ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

ABUSO DE DIREITO E O SEU CONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO JUIZ[1]

ABUSE OF RIGHTS AND ITS JUDGE'S RECOGNITION BY OWN MOTION

Edilson Pereira Nobre Júnior*

RESUMO: Este texto tem por objetivo sustentar a possibilidade de o juiz, de ofício, reconhecer a prática do abuso de direito, o que se justifica pela grave ofensa jurídica que representa.
Palavras-chave: Abuso de direito. Reconhecimento de ofício. Possibilidade.

ABSTRACT: This text aims to sustain the judge´s possibility of recognizing by own motion the practice of abuse of rights, which is justified by the serious offense that it represents to the legal order.
Keywords: Abuse of rights. Judge's recognition by own motion. Possibility.

1 Este texto foi inicialmente escrito sob a forma de enunciado, a fim de ser defendido perante a IV Jornada de Direito Civil, patrocinada pelo Conselho da Justiça Federal, a qual teve lugar em 2007. Apesar de selecionado, o enunciado não pode ser submetido à defesa, tendo em vista que, no momento aprazado, não pude comparecer ao evento, estando obstada a defesa por disposição regulamentar, à qual manifestei adesão. Resolvi, passados quase três anos, transformá-lo em artigo, procurando legar maior utilidade científica ao questionamento que propus.

* Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Juiz Federal. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

Dentre as várias inovações trazidas à lume pelo Código Civil de 2002, é de destacar-se a positivação, com foros de direito escrito, do abuso de direito, o que sucedeu mediante o art. 187, ao solenizar: "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".

Ao assim laborar, o legislador satisfez, simultaneamente, duas finalidades. Primeiramente, rendeu vassalagem a reclamo da doutrina, especialmente da pena de Caio Mário da Silva Pereira[2]. De outro lado, teve o préstimo de sintonizar o direito brasileiro diante dos avanços vivenciados pelos códigos estrangeiros, como é o caso do Código Civil alemão de 1900 (§ 226)[3], do suíço de 1907 (art. 2º)[4], do austríaco de 1910 (art. 1.295, segunda parte)[5], do helênico de 1940 (art. 281)[6], do lusitano de 1967 (art. 334º)[7], do argentino de 1871 (art. 1.071)[8], com a reforma de 1968, patrocinada pela *Ley* nº

2 O autor, em obra escrita pouco antes de seu encantamento (*Direito civil – alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 123-125), demonstra sua preocupação por inserir o instituto em nossa legislação codificada, da qual resultou o art. 857 do Anteprojeto de Código das Obrigações entregue ao Ministério da Justiça em 25 de dezembro de 1963.

3 "O exercício de um direito é inadmissível quando somente pode ter por fim causar dano a outrem" (The exercise of a right is not permitted, if it only has the purpose of causing damage to another" (disponível em: www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb. Acesso em: 15-03-2010).

4 "1. Todos devem exercer seus direitos e de executar suas obrigações segundo as regras da boa-fé. 2. O abuso manifesto de um direito não é protegido pela lei." (1. Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter sés obligations selon les règles de la bonne foi. 2. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protege par la loi. Disponível em: www.admin.ch. Acesso em: 23-03-2010).

5 "(...) Do mesmo modo, aquele que causa um prejuízo intencional de maneira contrária aos bons costumes é responsável; mas, no caso do dano ser produzido no exercício de um direito, somente se este tinha o fim evidente de prejudicar outrem" ((...) De même, celui qui cause un dommage intentionnel d'une manière contraire aux bonnes moeurs en est responsable, mais seulement au cas où il s'est produit dans l'exercice, si l'exercise de ce droit avait pour but évident de nuire à l'autre" (*Code Civil Général autrichien*. Paris: Editions A. Pedone, 1947, p. 231. Tradução do alemão por Michel Doucet).

6 "O exercício de um direito é proibido se excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé, ou pelos bons costumes, ou pelo fim social ou econômico do respectivo direito". (L'exercice d'un droit est prohibé s'il dépasse manifestement les limites imposées par la bonne foi ou les bonnes moeeurs ou par le but social ou économique dudit droit. *Code Civil hellénique*. Atenas: Institut Hellénique de droit international et étranger, 1956, p. 44. Tradução efetuada por Pierre Mamopoulos).

