

A teoria do abuso de direito e os reflexos no novo código civil

Luciana Fantoni *

Introdução

O Direito visto em sua acepção objetiva, isto é, "como um conjunto de normas que a todos se dirige e a todos vincula"[1] ,nunca causou grandes controvérsias a respeito de sua definição junto à doutrina. Por outro lado, é extremamente difícil definir o Direito em sua acepção subjetiva, já que, por sua natureza altamente abstrata, carrega diversos significados, seja como um poder da vontade, de acordo com Savigny e Windscheid, bem como um interesse juridicamente protegido, conforme a concepção de Von Jhering [2].

Além disso, para se chegar ao entendimento de que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados à sua respectiva função, à boa-fé e aos bons costumes, tal como é visto hoje, deve-se percorrer uma linha que segue desde o Direito Romano, que desconhecia o direito subjetivo, passando pela fase caracterizada pela "absolutização" dos direitos, consagrada pela Revolução Francesa, até chegar aos dias atuais, época em que impera a relativização dos direitos subjetivos.

O Direito Romano, como já referido, desconhecia o direito subjetivo. Neste sentido, ensina Menezes Cordeiro [3]que:

"A pessoa que, nesse ordenamento (Direito Romano), detivesse uma posição favorável que lhe conferisse uma particular proteção do Estado, dispunha de uma ação, isto é, da

possibilidade de, junto de um magistrado, obter uma injunção que, caso se verificassem os componentes alegados e fatos, habilitasse o juiz a determinar medidas concretas."

A ação dependeria, portanto, da posição que a pessoa ocupa, do seu status, e não de um direito subjetivo; isso implica dizer que, quem não fosse *sui iuris*, isto é, quem não estivesse "sujeito apenas ao próprio poder", não teria ação[4] .

Transcorridos cerca de dois mil anos e os direitos subjetivos, que nem sequer existiam, passam a ter importância fundamental na vida das pessoas.

Com o triunfo da Revolução Francesa, a vida, a honra, a liberdade e a propriedade foram proclamadas como direitos fundamentais do homem, inalienáveis e imprescritíveis, sendo a mais poderosa arma contra o absolutismo do Estado, representado até então na figura do Monarca, o qual estava acima do direito e abaixo apenas de Deus. A tarefa principal do direito subjetivo seria a de salvaguardar a autonomia da vontade frente à intervenção estatal.

Ao mesmo tempo em que esta situação abriu caminhos para as mais diversas teorias que tivessem como fim assegurar a liberdade do homem, a concepção individualista das legislações de então, dentre as quais o maior exemplo é o Código Civil de Napoleão, datado de 1801, construiu um sistema de direitos absolutos, pelo qual o exercício de um direito, ainda que dele decorressem conseqüências desastrosas para a sociedade, era protegido em toda e qualquer hipótese e jamais poderia configurar abuso[5] .

Vê-se que este individualismo burguês não propiciava o florescimento de uma doutrina que ensinava a relativização dos direitos subjetivos. O direito sobre a propriedade é o melhor exemplo para demonstrar que não havia limites no exercício de direitos. Leia-se o art. 544 do Código Civil Napoleônico: "La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements" [6].

A partir do final do século XIX, percebe-se que a noção de direito absoluto não é compatível com a de Estado Social Democrático e com as transformações dele advindas, principalmente em relação aos novos problemas sociais que surgiram com a Era Industrial. Aqui, direitos absolutos são aqueles que, ao serem exercidos, o sujeito o faz por expresse permissivo da ordem jurídica, como se nenhum outro sujeito existisse em relação, detentor, também, de direitos; como se não existisse o mínimo de necessidade de atentar-se para a possibilidade de afetar, prejudicialmente, a esfera de outro [7].

Do absolutismo, como conseqüência, surgiu a teoria do abuso de direito. Tal teoria não deriva de reações ao individualismo, mas procura regular a possibilidade de relações entre direitos individuais. Ninguém melhor do que Pontes de Miranda escreveu sobre a necessidade de um direito subjetivo relativizado[8] :

"Para a maioria dos homens, os direitos aparecem como o que eles podem fazer, cobrar, exigir.(...) O mundo é organizado de tal forma que esses direitos, bilhões de direitos numa só cidade, se lançam, se cruzam, sem que nunca se choquem ou se firam.(...) por aí se chega à concepção absolutista, atômica, dos direitos subjetivos. Nenhum depende do outro, nenhum ofende o outro. Movem-se, convivem, sem nunca se encontrarem.(...)Aqui e ali uma ou outra limitação dos direitos, mas feita por lei".

Adiante, finaliza:

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

Desta forma, tornava-se necessário reconhecer que certos atos, ainda que aparentemente conforme a lei, na verdade, eram contrários à moral ou aos princípios gerais do direito; eram, portanto, contrários ao ordenamento jurídico visto como um sistema não apenas

constituído por normas jurídicas, mas, principalmente, como um sistema dotado de valores éticos e que possui uma função teleológica em face da sociedade a que se dirige.

