidade civil. Porém, quando tais condições não concorrem, ou quando a adoção de medidas preventivas se mostra mais eficaz? “Quando se imagina que não há ilícito sem dano, ou que não importa, em termos de tutela civil, um ato contrário ao direito que não provoque dano”- diz Marinoni, – “parte-se da premissa de que não há ato contrário ao direito que, não provocando dano, deva ser sancionado civilmente”⁵⁷. Mas isso, efetivamente não ocorre. Basta passarmos os olhos em casos corriqueiros do Direito da Concorrência, do Direito Ambiental ou do Direito da Personalidade para nos darmos conta das distintas esferas da ilicitude e do dano.

O certo é, porém que, na majoritária doutrina civilista⁵⁸, abuso, culpa, dano patrimonial e responsabilidade civil subjetiva parecem ainda ser institutos indissociáveis, não se trabalhando nem na doutrina, nem na jurisprudência, a distinção conceitual e funcional entre ilicitude civil (como contrariedade ao ordenamento jurídico) e culpa (como violação de dever jurídico que o agente podia e devia observar)⁵⁹.

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica – arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2ª edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 22. Também em *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p.158.

⁵⁸Notável exceção é, como de hábito, PONTES DE MIRANDA que nos meados do séc. XX já consignava: “há mais atos ilícitos ou contrários a direito que atos ilícitos de que provém obrigações de indenizar. Por outro lado, há obrigação de indenizar sem ilicitude do ato ou de conduta”. E ainda: “A contrariedade a direito sem o elemento culpa pode dar ensejo à tutela jurídica (...)”. (*Tratado de Direito Privado*, T. II, par. 164 e 165. Rio de Janeiro, Borsóï, 1954, p. 201 e 209, respectivamente). Aliás, doutrina recente desenvolve essa mesma concepção: assim, BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Teoria dos Ilícitos Civis*. Belo Horizonte, 2003, em especial pp. 89 e ss) e CACHAPUZ, Maria Claudia. *Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro. Uma leitura orientada pelo Discurso Jurídico*. Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 2005, p. 237, onde assinala: “Um ato ilícito, no caso, não identificado a partir de um elemento subjetivo relacionado ao agente – a culpa – mas configurado por uma situação objetiva e concreta, decorrente do exame da conduta humana a partir das condições fáticas e jurídicas impostas pela realidade do caso e tendentes à configuração de uma restrição à liberdade do homem”.

⁵⁹ Esses esclarecimentos visam evitar que, ou tenhamos ou que postular a culpa para aplicar o 187 do Código Civil (e a culpa, efetivamente, lá não está) ou, como um malabarista retirando pombas do chapéu, inventar uma nova categoria a meio caminho da ilicitude e da licitude, recorrendo a ficções que nada mais constituem do que entorses lógicas. Assim, por exemplo, idéia segundo a qual a ilicitude adviria no desenrolar de uma ação ôntica e geneticamente lícita. Pertinente, pois, a crítica procedida por Eduardo Ferreira Jordão para quem esse “lamentável malabarismo não esconde a flagrante improcedência da construção”. Isto porque, aduz, “toda ilicitude se tem a partir de um ato, não apenas a ilicitude abusiva. (...) A idéia de que o ato “inicia lícito” e “à medida em que a ação se desenrola” se torna ilícita, é insustentável. Em que sentido se faz referência a esta passagem do tempo? (...) Não há abuso de direito premeditado?” (JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a Teoria do Abuso do Direito*. São Paulo, Podium, 2006, p. 71).

Confirmando nossa tradição na matéria - pela qual a legislação corre à frente da doutrina - o Código Civil de 2002 veio romper com esse modelo. E o fez não de modo altissonante, discursivo, mas com a silenciosa sutileza que decorre das alterações estruturais que, no mais das vezes, dizem aquilo que o texto não diz diretamente. A estrutura fala e, no caso do exercício jurídico, o que nos diz é que o vigente art. 187 não é o antigo art. 160, I, contemporaneamente maquiado. Mais ainda: a estrutura hoje codificada mostra que a obrigação de indenizar ganhando autonomia e estando agora situada em título próprio, *liberou a reconstrução do conceito de ilicitude*⁶⁰ por forma a abranger também a ilicitude derivada do exercício jurídico de que não resulte consequência indenizatória, mas outras formas de tutela, inclusive processuais, como as antes referidas “tutelas de remoção do ilícito”.

Daí porque, não mais confundindo ou subsumindo a ilicitude na responsabilidade civil⁶¹, mas adequadamente distinguindo entre o ilícito culposo (delito civil) e o ilícito não-culposo⁶², nem precisaremos afastar, arbitrariamente, a qualificação

⁶⁰ Com efeito, comparativamente ao art. 159 do Código de 1916, (i) o art. 186 do Código de 2006 não reproduz a sua verba final (“fica obrigado a reparar o dano”) e, (ii) a obrigação de indenizar ganhou autonomia, sendo tratada em um Título próprio (art. 927 e ss), distinto, na geografia do Código, do tratamento da ilicitude. Ao operar a separação estrutural entre ilicitude e dever de indenizar, não aludindo diretamente nem ao elemento subjetivo (culpa), nem ao dano, nem à responsabilidade civil, o Código Civil determinou uma nova metodologia para o tratamento da ilicitude, seja ao abrir ensejo à sua maior inserção no campo do Direito de Personalidade, possibilitando visualizar novas formas de tutela, para além da obrigação de indenizar (por exemplo, tutelas e garantias previstas em outros estatutos normativos, como a Constituição, o Código de Processo Civil, formas penais ou mesmo, se for o caso, regulamentos administrativos); e, b) à compreensão de que pode haver ilicitude sem dano e dano reparável sem ilicitude.

⁶¹ Dado importante para a compreensão desse modelo pode ser observado no documento que contém o texto do Anteprojeto que estampa as discussões e modificações havidas na Comissão Elaboradora (REALE, Miguel. Anteprojeto com minhas revisões, correções, substitutivos e acréscimos, inédito, a fls 43). Aí se observa por manifestação manuscrita aposta ao texto datilografado, que o Professor Miguel Reale trocou primitiva redação do art. 186 (no Projeto, Artigo 196, com indicação de correspondência ao art. 159 do Código de 1916, *in verbis*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda simplesmente moral fica obrigado a repará-lo”) pela seguinte redação: “*Comete ato ilícito* aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito ou causa dano a outrem, ainda (que) simplesmente moral”(grifei). Já no art. 197 (correspondente à primeira versão do texto hoje posto no art. 187) escrevera-se: “Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes”. Reale emendou, para constar: “*Também comete ato ilícito* o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes” (grifei). Por fim, no mesmo Título III vinha um art. 198 referente ao dano causado por menor de 16 anos. Esse texto foi transposto para a parte especial, deslocando-se para o Capítulo IX do Livro das Obrigações (“Do Dever de Indenizar”), onde hoje está no art. 928.

⁶² Assim a classificação proposta por BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Teoria dos Ilícitos Civis*. Belo Horizonte, 2003, p. 89 e ss, anotando com pertinência o autor: “Essa divisão, que faz da culpa o critério

feita pelo próprio Código que arruma o art. 187 no Título denominado “Dos Atos Ilícitos”; nem precisamos pensar que para os efeitos da tutela conferida seja “indispensável” a ocorrência de um evento danoso que tenha sido causado por culpa.

Uma vez liberados da amarração entre abuso, ilicitude subjetiva e dano, poderemos estabelecer as necessárias conexões intra e inter-sistemáticas⁶³ entre o art. 187 e áreas de tipos específicos de exercício inadmissível, sistematizando-o, por exemplo, na relação contratual, na relação inter-empresária, nas relações entre acionistas de uma sociedade anônima e, no âmbito do Direito de Família, do Direito Concorrencial, etc. Também poderemos conectar a previsão genérica da inadmissibilidade do exercício com tutelas específicas, para além da tutela indenizatória, *e. g.* o art. 461 do Código de Processo Civil referente à possibilidade de obter tutela jurisdicional específica em obrigações de fazer ou não-fazer, para assegurar conseqüências do reconhecimento de exercício ilícito de direitos, como, por exemplo, a imediata cessação do ato. Como já decidiu a jurisprudência portuguesa, não há “sanção específica” para as situações de abuso, pois essa “assume cores e tonalidades diferentes de harmonia com o *modo funcional como o abuso se expressa*; o que vale por dizer que aquele tanto se pode reconduzir a uma nulidade negocial, como a um fato gerador de uma responsabilidade civil por danos provocados, como ainda à própria neutralização do direito que se esvazia na sua eficácia típica como se não existisse⁶⁴.”