7 "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" (Disponível em: www.stj.pt. Acesso em: 25-03-2010).

8 "A lei não ampara o exercício abusivo dos direitos. Considera-se tal o que contraria os fins que aquela visou ao reconhecê-los, ou o que excede aos limites impostos pela boa-fé, a moral e os bons costumes. O tribunal deve ordenar o necessário para evitar os efeitos do exercício abusivo e, segundo as circunstâncias, procurar a reposição ao estado de fato anterior e fixar uma indenização" (La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines que ella tuvo en mira al reconocerlos, o el que excede los limites impuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres. El tribunal debe ordenar lo necessario para evitar los efectos del ejercicio abusivo y, según las circunstancias, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indenización (Disponível em: www.biblioteca-jus.gov.ar. Acesso em: 14 ago. 2006).

17.711, de 22 de abril de 1968, do espanhol, após a reforma do seu Título Preliminar, ocorrida em 1974 (art. 7.2)[9], do quebequense de 1991 (art. 7º)[10] e do holandês de 1992 (Livro III, art. 8º[11]), sem contar a forte sedimentação que recebeu da jurisprudência francesa[12] e italiana[13].

Nesta proposição, interessa-nos resolver um questionamento, qual seja, o de saber se o reconhecimento do exercício abusivo de direito é possível de suceder de manifestação *sponte propria* do juiz, ou se faz impreterível a sua invocação pela parte prejudicada.

Tal é pacífico na jurisprudência portuguesa. Para tanto, não se seguiu motivação abundante, estacionando-se na singela afirmativa de que se está diante de litígio a envolver discussão sobre interesses e valo-

9 "A lei não ampara o abuso do direito ou o exercício antissocial do mesmo. Todo ato ou omissão que, pela intenção do seu autor, por seu objeto, ou pelas circunstâncias em que se realize, ultrapassar, manifestamente, os limites normais do exercício de um direito, com dano para terceiro, dará lugar à correspondente indenização e à adoção das medidas judiciais ou administrativas que impeçam a persistência no abuso" (La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisón que por la intención, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la dopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. Disponível em: civil.udg.es/mormacivil/estatal/CC. Acesso em: 29-01-2007).

10 "Nenhum direito pode ser exercido com o propósito de prejudicar outrem, ou duma maneira excessiva e desarrazoada, indo assim ao encontro das exigências da boa-fé" (Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi". Disponível em: www2.plublicationsduquebec.gouv.qc.ca. Acesso em: 30-03-2010).

11 "Um direito limitado é um direito derivado duma lei geral, a qual é plena em direitos limitados" (Un droit limité est un droit qui est derive d'une loi plus globale, qui est chargé des droits limites. Disponível em: www.wetboek-online.nl. Acesso em: 26-03-2010).

12 À míngua de dispositivo específico, os tribunais franceses, com lastro nos arts. 1.382 e 1.383 do Código Civil de 1804, que cuidam do dever de indenizar pela prática de ato ilícito, lançaram-se à criação duma teoria do abuso de direito. Proferidas na segunda metade do século XIX, e princípio do século que se findou, as decisões precursoras consistiram em: a) julgado do Tribunal de Apelação de Colmar (D. 56, de 02 de maio de 1855), a qual condenou o proprietário que edificou uma falsa chaminé, sem qualquer utilidade para o seu imóvel, unicamente para suprimir a visão da janela do seu vizinho; b) pronunciamento da Cassação Civil (D. P. 73, de 05 de fevereiro de 1872), sancionando o empregador que, mesmo exercendo o direito que lhe conferir o art. 1.780 da redação primeira do Código Civil, rescindiu locação de serviços por tempo indeterminado sem a existência de justos motivos; c) deliberação do Tribunal de Compiègne (D. 1913, de 09 de fevereiro de 1913), ao repreender a postura de proprietário que edificou em seu imóvel dispositivo contendo peças pontiagudas de ferro, com a finalidade de perfurar os balões construídos no prédio contíguo.