Como se sabe, é impossível pensar o Direito senão em razão do "homem-em-relação" [9]; porquanto o homem em si, isolado, não necessitaria de Direito.

Os direitos subjetivos são eminentemente funcionais, pois não são um fim em si mesmos, isto é, devem cumprir uma função visando não apenas à satisfação pessoal de cada pessoa, mas também de servir ao homem enquanto ser social, o que não pode ser esquecido pelo titular do direito no momento em que procura extrair dele rendimentos e utilidades [10]. O exercício anormal, a falta de interesse sério e legítimo, a desnaturação da sua finalidade econômica ou social, a confiança legítima enganada, tudo isto, colocado pelo ordenamento jurídico como limites aos direitos subjetivos, faz com que eles transudem, deixando de ser absolutos para serem relativos.

1. O artigo 187 do Código Civil e a configuração do abuso de direito como ato ilícito

Prevalece na doutrina, atualmente, o entendimento de que art. 187 do novo Código Civil expressamente considera ato ilícito o abuso de direito. Seguindo uma linha iniciada pelo Código Civil grego de 1946 e pelo português de 1966, nele inspirado, o CCB vigente, dispõe, no referido artigo: "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".

O art. 187 quase que repete o disposto no art. 334 do Código Civil português, que reza: "é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim econômico ou social desse direito", mas distingue-se dele na medida em que afirma que o abuso de direito é ato ilícito[11] .

Entretanto, no entender de Fernando Noronha, não foi feliz esta colocação, pois, nos casos tidos como abuso de direito, nem sempre haverá verdadeira ilicitude: nos dois elementos

caracterizadores da ilicitude – contrariedade ao direito e imputabilidade -, só o primeiro está sempre presente no abuso de direito. Mesmo partidário desta opinião, Noronha concorda que o novo Código Civil consagrou o art. 187 como abuso de direito, e este como ato ilícito .

A maior dúvida não é quanto à existência ou não, no CCB/2002, da presença do instituto do abuso de direito: a parte majoritária da doutrina acredita que exista; o que causa discussões é saber se tal instituição é categoria autônoma ou não do ato ilícito.[12]

Como exposto anteriormente, advém do CCB/1916 a idéia de que o abuso de direito é equiparado ao ato ilícito, tanto se baseando em Pontes de Miranda, inferindo, de acordo com o art. 160, I, que "o irregular, é, pois, ilícito"[13] , como na opinião da maioria da doutrina brasileira, que enxerga na expressão "(...) ao exercê-lo (o direito), excede manifestamente os limites impostos..." o reconhecimento do abuso de direito. Apesar disso, a equiparação dos dois institutos não é pacífica na doutrina, pois há quem distinga as duas figuras:

"Uma é a situação de quem, sem poder invocar a titularidade de direito algum, simplesmente viola direito alheio: esse seria o autêntico perfil do ato ilícito. Outra situação é a daquela que, sendo titular de um direito, irregularmente o exerce" .[14]

Na verdade, o art. 187, apesar de configurar ilicitude, em conformidade com o CCB/2002, não apresenta o mesmo regime da ilicitude representada pelo art. 186: cada qual tem seus pressupostos [15]. Há a "ilicitude de fins", ao violar-se o art. 186, isto é, se o agente agir ou omitir-se voluntariamente, se agir com negligência ou imprudência e, ainda, configurar um dano. Diferentemente ocorre para a "ilicitude de meios" [16], acolhida pelo art. 187, a qual é adotada de acordo com critérios objetivos: não é necessária a consciência de se excederem, com o seu exercício, os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim econômico ou social do direito; basta que haja um abuso nítido [17]desses limites, aferidos independente de dolo ou culpa do agente.

Além disso, o dano, que, no Código anterior, era indissociável ao abuso de direito, não é de caráter obrigatório no art. 187. Logo, o ato abusivo pode até não causar dano e nem por isso deixa de ser abusivo.

Por isso, cabe ao juiz determinar, caso por caso, segundo os referidos critérios, não apenas se existe um ato abusivo, mas também as consequências sancionatórias que dele derivam. Algumas vezes, haverá lugar à restauração natural, nomeadamente através da remoção do que se fez com abuso de direito; ao passo que, outras vezes, ocorrerá, tão-somente, indenização pecuniária dos danos. Além desta responsabilidade civil, poderão verificar-se sanções de várias ordens, visando impedir que o autor do ato abusivo obtenha ou conserve as respectivas vantagens [18].

2. A orientação adotada: a doutrina do exercício inadmissível de posições jurídicas

O CCB/2002 instiga nas pessoas três espécies de questionamento: primeiro, se o art. 187 é a manifestação legal do instituto do abuso de direito; segundo, se o abuso de direito equipara-se ao ato ilícito; e terceiro, pouquíssimo discutido entre os doutrinadores, se, ao invés de afirmar que o art. 187 veda o abuso de direito, ele não proibisse o chamado exercício inadmissível de posições jurídicas.

