

RESPONSABILIDADE AQUILIANA E RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

Sumário

Responsabilidade aquiliana e contratual. Abuso de direito. Teoria dos atos emulativos.

Bibliografia

Agostinho Alvim. *Inexecução das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 1980; Aguiar Dias. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1; Alex Weill e François Terré. *Droit civil: les obligations*. Paris: Dalloz, 1972; Alfredo Colmo. *Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1944; Anderson Schreiber. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; Atilio Anibal Alterini. *Responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974; Barassi. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1946. v. 2; Boris Starck. *Responsabilité civile*. Paris: L. Rodstein, 1947; Bruno Lewicki. Panorama da boa-fé objetiva. In: Gustavo Tepedino (org.). *Problemas de Direito Civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. pp. 55 e segs.; Carbonnier. *Droit civil: les obligations*. Paris: Presses Universitaires France, 1979; Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. *Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Processo, 2016; Carvalho Santos. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. v. 3; Clóvis Beviláqua. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1944-60; Colin e Capitant. *Droitcivil*. Paris: Librairie Dalloz, 1945. v. 2; De Cupis. *Il danno*. Milano: Giuffrè, 1966; De Page. *Traité élémentaire*. Bruxelles: E. Bruylant, 1974. v. 1; De Page. *Traité élémentaire*. Bruxelles: E. Bruylant, 1974. v. 2; Demo - gue. *Obligations*. Paris: Rousseau, 1923-33. v. 1; Duguit. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: E. de Boccard, 1927. v. 1; Eduardo Bonasi Benucci. *La responsabilité civile*. Milano: Giuffrè, 1965. v. 1; Emílio Betti. *Diritto romano*. Padova: Cedam, 1935; Eugène Gaudemet. *Théorie générale des obligations*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1937; Gaston Jèze. *Principios generales de derecho administrativo*. Madrid: Reus, 1928. v. 1; Fernando Augusto Cunha de Sá. *Abuso do direito*. Lisboa: Petrony, 1973; Genéviève Viney. *Traité de droit civil: les obligations, a cargo de Jacques Ghestin*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1965; Georges Durry. *Obligations spéciales*. In: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Dalloz, 1976; Georges Ripert. *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949; Georges Ripert. *Le régime démocratique et le droit civil moderne*. Paris: Pichon, 1948; Giorgio Giorgi. *Obbligazione*. Torino: Ute, 1930. v. 3; Gustavo Tepedino. *Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers*. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II, pp. 241-274; Gustavo Tepedino, “Prescrição aplicável à responsabilidade contratual: crônica de uma ilegalidade anunciada”. In: Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 27, 2009; Heloísa Carpena. *O abuso de direito no Código Civil de 2002*. In: Gustavo Tepedino (org.). *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. pp. 377-396; Henri Capitant. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*. Paris: Librairie Dalloz, 1970; Hubert de Mussué. *Responsabilité contractuelle et responsabilité delictuelle, sous la notion de l’abus du droit*. In: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Dalloz, 1948; Humberto Theodoro Júnior In. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *Comentários ao novo código civil*. V. 3. t. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005; Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado: critério para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015; Judith Martins Costa, “Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos”, *Revista dos Tribunais*, v. 979. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai. 2017, pp. 215-241; Lalou. *Traité pratique de la responsabilité civile*. Paris:

Dalloz, 1955; Louis Josserand. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Dalloz, 1939; Luiz Edson Fachin. *Contratos e ordem pública*. In: *Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 23-25; M. I. Carvalho de Mendonça. *Teoria e prática das obrigações*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. v. 2; Marcel Planiol. *Traité élémentaire*. Paris: R. Pichon Et R. Durnad-Auzias, 1946. v. 2; Martinho Garcez Neto. *Prática da responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1989; Marty e Raynaud. *Droit civil: les obligations*. Paris: Sirey, 1967. v. 1; Mazeaud e Mazeaud. *Leçons de droit civil*. Paris: Montchrestien, 1955. v. 2; Mazeaud e Mazeaud. *Responsabilité civile*. Paris: Montchrestien, 1955. v. 1; Messineo. *Dottrina generale del contratto*. Milano: Giuffrè, 1948; Paul Esmein. Le fondement de la responsabilité civile rapprochée de la responsabilité delictuelle. In: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Dalloz, 1933; Philippe Le Tourneau. *La responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1972; Philippe Malaurie e Laurent Aynès. *Cours de droit civil: les obligations*. Paris: Cujas, 1990; Planiol e Ripert, com o concurso de Esmein. *Traité pratique de droit civil*. Paris: R. Pichon Et R. Durnad-Auzias, 1946. v. 6; Planiol, Ripert e Boulanger. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris: R. Pichon Et R. Durnad-Auzias, 1946. v. 2; Pontes de Miranda. In: *Manual Lacerda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. t. I, v. 16, 3ª parte; René David e John N. Hazard. *Le droit soviétique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954. v. 1; Rosalice Fidalgo Pinheiro. *O abuso do Direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; Serpa Lopes. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. 1; Silvio Rodrigues. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 4; Van Ryn. *Responsabilité aquilienne et contrats*. Paris: Recueil Sirey, 1932.

202. Ao desenvolver o tema da responsabilidade civil, enfatizei que a teoria subjetiva repousa fundamentalmente no conceito de culpa. E esta, na essência, tem por pressuposto a infração de uma norma preestabelecida (ver Capítulo V, *supra*).

A teoria geral das fontes de direito salienta que o vocábulo “fonte” pode ser empregado no sentido histórico designando a origem de qualquer instituto jurídico, isto é, os monumentos ou documentos onde o pesquisador encontra os elementos de seu estudo. Nesta acepção o doutrinador faz referência à “fonte histórica”. Num outro sentido, a palavra “fonte” designa as diferentes maneiras de realização do direito objetivo, e, numa forma sintética, diz-se então “*fonte criadora ou fonte formal*”.

A moderna teoria das fontes de direito parte do pressuposto de que o comportamento individual na sociedade não é pautado somente pela lei, porém por outras manifestações ou situações objetivas que obrigam da mesma forma que o comando estatal. Com esta significação, a *fonte de direito* é um ato jurídico em sentido amplo. Fonte formal de direito vai, em última análise, repousar em uma declaração de vontade. Pode ser a declaração de vontade do Estado, por meio de seus órgãos competentes. Pode ser, também, a declaração de vontade individual. No primeiro plano situam-se a lei, o regulamento administrativo, o provimento judicial. No segundo, encontra-se o contrato, ou a declaração unilateral de vontade.

O que representa, em derradeira análise, a raiz das fontes de direito é a vontade, que é expressa no âmbito publicístico, pela manifestação dos Poderes estatais; e no campo privatístico pela declaração emanada do querer individual, manifestada na conformidade do que estabelece a ordem jurídica¹.