13 A ausência de cláusula geral proibindo o abuso de direito não inibiu a que, nas décadas de 1970 e 1980, os tribunais procurassem aplicá-lo como princípio em diversos setores do direito privado, fazendo-o com amparo nos arts. 833 (atos emulativos) e 1.175 (comportamento com correção) do Código Civil de 1942. Salvatore Patti (Abuso del diritto. *In*: *Digesto delle Discipline Privatistiche – sezione civile*. 4ª ed. Turim: UTET, 1998. V. 1, p. 4) aponta decisões da Corte de Cassação de 20-06-72, do Tribunal de Bolonha de 05 de novembro de 1970, do Tribunal de Milão de 04 de julho de 1975 e do Tribunal de Turim de 13 de junho de 1983.

res de ordem pública[14].

A essa tomada de posição sobreveio crítica de José de Oliveira Ascensão[15]. Para este, além inexistir fundamento para que assim se deliberasse a unificação de entendimento quanto a várias figuras previstas num instituto único se revela ruinosa, porque, perdendo de vista a diversidade de situações, não distingue entre os casos em que o tribunal pode agir de ofício daqueles em que tal não se faz concebível.

Decompondo o art. 187 do nosso Código Civil, aporta nas conclusões, a saber:

a) quanto aos bons costumes, a conduta que os afeta deve ser reputada como a violar a ordem pública em geral, podendo ser oficiosamente controlada;
b) no particular da boa-fé objetiva, está-se perante regras de conduta disciplinadoras de interesses particulares, cabendo a estes, quando assim aprouver, fazerem valer o seu direito, o que, contudo, não exclui situações de extrema gravidade, as quais podem ser fiscalizadas de ofício;

14 A menção a trechos das respectivas ementas, todas exaradas no âmbito do Supremo Tribunal de Justiça é bastante elucidativa: "(...)V - A apreciação do abuso de direito pode fazer-se oficiosamente, pois está em causa um princípio de interesse e ordem pública."(Revista nº 067976, Rel. Ferreira da Costa, v.u., j. 10/09/79); "I - Actua com abuso do direito o proprietário que procede a demolição do prédio sem as necessárias precauções, provocando, em resultado disso, danos no prédio vizinho. II - A circunstância de as partes não terem alegado o abuso do direito não obsta a que o tribunal dele conheça oficiosamente." (Revista nº 068443, Rel. Otacvio Garcia, v.u., j. 26/03/80); "I - Ainda que seja de entender que, em sede de recurso, as partes não podem suscitar questões novas (por exemplo as que não tenham sido apreciadas no Tribunal recorrido), isso não obsta a que o Tribunal de recurso aprecie e decida se existe abuso de direito, já que, tratando-se de uma questão de direito e de interesse e ordem pública, tal não depende de invocação das partes, antes constituindo matéria do conhecimento oficioso do Tribunal. (...)" (Revista nº 072848, Rel. M. Santos Carvalho, v.u., j. 23/07/85); "(...) V - O abuso do direito, por ser questão de direito e de interesse e ordem pública, é de conhecimento oficioso pelo Supremo Tribunal de Justiça."(Revista nº 99B050, Rel. Simões Freire, v.u., j. de 23/06/98); "(...) IV - Encontrando-se subjacentes ao instituto do abuso do direito interesses e valores de ordem pública, são os respectivos pressupostos do conhecimento oficioso, sem embargo da sua suscitação 'ex-novo' em sede de recurso de revista." (Revista nº 98B1201, Rel. Ferreira de Almeida, j. 25/06/98) e "(...) 4. Embora a questão relativa ao alegado abuso de direito por parte da entidade empregadora não tenha sido suscitada pelas recorrentes, nem nos articulados da acção, nem mesmo no recurso de apelação interposto da sentença de 1.ª instância, tratando-se, pois, de questão inteiramente nova, sendo a excepção de abuso do direito de conhecimento oficioso, deve a mesma ser apreciada em sede de recurso de revista. (Revista nº 05S2135, Rel. Pinto Hespanhol, v.u., j. 24/01/2005). Acórdãos disponíveis em www.dgsi.pt/jstj.nsf, acesso em 03/08/2006. Consultar ainda: Revista nº 001344, Rel. Melo Franco, v.u., j. 25/06/86 e Revista nº 99B602, Rel. Duarte Soares, v.u., j. de 25/11/99. Com efeito, pode haver contribuído para tal compreensão a circunstância dos arts. 280º/2º e 294º do Código Civil lusitano, respectivamente, terem reputado nulo o negócio jurídico contrário à ordem pública, ou ofensivo aos bons costumes, e aquele violador de disposição legal de caráter imperativo, enquanto que o art. 284º, do mesmo diploma, afirma que a nulidade é invocável a todo tempo e por qualquer interessado, podendo ser declarada oficiosamente pelo Tribunal.