Para o primeiro e o segundo questionamentos encontramos as mais variadas respostas, porquanto há uma longa tradição doutrinária e jurisprudencial no Brasil acerca do assunto.

O terceiro questionamento é uma inovação, em razão do advento do CCB/2002, na doutrina brasileira, defendido pela professora Judith Martins-Costa. Isto, entretanto, não é novidade na doutrina portuguesa: esta expressão foi criada por Menezes Cordeiro, e árdua e detalhadamente trabalhada na obra *Da Boa-fé no Direito Civil*: "o abuso de direito se reporta ao exercício de qualquer posição jurídica em que sejam contrariados os valores fundamentais do sistema jurídico" [19].

A Prof^ª. Judith Martins-Costa, que, no Brasil, adota esta teoria, contempla que o art. 187 do novo CCB refere-se a um critério de ilicitude, pelo qual veda o exercício inadmissível de posições jurídicas; é um balizamento da "ilicitude de meios", dado pela função econômica e social, pela boa-fé e pelos bons costumes.

O art. 187 trata não da ilicitude de fins, ou seja, derivada do negócio jurídico, mas do modo como o comportamento das partes é exercido no negócio. Por exemplo, o contrato de exploração de menores é em si ilícito; já o contrato de compra e venda em si é lícito, mas pelo modo de exercício do agente tal contrato pode ser ilícito, sendo uma arma de deslealdade contra o fim econômico e social[20] .

"No art. 187, para a caracterização de uma ilicitude, torna-se essencial verificar em que medida restou ameaçada a relação de confiança na conduta depositada em um determinado caso particular – boa-fé; uma confiança que se fará ainda analisável à luz dos dados empíricos da tradição – bons costumes – e das características especiais determinadas pelo caso particular trazidas à apreciação do intérprete – fim econômico e social" .[21]

A denominação abuso de direito está equivocada por basicamente dois motivos: primeiramente, porque o direito não é abusivo em si, somente o seu exercício. Dessa forma, seria preferível o uso da expressão "exercício inadmissível" em vez de "abuso". Em segundo lugar, é fundamental explicar o problema da palavra "direito", e a preferência pela locução "posições jurídicas".

O direito, em si, traria uma idéia muito restrita de exercícios que poderiam ser considerados inadmissíveis, conforme o art. 187. É possível tornar certa conduta ilícita ultrapassando os limites impostos pela boa-fé, bons costumes ou função econômica ou social, não apenas excedendo manifestamente o exercício de direitos subjetivos em sentido estrito, mas também de poderes, liberdades e faculdades.

Já dizia Menezes Cordeiro que "o âmbito da inadmissibilidade de exercício, limitado, limitado ao direito subjetivo, numa visão histórica e nuclear-expectativa, deve ser

alargado". Daí a importância de se falar em posições jurídicas. Posição jurídica é, no entender de Fernando Noronha:

"O conjunto dos direitos subjetivos em sentido estrito, direitos potestativos, simples expectativas de direitos, deveres jurídicos, ônus etc., que uma pessoa tem, numa determinada situação jurídica, como por exemplo a posição de locador, vendedor, comprador, locatário, sócio, entre outras – isto no campo obrigacional. Fora dele, pode-se falar em posição jurídica de pai, de proprietário..." [22]

O exercício inadmissível foi fixado com referência ao direito subjetivo, surgindo, nesta base, a doutrina inicial do abuso de direito. O tratamento típico dos exercícios ditos abusivos mostrou que o fenômeno pode ocorrer em situação que não se reduziriam a direitos subjetivos em sentido estrito: poderes, faculdades, direitos potestativos e outras realidades colocam-se, em certas circunstâncias perante o sistema, de uma maneira tal que, contrariando a boa-fé, por exemplo, torne-se ilegítima. [23]

O venire contra factum proprium, a suppressio e a surrectio mostraram que, em determinadas condições, as posições jurídicas, a exercer por si, licitamente, não podem ser atuadas por, com isso, se atentar contra situações de confiança que o Direito entende proteger. Outra hipótese, a do tu toque, põe antes a tônica na necessidade de respeitar a realidade material subjacente ao edifício jurídico em jogo. Dessa forma, as posições jurídica exercidas contra situações de confiança ou contra subjacências materiais protegidas apresentam-se como disfuncionalidades perante o sistema [24].

O Novo Código rompe, radicalmente, com a estrutura que servia de tratamento à ilicitude civil, baseada a partir do dever de indenizar.

Não houve, destarte, apenas mudanças, mas duas grandes rupturas, que transformaram o instituto da ilicitude civil e seu modo de reparação: o art. 186, diferentemente do art. 159 do CCB/1916, não reproduz sua parte final: "fica obrigado a reparar o dano". Além disso, a obrigação de indenizar ganhou autonomia, sendo tratada com título próprio (art. 927 e ss).

