



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A aplicabilidade das modalidades de abuso de direito no direito privado

Lêda Teresa dos Santos Teixeira Pinto

Rio de Janeiro
2015

LÊDA TERESA DOS SANTOS TEIXEIRA PINTO

A aplicabilidade das modalidades de abuso de direito no direito privado

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós-graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Flávia Zebulum

Rio de Janeiro
2015

A APLICABILIDADE DAS MODALIDADES DE ABUSO DE DIREITO NO DIREITO PRIVADO

Lêda Teresa dos Santos Teixeira Pinto

Graduada pela Faculdade de Direito Cândido Mendes. Advogada. Pós-graduada na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O atual Código Civil rompeu com a visão patrimonialista e individualista do Código anterior, passando a defender os valores voltados para a dignidade da pessoa humana emanados da Constituição de 1988, ocorrendo a chamada funcionalização do direito privado. Nesse contexto, ao lado do ato ilícito subjetivo, surgiu o ato ilícito objetivo, que a doutrina chama de abuso de direito. O presente trabalho visa a apresentar modalidades de abuso de direito e a sua aplicação pela jurisprudência pátria.

Palavras-chaves: Ato Ilícito. Ilícito Objetivo. Abuso de Direito. Modalidades.

Sumário: Introdução. 1. Mudança de abordagem do ato ilícito. 2. Contornos e modalidades do abuso de direito. 3. Aplicação das modalidades de Abuso de Direito. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a teoria do ato ilícito e as modalidades do abuso de direito, tendo como pano de fundo o movimento de constitucionalização do direito privado. Verifica-se que a reprimenda dos comportamentos abusivos não é tarefa fácil para o aplicador do direito tendo em vista que não se trata de violação da norma, mas sim, de uma análise casuística dos limites da conduta humana. Procura-se assim, investigar como tem sido aplicada tal teoria pelos Tribunais Superiores, para só então, entender sua importância na atual conjuntura jurídica.

Para a análise do tema, será utilizada a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa, além da histórica. O conteúdo será abordado em três capítulos e uma conclusão.

No primeiro capítulo pretende-se justificar a alteração realizada pelo legislador com a mudança de paradigma ocorrida no ordenamento em razão da constitucionalização do direito privado.

Já no segundo capítulo procura-se aprofundar o estudo da teoria do abuso de direito, alicerçada no comportamento humano e apresentar as modalidades de abuso de direito: *venire contra factum proprium*; *supressio e surrectio*; *tu quoque*; *duty to mitigate the loss*; adimplemento substancial e violação positiva do contrato.

No terceiro capítulo objetiva-se investigar diversos casos concretos julgados pelos Tribunais Superiores, nos quais foram aplicadas as modalidades de abuso de direito acima mencionadas.

Por fim, conclui-se pela necessidade da releitura da teoria do ato ilícito com a consequente aplicação da teoria do abuso de direito em razão de uma resposta aos anseios da sociedade.

1. MUDANÇA DE ABORDAGEM DO ATO ILÍCITO

O direito civil sofreu drástica mudança ao longo dos anos. Anteriormente, sob a égide do Código Civil de 1916¹, era suficiente entender a essência dos institutos jurídicos para poder aplicá-los. Atualmente, na vigência da Constituição de 1988², isso não é mais suficiente, havendo que se perquirir não apenas a sua essência, como também para que serve o

¹ BRASIL. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 26 nov. 2015.

² Idem. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 26 nov. 2015.

instituto. Verifica-se a preocupação teleológica dos institutos, ou seja, sua real finalidade para a sociedade. Nesse viés, pode-se afirmar que houve uma funcionalização do direito privado.

Cristiano Chaves³, ao se referir a grande mudança ocorrida no direito civil, cita a expressão “virada de Copérnico” utilizada por Luiz Edson Fachin, para enaltecer a nova fase do sistema jurídico. Assim, propõe um direito contemporâneo que leva em conta os anseios da nova sociedade.

Verifica-se que os valores que permearam o Código Civil de 1916⁴ eram os mesmos do Código Francês de 1804 (Código de Napoleão) e o Código Alemão de 1896 (BGB), preocupados em resguardar o patrimônio privado e em considerar a pessoa individualmente. Com isso, retratam valores patrimonialistas e individualistas que refletem na autonomia das relações privadas. Parte da doutrina⁵ chegava a afirmar que o Código Civil de 1916 era a Constituição do direito privado, pois as normas privadas não estavam na Constituição, essa apenas contemplava as matérias públicas. Mesmo assim, o referido Código Civil sobreviveu a seis Constituições.