15 A desconstrução do abuso do direito. *In*: *Jornadas de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2005, p. 43. Org.: Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Às voltas com a análise do art. 334º do Código Civil português, o autor já havia exposto tal entendimento noutro escrito (*Direito civil – teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. Vol. 3, p. 281-285).

c) no que concerne a atitudes manifestadas em contrariedade ao fim econômico ou social do direito objetivamente protegido, vivencia-se uma zona de incerteza, de modo que, nas situações disciplinadas pelo art. 2.035, parágrafo único (função social da propriedade e do contrato), há como se extrair a qualificação da ordem pública, justificando o exame oficioso, enquanto o mesmo não deverá acontecer com outros atos que possam estar compreendidos em dita categoria.

A compreensão levada pelo autor acima referido é compartilhada por Heinrich Ewald Hörster[16], o qual também defende restrições para o exame oficioso do abuso de direito pelos juízes e tribunais.

Feita a descrição da controvérsia vivenciada pelos lusitanos, imprescindível saber da compatibilidade do sistema jurídico pátrio em acolher a opinião predominante no Supremo Tribunal de Justiça português.

Somos pela afirmativa. Como ponto de partida para esta resposta, necessário, ainda que em poucas linhas, descortinar a ideia de que se deve possuir acerca do abuso de direito.

O recurso à doutrina será providencial.

Abordando o tema à luz art. 7.2 do Título Preliminar do Código Civil espanhol, Manuel García Amigo[17] visualiza o instituto no exercício, por alguém, de direito subjetivo capaz de produzir dano ou afetar interesse, do qual resulte imoralidade ou conduta antissocial, manifestada com a intenção de prejudicar (feição subjetiva), ou por procedimento excessivo ou anormal (feição objetiva).

Com foco no art. 1.071 do Código Civil argentino, Guillermo Borda[18], sem destoar da lição anterior quanto ao resultado, vislumbra o abuso de direito sob três critérios autônomos:

a) exercício de um direito subjetivo com a intenção única de prejudicar terceiros;

16 A parte geral do Código Civil português: teoria geral do direito civil. Coimbra: Almedina, 1992, p. 283-284. Este autor divide as formas de manifestação do instituto em duas, quais sejam, o abuso institucional e o abuso individual. O primeiro diz respeito à invocação do direito subjetivo fora dos objetivos ou funções para a consecução dos quais foi atribuído pela norma (violação manifesta dos bons costumes ou do fim social ou econômico do direito), enquanto no segundo se tem, inicialmente, conduta coberta pela regra de direito, mas que, no caso concreto, por força de circunstâncias ou relações especiais, a invocação do direito entra em contradição com a ideia de justiça. Para o autor, somente diante das situações de abuso institucional é que o abuso de direito dever ser apreciado de ofício pelo tribunal.

17 *Derecho civil de España – parte general. Madri: Servicio publicaciones facultad derecho,* 1997*, p. 268.*

18 *Manual de derecho civil – parte general.* 20 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 30-31.

b) desempenho de um direito em contrariedade aos fins econômicos ou sociais que inspiraram o legislador quando de sua criação;
c) atitude de exercer direito contravindo à moral e à boa-fé.

Daí se pode, logo ao primeiro súbito de olhos, inferir que o abuso de direito não configura qualquer violação ou descumprimento de lei. Diversamente, caracteriza-se por prática representativa de ofensa gravosa ao sistema jurídico em geral.

Disso segue que a proscrição ao abuso de direito se assenta em norma imperativa e, em assim sendo, vem à lume o art. 166, VI, do Código Civil: "É nulo o negócio jurídico quando:(...) VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa; (...)"

O caráter imperativo do art. 187 do Código Civil é inegável. Isto porque, ao gizar a inovação, o legislador de 2002 visou, primordialmente, a tutela do interesse público, ao invés do mero resguardo de interesses particulares, nota que assenta o divisor de águas entre as normas cogentes e dispositivas. É o que afirmaram respeitáveis escólios doutrinários[19].