Como consequência, foi desfeito o vínculo entre a ilicitude (art. 186 e 187) e o dever de indenizar (art. 927 e ss.), e entre a primeira e o dano [25].

Para a perspectiva tradicional, a ilicitude tinha como efeito, na maioria das vezes, a obrigação de indenizar por dano ao patrimônio. Dessa forma, à ilicitude civil era atrelados, necessariamente, a culpa, o dano e a consequência indenizatória. Ela não era um conceito autônomo: confundia-se com a culpa, e a própria idéia de ilicitude restava limitada às hipóteses de "ilicitude de fins", seja na violação dos direitos do parceiro contratual, ou dos direitos absolutos, deixando pouco espaço para a chamada "ilicitude de meios"[26] .

Essa concepção, outrossim, não deixava espaço à percepção dos variados casos em que ocorre o nascimento do dever de indenizar independentemente da prática de um ato ilícito.

Toda esta construção rompeu-se com o novo Código; alterou-se profundamente o regime da ilicitude, ao estatuir a regra do art. 187 e ao desconectar o dever de indenizar da ilicitude, inserindo-o autonomamente no art. 927. Conseqüentemente, não é indispensável, ocorrendo a regra do art. 187, nem a ocorrência de dano, nem mesmo que o exercício do agente tenha sido causado por culpa.

Tal artigo não é, nem de longe, reprodução do art. 160, I do Código revogado, não estando, assim, limitado à versão subjetiva da Teoria do Abuso, mas à doutrina do exercício inadmissível de posições jurídicas, que não se limita a operar com a noção de direito subjetivo, preferindo a categoria das situações jurídicas subjetivas, existenciais e patrimoniais [27].

Em consequência disso, abre-se ensejo á maior inserção no campo do direito da personalidade, possibilitando visualizar novas formas de tutela, além da indenização, e também à compreensão de que pode haver ilicitude sem dano e dano reparável sem ilicitude[28] .

3. Os limites ao exercício de direitos subjetivos

Para saber exatamente o que faz com que certo exercício torne-se inadmissível, é mister examinar-se os pressupostos exigidos pelo art. 187 para a concretização da ilicitude de meios. Deve-se ressaltar que o legislador do novo CCB segue a teoria objetiva, ou seja, ao contrário do Código Civil alemão, seguidor da teoria subjetiva, ele não alude à intenção de prejudicar e, muito menos, requer que o comportamento do agente haja perseguido esse fim como o único.

O que caracteriza, realmente, a verificação do exercício inadmissível de posições jurídicas é a ultrapassagem de determinados limites, excedendo-os manifestamente, sendo estes impostos pela função social ou econômica, pela boa-fé ou pelos bons costumes. O titular precisa exceder ao menos uma dessas categorias de limites. Não é preciso que exceda mais de uma: a enumeração é alternativa, não cumulativa [29].

É de suma importância a necessidade de esclarecer a natureza jurídica destes limites: a função social, a boa-fé e os bons costumes são alguns dos exemplos do que o legislador do CCB denominou de cláusulas gerais.

As cláusulas gerais são uma necessidade em razão de o CCB/2002 ser um "sistema aberto", dotado de mobilidade, como bem explica Judith Martins-Costa:

"As cláusulas gerais constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. (...) Considerada, pois, do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente "aberta", "fluida" ou "caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico." [30]

O Professor Miguel Reale, coordenador do projeto do CCB/2002, aponta três princípios fundamentais que guiam o novo Código. Intimamente ligado à "função econômica e social" está o princípio ou diretriz da Socialidade.

O CCB/1916, em razão da época de sua elaboração, continha caráter manifestamente agrícola, com cerca de 70% da população vivendo no campo [31]. Hoje em dia, como o povo brasileiro, em sua grande maioria, vive nas cidades – mais de 80% -, houve uma grande alteração na mentalidade dessas pessoas, o que se explica, na opinião de Reale, em razão dos meios de comunicação, como o rádio e a televisão. Daí o predomínio do social sobre o individual [32] .

O exemplo mais adequado para explicar a função social seria o do direito de propriedade, em torno do qual, como se constatou, ao estudar a construção da teoria do abuso pelos tribunais franceses, giraram as primeiras elaborações teóricas e os primeiros precedentes judiciais relacionados com o abuso.

Se recordarmos o caso das torres erguidas no terreno vizinho do hangar (vide parte I, cap.1, c) poderíamos afirmar, independente não apenas da ocorrência efetiva do dano, mas até do ânimo de causá-lo, que, à luz do art. 187 do novo CCB, estaria configurado o exercício inadmissível de posições jurídicas, a partir da premissa de que a construção das torres em nada aumentava qualquer tipo de proveito passível de ser proporcionado pelo imóvel ao respectivo dono, e, portanto, não se coadunava com o fim econômico ou social da propriedade [33]. A própria CF/1988 impõe, no art. 5, XXIII [34] , que aquela atenda "a sua função social".