Merece destaque os ensinamentos de Nelson Rosenvald⁶ quando aprofunda o tema. Segundo ele, o Código Civil de 1916 seguia a ideologia individualista da era oitocentista, na qual prevalecia a total liberdade da vontade humana. Ademais, para que a liberdade econômica fosse plena, a legislação apreciava cada integrante de uma relação jurídica com um abstrato sujeito de direitos patrimoniais, titulares prévios de uma igualdade formal.

Nesta época vivia-se o chamado Estado Liberal, momento em que foram criados os “direitos de primeira geração”. Tais direitos exigiam do Estado uma conduta negativa, isto é,

³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p 42.

⁴ BRASIL. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 26 nov. 2015.

⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.3.

⁶ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p 72.

uma omissão estatal em não invadir a esfera particular do indivíduo, fato este que reforça os preceitos do Código Civil de 1916.

Neste sentido, Rosendal⁷ afirma que o constitucionalismo e a codificação são contemporâneos do advento do Estado Liberal, cumprindo, cada um o seu papel. O constitucionalismo com a tarefa de limitar profundamente o Estado e a codificação que visava a assegurar o mais amplo espaço de autonomia ao cidadão dotado de patrimônio.

Contudo, diante de um novo regime, agora o Estado Social e Democrático de Direito, foi proclamada a Constituição de 1988⁸, que assegura o respeito dos direitos fundamentais do cidadão, além de garantir a participação popular no sistema político nacional.

De maneira inovadora, tal Constituição passa a regular não apenas o direito público, mas também o direito privado. O que parece uma simples modificação, na verdade, altera toda a essência do ordenamento jurídico. Os ideais mudaram e a cidadania ganhou destaque. A tábua de valores constitucionais passou a ser a dignidade da pessoa humana; a solidariedade social e a erradicação da pobreza; a liberdade e a igualdade. O foco da proteção desviou do patrimônio para a pessoa humana, caracterizando uma verdadeira mudança de valores.

Como é sabido, a norma de direito civil deve amoldar-se à norma constitucional, ou seja, esta é o fundamento de validade daquela. Assim, surgiu a necessidade de se elaborar um novo Código Civil, em razão da incompatibilidade de essência entre o Código Civil de 1916⁹, que primava por uma visão patrimonialista e individualista e, a Constituição de 1988, com sua visão personalista, dando atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, em 2002 é editado o segundo Código Civil Brasileiro, com valores emanados da Constituição de 1988, quais sejam, a socialidade, a eticidade e a operabilidade.

⁷ Ibid., p 72.

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 26 nov. 2015.

⁹ Idem. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 26 nov. 2015.

Além disso, fez menção expressa ao princípio da função social, ao princípio da boa-fé objetiva e a teoria do abuso de direito, deixando clara a transformação no direito privado.

Coloca ainda, o ser humano em destaque, no centro do ordenamento jurídico, deixando para trás o indivíduo abstrato dos códigos liberais, e fazendo surgir uma pessoa em concreto, que deve ser examinada em suas múltiplas peculiaridades.

O enfoque do novo código é alcançar a pessoa como destinatária da norma, não havendo mais espaço para uma tutela jurídica baseada em juízo de plena subsunção, sendo preciso investigar as peculiaridades das pessoas que vivenciam a relação em concreto.

Segundo Nelson Rosenvald¹⁰, o Código Civil de 2002¹¹ deseja afastar toda forma de conceituação estéril, que não reveste de efetividade. O autor propõe a desvinculação da velha herança francesa, que preenchia o desenho da norma em todos os seus detalhes, com a prática da conceituação em exaustão, de forma a esconder a própria ignorância ou um temor de utilizar modelos com conceitos abertos e mutáveis.

O conteúdo da relação obrigacional continua dotado de vontade humana, porém agora, não se admite mais uma vontade livre, mas sim, integrada pelo princípio da boa-fé. Ressalta-se que com esta nova perspectiva, a postura de credor e devedor, que antes era antagônica, passa a ser convergente, em atitude colaborativa, rumo ao adimplemento e ao bem comum.