Controvertem os romanistas a propósito da determinação de como surgiu a responsabilidade contratual, a saber se a precedência foi da delitual de que a contratual foi uma consequência; ou ao revés se foi o contrato a fonte primeira da obrigação, seguindo-se-lhe mais tarde a responsabilidade delitual. Considerada a mais clássica, a tese dualista da precedência da responsabilidade contratual sobre a delitual tem levado, nas obras de direito civil, a tratar a contratual a propósito do efeito dos contratos, e as perdas e danos entre os efeitos das obrigações². Levada ao extremo a tese da dualidade, Sainctelett insurge-se contra o conceito de responsabilidade contratual, preferindo considerá-la como “garantia”, ideia que revive em Starck, para quem a garantia é modalidade da responsabilidade civil³⁻⁴.

Fato certo, todavia, é que a obrigação vinculava originariamente a pessoa mesma do devedor ao credor – *nexum* – e no caso de descumprimento do obrigado pagava ele com seu corpo. Foi a *Lex Poetelia Papiria*, do ano 429 antes de Cristo que, revolucionando essencialmente os conceitos, deslocou o objeto da responsabilidade da pessoa para os bens do devedor: *pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse*⁵. Foi sem dúvida um grande passo na dogmática da responsabilidade civil o ter admitido que, tal qual ocorria em relação aos *delicta*, a *conventio*, em

sentido amplo, gerava para o *reus credendi* o direito de exigir do devedor o cumprimento da *obligatio*.

Sem cogitar da prioridade cronológica, mas partindo de que a obrigação podia originar-se da vontade, tal como do delito, a responsabilidade do devedor pelo cumprimento do *pactum conventum*, tornando a prestação exigível, deu origem à responsabilidade contratual paralelamente à delitual.

Assentado, então, que a declaração de vontade é fonte de direito, e, portanto, que a conduta humana há de ser por ela pautada, fica estabelecido que todo indivíduo deve observar a norma preestabelecida, seja ela emanada de um órgão estatal, seja emitida por via de declaração individual de vontade.

Nesta conformidade, se a *culpa* implica um procedimento que contravém ao disposto em uma norma jurídica, dir-se-á que o procedimento antijurídico se qualificará como culposos, ou constituindo conduta culposa, dê que afronte o disposto em qualquer tipo de norma jurídica. A culpa tanto pode configurar-se infração ao comando legal, quanto ao arrepio da declaração de vontade individual. Em qualquer das duas hipóteses existe uma norma de comportamento estabelecida, de um lado pela lei (em sentido genérico) e de outro lado pela declaração volitiva individual. Operando a vontade ao arrepio da norma de conduta, existe culpa. E é neste sentido que eu admito, como tantos outros, o princípio da unidade da culpa⁶. Para a tese da unidade da responsabilidade, as diferenças técnicas entre as duas responsabilidades seriam apenas aparentes e sem importância⁷.

Não têm razão os que procuram encontrar distinção ontológica entre culpa contratual e culpa aquiliana. Como se verá mais adiante, uma e outra apresentam pontos diferenciais no que diz respeito à matéria de prova e à extensão dos efeitos. São, porém, aspectos acidentais. O que sobleva é a unicidade ontológica. Numa e noutra, há de estar presente a contravenção a uma norma, ou, como se exprime Pontes de Miranda: “A culpa é a mesma para infração contratual e para delitual”.⁸

Una que é, em sua essência, constitui objeto de dupla configuração, quando a doutrina faz a distinção entre “culpa contratual” e “culpa extracontratual” também chamada “aquiliana” por se remontar à *Lex Aquilia*.

O princípio legal definidor da culpa aquiliana é o art. 186 do Código Civil. O Código Civil de 1916 não enunciava em relação à culpa contratual uma regra de cunho genérico, o que em verdade é desnecessário, uma vez que o indivíduo vinculado por um contrato incide em culpa, se procede em contrariedade às suas cláusulas.

Culpa contratual e culpa extracontratual sujeitam o contraventor a responder civilmente pelos prejuízos causados. Embora se confundam ontologicamente (repto) e nos seus efeitos, a distinção subsiste no tocante às exigências probatórias. Na culpa extracontratual, incumbe ao queixoso demonstrar todos os elementos etiológicos da responsabilidade: o dano, a infração da norma e o nexo de causalidade entre um e outra. Na culpa contratual inverte-se o *onus probandi*, o que torna a

posição do lesado mais vantajosa⁹.

Quando há contrato, existe um dever positivo do contratante, dever específico relativamente à prestação, o que só por si lhe impõe a responsabilidade. Basta ao demandante trazer a prova da infração, para que se estabeleça o efeito, que é a responsabilidade do faltoso, uma vez que os demais extremos derivam do inadimplemento mesmo, pressupondo-se o dano e nexos causal, a não ser que o acusado prove a razão jurídica do seu fato, ou a escusativa da responsabilidade.

Na culpa contratual há um dever positivo de adimplir o que é objeto da avença. Na culpa aquiliana, é necessário invocar o dever negativo ou obrigação de não prejudicar, e, comprovado o comportamento antijurídico, evidenciar que ele percutiu na órbita jurídica do paciente, causando-lhe um dano específico¹⁰.

203. O conceito genérico da culpa contratual vai assentar suas raízes na conjugação de dois fatores: a formação do contrato e a sua obrigatoriedade.

Em primeiro lugar, vigora a liberdade de contratar. Cada um é livre de contratar e de não contratar. É um conceito apriorístico e plenamente reconhecido. Uma pessoa tem o direito de não celebrar dado contrato, segundo suas conveniências ou seus interesses, muito embora as injunções sociais e as exigências econômicas levem-na frequentemente a ter de procurar no seu relacionamento humano a satisfação das imposições que a vida em sociedade impõe. Admitida, contudo, a liberdade de policiar as exigências, o indivíduo pode decidir pela contratação ou pela não contratação.

Num segundo passo, tem a liberdade de escolher o seu cocontratante, e, nestas condições, é livre de celebrar a avença com a pessoa que lhe convenha. Salvo casos que se consideram excepcionais, a eleição da pessoa com quem contratar é uma decorrência da própria liberdade individual.

Em terceiro lugar, vencidas as duas primeiras etapas (contratar e com quem contratar) resta a escolha do conteúdo do contrato, a saber: os contratantes têm a liberdade de estabelecer as cláusulas que consultem aos seus interesses. Ressalvadas também as imposições da ordem pública, naquelas situações em que o interesse coletivo colide com a autonomia da vontade, o contrato espelha o resultado das conveniências dos convenientes.

