

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RICARDO NUNES DE MENDONÇA

**DO ABUSO DO DIREITO DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS COMO
ATO ANTI-SINDICAL: UMA PERSPECTIVA SOCIAL.**

CURITIBA

2009

RICARDO NUNES DE MENDONÇA

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**DO ABUSO DO DIREITO DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS COMO ATO
ANTI-SINDICAL: UMA PERSPECTIVA SOCIAL.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação, Pesquisa e Extensão em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Roland Hasson.

CURITIBA

2009

RICARDO NUNES DE MENDONÇA

DO ABUSO DO DIREITO DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS COMO ATO ANTI-SINDICAL: UMA PERSPECTIVA SOCIAL.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação, Pesquisa e Extensão em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Roland Hasson
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Marco Antônio César Villatore
Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Prof. Dr. Célio Horst Waldraff
Professor Convidado – Universidade Federal do Paraná

Curitiba, ____ de fevereiro de 2009

Dedico à Camila, meu grande amor, aos meus pais e meus irmãos, com toda a gratidão do mundo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha amada esposa. À mulher incrível que me surpreende dia após dia, e que ao longo dessa empreitada foi extremamente compreensiva e solidária. Aos meus pais e irmãos a quem tanto amo e que estão sempre ao meu lado. À minha nova família que me recebeu com todo carinho. Aos meus sócios e amigos, que ajudaram a tornar o sonho possível. Ao professor Roland Hasson, pela atenção, amizade e pela ajuda incondicional dispensada ao longo do trabalho. E aos meus grandes amigos que, de alguma maneira, contribuíram para que eu chegasse até aqui.

RESUMO

O objeto de pesquisa desta dissertação é o que se convencionou chamar de abuso do direito das ações possessórias como ato anti-sindical. Avalia-se ao longo dos três capítulos do trabalho, cada uma das figuras jurídicas que a compõem, abordando, segundo as teorias do direito civil, processual civil e sindical, respectivamente, o abuso do direito, as ações possessórias e as práticas anti-sindicais. Da captura dos conceitos, elementos objetivos e subjetivos de cada figura, e da correlação harmônica e sistemática existente entre elas, subjazem as conclusões da pesquisa, as quais, em seguida, são contextualizadas na nova ordem econômica e social em que estão inseridas as relações entre capital e trabalho. Demonstra-se, a partir daí, como o abuso do direito das ações possessórias pode ser classificado como ato anti-sindical, investigando-se, para tanto, os constantes ajuizamentos de interditos proibitórios ao longo dos movimentos de greve, buscando identificar, objetivamente, se respeitam a boa-fé e em quais situações cumprem ou se desviam dos fins sociais e econômicos a que se destinam.

Palavras-chave: Abuso do direito. Ações possessórias. Atos anti-sindicais.

ABSTRACT

The object of this research is the doctrine of “malicious abuse of process” applied to the possession action as “unfair labor practices”. In each chapter of the job, these law issues are, first, singularly analyzed from the view of civil law, procedural law and labor law, respectively, and, then, added and systematized to give birth to the conclusions of this work. After this multidisciplinary approach, the object of the research is taken to the current social and economic situation of the labor relations in Brazil, with the purpose to show how the “malicious abuse of process”, applied to the possession action is qualified as an “unfair labor practice”. And to achieve this target, is taken, as examples to the investigation, the many legal possession procedures that employers usually use when their employees take part in strikes and other forms of concerted activity in support of their demands. The scope of this part of the research, is to find out if the social and the economic purpose of the actions are respected, or, if they are distorted, showing the abuse.

Keywords: Malicious abuse of process. Possession action. Unfair labor practices.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DO ABUSO DO DIREITO	14
2.1 DEFINIÇÃO DO TERMO “ABUSO DO DIREITO”	14
2.2 BREVE RELATO DO DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO ABUSO DO DIREITO.....	20
2.2.1 Noção do abuso do direito no Direito romano	20
2.2.2 A teoria da emulação no Direito medieval	23
2.2.3 Teoria das imissões no Direito medieval	25
2.3 AS TEORIAS MODERNAS DO ABUSO DO DIREITO.....	26
2.3.1 O abuso do Direito na modernidade – A importância da jurisprudência francesa.....	26
2.3.2 Teoria subjetiva do abuso do Direito.....	29
2.3.3 Teoria objetiva ou finalista do abuso do Direito.....	32
2.3.4 A teoria mista do abuso do direito.....	36
2.4 O ABUSO DO DIREITO NO DIREITO BRASILEIRO	38
2.4.1 O abuso do direito no Código Civil de 1916	38
2.4.2 Outras menções legislativas do abuso do direito.....	43
2.4.3 O artigo 187 do Código Civil Brasileiro	45
2.4.3.1 A gênese da regra, a influência do Direito português e do Direito alemão em sua concepção	45
2.4.3.2 O abuso do direito e o ato ilícito	48
2.4.4 Elementos objetivos definidores do abuso	52
2.4.4.1. Excesso manifesto das finalidades sociais e econômicas do exercício do direito subjetivo	52
2.4.4.2 Do excesso manifesto aos limites impostos pelos bons costumes	66
2.4.4.3 Da boa-fé.....	68
2.5 CONCLUSÃO DO SEGUNDO CAPÍTULO	86
3 DO ABUSO DO DIREITO DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS.....	87
3.1 DO DIREITO DE AÇÃO	87
3.1.1 A ação segundo a teoria civilista ou imanentista.....	88

3.1.2 A polêmica Windscheid e Muther	90
2.1.3 Teoria do direito concreto à tutela jurídica	92
3.1.4 Teoria da ação como direito potestativo – Teoria chiovendiana	94
3.1.5 A teoria da ação no sentido abstrato.....	97
3.1.6 A teoria de Carnelutti – Uma variante da teoria da ação no sentido abstrato	99
3.1.7 A teoria de Liebman	102
3.1.8 Conceito contemporâneo de ação	105
3.2 DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO	110
3.2.1 Interesse de agir	112
3.2.2 Possibilidade jurídica do pedido	116
3.2.3 Da legitimidade de parte – <i>Legitimatío ad causam</i>	117
3.3 DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS	120
3.3.1 Fundamentos da proteção da posse por meio das ações possessórias	121
3.3.2 Requisitos da tutela possessória – Importância doutrinária da classificação da posse	131
3.3.3 Das espécies de ações possessórias.....	138
3.3.3.1 Da ação de manutenção da posse.....	141
3.3.3.2 Da reintegração de posse	144
3.3.3.3 Do interdito proibitório	145
3.3.4 Das condições das ações possessórias.....	150
3.3.4.1 Da possibilidade jurídica do pedido.....	150
3.3.4.2 Da legitimidade <i>ad causam</i>	150
3.3.4.3 Do interesse de agir	154
3.4 DO ABUSO DO DIREITO DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS.....	159
3.4.1 Da aplicação da teoria do abuso no direito processual.....	159
3.4.2 Do abuso do direito de ação possessória, propriamente.....	163
4 DO ABUSO DO DIREITO DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS COMO ATO ANTI-SINDICAL	181
4.1 DOS ATOS ANTI-SINDICAIS.....	181
4.1.1 Conceito de proteção contra ato anti-sindical.....	181
4.1.2 A liberdade sindical como objeto da vedação das práticas anti-sindicais	183

4.1.3 Do alcance subjetivo da proteção contra os atos anti-sindicais	187
4.1.4 Da tutela objetiva da prática anti-sindical	190
4.1.5 Do abuso do direito de ação possessória como modalidade de prática anti-sindical	192
4.1.6 Da contextualização contemporânea do abuso do direito das ações possessórias como atos anti-sindicais e seus reflexos nas relações entre capital e trabalho.....	197
5 CONCLUSÃO	216
REFERÊNCIAS.....	222

1 INTRODUÇÃO

O mundo do trabalho, nas últimas décadas, sofreu severas transformações. A superveniência da globalização de capitais¹ e a adoção de novos modos de gestão de mão-de-obra baseados no sistema “toyota” de produção impactaram substancialmente nas relações de força entre capital e trabalho².