Importante perceber que a boa-fé se apresenta como um parâmetro de correção e honestidade nas relações obrigacionais, como norma de conduta, considerada como a imediata tradução de confiança, verdadeiro alicerce da convivência social.

¹⁰ ROSENVALD, op. cit., p 73.

¹¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 nov. 2015.

Segundo Fernando Noronha, citado por Nelson Rosenvald¹², a boa-fé se apresentaria com as funções interpretativas, integrativas e de controle. A primeira seria utilizada para compreender o sentido das interpretações contratuais; a segunda explicaria os deveres do comportamento do credor e devedor, ainda que não previsto expressamente no contrato ou na norma; a terceira impediria o exercício abusivo de direito nas relações obrigacionais, restando clara a ligação entre a boa-fé e a Teoria do abuso de direito.

Historicamente, verifica-se que a teoria do abuso de direito teve sua origem na chamada Teoria dos atos emulativos, *aemulatio*, que por sua vez, busca sua fonte no direito romano, com as questões relativas ao uso das águas. Na época, condenava-se o indivíduo que empreendia modificação em seu terreno, com a intenção de desviar o curso do rio e, com isso, prejudicar o seu vizinho, deixando-lhe sem água.

Somente na segunda metade do século XIX, na França, que se teve novamente a notícia sobre essa teoria, contemplando situações em que o indivíduo exerce determinado direito em desconformidade com os princípios do direito canônico (moral cristã), com a finalidade exclusiva de causar dano a outrem.

Destaca-se que em um primeiro momento, o direito individual é exercido em consonância com a norma jurídica, porém, como a intenção do indivíduo é de causar prejuízo a um terceiro, passa a avultar os princípios morais, o que também é condenado pelo Direito.

Miragem¹³ afirma que o ambiente medieval favorecia esse tipo de construção teórica desta natureza, fazendo surgir o abuso subjetivo, por intermédio do qual, embora não desviado do preceito legal, o titular do direito lhe fraudava a finalidade.

A jurisprudência francesa controlava o exercício do direito subjetivo, impondo limites no caso concreto, como por exemplo, nos casos Lingard, Mercy e Locante, relativos a

¹² ROSENVALD, op. cit., p 93.

¹³ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 p.86.

fumos e maus cheiros de fábricas. O caso Grosheintz, que questionava as escavações no terreno do próprio titular que provocava desmoronamento do terreno do vizinho. E ainda, o caso mais emblemático e conhecido, Clément-Bayard, em que se discutia a utilidade do proprietário construir em seu terreno grande lanças (espigões) de ferro, com o objetivo de impedir o lançamento dos aeróstatos pelo seu vizinho.

Já no direito brasileiro o desenvolvimento da teoria do abuso de direito se inicia, em sede doutrinária, com a interpretação do artigo 160, inciso I, do Código Civil de 1916¹⁴, em que não se fazia distinção entre abuso e o ilícito, apontando à predominância do aspecto subjetivo outrora utilizado nos atos emulativos, com a intenção do agente em prejudicar o terceiro. Nesta época o ato ilícito possuía uma relação direta com a responsabilidade civil, surgindo com isso, o dever de indenizar.

Com o objetivo de adequar a nova ordem jurídica, o Código Civil de 2002 trouxe inúmeras inovações, dentre elas se destaca a nova configuração de ato ilícito, fulcrado agora, em duas cláusulas gerais de antijuridicidade, uma que considera a culpa subjetiva e a outra que não considera a culpa objetiva, esta última considerada a teoria do abuso do direito.

Verifica-se que a primeira cláusula é a de responsabilidade por culpa, contida no artigo 186 do novo Código¹⁵ sendo muito similar a do artigo 159 do Código Civil de 1916¹⁶. A segunda, contida no artigo 187¹⁷, totalmente nova, enfatiza uma cláusula geral de ilicitude, de índole objetiva, realçando que a teoria do abuso não reside no plano psicológico da culpabilidade, mas no desvio do direito de sua finalidade ou função social.

¹⁴ BRASIL. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 26 nov. 2015.

¹⁵ Idem. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 nov. 2015.

¹⁶ Idem. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 26 nov. 2015.

¹⁷ Idem. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 nov. 2015.