À função social ou econômica, imposta pelo art. 187, pode-se fazer uma relação com o art. 1228, parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º, [35] do novo CCB, que trata do direito de propriedade: no caput do artigo consta o direito de uso, gozo e disposição do proprietário sobre a coisa. Entretanto, seus parágrafos prescrevem que este direito deve ser exercido consoante à sua função econômica e social, especialmente na parte em prescreve que "tais atos do proprietário são defesos (§ 2º) ou "o proprietário pode ser privado da coisa" (§ 3º e 4º).

Conclui-se, pois, que, se o proprietário praticar a conduta defesa, estará "abusando de seu direito" e sua privação da coisa seria a consequência de tal conduta abusiva.

Além da importância do social sobre o individual, não é possível deixar de reconhecer, em nossos dias, a indeclinável participação dos valores éticos no ordenamento jurídico; daí a opção do legislador, muitas vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de um rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes [36]. Neste sentido, além de uma função social, o CCB dispõe muitas vezes de normas referentes à boa-fé e aos usos e costumes de certo lugar.

A boa-fé é um dos sustentáculos das codificações do século XX, notadamente no novel diploma civilista.

No art. 187, em especial, deve entender-se que a lei faz menção à chamada boa-fé objetiva, a qual indica um modelo de comportamento a ser seguido, pautado por certos valores socialmente significativos, tais como a solidariedade, a lealdade, a probidade, a cooperação e a consideração aos legítimos interesses alheios, incluindo condutas omissivas, quando necessárias para concretizar tais valores sociais [37].

O CCB revogado não dispunha de nenhuma disposição expressa acerca da boa-fé objetiva; sua aplicação resultava apenas de manifestações doutrinárias. Ele descrevia uma previsão genérica, consagradora de um dever geral de conduta.

Havia, sim, no Código Comercial revogado, uma disposição que remetia para a boa-fé a interpretação das cláusulas contratuais [38]. Mas, no CCB/1916, a boa-fé era encarada, tão-somente, em seu alcance subjetivo, como o estado de ignorância do sujeito que, por desconhecer um determinado fato, gozava de um tratamento privilegiado [39]. A boa-fé passou a ser mais versada e aceita entre nós após a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, que dela se utilizou expressamente.

O novo CCB, por sua vez, é inovador, já que, estando diante de uma codificação com um "sistema aberto", faz-se imprescindível a presença da cláusula da boa-fé objetiva, a qual possui, precipuamente, três funções, conforme ensina Judith Martins-Costa: serve como

cânone hermenêutico integrativo, atuando na interpretação de contratos, por exemplo, ou suprimindo eventuais lacunas; tem papel de limitar ou restringir direitos subjetivos e impõe deveres secundários ou instrumentais, tais como dever de informação, cooperação, cuidado, segurança, esclarecimento, entre outros [40] .

Tratando-se de exercício inadmissível de posições jurídicas, cabe analisar melhor a segunda função da boa-fé objetiva: como uma limitação ou restrição de direitos subjetivos. A boa-fé, ao impor a observância de certos parâmetros ético-jurídicos, veda a prática de condutas que contrariem esses parâmetros, o que acontece na prática do *venire contra factum proprium*, *supressio*, e do *tu toque* [41].

Além disso, a boa-fé objetiva atua como limite, coibindo a abusiva invocação da exceção de contrato não cumprido ou da "*exceptio non rite adimpleti contractus*"; vedando a exigibilidade por adimplemento antecipado da obrigação; ou afastando o poder formativo extintivo de resolução quando a obrigação for substancialmente adimplida, isto é, quando sua fase de execução testemunhou um quantum de adimplemento extremamente superior ou quase total, em comparação com o grau de descumprimento havido[42] .

A boa-fé não é uma norma que se apresenta sempre igual em suas manifestações; o que constitui, em cada situação de vida, um comportamento segundo a boa-fé objetiva não por ser descrito a priori e de modo abstrato, senão em termos muito gerais, porque a boa-fé é norma carecedora de concreção[43].

Por *bons costumes* entende-se o conjunto de normas éticas geralmente observadas e tidas como relevantes para a preservação do equilíbrio nas relações mútuas entre os membros da comunidade, as quais as pessoas honestas e corretas aceitam comumente[44] .

Logo, o exercício de um direito apresenta-se contrário aos *bons costumes*, quando tiver conotações de imoralidade ou de violação de normas elementares impostas pelo decoro social[45] .

Os antecedentes históricos dos bons costumes reportam-se aos boni mores romanos, cujo controle, confiado ao censor, marcava bem a separação existente entre as normas morais, que os integravam e as regras jurídicas, que eram entregues ao pretor.[46] .