Não se desconhece a respeitabilidade da objeção de José de Oliveira de Ascensão. No entanto, penso que a mesma não compromete a proposição. De logo, ressalte-se que, quanto aos bons costumes, não há qualquer discordância, permitindo-se o conhecimento da matéria, independente de provocação, por, induvidosamente, ser pertinente ao resguardo da ordem pública.

As divergências se resumiram à boa-fé objetiva e ao desrespeito aos fins econômicos e sociais do direito subjetivo.

Penso que são superáveis. No que tange à boa-fé, a própria jurisprudência lusitana, ao delinear os contornos do abuso de direito, afirma que não é qualquer ofensa à boa-fé que se pretende proscrever através do abuso de direito. O vocábulo *manifestamente*, inserto no art. 334º do Código lusitano (e também no art. 187 do brasileiro), faz com que se deduza que somente é reputada abusiva a violação à boa-fé que retrate postura abertamente intolerável.

A leitura de passagem de ementa de recurso de revista afasta qualquer dúvida:

19 Sobre o *ius cogens*, colhe-se de Serpa Lopes que "resulta de todos os comandos ou proibições que em benefício da tutela dos interesses gerais impõem de um modo absoluto a observância ou a abstenção de certos atos, formas ou atitudes, de modo que as partes não podem derrogar ou subtrair as conseqüências de seus regulamentos. É um direito que traz um cunho de necessidade inderrogável" (*Curso de direito civil – introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. v. 1, p. 43). Idem San Tiago Dantas (*Programa de direito civil – teoria geral*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 46-47), para quem a razão de ser das normas imperativas reside na garantia de um interesse geral, que vai além das próprias partes, não existindo quando o legislador apenas pretendeu defender o interesse das partes.

> 1. Da redacção do art. 334º do C. Civil, sobretudo da expressão manifestamente, infere-se que o exercício de um direito só poderá taxar-se de abusivo quando exceda manifesta, clamorosa e intoleravelmente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes e pelo fim social ou económico do direito, ou, o mesmo é dizer, quando esse direito seja exercido em termos clamorosamente ofensivos da justiça ou do sentimento jurídico socialmente dominante. [...].
> 4. Nestes casos específicos de pedido de declaração de nulidade de um negócio jurídico só excepcionalmente é que se pode admitir a invocação do abuso de direito, desde que, no caso concreto, as circunstâncias apontem para uma clamorosa ofensa do princípio da boa fé e do sentimento geralmente perfilhado pela comunidade, situação em que o abuso de direito servirá de válvula de escape no nosso ordenamento jurídico, tornando válido o acto formalmente nulo, como sanção do acto abusivo.[20]

E não é só. Na própria doutrina lusa são encontradiças valorosas opiniões sobre a possibilidade de determinação pelo magistrado, mesmo sem a invocação da parte interessada, das sanções inerentes ao abuso de direito, mesmo quando se tratar de ato que invista contra a boa-fé.

António Menezes Cordeiro[21], após salientar a necessidade duma aplicação criteriosa do abuso de direito, com o propósito de evitar sua banalização, juntamente diante do desenvolvimento jurisprudencial de sua aplicação integrada com a boa-fé, afirma que a incidência do instituto está a depender sempre de terem sido invocados e demonstrados os fatos constitutivos e formulado um pedido de tutela judicial. Sendo assim, o abuso de direito será examinado pelo tribunal, ainda quando o interessado não tenha formulado súplica expressa quanto às suas consequências.

Indelével o seu remate: "Na verdade, o Tribunal não fica limitado pelas invocações jurídicas das partes: pedido um certo efeito e constando, do processo, os factos necessários, pode o juiz optar pelo abuso de direito, mesmo que este não estivesse sido expressamente invocado"[22].

20 Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Revista nº 03B3125, Rel. Araújo Barros, v.u., j. 14/05/2003, disponível em ww.dgsi.pt/jstj.nsf, acesso em 03/08/2006. Semelhante conclusão já constava de decisão anterior: "(...) V - O abuso do direito supõe que, por parte do seu titular, há um excesso manifesto no respectivo exercício, tendo em conta os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelo fim social e económico desse direito." (Revista nº 99S012, Rel. Almeida Deveza, v.u., j. 24/06/98, disponível em www.dgsi.pt/jstj.nsf, acesso em 03/08/2006).