A nova concepção do ato ilícito pode ser dividida em duas espécies: o ato ilícito subjetivo, que contém a ilicitude anímica e o ato ilícito objetivo, que contempla uma ilicitude funcional. Acrescenta que o ilícito subjetivo é apriorístico, ou seja, previamente conhecido, pois decorre da violação de uma norma. Já o ilícito objetivo, é casuístico, pois somente com a análise do caso concreto pode-se verificar o comportamento desviante, sendo impossível prever todas as hipóteses e todas as soluções, sendo marcado por um conceito plástico.

Conclui-se que a mudança de abordagem do ato ilícito se deu no momento em que a nova codificação o dividiu, passando a contemplar a antiga vertente subjetiva e inovando com a vertente objetiva, esta última, que passou a ser reconhecida como a nova teoria do abuso de direito.

2. CONTORNOS E MODALIDADES DO ABUSO DE DIREITO

Tendo em vista que o abuso do direito, atualmente considerado, apresenta um conceito plástico, foi preciso que a doutrina criasse modelos visando a facilitar a análise do caso concreto.

Dentre as modalidades de abuso de direito, as mais conhecidas são: *venire contra factum proprium*; *supressio*; *surrectio*; *tu quoque*; *duty to mitigate the loss*; adimplemento substancial e violação positiva do contrato.

O *venire contra factum proprium*, nas lições de Cristiano Chaves¹⁸, é o abuso gerado por um comportamento contraditório, ou seja, o titular de um direito cria a expectativa de que aquele direito não será exercido e, de repente, o exerce. Por outro lado, a outra parte se vê surpreendida com a inesperada atitude do titular. Assim, esta modalidade aponta dois

¹⁸FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p 707.

momentos distintos, um da criação da expectativa e o outro, da realização do direito de forma repentina.

O principal fundamento para considerar esse comportamento contraditório em um ato abusivo está na ruptura do princípio da confiança entre as partes.

Um bom exemplo é o da venda de imóvel por cônjuge casado sem outorga. É sabido que tal ato pode ser anulado pelo conjugue que não anuiu a venda no prazo de 2 (dois) anos. Imagine que, a despeito de não ter anuído, esta pessoa receba o dinheiro na sua conta bancária, demonstrando o seu conhecimento a respeito da alienação. Estaria evidenciando um comportamento contraditório caso esta mesma pessoa ajuizasse uma ação anulatória da venda, demonstrando verdadeiro abuso de confiança, fato que não pode ser aceito pelo ordenamento jurídico.

Já a *supressio/surrecio*, são derivadas do sistema jurídico alemão, caracterizando-se como omissões qualificadas pelo transcurso do tempo. Na verdade, constituem o verso e o reverso de uma mesma moeda, a *supressio* é caracterizada pela supressão da possibilidade do titular exercer o direito e a *surrecio* a aquisição do direito por terceiro, no lugar do titular.

O exemplo consagrado na doutrina¹⁹ está relacionado com o artigo 330 do Código Civil²⁰. Diga-se que num contrato, devedor e credor ajustam o negócio, com pagamento da obrigação no domicílio do credor. No entanto, durante toda a relação, o credor, espontaneamente, vai ao endereço do devedor buscar a prestação. Assim, o pagamento feito de forma reiterada em outro local, faz presumir a renúncia do local previsto no contrato, sendo abuso de direito do credor exigir, após longo transcurso de tempo, o cumprimento da obrigação em seu domicílio, pois seu comportamento durante a execução do contrato foi invalidante da cláusula que estabelecia o local do pagamento.

¹⁹ Ibid., p 714.

²⁰ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 nov. 2015.

A modalidade conhecida como *tu quoque*, segundo Cristiano Chaves²¹, refere-se à utilização de critérios valorativos distintos para reger situações jurídicas substancialmente idênticas. O que se busca é evitar que o indivíduo se beneficie da própria torpeza dentro de uma relação contratual. Aqui o direito é adquirido sem lealdade. Em sendo assim, o instituto age sobre os princípios da boa-fé e da justiça contratual, além de pretender resguardar o equilíbrio entre as prestações.

Para o autor, o *tu quoque*, muito se assemelha com a exceção do contrato não cumprido no campo obrigacional, porém, tem uma abrangência maior, podendo perfeitamente ser utilizado nas relações contratuais não abrangidas pela *exceptio*. Outrossim, verifica certa semelhança com o *venire contra factum proprium*, pois ambos geram a expectativa de condutas uniforme, alicerçadas na boa-fé objetiva. Contudo, no *tu quoque*, a conduta inicial é ilícita e a posterior é lícita. Diferente do *venire* que a conduta inicial é lícita e, posteriormente, em razão da ofensa a boa-fé, o ato é exercido em desconformidade com o direito.