Uma vez celebrado o contrato, as partes estão vinculadas ao seu contexto. É o que se compreende como *princípio da obrigatoriedade*. O contrato obriga os contraentes, que, em consequência, não têm o poder de se liberarem unilateralmente. Não tem cada contratante o poder de se arrepender do avençado. Nem mesmo o juiz, salvo nos casos expressamente autorizados em lei ou que firam algum dos novos princípios, tem a faculdade de revogar o contrato, ou alterar as suas consequências. Nascido da vontade livre dos contratantes, e formado com observância das normas jurídicas, o princípio da força obrigatória significa a irreversibilidade da palavra empenhada¹¹. A ordem jurídica afirma-se no sentido de compelir os contratantes ao cumprimento do avençado. Reversamente, e tendo em vista a situação pessoal dos contraentes, cada um deles é sujeito a cumprir

aquilo a que se obrigou. A vontade que foi livre de obrigar-se, até o momento em que se obrigou, gera os efeitos de uma fonte de direito para a outra parte, correspectiva da própria *Obligatio*¹². Quando os contraentes estabelecerem o conteúdo do seu contrato, não podem eles aditar ou variar o que escreveram (“When they have put into writing the whole of their contract they cannot add to or vary it by parol evidence”).¹³

Os autores divergem na determinação do fundamento da obrigatoriedade do contrato. Se para a escola naturalista, com Hugo Grotius e Puffendorf, sua explicação vai assentar em um hipotético “contrato social”; se para a doutrina utilitarista de Jeremy Bentham, repousa na conveniência dos próprios contratantes; se para a concepção do amor à verdade (Giorgi, Vico, Fries, Belim, Tissot) a obrigatoriedade do contrato aceita como suporte a decorrência da lei natural que leva o homem a dizer a verdade; se para a escola positivista, com Kelsen, o contrato obriga simplesmente porque a lei lhe atribui obrigatoriedade; se, para o conceito da liberdade individual, com Kant, Boistel, Messineo, a obrigatoriedade tem por fundamento a própria liberdade de contratar; se com Ruggiero e Maroi, a obrigatoriedade do contrato justifica-se com a regra da unidade da aceitação pelos contratantes – o certo é que, independentemente da variedade de fundamentação teórica, um ponto reúne a unanimidade dos autores: o contrato, uma vez regularmente formado, impõe-se à vontade dos contratantes e se ampara em dois suportes: o ordenamento jurídico que a reconhece e a faculdade reconhecida aos contraentes de mobilizar o poder cogente do Estado para impor a observância ao pactuado, sob determinadas cominações.

Os princípios contratuais citados (autonomia privada, relatividade e obrigatoriedade dos pactos) sofreram verdadeiro redimensionamento em razão da previsão de três novos princípios: função social dos contratos, boa-fé objetiva e equilíbrio econômico dos pactos, inspirados, por sua vez, nos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, isonomia substancial e solidariedade social¹⁴.

Sendo, portanto, o contrato uma fonte formal de direito, posto que reduzida em sua extensão às partes contratantes (*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* – Código francês, art. 1.134), a contravenção às suas cláusulas importa em sujeitar o inadimplente a responder por sua infração.

204. *A responsabilidade contratual*, em paralelo com a responsabilidade extracontratual ou aquiliana, está sujeita aos mesmos extremos desta: a contrariedade à norma, o dano, a relação de causalidade entre uma e outra. Ontologicamente, portanto, as duas modalidades confundem-se e se identificam nos seus efeitos, como visto acima. A responsabilidade contratual pressupõe, necessariamente, a existência de um contrato já formado¹⁵. Em princípio, portanto, a responsabilidade do contratante assenta no fato de não ter executado o contrato. Como observa De Page, cumpre estabelecer o fundamento da responsabilidade contratual, a qual no direito comum, ou seja, no regime do Código Civil, se funda na ideia de culpa. Quer dizer: há responsabilidade, “quando a inexecução é imputável ao fato do devedor”¹⁶.

Difere uma da outra mais no campo da prova: a vítima, na responsabilidade extracontratual, tem

de demonstrar a existência de todos os elementos, ao passo que, na contratual, fica estabelecida *ex re ipsa* a culpa, o que significa ser a posição do credor mais vantajosa¹⁷. Uma vez que o contrato traça a norma de conduta para os convenientes, incorre em culpa aquele que se desvia do pactuado: a norma convencional já define o comportamento dos contratantes que estão adstritos em sua observância a um dever específico. Diversamente, na culpa aquiliana, o lesado tem necessidade de demonstrar a existência de uma norma de comportamento, e, conseqüentemente, a sua infração. O infrator da cláusula contratual responde pelos efeitos de sua inadimplência. Em contraposição ao dever de obediência ao avençado, o cocontratante adquire um direito, e o infrator responde pelo dano causado.

Na culpa contratual, portanto, a equação geradora da responsabilidade civil acha-se reduzida aos termos mais simples, porque a demonstração do dever violado situa-se na infração ao avençado, sendo os demais extremos a consequência: o dano e a relação de causalidade entre este e o inadimplemento.

Reversamente, a defesa do acusado consiste primariamente na demonstração de que não foi infiel ao pactuado. Poderá eximir-se, também, comprovando que o seu procedimento tem amparo legal: *feci sed iure feci*, ou evidenciando uma escusa de responsabilidade, que será objeto de Capítulo à parte (Capítulo XX, *infra*).

Uma vez verificada a ocorrência de responsabilidade contratual, o lesado, a par do direito de promover a resolução do contrato, fica com a faculdade de obter o ressarcimento do dano, tal como ocorre com a responsabilidade extracontratual. É o que dispõem os arts. 395 e 475 do Código Civil em relação aos danos decorrentes, respectivamente, do inadimplemento relativo e do inadimplemento absoluto. Segundo o art. 395, “responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. O art. 475, por sua vez, estabelece que “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

No plano da distinção das duas responsabilidades, a doutrina levanta duas questões, merecedoras de atenção.

205. A primeira é que, se se distingue a responsabilidade contratual da aquiliana, podem ser acumuladas na mesma demanda? A questão que é colocada pela jurisprudência francesa se situa na indagação se tem cabimento a invocação do art. 1.382 e seguintes (definidores da responsabilidade delitual) nos casos submetidos à responsabilidade contratual. A mesma questão, transposta para o nosso direito, envolveria apurar se a regra do art. 186 do Código Civil poderia ser aplicada aos casos de responsabilidade contratual. A Corte de Cassação, na França, proclama a regra da não acumulação, embora sujeita a numerosas exceções. Em nosso direito a matéria não oferece relevância maior, porque, no processo francês, o defendente pode opor o “*fin de non recevoir*”, num caso ou noutro; obviando a esta dificuldade processual, o demandante ingressa com o pedido sem precisar o fundamento de sua demanda. No Direito brasileiro, se o autor planta a pretensão no art. 186 do Código Civil, está-se posicionando no terreno da responsabilidade aquiliana, e, desta sorte, não se funda em culpa contratual. Uma orientação desta ordem não esbarra na prejudicial de carência

de ação; conseqüentemente, no desenvolvimento desta, a falta de prova do fato essencial implicará a improcedência do pedido, que será decidida em sentença de mérito. O que não pode o juiz é faltar à sua missão de distribuir justiça, baseado em motivação puramente técnica. O que evidentemente não é possível é que o demandante receba dupla indenização: uma a título de responsabilidade contratual e outra fundada na delitual (Alex Weill e François Terré).

A tendência moderna diz respeito à extensão do domínio da responsabilidade delitual, “notadamente em proveito dos terceiros que se prevalecem da inexecução das obrigações nascidas de um contrato”¹⁸.