A autonomia conceitual entre ilicitude, culpa e dano permite, por sua vez, uma sistematização própria dos variadíssimos casos de exercício jurídico inadmissível afastada da antiga idéia de “limites”. Admitido que “*ordem jurídica protege os interesses dos membros da comunidade, enquanto entre si se harmonizam e coexistem;*

básico, resolve a eterna e falsa questão a respeito da necessidade da culpa para definir o ilícito civil. A respeito da pergunta: todo ilícito civil é culposo? Podemos responder: não, embora existam alguns que somente com culpa entrem no mundo jurídico”. O critério da culpa, afirma, justifica-se como marco divisorio na medida em que “nos ilícitos civis [a culpa] assume tamanha importância que é correntemente invocada como elemento caracterizador do gênero”. (BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Teoria dos Ilícitos Cíveis*. Belo Horizonte, 2003, p. 90).

⁶³ Para a idéia do Código Civil como eixo de conexões intra, inter e extra-sistemáticas permito-me referir MARTINS-COSTA, Judith. *in Boletim da Faculdade de Direito, da Faculdade de Coimbra*, vol. 78, pág. 126, Coimbra- Portugal, 2002 (também em língua espanhola na obra: *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*. Org. ALTERINI, Atílio, e NICOLAU, Noemi. Buenos Aires, La Ley, 2005, pp.125-144).

⁶⁴ Acórdão proferido no processo nº 207/00, Lisboa, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Relator Noronha Nascimento, j. em 4 de outubro de 2000, grifei.

*isto é, protege-os enquanto são dignos de proteção e necessitados dela*⁶⁵ podemos mais coerentemente pensar que o exercício dos direitos, poderes, faculdades, liberdades e situações jurídicas é balizado por *critérios que o conformam situacionalmente*, segundo *medidas de intensidade* só averiguáveis no caso.

A pergunta que se segue é, pois, a de saber quais serão os critérios reitores dessa possível – e desejável – sistematização do exercício jurídico em vista do art. 187 do Código Civil brasileiro.

II) Uma perspectiva de sistematização.

Resultado de uma combinação de influências que tem, na Europa, atravessado os últimos decênios o art. 187 situa três balizas da licitude no exercício jurídico: os bons costumes, a boa-fé e a finalidade econômica ou social do direito (A). Dessas balizas a mais promissora para possibilitar um efetivo controle das condutas abusivas, permitindo a sistematização da matéria é a boa-fé objetiva (B).

A) As transversalidades culturais do art. 187.

O art. 187 do Código Civil de 2002 assim dispõe:

”também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”
Sua adequada compreensão, contudo, somente pode ser feita na análise do contexto do novo Código.

⁶⁵ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Tomo LIII, par. 5.502. Rio de Janeiro, Borsó, 1966, p. 96.

Esse texto ingressou no Código Civil brasileiro por um cruzamento de influências entre as quais se conjugam indiscernivelmente nossa História jurídica e o Direito Comparado.

Já os Anteprojetos de Códigos de Obrigações de 1941 (“Anteprojeto Hahnemann Guimarães”) e de 1965 (“Anteprojeto Caio Mário”) haviam inserido regras pelas quais a obrigação de reparar o dano poderia provir de ato que excedesse, no exercício do direito, os limites do interesse protegido ou os decorrentes da boa-fé, independentemente de qualquer intenção emulativa⁶⁶, constituindo, pois, fontes mediatas do atual art. 187. O nexó imediato proveio, porém, do art. 334º do Código Civil português cujo texto é quase idêntico ao do art. 187 do Código Civil brasileiro, embora seja diverso o contexto, uma vez que na estrutura do Código português a regra está albergada no capítulo referente ao Exercício de Direitos e não especificamente entre os Atos Ilícitos⁶⁷, muito embora o exercício disfuncional ou inadmissível seja considerado forma de ilicitude pela doutrina majoritária e pela jurisprudência dominante⁶⁸.

José Carlos Moreira Alves, redator da Parte Geral do Código Civil brasileiro refere, em diversas passagens, o peso dessa influência seja ao reproduzir manifestação de Orlando Gomes, seja ao escrever sobre as “lições do novo Código Civil português” entre as quais estava a circunstância de atualização do direito das obrigações ter sido alcançada “com a aliança do princípio geral condenatório do abuso de direito com alterações em algumas normas que vinham do Código anterior”⁶⁹.

⁶⁶ O Anteprojeto brasileiro de Código das Obrigações, de 1941, consignava no art. 156, dever reparar o dano quem o causara por exceder, no exercício do direito, os limites do interesse por ele protegido ou dos decorrentes da boa-fé. A regra assemelhava-se à constante no Projeto franco-italiano de Código das Obrigações e dos Contratos, art. 74, alínea 2, que considerava obrigado à reparação quem causasse danos a outrem excedendo, no exercício do seu direito, os limites traçados pela boa-fé ou pelo fim em vista do qual esse direito lhe fora concedido. Em todos enunciados, assim como no art. 2º do Código Suíço, não se exige a intenção de abusar, segundo a tradicional concepção francesa, antes importando o exercício do direito contra as regras da boa-fé e sem a prossecução de um interesse digno da proteção do ordenamento.

⁶⁷ Art. 334º: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”.

⁶⁸ Indicações em MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. I. Parte Geral. Tomo IV. Coimbra, Almedina, 2004, p. 239 e ss.

⁶⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1986, pp. 9, 16 e 18.

No Código Português o art. 334º CCP resultou do art. 281 do Código Civil grego, assim concebido: “O exercício é proibido quando exceda manifestamente os limites postos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo escopo social ou econômico do direito”⁷⁰. O codificador grego, no entanto, nada inventara, antes sabendo aproveitar e combinar manifestações legislativas e doutrinárias de outros sistemas: da codificação suíça e, sobretudo, da doutrina alemã, retira a referência aos bons costumes e à boa-fé, enquanto o artigo 71 do Projeto franco-italiano das Obrigações lhe cedeu a referência ao fim social e econômico do direito. O artigo 2º /2 do Código Suíço também foi modelo, exigindo que a ultrapassagem dos limites postos ao exercício dos direitos se dê “manifestamente”⁷¹ de modo que – assegura ainda Menezes Cordeiro – o Código grego acolhera uma fórmula respeitante ao abuso do direito que ultrapassara todos os códigos que o antecederam, colocando em enunciado legal a sùmula da doutrina alemã posterior ao BGB⁷².

Foi essa fórmula que acabou transplantada para o Código Civil brasileiro⁷³ que na opinião de Menezes Cordeiro tentou resolver, no tocante à sistematização do exercício jurídico, “algumas das incongruências sistemáticas apontadas” ao Código Civil Português⁷⁴. Porém, avisa o autor, o sucesso da fórmula grega não se deve exclusivamente ao seu texto. Esse sucesso se deve em grande parte à circunstância de os

⁷⁰ Informa Menezes Cordeiro que a regra foi introduzida no projeto de Código Civil Português por ocasião da segunda revisão ministerial, advinda do Código grego que soubera “aproveitar os esforços doutrinários de diversos quadrantes e harmonizá-los” (MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil. Português. I. Parte Geral. Tomo IV*. Coimbra, Almedina, 2005, p. 260).

⁷¹ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil. Português. I. Parte Geral. Tomo IV*. Coimbra, Almedina, 2005, p.p. 260-261. O autor trata do tema também em MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e: *Da boa-fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, pp. 719-860 e em *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa* “in agenda. Coimbra, Almedina, 2006.

⁷² MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil. Português. I. Parte Geral. Tomo IV*. Coimbra, Almedina, 2005, p. 263. Importa observar que essas mesmas influências eram conhecidas pelos elaboradores do Anteprojeto do Código Civil brasileiro, sendo o Professor José Carlos Moreira Alves reconhecido cultor da doutrina germânica. Por sua vez, a antiga doutrina de Pedro Baptista Martins já divulgara algumas das conquistas culturais que acabaram sumuladas no art. 187, inclusive a redação do art. 74 do projeto franco-italiano de Código das Obrigações e dos Contratos elaborado em 1916 sob a presidência do jurista italiano Vittorio Scialoja, segundo o qual, in verbis: “Toute faute qui cause un dommage à autrui oblige celui qui l’a commise à le réparer. Doit également réparation celui qui a cause un dommage à autrui en excédant, dans l’exercice de son droit, les limites fixées par la bonne foi ou par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré”. (*apud* MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*. (1ª ed: 1935). 3ª ed. histórica, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 89).

⁷³ O livro III da Parte Geral, relativo aos fatos jurídicos, inclui um Título III – Dos Atos Jurídicos onde, em três artigos (186 a 188) o Código define ato ilícito; considera ilícito o exercício que exceda manifestamente os limites impostos pelo fim econômico ou social dos direitos, pela boa-fé ou pelos bons costumes; e isenta de ilicitude as situações de legítima defesa e de estado de necessidade.