Diz Giovanni Alves que

na perspectiva histórico-ontológica, o novo complexo de reestruturação produtiva não possui caráter ‘neuro’ na perspectiva da luta de classes. Ele apenas expressa, na medida em que se desenvolvem as alterações do processo de trabalho, algo que é intrínseco à lei de acumulação capitalista: a precarização da classe dos trabalhadores assalariados.³

E é

nesse contexto sócio-histórico particular, que tendem a se desenvolver, com vigor, estratégias sindicais neocorporativas, que são expressões de debilitação da solidariedade de classe, intrínsecas à fragmentação das negociações coletivas, provocadas pela nova ofensiva do capital na produção⁴.

Surge, no último quarto do século XX, o que se convencionou chamar de crise do sindicalismo, que, em maior ou menor grau, atingiu os sindicatos do mundo, em especial os organizados à luz das teorias corporativistas como o brasileiro⁵.

Enuncia Leôncio Martins Rodrigues que a crise sindical brasileira foi motivada, concorrentemente, pelo que chama de fatores externos aos sindicatos (fatores econômicos e sociais); fatores internos aos sindicatos e pela própria estrutura sindical⁶.

¹ Cf. CASTELLS, **A sociedade em rede**. p. 119 e “Uma nova economia surgiu em escala global no último quartel do século XX. Chamo-a de informacional, global e em rede para identificar suas características fundamentais e diferenciadas e enfatizar sua interligação.”

² Cf. ALVES, **O novo (e precário) mundo do trabalho**. p. 9. “É a partir da mundialização do capital que se desenvolve um complexo de reestruturação produtiva, com impactos estruturais no mundo do trabalho.”

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ FURTADO, **Liberdade Sindical: o retorno ao debate na EC 45/2004**. p. 46.

⁶ Para estudo mais aprofundado sobre o tema leia-se a citada obra de RODRIGUES, **Destino do Sindicalismo**.

Dentre todos estes fatores, um em particular interessa ao trabalho: as práticas anti-sindicais. E dentro destas, destaca-se, como objeto da pesquisa, uma conduta em especial: o abuso do direito das ações possessórias.

Para que se conceba o abuso do direito das ações possessórias como prática anti-sindical o caminho é longo. Passa-se, obrigatoriamente, pela compreensão de cada uma das figuras jurídicas bem delimitadas no título do trabalho: o abuso do direito; as ações possessórias e os atos anti-sindicais.

No segundo capítulo, demonstra-se como a doutrina tem se pronunciado a respeito do abuso do direito, no âmbito do direito material.

Estuda-se o conceito desta importante figura jurídica; sua evolução histórica no direito continental; as teorias que tentaram explicá-la, por meio da síntese de pensamento de seus criadores e a sua definição contemporânea.

Voltando os olhos para o direito brasileiro, observa-se a conformação e positivação do abuso no Código Civil, enfatizando-se o teor da regra consagrada no art. 187.

Disseca-se a referida regra desde a sua gênese. Explica-se, inicialmente, a influência do direito luso, do direito francês e do direito alemão sobre sua concepção e, em seguida, se divisa cada um dos elementos objetivos que a definem.

Para tanto, apresentam-se os comentários doutrinários sobre o desvio de finalidade social do direito; o desvio de finalidade econômica do direito; a boa-fé e o excesso manifesto aos bons costumes.

E a partir daí, no terceiro capítulo, aborda-se o abuso do direito das ações possessórias.

Investiga-se, preambularmente, o direito subjetivo de ação, sua evolução histórico-conceitual, e seus limites. Estuda-se as condições da ação apregoadas por Liebman e desenvolvidas por outros tantos processualistas não menos importantes, tais como Cintra, Grinover, Dinamarco, Theodoro Júnior, Arruda Alvim, dentre outros.

Em seguida, passa-se à análise de um grupo particular e especial de ações denominadas possessórias. Inicia-se a abordagem pelos fundamentos da tutela possessória, passando imediatamente aos requisitos que permitem aos possuidores socorrerem-se do Poder Judiciário e, em seguida, à investigação de cada uma das três modalidades típicas e genuínas de ações possessórias que são: a manutenção de posse; a reintegração de posse; e o interdito proibitório.

A dissecação de cada ação, passa pelas observações subjetivas e objetivas das relações jurídicas das quais derivam e às que dão azo. Dá-se, no entanto, destaque especial ao enfoque objetivo dos fins sociais e econômicos a que se destinam, eis que assim é possível compreender com maior exatidão quando há desvio processual punível, à luz dos ditames do art. 187 do CCB, e quando há legítima tutela da posse.

Ao final deste capítulo, amparado pela doutrina nacional e estrangeira, conceitua-se o abuso do direito de ação possessória, baseado ora no desvio de finalidade social, ora no desvio de finalidade econômica e ora na violação ao princípio da boa-fé objetiva.

Concebendo-se o conceito e os elementos que delimitam o abuso do direito das ações possessórias, passa-se, no terceiro capítulo, a analisar se referida transgressão pode ou não, em certas circunstâncias, importar prática anti-sindical.

Para tanto, foi necessário demonstrar como a doutrina tem se manifestado a respeito das práticas anti-sindicais.

Baseando os estudos na famosa e inigualável obra de Oscar Ermida Uriarte - que, segundo a própria doutrina, foi o responsável por racionalizar a teoria da proteção contra os atos anti-sindicais - disserta-se a respeito de seu conceito, objeto, sujeitos, alcance subjetivo e objetivo, modos de manifestação, até se chegar ao fim pretendido pela pesquisa que era enquadrar o abuso do direito de ação possessória como conduta anti-sindical.

Para tanto, estuda-se o uso corriqueiro das ações possessórias, em especial o interdito proibitório, por partes dos empregadores, durante os movimentos grevistas, a fim de certificar em que hipóteses há desvio de finalidade social ou econômica do referido instituto, ou ainda desrespeito à máxima de viver e agir com honestidade no exercício de referido interesse juridicamente protegido, o que atrai a aplicação do art. 187 do CCB.

Contextualiza-se o uso anômalo das ações possessórias como atos anti-sindicais no reestruturado mundo do trabalho, manifestação exuberante da criatividade capitalista, que continua capaz de superar os limites que lhe são impostos, para dar novas feições ao que Marx chamou de mais-valia⁷.

⁷ Cf. MARX, *In Salário, preço e lucro*. p. 114. "Para recompor diariamente a sua força de trabalho, esse operário precisa reproduzir o valor diário de 3 xelins, o que faz com um trabalho diário de 6 horas. Isso, porém, não lhe retira a capacidade de trabalhar 10, 12 ou mais horas diariamente. Mas,

E, por fim, demonstra-se que o abuso do direito das ações possessórias importa violação à liberdade sindical, na medida em que viola os direitos fundamentais dos trabalhadores de negociar melhores condições de vida, renda e trabalho, inclusive mediante uso de importante instrumento de pressão que se convencionou chamar de direito de greve.