Há ainda quem atribua à vítima, nas hipóteses de concorrência de responsabilidade, o poder de escolha entre a tutela extracontratual e a tutela contratual, especialmente nos casos mais duvidosos¹⁹.

Em outro sentido, distinguem-se na responsabilidade contratual dois objetos: de um lado, o equivalente da prestação devida, e, sob este aspecto, ela se distingue fundamentalmente da responsabilidade aquiliana; de outro lado, tem como finalidade reparar o mal que o inadimplemento causa ao credor, e, sob este aspecto, ela se aproxima da responsabilidade aquiliana.²⁰

Existe uma tendência moderna, no sentido de se afastar a responsabilidade civil desta dicotomização em contratual e aquiliana²¹. Alguns autores, em verdade, detêm-se numa terceira categoria, ou num *tertium genus*, considerando com caráter autônomo a responsabilidade profissional (transportadores, médicos, fabricantes, construtores, notários) que assumiria condições de um tipo especial de “responsabilidade legal”, porque regida por legislação especial²².

Verifica-se que, atualmente, a determinação do prazo prescricional da pretensão de reparação civil contratual encontra-se em acalorado debate doutrinário e jurisprudencial. Discute-se, basicamente, se a pretensão à reparação de danos decorrente da violação de um contrato estaria sujeita ao prazo prescricional de três anos previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, relativo à reparação civil²³, ou se, diversamente, se enquadraria na regra geral, que prevê o prazo prescricional de dez anos, nos termos do art. 205 do Código Civil, ressalvadas as hipóteses em que a lei prevê prazo especial para determinadas espécies de contratos²⁴.

O Superior Tribunal de Justiça, durante um longo período, posicionou-se majoritariamente no sentido de que a responsabilidade contratual estaria sujeita à prescrição geral de 10 anos prevista no art. 205 do Código Civil²⁵. No entanto, em julgados recentes, a Corte Superior vem decidindo pela aplicação do prazo trienal, previsto para a reparação civil no art. 206, § 3º, V, do Código Civil²⁶.

206. A teoria do abuso de direito é um dos campos em que campeia a mais viva controvérsia, compreendendo três aspectos diferentes: a) se é possível admitir que a ordem jurídica reprima o exercício abusivo do direito; b) até onde será possível estabelecer que o exercício do direito pelo seu titular pode ser considerado passível de repressão e/ou ressarcimento; c) se a teoria do abuso de direito é um aspecto particular da repressão ao ato ilícito ou se deve ser tratada como instituto autônomo.

A primeira questão, que ocupou os juristas num passado relativamente próximo, acha-se hoje superada. Foi levantada na França por Marcel Planiol, que na expressão mesma “abuso de direito” enxergou uma contradição nos próprios termos, uma *contradictio in adiectio*, argumentando que a

ideia de abuso constitui a negação do direito e envolve uma logomaquia. Se alguém usa de seu direito, o ato é *licito*; se for *ilícito*, é porque ultrapassa o direito, procedendo o agente sem *direito, iniuria*, como dizia a *Lex Aquilia*. “O direito cessa onde começa o abuso”. Não se poderia, portanto, falarem uso abusivo de um qualquer direito, pois um ato não pode, a um só tempo, “ser conforme no direito e contrário ao direito”²⁷. No mesmo sentido raciocina Barassi, ao considerar a fórmula intimamente contraditória em si mesma²⁸.

A doutrina francesa, não obstante a autoridade de Planiol, cerrou em torno do tema, desenvolvendo-o devidamente. Os autores que se estenderam em torno da obra de Planiol, retomando embora a ideia de imprecisão das expressões, salientam que os direitos subjetivos não são ilimitados, porém sujeitos a não causar o seu exercício um dano a outrem quando inspirado na intenção de prejudicar²⁹. Na falta de texto legal expresso, trata-se de explicar como a responsabilidade pode nascer do exercício de um direito e determinar as condições de existência dessa responsabilidade³⁰.

No depoimento de Philippe Le Tourneau, a teoria do abuso de direito adquiriu atualidade “porque a penúria rural se fez sentir em certas regiões, enquanto vastos terrenos são improdutivos e são explorados abusivamente por proprietários animados pelo fanatismo da acumulação”³¹.

No propósito de apresentar o problema, René de Page começa por assentar que o exercício dos direitos é condicionado a certas “regras fundamentais de polícia jurídica”. Sem dúvida de que todo direito enseja uma faculdade ou prerrogativa ao seu titular, mas ao mesmo tempo reconhece que tal prerrogativa deve ser exercida na conformidade do objetivo que a lei teve em vista ao concedê-la ao indivíduo. Referindo-se ao conteúdo filosófico do direito no século XIX, lembra que o princípio da liberdade assegurado na Declaração Universal proclamada pela Revolução Francesa era o “evangelho” então dominante. Reproduzia-se, desta sorte, o adágio *Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur* (*Digesto*, Liv. 50, Tít. 17, fr. 55). Hoje, todavia, está reconhecido que o princípio *neminem laedit qui iure suo utitur* está subordinado a certos limites, que se contêm na destinação normal, seja econômica seja social, do próprio direito. Recordamos que em Roma já se pressentia a necessidade de impedir que o titular de um direito o desviasse de sua finalidade. São testemunho disto adágios e parêmiás que o refletem. Assim é que se condenava o uso absoluto do direito ao dizer *summum ius summa iniuria* ou *malitiis non est indulgendum*; ou quando Paulus afirmava *Non omne quod licet honestum est*, e Gaius dizia *Male enim nostro iure uti non debemus*³².

O extremo individualismo do direito no século passado não se compadecia com a aposição de limites ao exercício dos direitos. Foi, então, em nosso século, que os juristas repensaram o problema do exercício dos direitos, a princípio no da propriedade e depois em outras províncias, como o de família ou dos contratos. E daí veio efetivamente nascer a teoria do *abuso do direito*. Como assinalou Orozimbo Nonato, em notável conferência pronunciada no Instituto dos Advogados Brasileiros e publicada na *Revista Forense*, sob o título “Aspectos do Modernismo Jurídico e o

elemento moral na culpa objetiva”, vol. 56, pp. 5 e segs., “são novas as fórmulas, mas o princípio que consagram já é velho como a lei escrita e os seus vestígios se rastreiam no direito romano”, quando proclamava, no dizer de Gaius, que “não devemos nos desmedir no exercício de nossos direitos” – *male enim nostro iure uti non debemus*.

Foi através da construção jurisprudencial, a partir do século passado, que os autores franceses se fixaram na aceitação da teoria, respondendo à indagação se uma pessoa pode ser responsabilizada pelo mal que eventualmente cause a outrem, quando procede no exercício de seu próprio direito. Em outros sistemas jurídicos medrou o conceito, e acabou por encontrar quase universal aceitação. Destarte, pode-se hoje dizer que a primeira questão, que ocupou a atenção dos juristas, acha-se superada.