⁷⁴ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil. Português. I. Parte Geral. Tomo IV*. Coimbra, Almedina, 2005, p. 13.

juristas gregos, juízes e legisladores, terem efetivamente recebido e compreendido a doutrina germânica que lograra superar as deficiências do BGB na matéria⁷⁵ num movimento de *circularidade transcultural* absolutamente não estranho ao Direito Comparado e que bem evidencia o até certo ponto limitado papel da lei quando não acompanhada por numa doutrina culta e responsável⁷⁶.

A invocação aos limites da lei quando não acompanhada por um trabalho doutrinário consciencioso e cientificamente orientado recorda, outrossim, que fórmula do art. 187 significa, do ponto de vista cultural, uma verdadeira *ruptura* que apenas se concretizará, no entanto, se trabalhada, devidamente, a sua pré-compreensão⁷⁷. A ruptura de que se fala é relativa à tradição do abuso até então seguida em nossa doutrina, pois, da concepção “francesa” que marcara a atribulada recepção da figura no Brasil - delineando a *forma de compreensão* do art. 166, inc. I do Código de 1916 – o vigente Código passou a uma concepção “germânica” em tudo estranha àquela⁷⁸.

⁷⁵MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil. Português. I. Parte Geral. Tomo IV*. Coimbra, Almedina, 2005, p p. 264: “O abuso do direito do Código grego é o produto da doutrina germânica; a sua aplicação desenvolveu-se porque e na medida em que essa doutrina foi efetivamente recebida pelos juristas gregos”.

⁷⁶Esse fato mostra, igualmente, a imensa relevância dos “modelos dogmáticos ou doutrinários” para o progresso do Direito. Entenda-se por “modelos dogmáticos” na acepção que deu Miguel Reale a essa expressão considerando modelos certas “estruturas normativas que ordenam fatos segundo valores, numa qualificação tipológica de comportamentos futuros, a que se ligam determinadas conseqüências” (REALE, Miguel. “Fontes e Modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico”, São Paulo, Saraiva, 1994, e, “Para uma teoria dos modelos jurídicos”, in “Estudos de Filosofia e de Ciência do Direito”, São Paulo, Saraiva, 1978, p. 17). Os modelos doutrinários, dogmáticos os hermenêuticos não têm, diretamente, força prescritiva, ao contrário dos modelos legais, jurisprudenciais e costumeiros. Atuam, porém, na integração das lacunas e, indiretamente, por força de seu acolhimento pela jurisprudência (permito-me reenviar, igualmente, para o meu A Boa-Fé como Modelo in: MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil*. São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 180-226, por tratar de uma exemplificação da Teoria dos Modelos realeana).

⁷⁷O termo “pré-compreensão” (*Vorverständnis*), como elemento essencial do processo cognitivo indica, muito sinteticamente, o fator (ou conjunto de fatores), que *condiciona*, como momento inicial de uma projeção de sentidos, todo o *processo de compreensão* de um determinado problema jurídico, desde o modo de colocar-se o problema para o intérprete até a sua solução. Segundo Gadamer, a compreensão só é possível quando aquele que compreende volta-se à abordagem de um texto já com uma pré-compreensão. A pré-compreensão constitui, portanto, *o âmbito que delimita o fluxo da interpretação*, seja a interpretação dos problemas que o Direito é chamado a resolver, seja a dos princípios e regras que direcionarão a solução dada (GADAMER, H. G. *Verdad y Metodo*. Tradução espanhola de Ana Agud APARICIO e Rafael de AGAPITO. Salamanca: Sigueme, 1991, p. 331-332). Ajunta ESSER que, ao interpretar um texto legislativo, o jurista não propriamente *revela* um sentido objetivo, pré-existente na literalidade dos termos da norma em exame, mas *atribui* a esta norma um determinado sentido, que deriva de um sistema intrincado de significados jurídicos (ESSER, J. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Trad. de: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* por Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino : Edizioni Scientifiche Italiane, 1983, p. 4).

⁷⁸Observa Menezes Cordeiro: “A experiência alemã não desenvolveu uma idéia de ‘abuso do direito’ semelhante à francesa” (MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa “in Agendo”*. Coimbra, Almedina, 2006, p. 38). Na doutrina brasileira, percebe essa ruptura Rosalice Fidalgo Pinheiro, ao anotar: “ Eis a estreita vinculação entre boa-fé e abuso do direito,

Demais disso, a concepção “germânica” subjacente ao art. 187 não adveio diretamente do BGB: nós a temos por meio do acolhimento pelo Código Português da leitura procedida pelo codificador grego à doutrina alemã posterior ao BGB que edificara as bases do exercício jurídico inadmissível para além das estreitas comportas permitidas pela regra da proibição da chicana do parágrafo 226, segundo o qual “o exercício de um direito é inadmissível quando só possa ter o escopo de provocar danos a outrem”⁷⁹.

Todas essas transferências culturais conduzem a questionar se o art. 187 chega ao Direito brasileiro numa época propícia a recebê-lo ou se, diversamente, continuaremos, por força da pré-compreensão, não só a ler na sua letra o que ali não está escrito quanto a não atribuir ao enunciado legislativo a riqueza de sentidos que está formalmente apto a endossar.

Em visão prospectiva, cabe uma ponta de esperança, pois ao menos uma das balizas da licitude contidas em seu texto – qual seja o princípio da boa-fé objetiva - já está razoavelmente sedimentada em nossa cultura jurídica por quase duas décadas de emprego corrente nos Tribunais e uma avalanche de obras doutrinárias⁸⁰ que permitem a criação de uma tradição de relativo consenso acerca dos seus significados e âmbitos operativos, ainda que o princípio seja contaminado, algumas vezes, por certa “super-utilização⁸¹” acrítica e marcada por lastimável atecnia.

revelando em suas entrelinhas o encontro de duas tradições jurídicas: a francesa e a alemã”(PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O Abuso do direito e as Relações Contratuais*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 248).

⁷⁹ Segundo a tradução de Menezes Cordeiro, que anota ser tão restritivo o preceito que, “nos 105 anos de vigência do BGB, teve uma aplicação muito escassa”, pois, efetivamente, “apenas em casos de perfil acadêmico será possível imaginar um exercício que *só possa ter* como escopo prejudicar terceiras pessoas”. Por isso, afirma, a construção do abuso, naquele país, acabou por se desenvolver a partir do labor doutrinário acerca de “grandes grupos de casos típicos”, a saber: “*exceptio doli, venire contra factum proprium, supressio e surrectio*, inalegabilidades formais, *tu quoque* e outros. Finalmente, tudo isso foi reconduzido à boa-fé”. (MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “in Agendo”*. Coimbra, Almedina, 2006, p. 39-40).

⁸⁰ Para referências quanto à doutrina e jurisprudência permito-me reenviar a MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Adimplemento das Obrigações*. Vol. V, Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro, 2005, p.p. 56-57, notas 204 e 205. Conectando especificamente o abuso do direito ao princípio da boa-fé veja-se, mais recentemente, PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O Abuso do direito e as Relações Contratuais*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. p. 347 e ss; SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório. Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p.111 e ss; e JORDAO, Eduardo. *Abuso de Direito*. Salvador, Podivum, 2006, p. 106 e ss.

⁸¹ A expressão é de SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório. Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p.114.

B) Para uma visão funcional e prospectiva do art. 187: a sistematização possibilitada pelo Princípio da Boa-Fé Objetiva

Conquanto o princípio da boa-fé objetiva tenha chegado tarde ao ambiente juscultural brasileiro⁸², o certo é que, ao menos desde a década de 1990 vem sendo sedimentado numa prática jurisprudencial expansiva. Assim ocorre em julgados referentes a relações civis de “direito comum”, mais abundantemente de direito do consumidor (onde adquire contornos próprios, ligados à presunção de vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo), e, também, nas relações de direito administrativo e de direito empresarial⁸³.

Hoje é corrente a distinção entre a boa-fé subjetiva e objetiva. Sabe-se que o papel dogmático da *boa-fé subjetiva* (ou “boa-fé psicológica”) diz respeito à tutela, em certas situações, do estado psicológico, estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios em que pode estar um sujeito jurídico. A expressão traduz a idéia naturalista da boa-fé, aquela que, por antinomia, é conotada à má-fé e que também se manifesta pela crença justificada na aparência de certa situação ou realidade jurídica⁸⁴.

Diferentemente, a expressão *boa-fé objetiva* exprime o *standard* de lisura, correção, probidade, lealdade, honestidade – enfim, o *civiliter agere* que deve pautar as relações intersubjetivas regradas pelo Direito⁸⁵. Daí a razão pela qual a boa-fé objetiva atue, concomitantemente, como (i) fonte de deveres de conduta (deveres de prestação e deveres de proteção) no terreno obrigacional; (ii) cânone para a interpretação dos

⁸² Para as vicissitudes da trajetória do princípio, seja-me consentido referir o meu A boa-fé como modelo. In: MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil*. São Paulo, Saraiva, 2002, em especial pp. 188-196.