O exemplo estaria na conduta dolosa do menor que oculta a sua menoridade e, posteriormente, dela pretende se aproveitar para afastar os efeitos da obrigação, caracterizando verdadeiro comportamento contradito.

O *duty to mitigate the loss*, ou seja, o dever de mitigar as próprias perdas irá configurar abuso de direito quando o comportamento do credor vier à prejudicar ou onerar o devedor. O credor deve atuar, sempre que necessário, para minorar os danos sofridos.

O exemplo clássico seria aquele em que o credor fica inerte, deixando acumular muitas prestações para ajuizar uma ação de despejo, ficando inviável, ao devedor, purgar a mora. O juiz pode invocar o *duty to mitigate the loss* e determinar a purga da mora de poucos meses.

²¹ FARIAS, op. cit., p 717-719.

O adimplemento substancial é a modalidade em que se reconhece o abuso de direito em situações em que a rescisão contratual não se mostra razoável. Sua aplicação vem se efetivando com base nos conceitos de boa-fé objetiva, função contratual do contrato, vedação do enriquecimento sem causa e vedação ao abuso de direito.

Demonstrando a clara preocupação com o tema editou-se o Enunciados 361 decorrente da Jornada de Direito Civil:

O adimplemento substancial decorrente dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, banalizando a aplicação do artigo 475.

Por fim, a violação positiva do contrato, também conhecida como violação dos deveres anexos do contrato é aquela que invoca das partes uma atenção maior em relação ao contrato em seu sentido amplo, ou seja, devem respeitar não apenas os deveres contratuais principais, mas também, os deveres anexos do contrato, como o dever de informação, o dever de confiança, o dever de lealdade e outros.

Nas relações de consumo é recorrente a violação dos deveres anexos, principalmente no que diz respeito ao dever da informação adequada.

Como exemplo pode-se citar as primeiras vendas de televisões de plasma no mercado de consumo. Na ocasião, muitas Empresas deixaram de informar que a televisão de plasma só funcionaria perfeitamente para quem recebia o sinal digital. Com isso, quem recebia o sinal analógico, passou a ter sua imagem distorcida, havendo um nítido desrespeito aos deveres anexos do contrato.

As modalidades apresentadas não têm a pretensão de esgotar o tema, até porque, como se enfatizou anteriormente, o conceito de abuso do direito é plástico e casuístico, ou seja, o preceito normativo permite conjecturar diferentes hipóteses com diferentes soluções, que devem ser analisadas diante das peculiaridades do caso concreto.

3. APLICAÇÃO DAS MODALIDADES DE ABUSO DE DIREITO

Até o presente momento foram apresentados exemplos trazidos pela doutrina sobre as modalidades de abuso de direito. A partir de agora, procura-se analisar a aplicação pela jurisprudência pátria.

O primeiro julgado do Supremo Tribunal Federal que tratou sobre o *venire contra factum proprium* foi na década de 70, em uma separação judicial de um casal casado no Uruguai pelo regime de separação total. Ocorre que, quando pediram a averbação do casamento no Brasil, o fizeram sob o regime comum da época, ou seja, o regime da comunhão universal. No entanto, perante os credores, o casal se utilizava do regime da separação total, mas para requerer a separação judicial, invocaram o regime de comunhão universal. Diante deste comportamento contraditório, o judiciário não permitiu a utilização do regime da comunhão universal, conforme se verifica no Recurso Extraordinário nº 86.787, da lavra do Ministro Leitão de Abreu, cuja emenda se segue abaixo:

CASAMENTO. REGIME DE BENS. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 7, § 4º, DA LICC. 1) NUBENTES QUE, SEM IMPEDIMENTO PARA CASAR, CONTRAEM MATRIMONIO NO URUGUAI, (...) SEGUNDO A LEI LOCAL, PARA QUE INCIDA DETERMINADO REGIME DE BENS, QUANDO ESTE E ADMITIDO, TAMBÉM, PELA LEI BRASILEIRA. NO CASO, O MATRIMONIO EFETUOU-SE NO URUGUAI, ONDE O REGIME COMUM E 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.²²

No mesmo sentido, de reconhecer o abuso do direito de acordo com as peculiaridades do caso, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a *surrectio* para um