Analisada a tese em seus elementos mais profundos, esboça-se um conflito entre aquelas decisões que sustentam o princípio da liberdade individual que reconhece ao indivíduo a faculdade de exercer livremente todos os direitos que a lei lhe assegura; e de outro lado os que “colocam o interesse geral do grupo social acima dos interesses individuais, procurando limitar os direitos do indivíduo por seus deveres, como sustentam Josserand e Duguit”³³.

O problema ligado ao limite do exercício do direito além do qual poderá ser abusivo constitui, portanto, a essência da teoria do abuso de direito. Colocou-o muito bem Eugène Gaudemet quando sustenta que os direitos existem em razão de uma certa finalidade social e devem ser exercidos na conformidade deste objetivo. Todo direito se faz acompanhar de um dever, que é o de se exercer perseguindo a harmonia das atividades. “A contravenção a este dever constitui abuso do direito”³⁴.

Na noção fundamental de direito subjetivo insere-se a ideia de que se constitui para proporcionar benefícios, vantagens ou utilidades ao seu titular, seja na concepção de que é um interesse juridicamente protegido (Von Jhering), ou é um poder de vontade para satisfação de interesses humanos em conformidade com a ordem jurídica (Ruggiero e Maroi), ou ainda um poder de ação assegurado pela ordem jurídica (Windscheid). A ideia de direito é associada a uma faculdade assegurada ao titular, mas condicionada à sua percussão na órbita jurídica alheia³⁵.

207. Na expressão dos irmãos Mazeaud a caracterização da figura do abuso de direito toma forma quando o autor do dano exerceu um direito definido, mas além dos limites das prerrogativas que lhe são conferidas. Quando alguém se contenta em exercer estas prerrogativas estará usando o seu direito. Comete abuso quando as excede. Exemplificam: o proprietário tem direito de levantarem seu terreno um tapume, mas se o eleva de maneira a causar sombra na casa de seu vizinho; ou se um demandista, usando de todos os recursos, retarda o encerramento de um processo – consideram que, não obstante exerçam um direito, fazem-no de forma a causar dano a outrem, e cometem abuso de direito, pelo qual serão obrigados a reparar o dano³⁶. Igualmente, lembra o exemplo, tirado da jurisprudência, de um proprietário que ergueu em seu terreno postes de grande altura, terminados por ponteiros de metal, impedindo que o vizinho usasse o seu imóvel para aterragem de balões³⁷.

Com efeito, em grande número de vezes, o uso normal de um direito causa incômodos ou contraria interesses alheios: quando o locador pede ao locatário que lhe restitua o imóvel alugado, cria-lhe o incômodo de obrigá-lo a procurar outra moradia; quando o credor leva a protesto um título cambial, impõe ao devedor uma situação de constrangimento. Em qualquer desses casos, como na enorme variedade dos que a vida quotidiana conhece, o exercício do direito, posto que imponha a outrem um desconforto, não pode ser considerado abusivo, porque o sujeito o exerce nos limites de suas prerrogativas. Se, contudo, o pedido do imóvel ou o protesto do título vêm animados do propósito maléfico de privar o locatário de moradia, ou de desacreditar o devedor, o exercício do direito, aparentemente normal, é abusivo. Em minha atividade profissional deparei-me com uma situação desta ordem: uma pessoa tem o direito de requerer a falência de um seu devedor comerciante, e se o faz está simplesmente “usando o seu direito”. Mas se o credor (como no caso concreto ocorria) promoveu reiterados pedidos de falência, comete abuso de direito, como sustentei em defesa perante o Tribunal de Minas Gerais, escrevendo que o seu procedimento revelava manifesto propósito de prejudicar o devedor e abalar o crédito deste, levando-o à ruína (meu *Parecer*. In: *Revista Forense*, v. 159, p. 106).

São numerosas as hipóteses lembradas em doutrina: o uso da propriedade no propósito exclusivo de prejudicar o vizinho; ou o demandista cuja ação na Justiça é animada de má-fé ou erro grosseiro³⁸.

Como norma de convivência social, a ordem jurídica assegura ao indivíduo exercer o seu direito subjetivo sem que o seu exercício possa causar a alguém um mal desnecessário. O problema existe quando se procura estabelecer o limite da regularidade, ou a linha demarcatória entre o *uso do direito e o abuso do direito*.

Os tribunais franceses foram os que melhor trataram o assunto. A título de exemplo Henri Capitant registra decisões da Corte de Cassação, nas quais sobressai a ideia de abuso, quando o titular ultrapassa as obrigações ordinárias de vizinhança, ou a utilização, por um médico, de aparelhos de radioterapia que emitia ondas prejudiciais à atividade de um vizinho, comerciante de aparelhos de rádio³⁹.

Da jurisprudência passou-se à doutrina. No primeiro plano Jossierand, em obra que se tornou clássica sobre o espírito das leis e sua relatividade define o abuso de direito como procedimento culposos. Para ele,

os direitos se realizam, não em uma direção qualquer, mas em uma ambiência social, em função de sua missão e na conformidade destes princípios que são, como se disse, subjacentes à legalidade, e constituem, em seu conjunto, um direito natural de conteúdo variável e como uma superlegalidade.

Fixando a finalidade da teoria do abuso de direito, acrescenta: “É a teoria do abuso de direito

que o mantém em seu caminho, e o impede de se afastar dele, conduzindo-o assim num impulso seguro até a finalidade a atingir”⁴⁰.

Admitindo a teoria do abuso de direito, Georges Ripert discorda da fundamentação de Josserand, porque não aceita a ideia do “direito-função”, a que opõe o conceito de “direito-poder”. Colocando a questão em termos de observância da regra moral, e depois de se estender sobre os diversos aspectos do exercício dos direitos, e de proclamar que a moral exige algo mais do que a ação inutilmente prejudicial, acrescenta Ripert, não basta alegar que agiu sem dolo; é preciso demonstrar que procedeu para fins legítimos⁴¹.

208. Num terceiro plano, é de se estabelecer que o exercício abusivo do direito situa-se no fato de seu titular pretender extrair dele faculdades ou vantagens que importem em malefício para outrem. É a ideia que com maior vigor predomina, e que se pode designar como doutrina subjetivista, porque considera a intenção do titular. Para esta doutrina, se uma pessoa entrou no exercício normal e habitual de seu direito, pode-se acobertar com o adágio *neminem laedit qui suo iure utitur* (já acima examinado). Mas se este uso vem inspirado no desejo de prejudicar, a intenção altera o caráter do ato, e transforma o uso em abuso do direito⁴². Este é o conceito de Carbonnier, quando diz que existe abuso de direito “quando o titular o exerce com a finalidade única de prejudicar outrem, sem interesse sério para si mesmo”⁴³. Nesta mesma concepção inscrevem-se Alex Weill e François Terré, quando atestam que “a jurisprudência subordina a condenação por abuso de direito à existência de uma intenção de prejudicar ou à má-fé patente”⁴⁴.