⁸³ Para um exame da atuação do princípio da boa-fé nesses diversos campos operativos, MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do Direito privado brasileiro, in *Revista do Consumidor*, Universidade de Coimbra, nº6, Coimbra/ Portugal, 2005, pp 85 - 128. Idem em *Revista Forense* vol. 382, p. 119 e ss. Para as relações de Direito Administrativo, v. GIACOMUZZI, Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública. O conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo, Malheiros, 2002.

⁸⁴ Assim o nosso *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 427 e ss, com referências à doutrina.

⁸⁵ Assim o nosso *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 412.

negócios jurídicos; e (iii) baliza para a averiguação da licitude no modo de exercício de direitos, vedando, por exemplo, o comportamento contraditório ou desleal⁸⁶.

Dessa tríplice função hoje perfeitamente discernida nos arts. 113; 187; e 422 do Código Civil Brasileiro⁸⁷ interessa aos fins do presente estudo apenas a terceira⁸⁸.

Aí está a boa-fé em sua função de garante das *legítimas expectativas* e de uma *ação orientada pela proibidade e correção* no tráfico jurídico: sendo missão primária do Direito assegurar expectativas e direcionar condutas a uma ordem de convivência que permita coordenar positivamente a interação social⁸⁹, alberga o Ordenamento, necessariamente, “uma rede suficientemente complexa de agregação de expectativas e de orientações da acção”⁹⁰. Essa rede normativa de agregação de expectativas e de orientações de ação é operacionalizada por meio de variadas técnicas, ora por meio de regras casuístas, como, exemplificativamente, o art. 330 do Código Civil (segundo o qual “o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir a renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”); ora por meio de princípios setoriais (como, v.g, em matéria de cláusula penal o art. 413 determinativo da redução por equidade) ora por meio de cláusulas gerais amplíssimas, como o art. 187, situado na Parte Geral e, portanto, incidente sobre quaisquer dos setores do Direito Privado. Além

⁸⁶ Permito-me reproduzir o que escrevi em 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. – reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 612.

⁸⁷ *In verbis*: Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração; Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes; Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁸⁸ Não que os demais elementos de concreção do art. 187 não sejam relevantes. O fim econômico ou social do direito, de modo especial, constitui um *elemento de fato*, atinente à função econômica ou social que o negócio opera, concretamente, na ordem jurídica. O intérprete deve buscar, pois, a materialidade dos esquemas negociais, e não a *abstracta* causa-função do negócio para perquirir da existência, ou não, no caso concreto, de uma situação de abuso.

⁸⁹ Assim, BAPTISTA MACHADO, João. Tutela da Confiança e ‘Venire Contra Factum Proprium’. In: *Obra Dispersa*. Vol. I. Scientia Jurídica. Braga, 1991, p.347. Lembremos que A proteção jurídica da confiança foi primeiramente revelada pela Sociologia, como relevantíssimo fator de redução da complexidade social e, por isso, determinante para a orientação de condutas, sendo o sistema normativo a *garantia das expectativas* geradas nas (e pelas) interações sociais (conforme a obra fundamental de LUHMANN. Niklas. *Legitimação Pelo Procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília, Ed. UNB, 1980).

⁹⁰ BAPTISTA MACHADO, João. Tutela da Confiança e ‘Venire Contra Factum Proprium’. In: *Obra Dispersa*. Vol. I. Scientia Jurídica. Braga, 1991, p. 345. Também MOTA PINTO, Paulo. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no Direito Civil. Volume Comemorativo do 75º Tomo do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, pp. 1-54).

do mais à boa-fé estão ligadas diversas eficácias, seja (mais comumente) a eficácia indenizatória, ou ressarcitória, seja a eficácia invalidante, seja a “paralisante” (como na *Verwirkung*) seja a dissuasória (como quando se retira um produto do mercado, porque sua introdução decorreu de um abuso do poder econômico) ou, no terreno da boa-fé contratual (Código Civil, art. 422), a eficácia de geração de deveres de deveres anexos, de cunho instrumental, e deveres de proteção⁹¹; a boa-fé ainda admite *mensurar as diversas medidas de uma mesma eficácia* (o que é de todo relevante, por exemplo, na eficácia indenizatória, para medir a gravidade da infração causadora de dano ou na eficácia invalidade, para avaliar-se se é caso, ou não, de convalidação, e se essa é total ou parcial); por fim, permite a legitimidade da oposição de exceções ao ato praticado em desconformidade ao *standard* de conduta configurado pelo princípio e, ainda, a oposição de medidas preventivas de ordem processual

É, pois, a boa-fé um bem jurídico-cultural *operativo*, isto é, um valor dotado de realizabilidade⁹², isto significando dizer que, em cada Ordenamento, a confiança encontra particular e concreta eficácia jurídica como *fundamento de um conjunto de princípios e regras*, entre os quais está justamente a boa-fé como baliza das situações de exercício jurídico inadmissível.

Na função de baliza da licitude, confiança e boa-fé (idéias já unidas etimologicamente pela noção de *fides*) conectam-se funcionalmente, uma sintetizando a proteção das legítimas expectativas, outra traduzindo as exigências de probidade e correção no tráfego jurídico⁹³. Atuam, pois, coligadamente⁹⁴ para coibir condutas que defraudem a *expectativa de confiança* - seja aquele grau mínimo de confiança que torna pensável a vida social, seja a confiança qualificada por uma especial proximidade social

⁹¹ Assim o nosso *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p 437 e ss, com indicação de bibliografia.

⁹² REALE, Miguel, *Invariantes Axiológicas*, Revista Brasileira de Filosofia, v. XXXIX, n. 167, São Paulo, p. 232, ao acentuar que é da essência do valor a sua realizabilidade.

⁹³ Acerca das conexões e, igualmente, distinções funcionais entre boa-fé e confiança, ver CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 454 e ss.

⁹⁴ Observa Carneiro da Frada que a boa-fé atua “de modo reflexo” na tutela das expectativas tendo relevância no “quadro das exigências de probidade e equilíbrio de conduta que aquela veicula”. (CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 454).

entre as partes, como ocorre na relação pré-contratual⁹⁵. Isto porque não é nem sequer pensável a *comunicação* (entendida como meio de entendimento e de coordenação da ação humana) - ensina-nos Baptista Machado -, senão havendo a observância de regras éticas elementares, como a veracidade e a lealdade, a que correspondem os conceitos complementares de credibilidade e responsabilidade.

Entre essas regras éticas elementares se encontra a exigência de não criar ou sustentar indevidamente expectativas em outrem, bem como a de prevenir a formação de representações falsas, temerárias ou infundadas no *alter*⁹⁶, parceiro no *intermundo*⁹⁷ da existência em comunidade. Trata-se evidentemente de tutelar expectativas *legítimas*, o qualificativo conferindo objetividade ao substantivo⁹⁸, pois o termo “legítima” aposto aos substantivos “confiança” ou “expectativa” aplica-se a todo ato, conduta, palavra ou comportamento ou omissão relativamente as quais o sujeito é considerado como estando “em bom direito”, cabendo aos juízes determinar o que é ou não conforme ao “bom direito” segundo os elementos circunstanciais e contextuais⁹⁹ e conformemente as pautas do *id quod plerumque accidit*.

Assim sendo, no plano eficaz a boa-fé (superposta à “confiança legítima”), atuando como “baliza da licitude” indicará as variadas possibilidades técnicas de coibição do exercício de direitos e poderes formativos (dimensão negativa) quando violadores de uma confiança legitimamente suscitada. Essa violação importará em ilicitude por exercício inadmissível (abuso) como ocorre, por exemplo, nas situações em que é vedado *venire contra factum proprium*¹⁰⁰; ou nos casos de paralisação do

⁹⁵ Para a perspectiva escalonada segundo grau de proximidade e distancia social por todos, COUTO E SILVA, Clóvis. *Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé*. (datilog.) Porto Alegre, 1988.

⁹⁶ Cf. CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 467.

⁹⁷ A expressão é do filósofo M. MERLEAU-PONTY, em *O Visível e o Invisível*. Trad, de José Artur Gianotti e Armando Mora. 4º ed., 2ª reimpressão, São Paulo, Perspectiva, 2005.

⁹⁸ A legitimidade da expectativa pressupõe o “investimento de confiança” que se caracteriza pelo “tipo de disposição levada a cabo”, caracterizando-se, pois, por “uma confiança subjetiva, *objetivamente verificada*” (MOTA PINTO, Paulo. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no Direito Civil. Volume Comemorativo do 75º Tomo do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, pp. 1-54)

⁹⁹ AUBRY, Hélène. Un apport du Droit Communautaire au Droit Français des Contrats: la notion d’attente légitime. In *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2, 2005, Paris, p.634.