21 *Tratado de direito civil português – parte geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. T. I, p. 246-247.

22 *Loc. cit.*, p. 247.

Esse posicionamento, que granjeou a admiração dos pretórios lusitanos, figurava no anteprojeto de Vaz Serra, elaborado com vistas à edição do atual livro das obrigações do Código Civil de 1967, consistindo no seu art. 8º, nº 2º, e permitia, quando se estivesse diante da aquisição ou exercício de direito em contrariedade à boa-fé, o exame do comportamento abusivo pelo juiz, mesmo quando não houvesse iniciativa da parte interessada[23]. Já com relação às práticas que contravenham ao fim econômico ou social de um direito reconhecido, a construção hodierna do instituto já mostrava que tal se configura em prejuízo da ordem pública em geral.

Josserand, analisando o tema da relatividade dos direitos, em contraposição ao dogma do seu absolutismo, tributário do influxo da Revolução Francesa, sustenta que o Estado, ao conceder direitos, tem em vista uma missão social a cumprir, da qual não podem se afastar em favor de um interesse qualquer, o que demonstra encontrar-se aqui sob a tutela do interesse geral, ao invés do particular[24]. Ademais, o art. 187 do Código Civil cogita de excesso manifesto.

À guisa de reforço argumentativo, invoque-se referência feita por Fernando Augusto Cunha de Sá, a demonstrar que o entendimento aqui defendido foi além das fronteiras da Lusitânia, uma vez que, na Alemanha, os tribunais vêm raciocinando no sentido de que o abuso sempre deve ser conhecido de ofício, pois é ao tribunal que impende determinar os limites de exercício do direito, uma vez que a conduta abusiva não é senão aquela que consiste em retirar tais limitações do conteúdo do direito subjetivo exercido.

Por sua vez, a circunstância do art. 187 do Código Civil encontrar-se localizada na Parte Geral, Livro III, Título III, relativa aos atos ilícitos, ser-

23 Ver a íntegra da citada proposição: "2. Nos casos em que o interessado poderia deduzir a defesa mencionada no parágrafo antecedente, pode o juiz apreciar oficiosamente se o direito foi adquirido ou exercido contra a boa fé, salvo tratando-se da hipótese de perda do direito com base no facto de a longa abstenção de exercício dele ter criado na outra parte a convicção de que não seria feito valer o mesmo direito" (o texto da proposição consta, em sua íntegra, em Fernando Augusto Cunha de Sá. *Abuso do direito*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 126).

24 Foram as palavras do autor: "Concedidos pelos poderes públicos, têm uma missão social a cumprir, contra a qual não podem rebelar-se; não se bastam a si mesmos, não levam em si mesmos sua finalidade, mas que esta ao mesmo tempo desborda e justifica; cada um deles tem sua razão de ser, seu espírito, do qual não poderão separar-se. Se podem ser utilizados não é em atenção a um objeto qualquer, mas unicamente em função de seu espírito, do papel social que estão chamados a desempenhar; não podem ser exercitados sem razão, mas, com certeza, para um fim legítimo e em razão de um motivo legítimo". (JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Trad. Santiago Cunchillos e Manterola. Buenos Aires: Bosch, 1950, p. 153-154) "...Concedidos por los poderes públicos, tienen una misión social que cumplir, contra la cual no pueden rebelarse; no se bastan a si mismos, nolle llevan en si mismos tiempo que los justifica; cada uno de ellos tiene su razón de ser, su espíritu, del cual no podrían separarse. Si pueden ser utilizados no es en atención a un objeto cualquiera, sino unicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempenar; no pueden ser ejercitados sin más ni más, sino a sabiendas, para un fin legítimo y por razón de un motivo legítimo. (...)"

vindo para ampliar o conceito destes, constante do antecedente art. 186, não prejudica a possibilidade do conhecimento *ex officio* do abuso de direito.

Não se desconhece que uma condenação em ressarcimento, consequência natural da prática de ato ilícito, não pode prescindir de uma pretensão do prejudicado, deduzida em juízo.