Afastando-se desta concepção subjetivista ou da intenção, vem a tese segundo a qual o abuso pode caracterizar-se, ainda, na ausência desse propósito de malfazer, porém quando age sem um real interesse⁴⁵. Não difere desta posição Lalou, quando afirma que pode haver abuso de direito em duas hipóteses: 1º) exercício de um direito unicamente para prejudicar a outrem ou sem motivo legítimo; e 2º) exercício de um direito de maneira incorreta ou infundada independentemente da intenção de prejudicar⁴⁶.

A terceira questão, tal como acima enunciada, provém de sua caracterização como instituto autônomo.

Em sua maioria, os autores situam a teoria do abuso de direito no campo da responsabilidade civil por ato ilícito, atentando em que na noção fundamental deste reside o procedimento contrário ao direito. Argumenta-se, então, que o titular de um direito subjetivo deve conduzir-se no seu exercício até o ponto em que não o transforme em causa de prejuízo a outrem, desnecessário à sua utilização, ou ultrapassando os seus limites regulares. Para que, então, se repute abusivo o exercício de um direito, é necessário aditar-lhe um outro fator que possa descaracterizá-lo como uso normal ou regular. Nos exemplos por mim figurados e nos demais retirados pelos autores alheios e nossos, a conduta do titular do direito descamba para a ilegitimidade e insere o abuso de direito no campo do ilícito.

Independentemente deste fator, é comum situar a teoria do abuso de direito no campo do ato ilícito, pela similitude de efeitos, e, não encontrando outra localização adequada, procura-se partir de que, se o abuso de direito gera para o agente o dever de reparar o dano, da mesma forma que o ato ilícito, a aproximação dos efeitos leva a justificar a classificação de um dentro na doutrina legal do outro. É neste sentido que Marty e Raynaud definem o abuso de direito como “culpa no uso do direito”⁴⁷. Assumindo uma posição mais pragmática, Mazeaud e Mazeaud sustentam que, se os tribunais são chamados a enfrentar a questão do abuso de direito, não se lhes pede que apreciem a finalidade social deste, mas “somente examinem se uma pessoa sensata teria demonstrado maior prudência no exercício de seus direitos”. Em sua aplicação jurisprudencial, e dispensada a pesquisa da intenção má, “para os arestos a culpa quase delitual, imprudência ou negligência, cometida no exercício do direito, empenha a responsabilidade do agente”⁴⁸.

A tendência que se observa, contudo, é no sentido de que, à medida que os sistemas jurídicos vão marchando no rumo de determinar um fundamento legal para a responsabilidade civil pelo exercício abusivo do direito, vai-se esboçando esta teoria com os lineamentos de um instituto autônomo.

209. No Direito brasileiro, o movimento inicia-se com o art. 160, I, do Código Civil de 1916 (que Aguiar Dias considera ter sido melhorado pelo Código Civil), recebendo uma interpretação construtiva, a saber: se se estabelece que não constitui ato ilícito o praticado no exercício regular de um direito reconhecido, é de se entender, a *contrario sensu*, que o exercício anormal dele é ilícito, e, em consequência, constitui abuso de direito⁴⁹. Já o art. 3º do Código de Processo Civil de 1939 configurava a repressão ao abuso de direito no exercício da demanda, punindo com perdas e danos a parte que procedesse em juízo, como autor, por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro; e, como réu, opusesse injustificada resistência ao andamento do processo, como decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, impondo condenação a indenizar por abuso de direito ao subinquilino de imóvel que retardou injustificadamente a execução de despejo⁵⁰. O mesmo propósito repressivo subsiste no Código de Processo Civil de 1973, art. 16 (correspondente ao art. 79 do CPC/2015), impondo ao *improbus litigator* a responsabilidade por perdas e danos, e definindo no art. 17 (reproduzido no art. 80 do CPC/2015) a conduta que qualifica como “litigante de má-fé”. Igualmente a Lei de Falências (parágrafo único do art. 20 do Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, reproduzido parcialmente no § 2º do art. 101 da Lei n. 11.101/2005) erige o pedido abusivo de falência em ato que gera indenização.

No direito estrangeiro, ocupa lugar de destaque o art. 226 do BGB, ao vedar o exercício de um direito quando tenha por finalidade causar dano a outrem. O Código Civil suíço estabelece no art. 2º o dever de exercer os direitos e executar as obrigações segundo as regras da boa-fé, acrescentando que “o abuso manifesto de um direito não é protegido pela lei”. O Código Civil soviético assegura a proteção dos direitos, salvo na medida em que sejam exercidos em sentido contrário à sua destinação

econômica e social (art. 5º), o que levou Josserand a ver aí a consagração da teoria do abuso de direito⁵¹, embora René David haja observado que o conceito, no Direito soviético, reprime o abuso no sentido econômico, diversamente do que se dá com o Código suíço, que cogita do aspecto moral⁵². O Código Civil português (art. 334) dispõe que é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito. O Código Civil da Tchecoslováquia consagra-o nos arts. 6º e 7º.

Ao elaborar o Projeto de Código de Obrigações de 1965, fiz consignar nele a teoria do abuso de direito, estabelecendo a obrigação de reparar o dano causado por aquele que abusar de seu direito (art. 857).

O Código Civil (art. 187) declara que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa fé ou pelos bons costumes”, consagrando a teoria do abuso de direito em termos que se aproximam do Código Civil português.

Vê-se, pois, que em direito positivo, nosso e alheio, ingressou a teoria do abuso de direito, autorizando proclamar que assumirá a categoria de um instituto autônomo.

Não obstante o art. 187 do Código Civil equiparar o abuso do direito a ato ilícito, considera-se que o legislador tenha se referido à ilicitude em sentido lato, a significar ato contrário ao direito. Em outros termos, atribui-se à categoria papel autônomo na ciência jurídica, desvinculado da noção de ato ilícito (*scripto sensu*) prevista no artigo 186⁵³.

O que ainda predomina, na atualidade de seus elementos etiológicos, é o caráter subjetivo de sua apuração. O que, na maioria dos autores e dos arestos, sobleva, é a determinação do *animus* do titular, ou seja, o exercício do direito com o propósito de causar dano a outrem. Com o tempo, entretanto, e num segundo estágio, bastará verificar se o agente procedeu com a consciência do mal causado.

Num estágio final, é de se prever que, estruturada a teoria do abuso de direito como instituto autônomo, marchar-se-á para o critério de apuração objetiva. Responderá por perdas e danos o titular do direito que o exercer além dos limites da normalidade ou regularidade, causando dano a outrem, independentemente de penetrar no psiquismo do sujeito, e indagar de seu propósito ou de sua consciência do dano causado. Bastará, então, verificar se o titular do direito o exerceu excedendo os limites impostos pela destinação econômica ou social dele. Com esta conotação, Philippe Le Tourneau sustenta que o abuso de direito não impõe uma falta intencional; bastaria “o exercício anormal de um direito, em condições diferentes daquelas com que se conformam os indivíduos prudentes e diligentes”⁵⁴.