Ao final, conclui-se que caberá ao Estado, no exercício do seu Poder Jurisdicional rechaçar tais práticas, inculcando a máxima de que os direitos devem ser exercidos com prudência, utilidade e boa-fé, sob pena de punições severas, como a não-admissão do direito e o dever de reparação das perdas e danos causados à contraparte.

E espera-se, com tal investigação, ter contribuído para evolução do direito e melhor compreensão do tema que é contemporâneo e socialmente relevante.

ao pagar o valor diário ou semanal da força de trabalho do tecelão, o capitalista adquire o direito de usar essa força de trabalho durante todo o dia ou toda a semana. Portanto, digamos que irá fazê-lo trabalhar 12 horas diárias, ou seja, além das 6 horas necessárias para recompor o seu salário, ou o valor de sua força de trabalho, terá de trabalhar outras 6 horas, a que chamarei 'horas de sobretrabalho', e esse sobretrabalho se traduzirá em uma 'mais-valia' e em um 'sobreproduto'".

2 DO ABUSO DO DIREITO

2.1 DEFINIÇÃO DO TERMO “ABUSO DO DIREITO”

Fixar um conceito jurídico é sempre tarefa das mais complexas. Edilton Meireles expôs que “ao contrário do que possa parecer, definir um instituto jurídico é sempre uma tarefa árdua, até porque estamos trafegando nos campos da cultura e signos, que sempre deixam margens a dúvidas e interpretações.”⁸

Luis Alberto Warat, em obra denominada “*A definição jurídica*”, afirma que

quando alguém solicita a definição de um termo de classe, o que está pedindo é que se lhe proporcione o significado do mesmo. Dito em outras palavras, está pedindo os critérios através dos quais poderá aplicar o termo a uma classe de coisas, propriedades de coisas ou relações entre as coisas e as suas propriedades.⁹

Partindo dessa premissa, e valendo-se de enfoques nitidamente “nominalistas”¹⁰ dos conceitos, eis que o que se procura é “acentuar o fato de que as definições são sempre de palavras ou de símbolos”¹¹, os intérpretes do direito procuram aclarar o significado das palavras que compõem os institutos jurídicos, dando-lhes efetividade.

A compreensão do direito, portanto, depende necessariamente de tal exercício hermenêutico. E para que se possa desnudar o conteúdo jurídico dos termos que expressam o significado do objeto deste trabalho, há que se principiar pela apreensão do conceito do abuso do direito.

⁸ MEIRELES, *Abuso do Direito na Relação de Emprego*. p. 20.

⁹ WARAT, *A definição jurídica*. p. 3.

¹⁰ Para Warat há duas teorias que buscam explicar os conceitos. A primeira que “deriva de Platão, que sustentava que o significado das palavras devia refletir aquelas características que constituíam a essência da coisa. (...) Segundo esta tese, haveria definições verdadeiras na medida em que pudessem expressar corretamente a qualidades essenciais das coisas que se pretenderia definir. Essa teoria se conhece com o nome de ‘tese realista’. (...) Por contraposição surgem as chamadas ‘teses nominalistas’, que negam que possa existir uma relação natural entre as palavras e aquilo que elas pretendem significar. Afirmam, pelo contrário, que a relação aludida atende a um processo convencional. Com isso se quer dizer que existe liberdade para estabelecer qualquer tipo de relação entre as palavras e aquilo que elas pretendem significar. A única restrição surge da necessidade de haver regras explícitas relativamente a essa convenção para que não impeçam os processos de comunicação. Na atualidade, são mais aceitas as teses nominalistas. (...)”. WARAT, op. cit., p. 3-4.

¹¹ *Ibid.*, p. 8.

Como se exporá adiante, o abuso do direito há muito se conhece. Alvino Lima cita que “unânicos são os escritores em afirmar que a doutrina do abuso do direito é velha nas suas origens, indo rebuscar, em vários textos do direito romano, o fundamento da asserção”.¹²

De acordo com ele, na idade média, “vários textos do direito romano serviam de fundamento à teoria medieval da *aemulatio*, segundo a qual o ato praticado com a intenção maligna de lesar e sem uma utilidade própria, ou com a mínima utilidade, acarretava a responsabilidade do agente.”¹³

Ainda neste período,

ao lado – e em contraponto - da teoria dos atos de emulação, de caráter subjetivo, aparece também outra conhecida como teoria das imissões (do latim *immissio*), (...) que possui um caráter diferente na medida em que o que interessa não é a intenção do agente, mas o resultado da ação. Vale dizer: se trata de uma proposição de caráter objetivo.¹⁴

Consoante Sessarego,

as imissões nocivas derivam de um determinado aproveitamento da propriedade que tem como consequência acarretar um prejuízo a um vizinho, (...) e segundo Hernández Gil (...) tem como origem uma passagem do Digesto em que se diz ‘que a cada um é lícito fazer em sua propriedade o que lhe aprouver, desde que não se verifique uma invasão da propriedade alheia.’¹⁵

Essas teorias, certamente, influenciaram a emergência da moderna concepção do abuso do direito.

Atualmente, pode-se dizer que há abuso do direito quando um

indivíduo no exercício do seu direito subjetivo excede os limites impostos pelo direito positivo, aí compreendidos não só o texto legal, mas também as normas éticas que coexistem em todo sistema jurídico, ou toda (sic) vez que

¹² LIMA; SANDOVAL, **Culpa e Risco**. p. 207.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ SESSAREGO, **Abuso del derecho**. p. 103. Tradução livre para: “(...) al lado de teoría de los actos emulativos, de corte subjetivista, aparece también aquella outra conocida como la teoría de las inmisiones (del latín *immissio*). Ella tiene um carácter diferente em cuanto lo que interesa no ES la intención del agente sino el resultado de la acción. Es decir, se trata de um planteamiento de corte objetivo. (...)”

¹⁵ *Ibid.* Tradução livre para: “(...) Las inmisiones nocivas derivan de un determinado aprovechamiento de la propiedad que tiene como consecuencia el acarrear un perjuicio a um vecino. (...) Según Hernández Gil las inmisiones tienen como origen um pasaje del Digesto em el que se dice ‘que a cada uno le es lícito hacer em su fundo lo que le plazca, con tal que no se verifique una inmisión em el fundo ajeno (...)’”.

o indivíduo no exercício do seu direito subjetivo o realiza de forma contrária à finalidade social.¹⁶

Louis Josserand foi quem traçou as linhas que permitiram definir tal instituto jurídico, ao lecionar o seguinte:

O direito não se realiza no vazio absoluto, mas sim em um meio social e que, em uma comunidade verdadeiramente organizada, encontram-se os direitos iguais para todos. Concedidos pelos poderes públicos, têm uma missão social a cumprir, contra a qual não podem rebelar-se, não se bastam a si mesmos, não carregam em si sua finalidade, eis que esta os transborda ao mesmo tempo em que os justifica; cada um deles têm sua razão de ser, seu espírito do qual não poderiam se separar. Se podem ser exercidos não é em atenção a um desígnio qualquer, mas unicamente em função de seu espírito, do papel social que foram chamados a desempenhar; **não podem ser exercidos sem mais nem menos, senão a saber, para um fim legítimo e em razão de um motivo legítimo. Por exemplo, não poderiam ser postos, em nenhum caso, ao serviço da malícia, da má-fé, da vontade de prejudicar o próximo; não podem servir para realizar a injustiça; não devem nunca ser apartados da sua via regular; se agissem assim, seus titulares não os exercitariam verdadeiramente, ao contrário, abusariam deles, cometeriam um irregularidade, um 'abuso do direito', dos quais seriam responsáveis em relação às vítimas possíveis**¹⁷.