O conteúdo de tais normas pode e costuma variar no tempo e no espaço. Um bom exemplo do que atentava aos bons costumes – e era crime, inclusive -, retrata-se na citação de Karl Engisch: "O desvalor jurídico de delitos, tais como o perjúrio, o incesto, a homossexualidade (...)" [47]. Hoje, como se sabe, a homossexualidade é muito comum em nossa sociedade e, o que antes era delito, hoje tem seus direitos resguardados pela maioria dos ordenamentos jurídicos.

O aplicador do direito, a quem cabe a concretização do conteúdo dos bons costumes, deve fazer uma aferição destes por um critério valorativo, que lhe indique, dentre os "usos" (mores), quais os "bons usos" (boni mores). Esse crivo de seleção terá de ser o dos valores preponderantes na coletividade, considerando-se, ainda, as concepções do círculo em que atua o agente, desde que são incompatíveis com a referida consciência social dominante [48].

1. RODRIGUES, Sílvio. Direito civil: parte geral. 34. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 06.

2. Quanto às divergências doutrinárias acerca da concepção de direito subjetivo, ver FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 147-149.

3. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. Tratado de Direito Civil Português: parte geral. V. 1. Coimbra: Almedina, 2000, p. 159.

4. ALVES, Moreira. Direito Romano. V. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.89. "No Direito romano, não havia sequer lugar para o que chamamos direito subjetivo, porquanto, para seus jurisconsultos, no mundo jurídico somente se distingiam as personae (pessoas), as res (coisas) e as actiones (ações); e o que hoje consideramos direito subjetivo se enquadrava entre as res (coisas). Em síntese, os romanos só teriam conhecidos instituições jurídicas objetivas; eles encaravam o direito sob um ângulo puramente objetivo, não conferindo às pessoas as faculdades que, para os modernos, são direitos subjetivos". (grifos do autor).

5. LEVADA, Cláudio Antônio Soares. "Responsabilidade civil por abuso de direito", in Revista dos Tribunais, v. 661, ano 79, nov. 1990, p. 37.

6. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Abuso de Direito", in Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 13, jan./mar. 2003, p. 97. O autor faz uma tradução não fiel, mas exemplificativa, colocando que, na falta de lei ou regulamento em contrário, o dono de casa situada em zona residencial seria livre, por exemplo, de nela instalar rumoroso motel, ou oficina das quais provêm ruído e cheiros desagradáveis e nocivos. Nada mais estaria a fazer que exercer a seu talante o direito de propriedade.

7. COUTO, William. "O abuso de direito e o exercício disfuncional de situações jurídicas", in ADV: Seleções Jurídicas, São Paulo, mar. 2000, p. 132.

8. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado – direito das obrigações. Tomo LIII. Rio de Janeiro: Borsóí, 1966, p.66-67.

9. COUTO, William. "O abuso de direito e o exercício disfuncional de situações jurídicas", in ADV: Seleções Jurídicas, São Paulo, mar. 2000, p. 129. O direito visa o homem na sua individualidade, mas esta é exigente de regulação precisamente em razão das outras individualidades circundantes para que lhes sejam traçados os limites das suas condutas e não se dêem as interferências subjetivas das quais resultam os conflitos subjetivos de

interesses que o direito busca evitar, e, quando tal não se dá, busca afastá-los por meio da atuação jurisdicional do Estado.

10. MARTINS, Pedro Baptista. O Abuso de Direito como Ato Ilícito. 3. ed. atualização de José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 37.

11. NORONHA, Fernando. Direito das obrigações: fundamento do direito das obrigações – introdução à responsabilidade civil. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 70.

12.2 NORONHA, Fernando. Direito das obrigações: fundamento do direito das obrigações – introdução à responsabilidade civil. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 370. Conceitua o autor: "São os fins que o agente visa alcançar que fazem com que uma determinada atuação, que em regra seria lícita, passe a ser considerada ilícita. Quando isto acontece temos abuso de direito, que geralmente é caracterizado como sendo a situação em que alguém, pretendendo estar apenas exercendo o seu direito, excede manifestamente os poderes contidos neste".

13. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado – direito das obrigações. Tomo LIII. Rio de Janeiro: Borsó, 1966, p. 64.

14. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Abuso de Direito", in Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, vol. 13, jan./mar. 2003, P. 104.

15. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Abuso de Direito", in Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, vol. 13, jan./mar. 2003, P. 104. "No atual ordenamento jurídico, o ato ilícito passa a constituir um gênero, com duas espécies, a do art. 186 (violação de direito alheio) e a do art. 187 (abuso de próprio direito). Cada espécie tem seus pressupostos; para apurar a ocorrência da segunda figura, a do ato ilícito consistente em abuso de direito, o essencial é verificar a presença dos pressupostos enumerados no art. 187, não a dos arrolados no art. 186. Se assim não o fosse, não haveria equiparação, mas identificação, ou

melhor, subsunção da figura do abuso de direito na do ato ilícito segundo o art. 186". Os pressupostos do abuso de direito estão arrolados no subcapítulo seguinte.