Diante da atual configuração do abuso do direito no ordenamento brasileiro, compreende-se que “a aferição de abusividade no exercício de um direito deve ser exclusivamente objetiva, ou seja, deve depender tão somente da verificação de desconformidade concreta entre o exercício da situação jurídica e os valores tutelados pelo ordenamento civil-constitucional”⁵⁵.

A teoria do abuso de direito expande-se, quando se considera a sua incidência no *domínio contratual*. Tal ocorre no caso de um contratante exercer abusivamente o direito oriundo de um contrato, equiparando-se a sua conduta às espécies de responsabilidade delitual. Genéviève Viney, que o menciona, reporta-se à decisão da Corte de Cassação num caso em que um segurador exerce o direito de opor uma perempção ao segurado. Lembra, ainda, o abuso ao romper um contrato, quando a faculdade de o fazer não encontra suporte no contrato, porém na lei⁵⁶⁻⁵⁷.

Georges Durry, aponta alguns arestos em que a responsabilidade contratual é tratada como delitual, tendo em vista o comportamento do contratante como resistência abusiva ao cumprimento de obrigação contratual⁵⁸. Hubert de Mussué examina à vista de decisão da Câmara Social da Corte de Cassação a atitude de empresa que, em face de relação contratual, causa dano ao contratante, submetida ao art. 1.382 do Código Civil, que define a responsabilidade delitual e quase delitual⁵⁹. Demogue, depois de se estender sobre o abuso de direito em matéria extracontratual, depõe que a jurisprudência a consagra em matéria contratual a propósito da formação, da execução e do rompimento dos contratos⁶⁰. Lembra-se, como exemplo, o mandante que revoga o mandato intempestivamente e sem motivo sério⁶¹.

1 Gaston Jèze. *Principios generales de Derecho Administrativo*. Madrid: Reus, 1928. v. 1, pp. 29 e segs.; Duguit. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: E. de Boccard, 1927. v. 1, § 30 e segs.; Brethe de la Gressay e Laborde Lacoste. *Introduction générale à l'étude du Droit Civil*. n. 207 e segs.; Ant. Carlo. *II contratto preliminare associativo*. Serpa Lopes. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. 1, n. 18; Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, n. 9.

2 Marty e Raynaud. *Droit Civil: les obligations*. Paris: Sirey, 1967. v. 1, n. 362.

3 Saintellet. *De la responsabilité et de la garantie*.

4 Boris Starck. *Responsabilité civile*. Paris: L. Rodstein, 1947. p. 37.

5 Emílio Betti. *Diritto Romano*. Padova: Cedam, 1935. p. 482; Lepointe e Monier. *Les obligations en Droit Romain*. p. 79.

6 Cf. Colin e Capitant. *Droit Civil*. Paris: Librairie Dalloz, 1945. v. 2, n. 368 e segs.; Mario Rotond In: *Rivista di Diritto Commerciale*. 1917. 1ª parte, p. 282; Marcel Planiol. *Traité élémentaire*. Paris: R. Pichon Et R. Durnad-Auzias, 1946. v. 2, n. 863; Alfredo Colmo. *Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1944. n. 113; Mazeaud e Mazeaud. *Leçons de Droit Civil*. Paris: Montchrestien, 1955. v. 2, n. 391; Van Ryn. *Responsabilité aquilienne et contrats*. Paris: Recueil Sirey, 1932. n. 19 e segs.; Paul Esmein. Le fondement de la responsabilité civile rapprochée de la responsabilité délictuelle. In : *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Dalloz, 1933. n. 3, p. 627; Carvalho Santos. *Código Civil brasileiro inter - pretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. v. 3, p. 317; Aguiar Dias. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1, n 67; Pontes de Miranda. In: *Manual Lacerda*. São Paulo: Revista

dos Tribunais, 1973. t. I, v. 16, 3ª parte, p. 485; Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*. Cit. v. 2, n. 175.

7 Marty e Raynaud. *Droit Civil*. Cit. n. 363.

8 Marty e Raynaud. Cit. n. 363.

9 Von Tuhr. *Obligaciones*. v. 2, p. 98; M. I. Carvalho de Mendonça. *Teoria e prática das obrigações*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. v. 2, n. 449; Silvio Rodrigues. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 4, p. 9; Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*. Cit.

10 Mazeaud e Mazeaud. *Responsabilité civile*. Paris: Montchrestien, 1955. v. 1, n. 338 e segs.; Van Ryn. *Responsabilité aquilienne et contrats*. Cit. n. 19 e segs.; De Cupis. *Il danno*. Milano: Giuffrè, 1966. pp. 61 e segs.; Leonardo Colombo. *Culpa aquiliana*. Cit. pp. 43 e segs.; Agostinho Alvim. *Inexecução das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 1980, n. 168 e segs.; Eduardo Bonasi Benucci. *La responsabilité civile*. Milano: Giuffrè, 1965. v. 1, n. 19; René Rodière. *La responsabilité civile*. pp. 27 e segs.

11 Cf. minhas *Instituições de Direito Civil*. Cit. v. 3, n. 185.

12 Saleilles. *Théorie générale des obligations*. p. 147; Demogue. *Obligations*. Paris: Rousseau, 1923-33. v. 1, n. 18 e segs.; Planiol, Ripert e Boulanger. *Traité élémentaire de Droit Civil*. Paris: R. Pichon Et R. Durnad-Auzias, 1946. v. 2, n. 56; Giorgio Giorgi. *Obligazione*. Torino: Ute, 1930. v. 3, n. 14; Messineo. *Dottrina generale del contratto*. Milano: Giuffrè, 1948. n. 7; Serpa Lopes. *Curso de Direito Civil*. Cit. v. 3, n. 4.

13 Sir William R. Anson. *Principles of the English law of contract*. p. 289.

14 Sobre o tema, v. Gustavo Tepedino. *Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers*. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II. pp. 241 e segs.; e, ainda, v. Luiz Edson Fachin. *Contratos e ordem pública*. In: *Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Sobre boa-fé objetiva, v., por todos, Judith Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

15 Genéviève Viney. *Traité de droit civil: les obligations*, a cargo de Jacques Ghestin. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965. n. 182, p. 211.

16 De Page. *Traité élémentaire*. Bruxelles: E. Bruylant, 1974. v. 2, n. 583, p. 547. Ver, ainda, Planiol e Ripert. *Traité pratique*. Cit. v. 6, n. 377; Colin e Capitant. *Cours de Droit Civil*. Cit. v. 2, n. 75.

17 M. I. Carvalho de Mendonça. *Doutrina e prática das obrigações*. Cit. v. 2, n. 499; Andreas Von Tuhr. *Obligaciones*. Cit. v. 2, n. 98.

18 Sobre a acumulação das responsabilidades, ver Genéviève Viney. Cit. n. 216 e segs.; Alex Weill e François Terré. *Droit Civil: les obligations*. n. 758 e 759; Atilio Anibal Alterini. *Responsabilidad civil*. p. 54.