¹⁰⁰ O *leading case* na jurisprudência brasileira está em: STF: RE 86787 / RS, Relator Min. LEITAO DE ABREU. J. em 20/10/1978, Segunda Turma. In: DJ 04-05-1984 PP (também em EMENT vol. 00113-02, pp. 00621 e em RTJ/90-03, pp. 968). Ementa: Casamento. Regime de bens. Interpretação do artigo 7.,

exercício de direito subjetivo em formas atípicas, aproximativas da preclusão ou decaimento que podem levar à supressão e à ressurreição de direitos (*supressio e surrectio*¹⁰¹); e ainda, na coibição dos casos de contraditoriedade de condutas agrupados sob a rubrica *tu quoque* para além dos casos em que a boa-fé veda a alegação de nulidades formais, quando as nulidades não atingem a substância do ato, sendo conhecidas pela contraparte, que as tolera¹⁰².

Todos esses casos já compõem o repertório brasileiro do princípio da boa-fé e esse traço já seria, de per si, relevante para transformar a boa-fé no mais importante dos

par- 4., da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro. 1) Nubentes que, sem impedimento para casar, contraem matrimônio no Uruguai, depois de preencher, pela lei uruguaia, os requisitos exigidos para a fixação de domicílio nesse país. Decisão onde se reconhece que o domicílio se estabeleceu no lugar do casamento também segundo a lei brasileira. Conclusão que assentou, neste ponto, no exame da prova, sendo, pois, irrevisível em sede de recurso extraordinário (súmula 279). Inexistência, pois, de ofensa ao artigo 7., par-4., da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro. 2) Dá interpretação razoável, por outro lado, a esse dispositivo legal, o aresto impugnado, quando sustenta que não importa ofensa ao aludido preceito da Lei de Introdução, no que toca ao regime de bens, casamento efetuado no estrangeiro, segundo a lei local, para que incida determinado regime de bens, quando este é admitido, também, pela lei brasileira. No caso, o matrimônio efetuou-se no Uruguai, onde o regime comum é o da separação de bens, para que este fosse o regime do casamento, regime também admitido pelo nosso direito. 3) Infração ao princípio geral de direito segundo o qual não pode a parte "*venire contra factum proprium*". Recurso extraordinário não conhecido. Para o exame da jurisprudência posterior, SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório. Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005. Também MARTINS-COSTA, Judith. A Ilícitude derivada do exercício contraditório de um Direito: o renascer do venire contra factum proprium. In: REALE, Miguel et alii. *Experiências do Direito*. São Paulo, Millenium, 2004 (idem em Revista Forense, vol. 376, Rio de Janeiro, 2004, pp 109-129).

¹⁰¹ A expressão *supressio* indica um duplo e correlato fenômeno, derivado de um mesmo fato e fundamentado num mesmo valor, a *confiança*: o passar do tempo pode, em certas situações, fazer desaparecer situações jurídicas ou direitos subjetivos que não foram exercidos durante um certo lapso por seu titular, desde que o não-exercício tenha causado, à contraparte, um benefício, em razão da confiança de que aquela situação ou direito não seria mais usado. Uma destas funções é apanhada, em matéria de prazos, pelo instituto que os juristas alemães denominam de *Verwirkung*, criação jurisprudencial que abrange várias hipóteses, mas cujo efeito consiste na *paralisação do exercício de um direito* como meio sancionatório da deslealdade e da torpeza. Assim sendo, mesmo que o direito subjetivo exista, segundo as regras legais, o seu exercício é vedado, paralisado, pois alegar a norma legal quando se agiu torpe ou deslealmente, importa em atentar contra a boa-fé e lesar a confiança no tráfico jurídico. A denominação "*supressio*" é utilizada pelo jurista português António Menezes Cordeiro que assinala o emprego, em língua latina, de outras denominações, como "decadência", "inibição", "paralisação", "preclusão" ou "perda". Porém Menezes Cordeiro aponta a sua impropriedade, ou por misturarem conceitos de direito material e de direito processual, ou por conotarem o instituto da caducidade, ou, ainda, por não refletirem o sentido do instituto, que é, justamente, o de *suprimir a situação de direito* que, em certas circunstâncias, não tendo sido exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo, por, de outra forma, contrariar a boa-fé. A *surrectio* é a mesma situação encarada sob o prisma da contraparte, considerada como a criação de um direito ao não exercício de posição jurídica atribuída à parte adversa, nas condições acima mencionadas, a fim de proteger sua confiança. Para a sua configuração, há de se exigir não só o decurso considerável de tempo, que pode ser variável caso a caso, como também indícios objetivos de que o direito não seria exercido, não sendo necessário, contudo, se cogitar de intenções subjetivas. (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e: *Da boa-fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 1984, pp. 719-860).

¹⁰² Para o acurado exame dessas hipóteses, por todos, MENEZES CORDEIRO, A. in *Da boa-fé no direito civil*, cit., e, mais recentemente, em. *Tratado de Direito Civil. Português. I. Parte Geral. Tomo IV*. Coimbra, Almedina, 2005.

critérios materiais de aplicação do art. 187, na mais forte “baliza de licitude” que o enunciado normativo contém, na medida em que, afirma Baptista Machado, é necessário (para a tutela das legítimas expectativas) que ao próprio sistema seja “imane a possibilidade de uma ‘aprendizagem’ e de uma transmissibilidade ‘por tradição’ daquilo que a experiência humana e a consciência cultural consagraram como êxitos evolutivos comprovados”, de modo que, para permitir a própria comunicabilidade, o discurso aplicativo há de ser “tradicionalizável”¹⁰³. Ora, ao longo de dois mil anos a boa-fé tem exprimido, conquanto as diferentes eficácias que lhe foram historicamente imputadas, os valores fundamentais do sistema de modo que, ao se dizer que no exercício dos direitos se deve respeitar a boa fé, “equivale a exprimir a idéia de que, nesse exercício, se devem observar os vectores do próprio sistema que atribui os direitos em causa”¹⁰⁴.

Alem do mais a boa-fé é uma *categoria sistematizadora* na medida em que há de ser composta com outras categorias dogmáticas com ela funcionalmente conectadas¹⁰⁵. No que tange à função da boa-fé como limite ao exercício de direitos haverá necessária conexão funcional com as regras atinentes ao exercício em causa: v.g, se se tratar de um contrato de mandato, a repressão ao exercício excessivo de poderes pelo mandatário deverá atuar pela conexão entre o princípio da boa-fé atuando em sua intensidade máxima (em razão da natureza fiduciária desse tipo contratual) e as eficácias previstas no art. 665 do Código Civil; se o caso envolver relação pré-contratual de serviços médicos, em que é patente a assimetria de poderes informativos – pensamos, por exemplo, em uma cirurgia plástica estética - a boa-fé comandará a avaliação da qualidade e extensão das informações pré-contratuais prestadas pelo médico ao paciente, de modo a se estabelecer se ocorreu ou não relação causal entre o dano acaso existente e o “consentimento informado”, isto é, o dever pré-contratual de ampla informação, alerta e esclarecimento ao paciente; se o caso envolver relações proprietárias (como na hipótese tradicional do abuso no exercício de direitos de vizinhança) haverá conexão entre a boa-fé como mandamento de consideração ao *alter* e as regras codificadas que demarcam tal exercício; já se se tratar de relações intra-

¹⁰³ BAPTISTA MACHADO, João. Tutela da Confiança e ‘Venire Contra Factum Proprium’. In: *Obra Dispersa*. Vol. I. Scientia Jurídica. Braga, 1991, p.348.

¹⁰⁴ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil. Português. I. Parte Geral. Tomo IV*. Coimbra, Almedina, 2005, p. 371.

¹⁰⁵ Aqui reside, precisamente, a principal distinção entre boa-fé e equidade. Essa distinção é fundamentalmente metodológica, pois enquanto a equidade se esgota nas circunstâncias do caso sendo, assistematizadora, a boa-fé “ressistematiza” a solução encontrada, conectando-se com outras categorias dogmáticas e, inclusive, ampliando o seu raio de ação.

empresariais, como as que ligam o acionista controlador aos minoritários, a boa-fé auxiliará a mensuração do abuso de poder de controle nos termos amplamente postos na lei societária; em outro exemplo, nas relações inter-empresariais, direcionará o mandamento de consideração, impedindo que prática comercial habitualmente seguida, ainda que defeituosa na forma, possa ser anulada por defeito de forma¹⁰⁶.