Há, é bem verdade, os que negaram e negam a existência da figura jurídica do abuso do direito, ante a contradição que a expressão encerra em si. Marcel Ferdinand Planiol, ex-professor da faculdade de direito de Paris, é, sem dúvida, um dos maiores representantes de tal corrente doutrinária, como se infere da seguinte afirmação:

Negar a utilização abusiva dos direitos não significa fazer passar por permitidos os variados atos danosos que a jurisprudência reprimiu; observe-se apenas que todo ato abusivo, por ser ilícito, não corresponde ao exercício de um direito, que o abuso do direito não constitui uma categoria

¹⁶ CASTRO FILHO, **Abuso do direito no processo civil**. p. 21

¹⁷ JOSSERAND, *Apud* ALMEIDA, **Abuso do direito no processo do trabalho**. p. 16-17. Tradução livre para: "El derecho se realiza no en el vacío absoluto, sino em un medio social y que, en una comunidad verdaderamente organizada, se encuentran ante ellos los derechos iguales del prójimo. Concedidos por los poderes públicos, tienen una misión social que cumplir, contra la cual no pueden rebelar-se, no se bastan a sí mismos, no llevan em sí mismos su finalidad, sino que ésta los desborda al mismo tiempo que los justifica; cada uno de ellos tiene su razón de ser, su 'espíritu' del qual no poderían separarse. Si pueden ser utilizados no es en atención a un objeto cualquiera, sino unicamente em funciona de sua espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar; **no pueden ser ejercitados si más ni más, sino a sabiendas, para un fin legítimo y por razón de un motivo legítimo. Por ejemplo, no perían ser puestos, en ningún caso, al servicio de la malicia, de mala fé, de la voluntad de perjudicar al prójimo; no pueden servir para realizar la injusticia; ne deben nunca ser apartados e sua via regular; de hacerlo así, sus titulares no los ejercitarían verdaderamente, sino que abusarían de ellos, cometerían una irregularidad, un 'abuso de derechos' de que seriam responsables com relación las víctimas posibles.**"

jurídica distinta do ato ilícito. **É preciso não se confundir com as palavras: o direito cessa em situações em que o abuso começa, não devendo haver uma “utilização abusiva” de um direito qualquer, pela razão irrefutável de que um único e mesmo ato não pode ser ao mesmo tempo conforme o direito e contrário ao direito.**¹⁸ (sem grifo no original)

Há também os que negam a própria existência do direito subjetivo, como Duguit, citado por Rosalice Fidalgo Pinheiro, para quem “o direito subjetivo não passaria de uma ‘quimera’, (...)”¹⁹ visto que tal teoria é essencialmente individualista e contrária aos interesses da sociedade.

Segundo este autor, a teoria do direito subjetivo:

é falsa em si, porque ela parte de uma hipótese indemonstrada e indemonstrável, o homem natural e isolado, porque ela vê na sociedade um fato secundário e voluntário, quando a vontade é um fato primário e espontâneo, porque ela percebe somente um único elemento da natureza humana, o elemento individual; ora, o homem é ao mesmo tempo individual e social, e estas duas características são absolutamente inseparáveis e formam o próprio homem. A doutrina individualista é contrária às aspirações e às necessidades modernas, porque o homem moderno tem precisamente a consciência clara de seu duplo caráter individual e social.²⁰

Se nega a existência do direito subjetivo, evidentemente não poderia adotar posição diversa que não a negação do abuso de tal direito.

Não são, todavia, as teorias de Planiol e Duguit que imperam, eis que, primeiro, há apenas e tão-somente aparente contradição na locução abuso do direito.

Meireles elucida a questão ao dizer que

em verdade, quando se fala em abuso do direito se quer mencionar o uso ilegítimo de uma faculdade jurídica. E não se pode confundir direito com o seu exercício. O primeiro é a faculdade ou atribuição conferida a um titular, enquanto o segundo é o modo pelo qual se exercita essa faculdade ou atribuição.²¹

¹⁸ Tradução livre para: “Nier l’usage abusif des droits ce n’est pas tenter de faire passer pour permis les actes dommageables très varies que la jurisprudence a reprimes; c’est seulement faire cette observation que tout acte abusif, par cela seul qu’il est illicite, n’est pas l’exercice d’un droit, et que l’abus de droit ne constitue pas une (sic) catégorie juridique distincte de l’acte illicite. Il ne faut donc pas être dupe des mots: le droit cesse ou l’abus commence, et til ne peut pas y avoir ‘usage abusif’ d’un droit quelconque, par la raison irréfutable qu’un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit”. PLANIOL, *Traite élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultes de droit*, p. 280-281. *Apud* BOULOS, **Abuso do Direito**. p. 32.

¹⁹ PINHEIRO, **O abuso do direito e as relações contratuais**. p. 70.

²⁰ DUGUIT, *apud* PINHEIRO, op. cit., p. 71, em tradução livre de texto de IONESCU, **La notion de droit subjectif dans le droit prive**. p. 39.

²¹ MEIRELES, op. cit., p. 23.

De toda maneira, da teoria de Duguit não se infere propriamente a negação do direito subjetivo, tampouco do abuso do direito. Antes pelo contrário, o que se observa é uma mera “substituição de conceitos, entre o direito subjetivo e as ‘situações jurídicas subjetivas’”²², na medida em que estas nada mais são que o agir conforme a lei e segundo o dever social do indivíduo. Vale dizer: exercer o direito subjetivo sem abusar.

Assim, concebe-se como abuso ou “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 econômico desse direito.”²³

É o que ensina Fernando Augusto Cunha De Sá, amparando suas conclusões no teor do artigo 334, do Livro I, Título II, subtítulo IV, capítulo I, do Código Civil Português²⁴, que possui a seguinte redação: “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.”²⁵

A norma em comento é, consoante a doutrina, a regra que inspirou a superveniência do artigo 187 do atual Código Civil Brasileiro, que define o abuso do direito e seus elementos da seguinte maneira: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Fábio Ulhoa Coelho, com base na literalidade da regra, define o instituto no direito brasileiro ao dizer que “quem exerce seu direito ultrapassando os limites ditados pela finalidade econômica ou social, boa-fé ou bons costumes, não pratica ato lícito”²⁶.

Edilton Meireles, no mesmo sentido, afirma tratar-se do “exercício de um direito que excede manifestamente os limites impostos na lei, pelo seu fim

²² PINHEIRO, op. cit. p. 72-73.

²³ CUNHA DE SÁ, **Abuso do Direito**. p. 103.

²⁴ A menção à localização topográfica do artigo no Código Civil Português não é casuística. Faz-se necessária, eis que permite divisar claramente, no direito português, o abuso do direito do ato ilícito e da responsabilidade civil, o que, como se demonstrará adiante, influenciou o legislador e a doutrina brasileira a respeito do tema.

²⁵ Texto copiado do DECRETO-LEI Nº 47.344, de 25 de Novembro de 1966 (Código Civil Português), disponível no sítio da internet <http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF>, acessado em 10 de setembro de 2008.

²⁶ COELHO, **Curso de Direito Civil**. p. 313.

econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes, decorrente de ato comissivo ou omissivo”²⁷.

Outros tantos teóricos contemporâneos optaram pelo mesmo caminho²⁸, e se limitam a definir o abuso do direito segundo o conceito legislativo imperante. Não o fizeram, contudo, por acaso, já que o conceito legal ou mesmo a sua “*definiens*”²⁹, não são capazes de delimitar, sem uma dissecação mais precisa, o seu alcance, tão pouco de explicar os critérios objetivos de sua aplicação.