16. Acerca da ilicitude de fins e de meios, vide MARTINS-COSTA, Judith. "Breves anotações acerca do conceito de licitude no novo código civil – estruturas e rupturas em torno do art. 187", disponível em <http://www.mundojuridico.com.br/html/artigos>, acessado em 16/05/2004.

17. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Direito das obrigações. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 62; DUARTE, Ronnie Preuss. "Boa-fé, abuso de direito e o novo Código Civil brasileiro", in Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 817, ano 92, nov. 2003, P. 71, ensina: "É necessário que aos indivíduos seja dado saber os limites da liberdade de agir. Não é aceitável que determinado sujeito, crendo estar dentro de uma esfera em que sua conduta é permitida, seja tolhido em sua liberdade e surpreendido pela obrigação de indenizar ou de se abster de exercer determinado direito ou posição jurídica subjetiva. Por tal razão, o excesso deve ser manifesto, evidente. Sempre que houver dúvida justificável de que foi controvertida a conformidade ética do exercício de determinado direito, ou sobre o desvio à função econômica ou social deste, não se poderá reputá-lo ilícito".

18. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Direito das obrigações. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001, P. 69; DUARTE, Ronnie Preuss. "Boa-fé, abuso de direito e o novo Código Civil brasileiro", in Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 817, ano 92, nov. 2003, P. 71.

19. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. Da Boa-fé no Direito Civil. V. 2. Coimbra: Almedina, 1984, p. 661.

20. Conforme a Prof^a Dr^a Judith Martins-Costa, em aula ministrada na UFRGS, no dia 11/05/2004.

21. Conforme a Prof^a Dr^a Maria Cláudia Cachapuz, em aula ministrada na UFRGS, no dia 14/04/2004.

22. NORONHA, Fernando. Direito das obrigações: fundamento do direito das obrigações – introdução à responsabilidade civil. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 87.

23. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. Da Boa-fé no Direito Civil. V. 2. Coimbra: Almedina, 1984, p. 898.

24. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. Da Boa-fé no Direito Civil. V. 2. Coimbra: Almedina, 1984, p. 900.

25. MARTINS-COSTA, Judith. "Breves anotações acerca do conceito de licitude no novo código civil – estruturas e rupturas em torno do art. 187", disponível em <http://www.mundojuridico.com.br/html/artigos>>, acessado em 16/05/2004.

26. MARTINS-COSTA, Judith. "Breves anotações acerca do conceito de licitude no novo código civil – estruturas e rupturas em torno do art. 187", disponível em <http://www.mundojuridico.com.br/html/artigos>>, acessado em 16/05/2004.

27. MARTINS-COSTA, Judith. "Breves anotações acerca do conceito de licitude no novo código civil – estruturas e rupturas em torno do art. 187", disponível em <http://www.mundojuridico.com.br/html/artigos>>, acessado em 16/05/2004. 28. MARTINS-COSTA, Judith. "Breves anotações acerca do conceito de licitude no novo código civil – estruturas e rupturas em torno do art. 187", disponível em <http://www.mundojuridico.com.br/html/artigos>>, acessado em 16/05/2004.

29. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Abuso de Direito", in Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, vol. 13, jan./mar. 2003, p. 105.

30. MARTINS-COSTA, Judith. "O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro", in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 15, 1998, p. 135; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de

Andrade. Novo Código Civil e legislação extravagante anotados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 6-7, demonstra que as cláusulas gerais também possuem desvantagens: conferem certo grau de incerteza, dada a possibilidade de o juiz criar normas pela determinação dos conceitos, preenchendo o seu conteúdo com valores.

31. REALE, Miguel. "Visão geral do novo Código Civil", in Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 808, ano 92, fev. 2003, p. 14.

32. REALE, Miguel. "Visão geral do novo Código Civil", in Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 808, ano 92, fev. 2003, p. 14.

33. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Abuso de Direito", in Revista Trimestral de

Direito Civil, Rio de Janeiro, vol. 13, jan./mar. 2003, p. 107. 34. Art. 5º, XXIII: "A propriedade atenderá a sua função social".

35. art. 1228: "O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. I- O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais (...); II- São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem; III- O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social (...); IV- O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houver realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante".

36. REALE, Miguel. "Visão geral do novo Código Civil", in Revista dos Tribunais, v. 808, ano 92, fev. 2003, 14.

37. MARTINS-COSTA, Judith. "A Boa-fé Objetiva e o Adimplemento das Obrigações", in *Jurisprudência Brasileira*, vol. 200, Curitiba: Juruá, 2003, p.11. Em contraposição à boa-fé objetiva, a professora trata, em seu artigo, da boa-fé subjetiva, como "crença ou ignorância escusável, constituindo, também, uma manifestação da confiança, mas que vem especificada no dever de respeitar situações que, podendo ser, originalmente, injurídicas, são, mesmo assim, tuteladas e respeitadas pelo Direito, tais como as situações que dão origem à usucapião, ou aos efeitos do casamento putativo, ou as situações acompanhadas pela Teoria da Aparência (...)".