Esse papel sistematizador da boa-fé no âmbito da regulação do exercício dos direitos não deve ser descurado. Décadas de “descodificação”, de dispersão da estrutura codificada e de despedaçamento dos grandes conceitos dogmáticos que marcaram a primeira codificação moderna abriram passo para uma reconstrução necessária, é certo, no Direito Privado. Mas, igualmente, constituíram o passaporte para o subjetivismo, para a perigosíssima via da livre “produção de sentidos” por parte do intérprete, para o estabelecimento, pelo juiz, de decisões *ad hoc* fortemente contrárias ao princípio superior da certeza e segurança jurídicas, impedindo, por vezes, a própria ordenação racional das soluções jurídicas. Uma *jurisprudência sentimental*, divorciada da dogmática, e uma doutrina que substitui a produção dogmática por *palavras de ordem*, ainda que embaladas em bons propósitos, desservem ao Direito, pois dissolvem o sistema. No entanto, a noção de *sistema* é essencial para a racionalidade do Direito, cabendo razão a Humberto Avila quando anota: “Quando se aplica, sem valorar sistemática e problematicamente, não se aplica: distorce-se a finalidade concreta do Direito”¹⁰⁷. É urgente, pois, que tenhamos a consciência da *necessidade de sistematização*, não mais fechada e axiomática, não autárquica e limitada a um formalismo de fachada, mas daquela que, por um lento e constante labor de construção agrupa, em torno dos *critérios materiais* acolhidos pelo Direito Privado, as soluções que são progressivamente alcançadas.

Como vimos o art. 187 contém três critérios materiais: os bons costumes (noção fortemente sociológica, de conteúdo variável, remetendo ao sentido ético imperante na

¹⁰⁶ Antiga decisão do STF já admitia uma variante dessa forma de “paralisação” (*Verwirkung*) do exercício do direito subjetivo em atenção à confiança legítima, *in verbis*: STF. RE n.63.129-SP, 2ª T. Rel. Min. Adalício NOGUEIRA, j. em 17.10.1967, in RTJ, v.43, março de 1968, pp. 777-783. Ementa: “Promessa de Venda. A tolerância do promitente-vendedor, admitindo o atraso no pagamento das prestações devidas, impõe seja, previamente, interpelado o promitente-comprador. Dissídio jurisprudencial. Recurso Extraordinário de que se conheceu, mas a que se negou provimento”.

¹⁰⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: *O ensino jurídico no limiar do novo século*. Edição Comemorativa do Cinquentenário da Faculdade de Direito da PUC/RS. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 427-455.

comunidade social¹⁰⁸); o fim econômico e social do direito (aduzindo os elementos substancial e finalístico como constitutivos do direito subjetivo, em sentido amplo) e a boa-fé. Essa, considerada em seu papel de elemento ordenador e sancionador do exercício jurídico incompatível com a coexistência de liberdades na vida comunitária é a que melhor se presta para sistematizar a variadíssima tipologia passível de abrangência pelo art. 187 na medida em que instituindo padrões de probidade, correção e atenção às expectativas legítimas, se mostra metodologicamente apto para dois importantes passos: (i) o encontro, no caso, pelo intérprete, de uma solução que não está necessariamente tipificada nas categorias intra-sistemáticas e, (ii) a ressystematização¹⁰⁹ isto é, a ordenação racional da solução encontrada, dialeticamente transformado em abstrato e geral (isto é: aplicável à generalidade dos casos análogos) o que fora concreto e particular.

Com efeito, para além de sustentar o que se poderia denominar de “casos tradicionais de abuso” – inclusive os decorrentes de desequilíbrio de posições jurídicas, em que o princípio (implícito) do equilíbrio conecta-se tanto ao princípio da boa-fé quanto à noção de fim econômico ou social do direito¹¹⁰ – a boa-fé do art. 187 enseja,

¹⁰⁸ Observa Menezes Cordeiro que os bons costumes “remetem para regras de comportamento sexual e familiar que, por tradição, não são explicitadas pelo Direito civil, mas que este reconhece como próprias. E eles remetem, também, para certos códigos deontológicos reconhecidos pelo Direito. Nestes termos, os bons costumes traduzem regras que, tal como muitas outras, delimitam o exercício de direitos e que são perfeitamente capazes de uma formulação genérica. Não há, aqui, qualquer especificidade” (MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil. Português. I. Parte Geral. Tomo IV*. Coimbra, Almedina, 2005, p. 371). Já Clóvis do Couto e Silva anotara: “(...) os bons costumes referem-se a valores morais indispensáveis ao convívio social, enquanto a boa-fé tem afinidade com a conduta concreta dos figurantes”(COUTO E SILVA, Clovis. *A Obrigação como Processo*. São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 31). Segundo Maria Claudia Cachapuz, “o típico ao conceito de bons costumes é justamente o peculiar a uma determinada experiência (...) para uma situação concreta de vida”, correspondendo “àquilo que é passado pela tradição”, isto é, o que “atingiu autoridade pela herança histórica”, não podendo “ser descartado de uma investigação histórica sem uma argumentação relevante”(CACHAPUZ, Maria Claudia. *Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro. Uma leitura orientada pelo Discurso Jurídico*. Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 2005, pp. 242-243).

¹⁰⁹ Assim venho postulando desde 1997 quando defendi a tese mais tarde transformada no livro *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999 (nesse sentido as conclusões sintéticas ns. 11 a 15).

¹¹⁰ Embora não explicitando essas conexões entre boa-fé, equilíbrio e fim econômico ou social do direito assim já julgou o STJ em REsp 250523 / SP ; Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, 4º T. J. em 19/10/2000. In: DJ 18.12.2000 p. 203(idem em JBCC vol. 187 p. 366; LEXSTJ vol. 141 p. 194; e RSTJ vol. 145 p. 446 . Ementa: “CONTA CORRENTE. Apropriação do saldo pelo banco credor. Numerário destinado ao pagamento de salários. Abuso de direito. Boa-fé. Age com abuso de direito e viola a boa-fé o banco que, invocando cláusula contratual constante do contrato de financiamento, cobra-se lançando mão do numerário depositado pela correntista em conta destinada ao pagamento dos salários de seus empregados, cujo numerário teria sido obtido junto ao BNDES. A cláusula que permite esse procedimento é mais abusiva do que a cláusula mandato, pois, enquanto esta autoriza apenas a constituição do título, aquela permite a cobrança pelos próprios meios do credor, nos valores e no momento por ele escolhidos.

por conta de sua vocação sistematizadora, um virtuoso leque de possibilidades ao Direito brasileiro. É perfeitamente cabível postular que o art. 187 seja tido como *eixo de um sistema de ordenação do exercício jurídico lícito* (ou, inversamente, de um sistema de coibição do exercício jurídico ilícito) arrumando, em grupos de casos *axiologicamente orientados* aos valores encerrados no sintagma “boa-fé”, hipóteses ainda hoje vistas ao modo disperso e desconexo. Assim, exemplificativamente, o exercício inadmissível de situações jurídicas societárias¹¹¹, no Direito Empresarial, o exercício abusivo de posição dominante no mercado, nas relações de Direito da Concorrência¹¹²; a invasão abusiva da esfera da privacidade ou mesmo o abuso do direito de informação¹¹³ ou do “direito de narrar¹¹⁴”, temas abrangidos pela proteção dos Direitos da Personalidade na forma da cláusula geral do art. 21 do Código Civil¹¹⁵; e, nas relações de Direito Privado comum - entre tantos outros exemplos que poderiam ser citados -, a própria disciplina das cláusulas contratuais que se mostram abusivas, ou por desequilibrarem manifestamente as posições contratuais, ou por traduzirem manifestamente deslealdade ou improbidade, ao “amordaçarem” uma das partes ou ao encerrarem indevida surpresa em desfavor da parte aderente, como pode ocorrer com certas pactuações de juros, ou de reajuste, que não deixam explicitada nem as bases de cálculo nem os critérios que serão adotados para tal fim.

Recurso conhecido e provido”. Veja-se que a afronta ao equilíbrio de posições contratuais ocorre porque a relação entre o banco, como fornecedor e o cliente é de per si assimétrica; o fim econômico do contrato de financiamento não é o de permitir o poder de disposição do banco sobre o saldo em conta corrente. A afronta à boa-fé está em que o banco agiu com deslealdade ao impor, em contrato de adesão, a cláusula.

¹¹¹ Exemplos em LEVI, Giulio. *L'abuso del diritto*. In Studi do Diritto Privato Italiano e Straniero. Nuova Serie. Vol. Xxi. Milão, Giuffè, 1993, pp. 69-94.

¹¹² Exemplos em LEVI, Giulio. *L'abuso del diritto*. In Studi do Diritto Privato Italiano e Straniero. Nuova Serie. Vol. Xxi. Milão, Giuffè, 1993, pp.95-116.

¹¹³ Já se pronunciou o STJ a respeito, conquanto também não tenha estabelecido a conexão entre o art. 187 (Boa-Fé) e o art. 21 (proteção à vida privada). Assim o REsp 473734 / AL ; Rel. Min. CASTRO FILHO , 3ª T. J. em 25/05/2004; In: DJ 07.06.2004 p. 218 (idem em RT vol. 829 p. 155). Ementa: “Ação de indenização por dano moral. Notícia ofensiva à honra e dignidade do autor. Lei de imprensa. Inépcia da inicial. Decadência afastada. Lesividade e abuso do direito de informação reconhecidos pelas instâncias ordinárias. Matéria de prova (...).