Não há como se conceber o abuso do direito sem que se compreendam as definições de finalidade econômico ou social, boa-fé e bons costumes, signos que demandam uma explicação lógica, teleológica e sistêmica de suas propriedades.

Faz-se necessário, pois, perquirir historicamente como surgiu a figura jurídica do abuso do direito; como se dispuseram as teorias que tentaram explicá-la; como se fixou no direito brasileiro e no direito comparado, para, por fim, compreender cada um dos elementos objetivos que compõem sua definição.

É o que se fará doravante, em que pese pareça relevante e ainda atual o alerta de Luis Alberto Warat, que em 1969, afirmou que

todas as tentativas de aclarar a figura do abuso do direito, não foram mais que simples justificações retóricas para um uso ritual. Nenhum dos múltiplos critérios estabelecidos pela doutrina, legislação e jurisprudência contemporâneos, poderá conduzir-nos a uma definição satisfatória da figura em questão.³⁰

Tentar-se-á, no entanto, explicitá-la conforme a ótica do direito brasileiro.

²⁷ MEIRELES, op. cit., p. 22.

²⁸ Por exemplo, BEVILÁQUA, in **Teoria Geral do Direito Civil**. p.369. Para quem o “O Código Civil – de 1916 -, art. 160, I, diz que não constitui ato ilícito o *praticado no exercício regular de um direito reconhecido*, e no art. 100, já declarara que o *exercício normal, de um direito* não se considera coação. Está nestas proposições o fundamento da teoria do abuso do direito, (...)” que “Agora basta afirmar que, para o nosso Código Civil, o abuso do direito é ato ilícito, que consiste no exercício irregular ou anormal do direito, de modo a prejudicar alguém.”

²⁹ Conceituado por WARAT, op. cit., p. 7. “O signo que intentamos definir é chamado de *definiendum* e o conjunto de símbolos usados para explicar seu significado é denominado *definiens*.”

³⁰ Ibid., p.39. tradução livre para: “(...) todos los intentos de clarificación practicados en torno a esta figura no han sido más que simples justificaciones retóricas para um uso ritual. Ninguno de los múltiples criterios establecidos por la doctrina, legislación y jurisprudencia contemporáneas, podrá conducirnos a una definición satisfactoria de la figura en cuestión. (...)”

2.2 BREVE RELATO DO DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO ABUSO DO DIREITO

2.2.1 Noção do abuso do direito no Direito romano

Como dito anteriormente, “unâнимes são os escritores em afirmar que a doutrina do abuso do direito é velha nas suas origens, indo rebuscar, em vários textos do direito romano, o fundamento da asserção”.³¹

Castro Filho, na introdução de sua obra “Abuso do direito no processo civil”, vai ainda mais longe e afirma que:

não é novo o problema do abuso do direito. Pelo contrário, existe desde os primórdios do direito, pois na observação de Ihering, desde que se estabeleceram as normas que asseguram a coexistência dos indivíduos em sociedade, passaram elas a servir também de instrumento para a satisfação egoística de interesses (sic) sem a correspondente finalidade jurídica e social para que fôra (sic) instituída a mesma norma.³²

Certo mesmo, no entanto, é que as linhas gerais da moderna teoria do abuso do direito remetem a alguns textos romanos, que embora aparentemente contraditórios, eis que ora afirmam “o princípio de um absolutismo sem peias no exercício dos direitos”³³ ora “são a consagração dos princípios modernos da relatividade dos direitos, do seu exercício social”³⁴, foram os que deram azo ao surgimento de teorias da *aemulatio* e *immisiones*.

Warat afirma que “dado a origem divina do direito romano, que surge alicerçado em forma de normas religiosas, é natural que se encontrem certas faculdades quase absolutas para o exercício dos direitos individuais”.³⁵

Josserand, ao tratar das faculdades jurídicas no período clássico do direito romano, afirma que

³¹ LIMA; SANDOVAL, **Culpa e Risco**. p. 207.

³² CASTRO FILHO, op. cit. p. 13.

³³ LIMA; SANDOVAL, loc. cit.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ WARAT, **Abuso del derecho y lagunas de la ley**. p. 41. Tradução livre para: “(...) Dado el origen divino del derecho romano que hace su aparición bajo el aspecto de normas religiosas, resulta natural que encontremos consagradas en el mismo ciertas facultades casi absolutas para el ejercicio de los derechos individuales; (...)”.

na concepção antiga, que enxergava no direito uma ciência exata, os direitos subjetivos, tais como o direito de propriedade ou o direito de um credor de obter a paga do que lhe é devido, tinham um caráter rígido e absoluto: podiam ser exercidos indefinidamente e com um propósito qualquer.³⁶

Com o passar dos séculos e a evolução dos institutos jurídicos, o caráter absoluto dos direitos subjetivos cedeu paulatinamente lugar a certo relativismo que caracterizou a ação pretoriana baseada na equidade.

Neste particular, leciona Warat:

a equidade, colocada como guia suprema de conduta, temperou a aplicação do primitivo direito romano, diluindo suas asperezas. O desenvolvimento inesperado do direito pretoriano se inspirou, sem dúvidas, no sentimento de justiça e equidade. Graças a isto, pode-se estabelecer a intuição pretoriana acerca da relatividade de todos os direitos individuais. A qual se expressou por meio das conhecidas máximas '*jus est ars boni et aequi, summum jus summa injuria*'.³⁷

Sessarego afirma que “é princípio geral vigente no direito romano que quem atua conforme um direito subjetivo não é responsável pelo dano originado a outrem”³⁸. Ampara sua conclusão na lição de Puig Brutau, para quem, segundo Sessarego, “os textos romanos dos quais se extraem as máximas de que não causa dano algum o que exerce o seu direito, procede do Livro L, título XVII do Digesto, '*De dis versis reqlis iuris*', conhecidos pelos textos de Gayo e de Paulo”.³⁹

Tal assertiva, isoladamente considerada, conduziria à equivocada conclusão de que o direito romano negou a teoria do abuso do direito, na medida em que se limitou a divisar ato lícito – exercício regular do direito – do ato ilícito – ação culposa

³⁶ JOSSERAND, **Del abuso de los derechos y otros ensayos**. p. 2-3. Tradução livre para: “(...) En la concepción antigua, que mira el derecho como ciencia exacta, los derechos subjetivos, tales como el derecho de propiedad o el derecho para un acreedor de obtener el pago de lo que se debe, tienen un carácter rígido y absoluto: pueden ejercerse indefinidamente y con un propósito cualquiera; (...)”

³⁷ *Ibid.* Tradução livre para: “La equidad, colocada como guía suprema de conducta, atemperó la aplicación del primitivo derecho romano, diluyendo sus asperezas. El desarrollo inesperado del derecho pretoriano ha sido inspirado sin Duda en esos sentimientos de justicia y equidad. Gracias a El, pudo establecerse la pretoriana intuición acerca de la relatividad de todos los derechos individuales. Ella ha sido expresada por medio de las conocidas máximas '*jus est ars boni et aequi, summum jus summa injuria*'.”

³⁸ SESSAREGO, op. cit., p. 95. Tradução livre para: “El principio general vigente en el derecho romano es que quien actúa de conformidad a un derecho subjetivo no es responsable por el daño originado a otro.”

³⁹ *Ibid.* Tradução livre para: “los textos romanos de los que se extraen las máximas de que no causa daño a nadie quien usa de su derecho proceden del Libro L, Título XVII del Digesto, *De disversis reqlis iuris*, a través de textos de Gayo y de Paulo.”

ou dolosa que ofende o direito de outrem⁴⁰, sem mencionar o desvio da finalidade social ou econômica do exercício de um direito subjetivo como abuso ou excesso.