De igual modo, não se pode deixar de reconhecer que, a despeito de estabelecer a projeção legislativa do instituto, o art. 187 do Código Civil não esgota – nem seria materialmente possível fazê-lo – as consequências do abuso de direito[25].

Assim, não há impedimento a que também enseje nulidade, como é o caso do art. 166, VI, do Código Civil, e que, por isso, possa ser conhecida oficiosamente.

A essa sintonia, busca inserir-se a tentativa de mudança da legislação argentina. O Projeto de Código Civil argentino de 1998 sugere na segunda parte do art. 396, o seguinte texto: "Art. 396 – Abuso de direito. (...) O tribunal deve ordenar o necessário para evitar os efeitos do exercício abusivo e, segundo as circunstâncias, procurar a reposição ao estado de fato anterior e fixar uma indenização"[26].

Como visto, demais da fixação de indenização mostrar apenas uma consequência a reprimir o abuso de direito, a expressão "o tribunal deve ordenar", constante no pórtico do dispositivo, indica o reconhecimento de competência a ser exercitada mesmo sem provocação.

Num ponto, singularidade de nosso sistema processual, existe restrição à possibilidade de conhecimento de ofício do abuso de direito. É o campo dos recursos extraordinário e especial, em torno dos quais gravita importante requisito de admissibilidade, consubstanciado no pré-questionamento. Este requer, inelutavelmente, que a questão tenha sido objeto de debate na instância ordinária.

Diferentemente do Supremo Tribunal de Justiça português[27], o Su-

25 A elasticidade das consequências do abuso de direito é ressaltada por Salvatore Romano (*Enciclopedia del Diritto*. v. I – Ab-Ale. Milão: Giuffrè Editore, 1958, p. 169) e Francisco Amaral (*Direito civil – introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 201-211).

26 Artículo 396 – Abuso del derecho. (...) "El tribunal debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo y, según las circunstancias, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar uma indemnización." Disponível em : http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-argentina.html. Acesso em: 14.08.2006.

27 Vislumbram-se alguns julgados que, em sede de revista, conheceram do tema do abuso do direito, mesmo sem haver sido agitado em primeira instância ou perante tribunal de relação, como é o caso dos citados acórdãos proferidos nos Processos: Revista nº 98B1201, Rel. Ferreira de Almeida, j. 25/06/98; Revista nº 98B1201, Rel. Ferreira de Almeida, j. 25/06/98 e Revista nº 05S2135, Rel. Pinto Hespanhol, v.u., j. 24/01/2005.

premo Tribunal Federal[28], bem assim o Superior Tribunal de Justiça[29] são inflexíveis quanto à necessidade da prévia discussão da matéria, sendo desprovida de influência que se envolva ou não o interesse da ordem pública.

Portanto, a única vedação ao conhecimento de ofício do abuso do direito recai, a meu sentir, no âmbito do julgamento dos recursos extraordinário e especial.

Não desconheço – e por isto não posso omitir a merecida consideração – que, no intervalo entre a elaboração inicial deste texto e o seu preparo para fins de publicação como artigo – a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do desate do REsp 1.061.530-RS, ao julgar recurso repetitivo envolvendo vários questionamentos em torno de contratos bancários, assentou entendimento, interditando o reconhecimento pelo juiz de primeiro grau, bem como pelo tribunal de apelação, de cláusulas contratuais abusivas, com base no art. 51 do CDC[30].

Sem embargo da respeitabilidade da deliberação, ouso assinalar que não se trata de pacificar a solução mais acertada. Em assim sendo, olvidou o Superior Tribunal de Justiça circunstância da Lei 8.078/90 ter sido editada à consideração da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo e, em vista disto, houve por bem outorgar àquele arcabouço tutelar adequado, voltado como fim o de facilitar a defesa de seus direitos, inclusive e principalmente em juízo.

Não se revelou à toa que, a par da previsão de institutos como a solidariedade, a inversão do ônus da prova, a responsabilidade civil objetiva como regra, dentre outros, atentasse o legislador, ao disciplinar o elenco das cláusulas abusivas no art. 51, *caput*, do CDC, para o seu tratamento como causa de nulidade e não como estipulação anulável[31].