¹¹⁴ STJ. REsp 513057 / SP ; Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, 4ª T. J. em 18/09/2003 . In: DJ 19.12.2003 p. 484 (idem em RSTJ vol. 177 p. 52). Ementa: Responsabilidade Civil. Lei de imprensa. Notícia jornalística.revista Veja. Abuso do direito de narrar. Assertiva constante do aresto recorrido. Impossibilidade de reexame nesta instância.matéria probatória. Enunciado n. 7 da súmula/stj. Dano moral.responsabilidade tarifada. Inaplicabilidade. Não-recepção pela Constituição de 1988. Precedentes. Quantum. Exagero. Redução.Recurso provido parcialmente.I – Tendo constado do aresto que o jornal que publicou a matéria ofensiva à honra da vítima abusou do direito de narrar os fatos, não há como reexaminar a hipótese nesta instância, por envolver análise das provas, vedada nos termos do enunciado n. 7 da súmula/STJ.(...).

¹¹⁵ Para a relação entre o exercício inadmissível e a proteção da vida privada, CACHAPUZ, Maria Claudia.*Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro. Uma leitura orientada pelo Discurso Jurídico*. Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 2005, em especial pp.201-284,

Para melhor figurar a idéia de um *sistema de ordenação do exercício jurídico lícito orientado pela boa-fé* pensemos, para exemplificar, nas relações intra-societárias.

A Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6404/76) arrola no art. 117 as hipóteses de atos praticados com abuso de poder pelo acionista controlador, aludindo no parágrafo 1º às “modalidades de exercício abusivo de poder”¹¹⁶. Porém, como acentua Comparato, o rol do art. 117 é apenas exemplificativo, “estabelecendo *standards*”¹¹⁷ e admitindo aplicação analógica¹¹⁸. De sua combinação com o art. 187 do Código Civil pode resultar a via de ingresso no Ordenamento brasileiro para institutos já experimentados no Direito Comprado. Lembramos, exemplificativamente, do *squeeze out*, hipótese de opressão dos acionistas não-controladores pelos controladores na medida em que consiste em forçar a saída do minoritário da sociedade pagando preços aviltados pelas ações; ou, ainda, o *economic duress* que é forma de coação econômica direcionada à ameaça de prejuízos financeiros, principalmente, em relações comerciais, ultrapassando-se a tênue fronteira – só detectável contextualmente – entre o jogo comercial “duro” e a ilicitude no exercício da posição jurídica¹¹⁹.

¹¹⁶ São elas: 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 a 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 de 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. (Cf. redação dada pela Lei nº 9.457, de 05.05.97).

¹¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 4ª edição.. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 392, n. 119.

¹¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 392, n. 119.

¹¹⁹ Essencial, para a caracterização do *economic duress* (traçando-se a necessária distinção entre esse defeito e o jogo comercial “normal”, conquanto por vezes “duro”), é saber quais pressões são “normais” e quais infringem o Direito. A ameaça de não-cumprimento para induzir uma modificação no contrato, por exemplo, ou a perspectiva de ruína econômica, podem caracterizar o defeito do negócio jurídico, uma vez que a doutrina do *economic duress* é perpassada pelo reconhecimento de que “uma grande pressão pode obrigar alguém a fazer alguma coisa, mesmo sem a utilização de uma arma” (assim, PATERSON; HOCKER. *Contracts avoidable on the grounds of unconscionable conduct*. In: <http://law.anu.edu.au/colin/Lectures/uncons.htm> acesso em 15.10.05). Da década de 1940 datam as primeiras decisões, quando a Corte da Califórnia passou a reconhecer, paralelamente ao *duress*

Portanto, a inadmissibilidade da conduta há de ser detectada conforme as balizas do art. 187, a boa-fé atuando inclusive como *critério de mensuração do exercício inadmissível*, pois se é bem verdade que a relação exemplificativa do art. 117 caracteriza o abuso em relação ao fim visado, a incidência da boa-fé conduz a caracterizar o exercício inadmissível da posição de administrador referentemente ao meio empregado. Assim seria, por exemplo, a adoção de determinada conduta – em si mesma lícita – que, pelo modo e pelas circunstâncias, implicasse deslealdade aos demais sócios, como é exemplo caso lembrado por Zanini de violação, pelos administradores de companhia, das razoáveis expectativas (*reasonable expectations*) dos minoritários na medida em que criada situação que configurava nítida opressão (*opression of the minority shareholder*) dos minoritários.¹²⁰

No campo do abuso, acentua Comparato, “sobreleva (...) a função inquisitória do juiz, que não se deve contentar com as aparências (...)”¹²¹. Porém, não se contentando com as aparências, também não deve o juiz recair no subjetivismo a que conduz um axiologismo de superfície, desgarrado do sistema.

Nesses casos o princípio da boa-fé, por seu significado primacial de correção e lealdade, por sua inscrição em uma *tradição sistematizadora*, pela relativa vagueza semântica que o caracteriza – permitindo, em seu entorno, uma área de franja hábil a captar novas hipóteses não ainda tipificadas legal ou socialmente – mostra-se um instrumento da maior utilidade para resolver o “dilema do abuso”, a saber: o de demarcar, no caso concreto, a extensão dos direitos e faculdades que não foram objeto de maior precisão legislativa¹²².

tradicional (*Physical Duress*, assim tido o uso da força para compelir alguém à prática de ato aos seus interesses) também o *economic duress*, resultante de práticas comerciais “inaceitáveis” ou pressões “contrárias à consciência” (*unconscionable*), também dito *business compulsion*, como relata SCHWATKA, Gladys L. *Contracts: restitution and rescission – economic duress and business compulsion in California. California Law Review*. v. 40, 1952, p. 425.

¹²⁰ZANINI, Carlos Klein. A doutrina dos “fiduciary duties” no direito norte-americano e a tutela das sociedades e acionistas minoritários frente aos administradores das sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil*. vol. 109, p. 148.

¹²¹COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 382, n. 118.

¹²² Como observa Karimi, “os direitos (subjetivos) conferem certas faculdades a seus titulares a que são ligados, concomitantemente, certos deveres. A questão está em saber se para além (*en dehors*) dos limites traçados precisamente pelas leis, existem outras restrições não tornadas precisas pelo legislador. Essa é a razão pela qual se põe a questão do abuso do direito: ela consiste precisamente em estudar os limites dos

Mais do que isso, a boa-fé permite até mesmo ultrapassar a noção de abuso do direito - “construído, na doutrina, como conceito dogmático residual, para abranger situações de fato não enquadráveis no ordenamento jurídico – mas de definir causa de ilicitude („„)”¹²³. Por essa razão há quem sustente que a boa-fé não é apenas a mais importante das balizas do exercício jurídico: o princípio englobaria a categoria do abuso que, *subsumido* no princípio da boa-fé objetiva, não teria “existência autônoma”, mas demarcaria uma das três zonas funcionais do princípio¹²⁴.

Se assim for, o instituto regente do exercício jurídico (chamemo-lo de abuso ou de exercício inadmissível ou disfuncional) não mais pode ser considerado como “um caso residual” de ilicitude estando, ao contrário, no centro do sistema. Aí está, efetivamente, a medida de um direito subjetivo “reconfigurado”, não mais visto como um tendencialmente ilimitado “poder da vontade”, mas como elo integrante das complexas situações jurídicas subjetivas, existenciais ou patrimoniais que se situam na vida social como cenário da *integração de liberdades coexistentes*. Pode-se mesmo afirmar que as balizas postas no art. 187 e a noção de ilicitude civil que contém marcam o que, em texto notável, Baptista Machado denominou de o trânsito do plano do mero subjetivismo contingente para o plano da objetividade intersubjetiva, verdadeira

direitos que não foram objeto de uma precisão legislativa. (KARIMI, Abbas. *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de Droit*. Paris, L.G.D.J, 2001, 27).

¹²³ CACHAPUZ, Maria Claudia. *Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro. Uma leitura orientada pelo Discurso Jurídico*. Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 2005, p. 237.