Mas o próprio autor, citando novamente Brutau, afirma que

não obstante o anteriormente expressado, não faltaram exceções à drástica regra geral romana. Prova disso é que 'os teóricos franceses se fundaram em fragmento do Digesto (L.X.3), para afirmar que um direito não pode ser exercido exclusivamente para emular terceiros'.⁴¹

Como de fato foram os franceses os responsáveis pela moderna teoria do abuso do direito, conforme oportunamente se demonstrará, o argumento não é desprovido de sentido ou mera retórica: pelo contrário, vai ao encontro das conclusões doutrinárias dominantes.

Alvino Lima assevera que “vários textos do direito romano serviam de fundamento à teoria medieval da *aemulatio*, segundo a qual o ato praticado com a intenção maligna de lesar e sem uma utilidade própria, ou com a mínima utilidade, acarretava a responsabilidade do agente.”⁴²

Enuncia, exemplificativamente, textos legais que denotam a relativização do exercício do direito subjetivo romano, tais como as máximas de Gaio, Paulo e Ulpiano⁴³, as quais corroboram sua conclusão de que havia uma breve compreensão do excesso ou abuso do direito àquela época.

Salvatore Riccobono divisa com clareza as regras que realçam o individualismo e o absolutismo de alguns direitos romanos - em especial a propriedade privada - daquelas que relativizam tais direitos, segundo critérios de equidade e justiça. Consoante este autor:

Os textos que não admitem limitação alguma à liberdade do proprietário, no uso e exercício do seu direito, pertencem ao sistema do *jus civile*, isto é, ao direito quiritário, ao passo que os textos opostos, limitando aquele uso e exercício, representam um desenvolvimento gradual do direito, a partir do século II do Império, com fundamento em considerações éticas e humanitárias, considerando ilícito o exercício do direito, por parte do proprietário, com *ânimo de lesar a outrem e sem nenhuma utilidade própria*.⁴⁴

⁴⁰ Cf. BEVILÁQUA, op. cit. p. 363.

⁴¹ SESSAREGO, op. cit. p. 96. Tradução livre para: “No obstante lo anteriormente expresado, no faltaron excepciones a la drástica regla general romana. Prueba de ello es que 'los comentaristas franceses se fundaron em el fragmento de Digesto (L.X.3), para afirmar que un derecho no puede ejercitarse exclusivamente *ad aemulation alterius*”.

⁴² LIMA; SANDOVAL, op. cit. p. 207.

⁴³ Ibid., p. 207-208.

⁴⁴ RICCOBONO, *Apud*, LIMA; SANDOVAL, op. cit. p. 209.

E é exatamente a intenção deliberada de lesar alguém sem qualquer utilidade na ação que dá origem à teoria da emulação⁴⁵.

2.2.2 A teoria da emulação no Direito medieval

No período medieval, não havia condições para o desenvolvimento de uma teoria do abuso do direito propriamente.

À época, sequer se admitia “a separação entre o órgão legislador e o jurisdicional; ambos residiam no soberano, que segundo a sua vontade modificava o sistema jurídico ou ditava normas especiais para alguns casos particulares”⁴⁶. Assim, não havia espaço para que se tutelasse o exagero do direito, considerando, para tanto, sua finalidade social e econômica.

Surge, no entanto, em razão à forte influência das teorias da igreja católica e do próprio direito romano⁴⁷, o que se convencionou chamar de teoria da *aemulatio* ou da emulação.

“A emulação, do latim *aemulatio*, consistia em exercício de um direito subjetivo com a inconfessável ou dissimulada intenção de causar um prejuízo a outra pessoa ou a um bem alheio.”⁴⁸

Estava intimamente vinculada, portanto, ao exercício do direito de propriedade⁴⁹, e se materializava, por exemplo, quando havia a deliberada intenção do proprietário de causar dano ao vizinho sem, com isso, obter vantagem alguma⁵⁰.

⁴⁵ Cite-se que “Scialoja, considerado por seus estudos sobre a matéria o seu mais autorizado crítico, concluiu que não existia, no direito romano, a proibição do ato emulativo, como tal; o proprietário era livre nas suas ações, um vez que não existisse conflito de direitos; mas ele próprio acrescenta que tal opinião está longe de ser universalmente aceita pelos escritores citando, em sentido oposto, as opiniões de Gluck, Thibaut, Windscheid, Maynz e De Crescenzo”. In LIMA; SANDOVAL, op. cit., p. 208.

⁴⁶ WARAT, **Abuso del derecho y lagunas de la ley**, p. 43. Tradução livre para: “no admitió la separación entre el órgano legislador y el jurisdicional; ambos residían em el soberano, que a su omnimoda voluntad modificava el sistema jurídico o dictaba normas especiales para algunos casos particulares.”

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ SESSAREGO, op. cit. p. 99. Tradução livre para: “La emulación, del latin *aemulatio*, consistió em el ejercicio de un derecho subjetivo com la inconfesable o disimulada intención de causar un perjuicio a otra persona o a um bien ajeno.”

Ocorre que em razão da arraigada influência do cristianismo, impõe-se “a doutrina dos atos de emulação que reprovou o exercício dos direitos individuais de uma maneira prejudicial para os interesses dos obrigados e preconizou o dever do titular de não exercê-lo com a única finalidade de prejudicar o próximo.”⁵¹

Tratava-se, pois, de teoria marcadamente subjetiva vinculada à intenção do agente de causar dano.

Muitos confundiram, a partir de tais ilações, a teoria da emulação com a teoria do abuso do direito⁵². Soa mais correto, entretanto, afirmar que aquela foi o embrião desta, mas certamente não se confundiram.

Enquanto na teoria da emulação se relativizava o exercício do direito subjetivo – especialmente o de propriedade – demandando a presença do dano como elemento indispensável à sua configuração, no abuso do direito, o que se exige, apenas e tão-somente é o exercício excessivo de um direito subjetivo dissociado de sua finalidade econômica, social ou em detrimento à boa-fé ou aos bons costumes.

Neste caso, “o dano não é requisito para a configuração do abuso, mas uma de suas conseqüências possíveis”⁵³.

Igualmente, enquanto na teoria da emulação era indispensável a comprovação da intenção do agente em lesar, no abuso do direito pode haver excesso “mesmo que o indivíduo não tenha a intenção de prejudicar outrem. (...) O abuso fica patente, pela teoria objetiva⁵⁴, sempre que o direito seja exercido de forma contrária aos fins sociais, econômicos, aos bons costumes e com violação à boa-fé.”⁵⁵

Inegável, porém, que os princípios que nortearam a consagração da teoria da emulação no direito medieval, guiaram também atos legislativos e jurisdicionais dos Estados modernas, especialmente na França e na Itália.

⁴⁹ Cf. BERNAL, *Apud* SESSAREGO, op. cit., p. 101. Para quem “por actos de emulación se entiende entonces el ejercicio que se hace de la propiedad sin utilidad del dueño y sólo con la intención de dañar o otro.”

⁵⁰ NETO, **Abuso do direito**. p. 26.

⁵¹ WARAT, op. cit., p. 43. Tradução livre para: “la moral Cristiana, al imponer la doctrina de los actos de emulación, reprobó el ejercicio de los derechos individuales de una manera perjudicial para los intereses de los obligados. Preconizó el deber del titular de no ejercer un derecho con la única finalidad de perjudicar al prójimo.

⁵² Cf. SESSAREGO, op. cit., p. 102.