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 86787. Relator: Ministro Leitão de Abreu. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+86787%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+86787%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bcw4x84>>. Acesso em: 16 set. 2015.

condômino que utilizava certa área comum do condomínio há mais de trinta anos, conforme ementa abaixo:

Processual Civil. Civil. Recurso Especial. Prequestionamento. Condomínio. Área comum. Utilização. Exclusividade. Circunstâncias concretas. Uso prolongado. Autorização dos condôminos. Condições físicas de acesso. Expectativa dos proprietários. Princípio da boa-fé objetiva. (...) Diante das circunstâncias concretas dos autos, nos quais os proprietários de duas unidades condominiais fazem uso exclusivo de área de propriedade comum, que há mais de 30 anos só eram utilizadas pelos moradores das referidas unidades, pois eram os únicos com acesso ao local, e estavam autorizados por Assembléia condominial, tal situação deve ser mantida, por aplicação do princípio da boa-fé objetiva.²³

Observa-se que ordinariamente a área comum do condomínio não pode ser usucapida, porém diante das peculiaridades do caso, em que os moradores já utilizavam a área há mais de 30 (trinta) anos e continham uma autorização dada em Assembleia condominial, o Tribunal achou por bem reconhecer que a situação devia ser mantida, invocando o Princípio da boa-fé objetiva, ocorrendo com isso, a perda da área pelo condomínio, ou seja, a *supressio*.

O Superior Tribunal de Justiça também reconhece o abuso de direito em situações que ocorram o adimplemento substancial. Nestes casos, costuma rejeitar o pedido de rescisão contratual, apenas permitindo a cobrança da dívida, por medida de justiça.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou no Recurso Especial nº 272739, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, cuja emenda segue abaixo, não permitindo que o credor rescindisse o contrato de alienação fiduciária e pedisse a busca e apreensão do bem, frente ao inadimplemento mínimo por parte do devedor. Em outras palavras, como o contrato foi significativamente adimplido, não seria razoável, diante do não pagamento da última parcela, haver o rompimento do contrato, sendo configurada a quebra do princípio da confiança entre as partes, da função social do contrato e da boa-fé objetiva, restando nítido o abuso do direito no caso.

²³ Idem. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 356821. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%27356821%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%27356821%27.suce.\)\)](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27356821%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%27356821%27.suce.)))>. Acesso em: 16 set. 2015.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido.²⁴

Diante dos julgados apresentados, identifica-se que os Tribunais Superiores vêm aplicando de forma positiva a teoria do abuso de direito, buscando coibir qualquer tipo de comportamentos que ultrapassem o limite do razoável e vá de encontro com a boa-fé, à função social e os bons costumes.

CONCLUSÃO

Não resta dúvida de que a mudança de valores trazidos pela Constituição de 1988 demandou uma mudança na essência de todo o direito privado, que passou de uma perspectiva individualista e patrimonialista para uma perspectiva personalista.

Agora, com o ser humano em destaque, não mais o seu patrimônio, o desafio do novo Código Civil foi fazer a releitura dos institutos adequando-os aos novos tempos.

Além disso, foi necessária a criação de uma teoria que abarcasse situações, em princípio lícitas, mas que ultrapasavam manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, ou seja, era preciso conter o comportamento desviante. Foi então, que o legislador inovou e trouxe a teoria do abuso do direito expressamente em seu artigo 187 do novo Código Civil.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 272739. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <

Contudo, diante da impossibilidade de se prever todas as hipóteses de comportamentos desviantes e todas as soluções para coibi-lo, foi preciso utilizar-se de um conceito plástico, recaindo sua análise em cada caso concreto.

Com o objetivo de facilitar essa análise casuística, a doutrina criou as modalidades de abuso de direito conhecidas como: *venire contra factum proprium*; *supsessio*; *surrectio*; *tu quoque*; *duty to mitigate the loss*; adimplemento substancial e violação positiva do contrato.

Nesse sentido a jurisprudência brasileira acompanhou as modificações ocorridas na essência do direito privado e respondeu aos anseios da sociedade, reconhecendo a teoria objetiva do abuso de direito e as modalidades trazidas pela doutrina, aplicando-as em suas decisões de forma a reprimir os comportamentos desviantes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 26 nov. 2015.

_____. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 26 nov. 2015.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 272739. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2015.

_____. REsp n. 356821. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 86787. Relator: Ministro Leitão de Abreu. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 set. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.