38. Art. 131: "Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: I- a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras".

39. DUARTE, Ronnie Preuss. "Boa-fé, abuso de direito e o novo Código Civil brasileiro", in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 817, ano 92, nov. 2003, p. 53. Como exemplo cita-se o caso do possuidor de boa-fé.

40. MARTINS-COSTA, Judith. "A Boa-fé Objetiva e o Adimplemento das Obrigações", in *Jurisprudência Brasileira*, vol. 200, Curitiba: Juruá, 2003, p. 16 e 23.

41. FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. "Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil", in *O Novo Código Civil e a Constituição*. (org. SARLET, Ingo). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 118. Para relembrar: O venire, quando a pessoa atua de modo a contrariar a anterior conduta da parte frente à outra, criando para esta uma legítima confiança; suppressio, quando o titular de um direito permaneceu inerte por um longo tempo, criando na contraparte a legítima expectativa de que o mesmo não mais seria exercido; surrectio, quando nasce o direito subjetivo em razão da inércia da contraparte; e o tu toque, quando a pessoa quer valer-se de normas jurídicas que previamente descumpriu.

42. BECKER, Anelise. "A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista", in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, N. 9, 1993, P. 60.

43. MARTINS-COSTA, Judith. "A Boa-fé Objetiva e o Adimplemento das Obrigações", in Jurisprudência Brasileira, vol. 200, Curitiba: Juruá, 2003, p. 16.

44. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Direito das obrigações. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 66; MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Abuso de Direito", in Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, vol. 13, jan./mar. 2003, p. 106.

45. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Direito das obrigações. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 66.

46. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. Da Boa-fé no Direito Civil. V. 2. Coimbra: Almedina, 1984, p. 1210 e 1223. Explica ainda o autor que a boa-fé e os bons costumes apresentam origens históricas diferentes, evoluções diversas e sentidos jusculturais distintos, colocando, na Ciência do Direito, temas próprios de discussão e aprofundamento. Em conseqüência, têm conteúdos inconfundíveis: os bons costumes exprimem a moral social, nas áreas da atuação sexual e familiar e da deontologia profissional, proibindo os atos que a contrariem, enquanto a boa-fé, mais complexa, manda assumir uma série de atitudes correspondentes a exigências fundamentais do sistema.

47. ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 3. Ed. Tradução de Batista Machado. Lisboa, Gulbenkian, 1968 apud ASSIS TOLEDO, Francisco de . Princípios básicos de Direito Penal. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 154.

48. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Direito das obrigações. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 67.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Direito das obrigações. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- ALVES, Moreira. Direito Romano. V. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- ASSIS TOLEDO, Francisco de. Princípios básicos de Direito Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- BECKER, Anelise. "A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista", in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 09, 1993.
- DUARTE, Ronnie Preuss. "Boa-fé, abuso de direito e o novo Código Civil brasileiro", in Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 817, ano 92, nov. 2003.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. "Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil", in O Novo Código Civil e a Constituição. (org. SARLET, Ingo). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- GONÇALVES, William Couto. "O Abuso de Direito e o Exercício Disfuncional de Situações Jurídicas", in ADV: Seleções Jurídicas, São Paulo, mar. 2003, p. 132.
- LEVADA, Cláudio Antônio Soares. "Responsabilidade civil por abuso de direito", in Revista dos Tribunais, v. 661, ano 79, nov. 1990.
- MARTINS, Pedro Baptista. O Abuso de Direito como Ato Ilícito. 3. ed. Atualização de José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro, Forense, 1997.

- MARTINS-COSTA, Judith. "A Boa-fé Objetiva e o Adimplemento das Obrigações", in *Jurisprudência Brasileira*, v. 200, Curitiba: Juruá, 2003.
- MARTINS-COSTA, Judith. "O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro", in *Revista da faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 15, 1998.
- MARTINS-COSTA, Judith. "Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código – estruturas e rupturas em torno do art. 187", in www.mundojuridico.com.br/html/artigos, acessado em 16/05/2004.
- MEIRA, Sílvio. *Instituições de Direito Romano*. V. 2., 4. ed. São Paulo:Max Limonad, 1975.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da Boa-fé no Direito Civil*. V. 2. Coimbra: Almedina, 1984.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da Boa-fé no Direito Civil*. V. 3. Coimbra: Almedina, 1984.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Tratado de Direito Civil Português: parte geral*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2000.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Abuso de Direito", in *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 13, jan./mar. 2003.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- NORONHA, Fernando. Direito das obrigações: fundamento do direito das obrigações – introdução à responsabilidade civil. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado – Direito das Obrigações. Tomo LIII. Rio de Janeiro: Borsó, 1966.
- REALE, Miguel. "Visão geral do novo Código Civil", in Revista dos Tribunais, v. 808, ano 92, fev. 2003.

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Disponível em:

<http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=20080312162257937> .

Acesso em: 15 maio 2008.