⁵³ ALMEIDA, **Abuso do direito no processo do trabalho**. p. 25

⁵⁴ Que será objeto de análise mais profunda adiante.

⁵⁵ MEIRELES, op. cit., p. 32.

Ensina Alvino Lima que “os princípios decorrentes da proibição dos atos emulativos encontram pela aplicação no direito francês anterior ao Código Civil de 1804”⁵⁶ e que após longo período de “eclipse, em que se transpunha uma época em que se acreditava que os textos eram suficientes por si só”⁵⁷, referindo-se obviamente ao liberalismo típico do positivismo codicista:

Coube à jurisprudência rebelar-se contra a rigidez dos princípios individualistas do Código Civil, insurgindo-se rapidamente contra o exercício intencionalmente malicioso, anormal, contra a finalidade dos direitos subjetivos, tomando assim o caminho abandonado pelo legislador. (...) mas não se ateve este movimento jurisprudencial à doutrina da *aemulatio* e num rápido crescendo condenou o exercício do direito, quando o seu titular não tenha legítimo interesse na sua ação, desviando o direito de sua finalidade social ou econômica.⁵⁸

Por isso. Afirma-se que uma teoria influenciou a outra, mas que não há identidade entre elas.

2.2.3 Teoria das imissões no Direito medieval

Outra importante teoria medieval que influenciou a construção da concepção de abuso do direito foi a das imissões.

De acordo como Sessarego,

ao lado – e em contraponto - da teoria dos atos de emulação, de caráter subjetivo, aparece também outra conhecida como teoria das imissões (do latim *immissio*), (...) que possui um caráter diferente na medida em que o que interessa não é a intenção do agente, mas o resultado da ação. Vale dizer: trata-se de uma proposição de caráter objetivo.⁵⁹

Da mesma maneira que a teoria dos atos emulativos, a teoria das imissões tinha por escopo relativizar o exercício do direito de propriedade.

⁵⁶ LIMA; SANDOVAL, op. cit. p. 211-212.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ SESSAREGO, op. cit., p. 103. Tradução livre para: “(...) al lado de teoría de los actos emulativos, de corte subjetivista, aparece también aquella outra conocida como la teoría de las inmisiones (del latin *immissio*). Ella tiene um carácter diferente em cuanto lo que interesa no ES la intención del agente sino el resultado de la acción. Es decir, se trata de um planteamiento de corte objetivo. (...)”

As imissões nocivas derivam de um determinado aproveitamento da propriedade que tem como consequência acarretar um prejuízo a um vizinho, (...) e segundo Hernández Gil (...) tem como origem uma passagem do Digesto em que se diz 'que a cada um é lícito fazer em sua propriedade o que lhe aprouver, desde que não se verifique uma invasão da propriedade alheia.⁶⁰

O que a diferencia da teoria da emulação é que prescindia de perquirir a intenção do proprietário que porventura lesasse o vizinho, bastando a constatação do dano.

Influenciou, por sua objetividade, a construção da moderna teoria do abuso do direito, muito embora não haja entre elas identidade, na medida em que permanecia vinculada à existência do dano como elemento indissociável.

Assim, aliás, leciona Sessarego, para quem “as imissões se restringem a uma específica relação de vizinhança, razão pela qual dita figura não se confunde com o abuso do direito que é, por sua vez, mais complexa”⁶¹.

2.3 AS TEORIAS MODERNAS DO ABUSO DO DIREITO

2.3.1 O abuso do Direito na modernidade – A importância da jurisprudência francesa

O início da era cognominada moderna tem como uma de suas marcas, a adoção dos princípios liberais da liberdade, igualdade e fraternidade. O direito burguês, pensado à luz do que Boltanski e Chiapello chamam de “primeiro espírito do capitalismo”⁶², emerge como instrumento de transformação social e legitimação de tal modo de organização socioeconômica, dando-lhe amparo.

Dito de outro modo:

⁶⁰ SESSAREGO, op. cit., p. 103. Tradução livre para: “(...) Las inmisiones nocivas derivan de un determinado aprovechamiento de la propiedad que tiene como consecuencia el acarrear un perjuicio a un vecino. (...) Según Hernández Gil las inmisiones tienen como origen un pasaje del Digesto em el que se dice 'que a cada uno le es lícito hacer em su fundo lo que le plazca, con tal que no se verifique una inmisión em el fundo ajeno (...)”.

⁶¹ Ibid., p. 104. Tradução livre para: “las inmisiones se restringen a una específica relación de vecindad, razón por la cual dicha figura no se confunde com la del abuso del derecho que es, a la vez, más comprensiva y compleja.

⁶² BOLTANSKI; CHIAPELLO, *El nuevo espíritu del capitalismo*. p. 57-73.

para conquistar a adesão das pessoas indispensáveis à (...) acumulação, o capitalismo teve que incorporar um espírito suscetível de proporcionar perspectiva de vida sedutora e excitante e que oferecesse algumas garantias de segurança e argumentos morais para continuar fazendo o que sempre fez⁶³:

explorar a mão-de-obra assalariada.

Para tanto, este espírito teve – tem e sempre terá - que “responder a uma exigência de autojustificação, sobretudo para poder resistir à crítica anticapitalista, o que implica um recurso a convenções de validez universal a respeito do que é justo e injusto”.⁶⁴ Aqui residia o papel de destaque do direito.

Para consagrar os interesses da emergente classe dominante, em especial a acumulação de riquezas e a sacralização da propriedade privada, fez-se necessário garantir, ainda que formalmente, uma diversidade de “direitos”, destacando-se a igualdade – mesmo que formal⁶⁵ - e o império absoluto dos direitos subjetivos.

O Código Francês de 1804, baseado no “positivismo científico e nas escolas que se desenvolveram durante o século XIX^{66,67} as quais apregoavam ode ao legalismo “que identifica o Direito com a lei, fazendo dos códigos a sua única fonte”⁶⁸, foi pródigo neste particular.

A propriedade privada, pilar do sistema capitalista,

direito tradicionalmente absoluto; o domínio por excelência, que confere a quem dela está investido *plena in re potestas*, (...) e a quem a Revolução de 1789 reconheceu valor de um atributo natural e imprescritível, inviolável e sagrado, da personalidade humana, da mesma maneira que a liberdade, a segurança e a resistência à opressão⁶⁹,

⁶³ BOLTANSKI; CHIAPELLO, op. cit., p. 68. Tradução livre para: “para lograr adhesión de las personas indispensables para la continuación, el capitalismo tuvo que incorporar um espíritu susceptible de proporcionar perspectivas de vida seductoras y excitantes, y que ofreciese a La vez garantias de seguridad y argumentos morales para poder continuar haciendo aquello que se hace.”

⁶⁴ Ibid. Tradução livre para: “El espíritu del capitalismo debe responder a una exigencia de autojustificación, sobre todo para poder resistir a La crítica anticapitalista, lo que implica un recurso a convenciones de validez universal en cuanto a lo que es justo e injusto.”

⁶⁵ POULANTZAS, **Estado, Poder e Socialismo**. p. 85. “Todos os sujeitos são iguais e livres perante a lei: o que já quer dizer, no discurso da lei (e, não escondido nele), que são realmente diferentes (como sujeitos-indivíduos), mas na medida em que essa diferença pode se inscrever num quadro de homogeneidade. A lei capitalista não oculta apenas, como se diz freqüentemente, as diferenças reais sob um formalismo universal; ela contribui para instaurar e sancionar a diferença (individual e de classe) em sua própria estrutura; erigindo como sistema de coesão e como organizador da unidade-homogeneização dessas diferenças”.