19 Nesse sentido, segue precedente do Superior Tribunal de Justiça de Portugal, em que se discute a responsabilidade médica: “Na actuação do médico, o não cumprimento pelo mesmo dos deveres de cuidado e protecção a que está obrigado, pode ser causa de responsabilidade contratual, na medida em que viola deveres laterais a que contratualmente está obrigado, mas também de responsabilidade delitual, na medida em que a referida violação represente igualmente um facto

ilícito extracontratual. (...) Embora com limitações (desde logo as que resultarem de eventuais acordos das partes, dentro do princípio da liberdade contratual), tem-se entendido que o lesado poderá optar pela tutela contratual ou extracontratual, consoante a que julgue mais favorável em concreto” (STJ, 1ª S., Proc. n. 01A0008, Rel. Antônio Pinto Monteiro, julgado em 19.06.2001).

20 Philippe Malaurie e Laurent Aynès. *Cours de Droit Civil: les obligations*. Paris: Cujas, 1990. n. 463, p. 321.

21 Confira-se, na jurisprudência: TJSP, 12ª C. do Sexto Grupo (extinto 2º TAC), Juiz Relator Rui Stoco, Apelação 9088155-26.2000.8.26.0000, julgado em 02.09.2004. Observa-se que, “no direito brasileiro, as semelhanças são quantitativamente maiores do que as diferenças de regime que se possam identificar entre as espécies de responsabilidade em cotejo” (Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. *Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 78).

22 Genéviève Viney. *Traité de Droit Civil* sob a direção de Jacques Ghestin. *Les obligations, la responsabilité civile*. Cit. n. 243 e 244; Philippe Malaurie e Laurent Aynès. *Cours de Droit Civil: les obligations*. Cit. n. 464.

23 Gustavo Tepedino. Prescrição aplicável à responsabilidade contratual: crônica de uma ilegalidade anunciada. In: Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 27, 2009; Gustavo Tepedino. Prazos prescricionais e segurança jurídica. In: Editorial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, vol. 10, 2016.

24 Na linha dos 10 anos: Humberto Theodoro Júnior. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol. 3, t. II, p. 333-334; Judith Martins Costa. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. *Revista dos Tribunais*, vol. 979, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 215-241.

25 Ilustrativamente, v. STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 362.210, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 15.12.2016.

26 STJ, 3ª T., REsp 1.632.842/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 12.09.2017; STJ, 3ª T., AgInt no AREsp 893.943/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 08.08.2017; STJ, 3ª T., REsp 1.281.594/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 12.09.2017. Sobre o tema, v. Gustavo Tepedino. Prazos prescricionais e segurança jurídica. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, vol. 10, 2016, Editorial, p. 6-8.

27 Marcel Planiol. *Traité élémentaire de Droit Civil*. Cit. v. 1, n. 871.

28 Barassi. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1946. v. 2, p. 695.

29 Planiol e Ripert, com o concurso de Esmein. *Traité pratique de Droit Civil*. Paris: R. Pichon Et R. Durnad-Auzias, 1946. v. 6, n. 573 e segs.

30 Planiol, Ripert e Boulanger. *Traité élémentaire de Droit Civil*. Cit. v. 2, n. 975 e segs.

31 Philippe Le Tourneau. *La responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1972. n. 1.029, p. 403.

32 De Page. *Traité élémentaire*. Bruxelles: E. Bruylant, 1974. v. 1, n. 111/112.

33 Cf. Mazeaud e Mazeaud. *Responsabilité civile*. Paris: Montchrestien, 1955. v. 1, n. 553.

34 Eugène Gaudemet. *Théorie générale des obligations*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1937. p. 318.

- 35 Cf. Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*. Cit. v. 1, n. 5.
- 36 Mazeaud e Mazeaud. *Responsabilité civile*. Cit. v. 1, n. 550.
- 37 Mazeaud e Mazeaud. *Responsabilité civile*. Cit. v. 1, n. 111.
- 38 Philippe Malaurie e Laurent Aynès. *Droit Civil: les obligations*. Cit. n. 56, p. 54.
- 39 Henri Capitant. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*. Paris: Librairie Dalloz, 1970. pp. 323-327.
- 40 Louis Josserand. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Dalloz, 1939. p. 415.
- 41 Georges Ripert. *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949. n. 103.
- 42 Saleilles. De l'abus de droit. In : *Bulletin de la Société d'Études Législatives*, 1905. pp. 339 e segs.
- 43 Carbonnier. *Droit Civil: les obligations*. Paris: Presses Universitaires France, 1979. § 96, p. 337.
- 44 Alex Weill e François Terré. *Droit Civil: les obligations*. Cit. n. 642, p. 654.
- 45 Cf. Josserand. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. Cit. n. 287 e segs.; Planiol e Ripert. *Traité pratique de Droit Civil*. Cit. v. 6, n. 575.
- 46 Lalou. *Traité pratique de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1955. n. 877.
- 47 Marty e Raynaud. *Droit Civil: les obligations*. Cit. n. 417-bis, p. 415.
- 48 Mazeaud e Mazeaud. *Responsabilité civile*. Cit. v. I, n. 522.
- 49 Cf. Clóvis Beviláqua. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1944-60. No respectivo *Comentário*.
- 50 Cf. Martinho Garcez Neto. *Prática da responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 238, verb. n. 6.
- 51 Josserand. *Cours de Droit Civil positif français*. Cit. v. 11, n. 437.
- 52 René David e John N. Hazard. *Le Droit soviétique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954. v. 1, p. 133.
- 53 A respeito da autonomia do abuso do direito, confira-se: Fernando Augusto Cunha de Sá. *Abuso do Direito*. Lisboa: Petrony, 1973. p. 121. Sobre o conteúdo do art. 187 do Código Civil, v. Rosalice Fidalgo Pinheiro. *O abuso do Direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. *passim*; e, ainda, Heloísa Carpena. O abuso de direito no Código Civil de 2002. In: Gustavo Tepedino (org.). *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 415. V., ainda, Eduardo Nunes de Souza. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, 2012. v. 50, pp. 35-91, em que o autor analisa, ao lado da ilicitude e da abusividade, o controle de merecimento de tutela das situações jurídicas, como categoria autônoma destinada a verificar, por viés positivo, mediante a técnica da ponderação, a promoção direta de valores consagrados na tábua axiológica constitucional.
- 54 Philippe Le Tourneau. *La responsabilité civile*. Cit. n. 1.031.
- 55 Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes *et al.* *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Cit. p. 346.
- 56 Genéviève Viney. *Droit Civil* a cargo de René Ghestin. *Les obligations, la responsabilité*. Cit. n.

195, p. 228.

- 57 No mesmo sentido Philippe Le Tourneau. *La responsabilité civile*. Cit. n. 1.033.
- 58 Georges Durry. Obligations spéciales. In: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Dalloz, 1976 p. 781
- 59 Hubert de Mussué. Responsabilité contractuelle et responsabilité delictuelle, sous la notion de l'abus du Droit. In: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Dalloz, 1948. pp. 27 e segs.
- 60 Demogue. *Traité des obligations em général*. Cit. v. 4, n. 636.
- 61 Malaurie e Aynès. *Droit Civil: les obligations*. Cit. n. 56.