À míngua de disposição especial em contrário, não se podia desconside-

28 Conferir os julgados: AI-AgR 518051-GO, Rel. Min. Ellen Gracie, v.u., 2ª T, j. 29.11.2005; AI-AgR 308273-PE, Rel. Min. Moreira Alves, v.u., 1ª T, j. 25.02.2003; AI-AgR 454544-MA, Rel. Min. Ellen Gracie, v.u., 2ª T, j. 10.02.2004 e RE-AgR-ED 254921-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, v.u., 1ª T, j. 30.06.2004.

29 Consultar: REsp 814885-SE, Rel. Castro Meira, v.u., 2ª T, DJ 19.05.2006, p. 205; AgRg no REsp 478379-RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, v.u., 6ª T, DJ 03.04.2006, p. 427 e AgRg no Ag 309700-RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, v.m., 2ª T, DJ 24.02.2003, p. 217.

30 O posicionamento se acha assim formulado na ementa da decisão: "ORIENTAÇÃO 5 – DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. É vedado aos juízes de primeiro e segundo graus de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. Vencidos quanto a esta matéria a Min. Nancy Andrighi (relatora) e o Min. Luís Felipe Salomão" (DJe de 10-03-2009).

31 Destaque-se ter o fato do art. 51, *caput*, empregar a expressão "são nulos de pleno direito", antes de proceder à enunciação das cláusulas ditas abusivas, levado Arruda Alvim (Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro, São Paulo, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 20, p. 43, out-dez, 1996) a enveredar pelo cabimento do reconhecimento da nulidade de ofício.

rar o parágrafo único do art. 168 do Código Civil, ao perfilhar como regra geral a nulidade absoluta, ao invés da relativa[32], de modo a permitir que o magistrado, mesmo sem pedido expresso da parte, ao conhecer do negócio jurídico ou de seus efeitos, possa pronunciar as nulidades provadas.

Daí que, no particular, remanesce, mesmo sem a devida utilidade prática, a pretensão da formulação crítica.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro, São Paulo, **Revista de Direito do Consumidor,** n. 20, p. 25-70, out-dez, 1996.

AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMIGO, Manuel García. **Derecho civil de España:** parte general. Madri: Servicio publicaciones facultad derecho, 1997**.**

ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior (Org). **Jornadas de Direito Civil.** Brasília: CJF, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v.3.

BAPTISTA, Silvio Neves. **Ensaios de direito civil**. São Paulo: Editora Método, 2006.

BORDA, Guillermo**.** . **Manual de derecho civil:** parte general**.** 20. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

32 Silvio Neves Baptista (*Ensaios de direito civil*. São Paulo: Editora Método, p. 67-71) destaca, diferenciadamente, a nulidade absoluta, a nulidade relativa e a anulabilidade. A nulidade relativa, que não se confunde com a anulabilidade, produz os mesmos efeitos da nulidade absoluta, com o detalhe de que o ato nulo somente assim se manifesta com relação a determinadas pessoas e não *erga omnes*. De acordo com a visão do autor, pode-se perceber que a regra geral do art. 168 do Código Civil se reporta à nulidade absoluta, sendo a nulidade relativa exceção que somente se verifica nos casos expressamente previstos (arts. 549, 1.748, III e IV, e 1.749, I, II e III, e 1.846, todos do Código Civil).

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português:** parte geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

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

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil:** teoria geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HÖRSTER, Heinrich Ewald. **A parte geral do Código Civil português:** teoria geral do direito civil. Coimbra: Almedina, 1992.

JOSSERAND, Louis. **Derecho Civil.** Tradução de Santiago Cunchillos e Manterola. Buenos Aires: Bosch, 1950.

LOPES, Serpa. **Curso de direito civil:** introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. v.1.

PATTI, Salvatore. Abuso del diritto. In: **Digesto delle Discipline Privatistiche:** sezione civile. 4.ed. Turim: UTET, 1998. v.1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil:** alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ROMANO, Salvatore. **Enciclopedia del Diritto**. Milão: Giuffrè Editore, 1958. v.1.

Correspondência | Correspondence:

Edilson Pereira Nobre Júnior
Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Campus Universitário, s/n, Lagoa Nova, CEP 59.072-970. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3215-3487.
Email: nobre@jfrn.jus.br

Recebido: 28/04/2010.
Aprovado: 30/06/2010.