¹²⁴ Assinala Giulio Levi: “Vi è una tendenza, anche secondo la dottrina italiana, a generalizzare il principio dell’abuso del diritto, sino a ricomprenderlo in quello di buona fede: cioè proprio l’exceptio doli generalis rivela che un principio di carattere generale domina la materia e questo, tra l’altro, conferme il discorso di coloro che dicono che in realtà non esiste l’abuso del diritto, anzi che questo è una contraddizione in termine. Sulla spinta tedesca, dunque, addirittura si è parlato di principio di correttezza e buona fede, principio che investirebbe non solo i rapporti obbligatori, ma verrebbe applicato anche in tema, per esempio, di concorrenza sleale, di responsabilità civile. (LEVI, Giulio. *L’abuso del diritto*. In *Studi do Diritto Privato Italiano e Straniero. Nuova Serie. Vol. Xxi. Milão, Giuffè, 1993, p. 13*). Em sentido contrário, na doutrina brasileira, Anderson Schreiber, que, analisando o art. 187, assinala: “O abuso do direito é, sob esse ângulo, mais amplo que a boa-fé objetiva porque não apenas impede o exercício de um direito contrário à boa-fé, mas também em outras situações em que o confronto se dá com os bons costumes ou com o fim econômico e social do direito. Sob outro ângulo, contudo, a boa-fé é mais ampla que o abuso, porque não apenas impede o exercício do direito que lhe seja contrário, mas também porque impõe comportamentos e serve de critério hermenêutico-interpretativo (sic) nas relações negociais. É possível, portanto, concluir, ao menos à luz do direito positivo brasileiro, que boa-fé objetiva e abuso do direito são conceitos autônomos, figuras distintas, mas não mutuamente excludentes, círculos secantes que se combinam naquele campo dos comportamentos tornados inadmissíveis (abusivos) por violação ao critério da boa-fé” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório. Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, pp. 112-113).

passagem do anormativo para o normativo, do homem empírico para o homem normativo¹²⁵.

Com os olhos voltados às potencialidades do art. 187 para a configuração desse “homem normativo”, ousemos, pois, unindo ética e técnica civilista, impedir que a denominação prevaleça sobre a significação da figura: afastemos o exercício jurídico das trilhas subjetivistas encerradas tradicionalmente no *nomem iuris* “abuso do direito” para, recheando com renovado conteúdo a concha do marisco abandonada, redirecioná-lo a uma qualificação normativamente polarizada pela conduta segundo a boa-fé, os bons costumes e o fim econômico e social no exercício dos direitos, faculdades, posições e situações jurídicas subjetivas.

Canela, setembro de 2006

¹²⁵ BAPTISTA MACHADO, João. A Clausula do Razoável, in *Obra Dispersa*. Vol. I. Scientia Jurídica. Braga, 1991, p. 464.

Referências bibliográficas

AGUIAR JR, Ruy Rosado. Cláusulas Abusivas no Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, C. L. (org.) *Estudos sobre a Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre, AJURIS, 1994.

AMERICANO, Jorge. *O Abuso do Direito no Exercício da Demanda*. São Paulo, Casa Vanorem, 1923.

AUBRY, Hélène. Un apport du Droit Communautaire au Droit Français des Contrats: la notion d'attente légitime. In *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2, 2005, Paris.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: *O ensino jurídico no limiar do novo século*. Edição Comemorativa do Cinquentenário da Faculdade de Direito da PUC/RS. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

BAPTISTA MACHADO, João. Tutela da Confiança e 'Venire Contra Factum Proprium'. In: *Obra Dispersa*. Vol. I. Scientia Jurídica. Braga, 1991.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Bevilacqua*. Ed. Rio, 2ª tiragem, ed. histórica, Rio de Janeiro, 1976.

BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Teoria dos Ilícitos Civis*. Belo Horizonte, 2003.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro. Uma leitura orientada pelo Discurso Jurídico*. Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 2005.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

CARPENA, Heloisa. Abuso do direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*. São Paulo, Bushatsky, 1976.

COUTO E SILVA, Clóvis. *Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé*. (datilog.) Porto Alegre, 1988.

ESSER, J. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Trad. de: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* por Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino : Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.

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

GADAMER, H. G. *Verdad y Metodo*. Tradução espanhola de Ana Agud APARICIO e Rafael de AGAPITO. Salamanca: Sigueme, 1991.

GUNTHER, Klaus. Responsabilização na Sociedade Civil. Tradução de Flavia Püschel. In: *Novos Estudos. CEBRAP*. V. 63, São Paulo, 2002.

HEINECK SCHMITT, Cristiano. *Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal – Parte Geeral – Fundamentos y Teoria de la Imputación*. Tradução espanhola de J. C. Contreras e J. L. S Gonzalez de Murillo. Madri, Marcial Pons, 1997.

JORDAO, Eduardo. *Abuso de Direito*. Salvador, Podivum, 2006.

KARIMI, Abbas. *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de Droit*. Paris, L.G.D.J, 2001.

KELSEN, Hans. *La Dottrina Pura del Diritto*. Tradução italiana, Einaudi, 1990.

LEVI, Giulio. *L'abuso del diritto*. In *Studi do Diritto Privato Italiano e Straniero*. Nuova Serie. Vol. Xxxi. Milão, Giuffè, 1993.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação Pelo Procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília, Ed. UNB, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*. 2ª Edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica – arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2ª edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 201.

MARINONI, Luiz Guilherme *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*. (1ª ed: 1935). 3ª ed. histórica, Rio de Janeiro, Forense, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith . *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil (estruturas e rupturas em torno do art. 187). In: [www. migalhas. com. br](http://www.migalhas.com.br).

MARTINS-COSTA, Judith .A Boa-Fé como Modelo in: MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil*. São Paulo, Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e Experiência no Código Civil. *in Boletim da Faculdade de Direito da Faculdade de Coimbra*, vol. 78, Coimbra, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Adimplemento das Obrigações*. Vol. V, Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do Direito privado brasileiro, *in Revista do Consumidor*, Universidade de Coimbra, nº6, Coimbra/ Portugal, 2005, pp 85 - 128. Idem em *Revista Forense* vol. 382, p. 119 e ss.

MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Almedina, Coimbra, 1984.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil. Português. I. Parte Geral. Tomo IV*. Coimbra, Almedina, 2005.

MENEZES CORDEIRO, António. *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa “in agendo”*. Coimbra, Almedina, 2006.

MERLEAU-PONTY, M. *O Visível e o Invisível*. Trad. de José Artur Gianotti e Armando Mora. 4º ed., 2ª reimpressão, São Paulo, Perspectiva, 2005,

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1986.

MOTA PINTO, Paulo. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no Direito Civil. Volume Comemorativo do 75º Tomo do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, pp. 1-54.

MOTTA, Carlos Guilherme (org.) *Brasil em Perspectiva*. 5ª ed. São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1974.

OLIVEIRA VIANNA, F. J. *Populações Meridionais do Brasil*. Primeiro vol. 5ª ed., 1952.

PATERSON; HOCKER. Contracts avoidable on the grounds of unconscionable conduct. In: <http://law.anu.edu.au/colin/Lectures/uncons.htm> acesso em 15.10.05

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O Abuso do direito e as Relações Contratuais*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

PLANIOL, M. *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 10e éd., L.G.D.J, t. II, n. 871

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, T. II, par. 164 e 165. Rio de Janeiro, Borsói, 1954.

PONTES DE MIRANDA: *Tratado de direito privado*, t. XL, § 4.352, Rio de Janeiro, Borsói, 1962.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Tomo LIII, par. 5.498. Rio de Janeiro, Borsói, 1966.

RATHENAU, Walther. Do Sistema Acionário - uma análise negocial. Tradução e introdução de LAUTENSCHLEGER JR, Nilson. In *Revista de Direito Mercantil*, 128, ano XLI, out-dez. 2002, p. 202.

REALE, Miguel. Anteprojeto com minhas revisões, correções, substitutivos e acréscimos, 1975, inédito.

REALE, Miguel. “Para uma teoria dos modelos jurídicos”, in *Estudos de Filosofia e de Ciência do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1978.

REALE, Miguel, *O Direito como Experiência*, São Paulo, Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. *Fontes e Modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Saraiva, 1994.

REALE, Miguel, *Invariantes Axiológicas*, Revista Brasileira de Filosofia, v. XXXIX, n. 167, São Paulo.

SÁ, Almeno de. *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*. 2ª ed. Coimbra, Almedina, 2001.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório. Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

SCONAMIGLIO, Renato. Il risarcimento del danno in forma specifica. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957.

SCHWATKA, Gladys L. Contracts: restitution and rescission – economic duress and business compulsion in California. *California Law Review*. v. 40, 1952.

STIGLITZ, Ruben. Contrato de Consumo y Clausulas Abusivas. In: *Estudos de Direito do Consumidor*. Vol. 1, 1999. Centro de Direito do Consumo da Universidade de Coimbra.

TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a Teoria do Risco na perspectiva do Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

VAZ SERRA Adriano. Abuso do Direito (em matéria de responsabilidade civil). In: *Boletim do Ministério da Justiça*. N. 85, abril – 1959, p. 252.

VILLARREAL, Martha Lucia Neme. *Venire contra factum proprium*, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe. In: *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos. Libro en Homenaje a Fernando Hinestrosa – 40 años de Rectoría 1963-2003*. Tomo II. Universidad Externado de Colombia, 2004.

ZANINI, Carlos Klein. A doutrina dos “fiduciary duties” no direito norte-americano e a tutela das sociedades e acionistas minoritários frente aos administradores das sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil*. vol. 109.