⁶⁶ PINHEIRO, op. cit. p. 152.

⁶⁷ Referindo-se, a autora, especialmente à Escola da Exegese francesa, mas também, de certa maneira, à Escola Histórica ou da Jurisprudência dos conceitos alemã, como se infere da op. cit., p. 152-160.

⁶⁸ PINHEIRO, loc. cit.

⁶⁹ JOSSERAND, **Del abuso de los derechos y otros ensayos**. p. 8.

foi definida no Código Napoleônico como “o direito de dispor das coisas de maneira mais absoluta”⁷⁰.

A regra outorga a equívoca impressão – hoje sabida - de que

tomando a disposição ao pé da letra, na falta de lei ou regulamento em contrário, o dono de casa situada em zona residencial seria livre, por exemplo, de nela instalar rumoroso bordel, ou oficina de que emanassem ruídos e cheiros desagradáveis e nocivos. Nada mais estaria a fazer que exercer a seu talante o direito de propriedade⁷¹.

Da mesma maneira

a concepção tradicional de contrato, envolta na igualdade e liberdade apregoados pela Revolução Francesa e fundamentada no individualismo, foi cristalizada pelo *Code* de 1804 e outros que lhe seguiram. Eis como consolidar um modelo de circulação de riquezas tão caro à burguesia capitalista.

Estes dois singulares exemplos dão conta do papel político exercido pelo direito naquele determinado momento histórico e demonstram de forma clara as razões pelas quais não havia espaço para a difusão de uma teoria real do abuso do direito.

Com o passar dos anos, no entanto, os abusos decorrentes dos exercícios dos direitos ditos absolutos, fizeram nascer, na França, um movimento de “reação contra o espírito misoneísta do legislador”⁷² que ecoou na

jurisprudência dos tribunais, através da aplicação de teorias mais ou menos engenhosas, com o auxílio das quais, sem atentar de modo frontal contra o espírito da lei, se conseguiu realizar o milagre de sua adaptação às contingências da vida, atualizando-se o seu conteúdo⁷³.

⁷⁰ Cf. BARBOSA MOREIRA, **Abuso do direito**. p. 125. Citando o art. 544 do Código Francês com a seguinte redação: “La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”.

⁷¹ Ibid.

⁷² MARTINS, **O abuso do direito e o ato ilícito**. p. 4.

⁷³ MARTINS, **O abuso do direito e o ato ilícito**. p. 4.

“Os Juízes franceses compreenderam, com o decorrer dos anos, a necessidade de conciliar o respeito às liberdades individuais e o direitos subjetivos, de um lado, com o interesse social de outro”⁷⁴.

Segundo Cunha de Sá,

através das hipóteses concretas que lhes foram sendo (sic) submetidas, os tribunais franceses recorreram, umas vezes, à idéia dos limites do próprio direito exercido (caso Lingard, Mercy, Lecante e Grosheintz, os três primeiros relativos a fumos e maus cheiros de fábricas, no âmbito das relações de vizinhança, e o último sobre escavações que provocaram o alagamento do terreno vizinho), outras vezes à intenção de prejudicar com que o exercício do direito era efetuado (casos Doerr, Savart e Clément-Bayard, o primeiro dizendo respeito à construção de uma falsa chaminé para retirar a luz do vizinho, o segundo à de uma vedação de madeira com 10m de altura e toda pintada de negro, com o objetivo também de sombrear e entristecer um prédio vizinho, e o terceiro à colocação de um dispositivo em espigões de ferro destinados a destruir os aeróstatos/balões do proprietário vizinho)⁷⁵.

E com este escopo definiram-se “as primeiras linhas do que, com o decorrer do tempo, se converteria na autônoma e discutida figura do abuso do direito”⁷⁶.

2.3.2 Teoria subjetiva do abuso do Direito

Como se pôde demonstrar no breve recordar histórico do surgimento da teoria do abuso do direito, a teoria que se apresentou como embrião desta foi a da emulação.

Teoria que encontrava amparo em textos romanos como o Digesto e que durante o período medieval ganhou força com o forte apelo popular da moral cristã, o *aemulatio* vedava o ato de tal natureza, definindo-o como o ato “praticado pelo proprietário ou pelo vizinho com o objetivo de prejudicar terceiros”⁷⁷ e causar-lhes danos.

⁷⁴ SESSAREGO, op. cit., p. 108. Tradução livre para: “Los jueces franceses comprenden, con el transcurrir de los años, la necesidad de conciliar el respeto a las libertades individuales y a los derechos subjetivos, de una parte, con el interés social, de la otra”.

⁷⁵ CUNHA DE SÁ, **Abuso do Direito**, p. 52.

⁷⁶ SESSAREGO, loc. cit. Tradução livre para: “las primeras aproximaciones a lo que con el correr del tiempo, se convertiría en la autónoma y discutible figura del abuso del derecho.”

⁷⁷ NETO, op. cit. p. 26.

São requisitos marcantes de seu significado, portanto, a presença do dano e a intenção do agente.

Tais propriedades da teoria da emulação nortearam a construção da teoria do abuso do direito, especialmente nos primeiros julgados das Cortes francesas que foram as responsáveis pela criação desta.

Os teóricos que defendem a

teoria subjetiva do abuso do direito propugnam que o critério real para a aferição do abuso é a intenção de que o titular de um direito estava imbuído ao exercê-lo. É, portanto, da análise do *animus* do titular do direito que será possível aferir se houve ou não abuso no seu exercício⁷⁸.

Notabiliza-se, pois, esta corrente de pensamento pela subjetividade típica da teoria da emulação a qual permite afirmar que só haveria excesso se houvesse comprovação da intenção deliberada do titular do direito subjetivo de causar prejuízo a outrem.

Dentre os teóricos que se destacaram na construção desta *definiens*⁷⁹ para o abuso do direito “podem ser incluídos entre outros autores Bonnecase, Demogue, Ruggiero, Lalou”⁸⁰.

Bonnecase declara

que o elemento psicológico da noção do abuso de direito (sic) conduz à noção do dolo comum. Entretanto este elemento psicológico, no sentido de o juiz pesquisar os fatos dos quais se pretenda deduzir o abuso do direito, ao invés de procurar-se, efetivamente, a intenção nociva que guiou o espírito do autor do ato

é que merece atenção.

Há, pois, que se perquirir sobre a intenção do agente não em seu âmago, mas no ato em si. A intenção, para Bonnecase, expressa-se no proveito do ato para o agente. Se risível ou nulo o efeito do ato para o titular do direito subjetivo, e substancial o dano causado a terceiro, haverá excesso no exercício daquele, eis que visível o elemento psicológico da intenção de prejudicar⁸¹.

⁷⁸ BOULOS, **Abuso do Direito no novo Código Civil**. p. 38.

⁷⁹ Conceituado por WARAT, op. cit., p. 7. “O signo que intentamos definir é chamado de *definiendum* e o conjunto de símbolos usados para explicar seu significado é denominado *definiens*.”

⁸⁰ CASTRO FILHO, op. cit., p. 26.

⁸¹ Ver, neste particular, CASTRO FILHO, op. cit., p. 26, LIMA; SANDOVAL, op. cit. p. 218-222, WARAT, op. cit., p. 73.

Esta teoria influenciou a edição de textos legais, como, por exemplo, o Código Civil Pruciano de 1794, que, segundo Sessarego, “foi o primeiro corpo legal que consagrou a noção de abuso do direito”⁸²

Consta na “Primeira Parte, título VI, § 36 e 37”⁸³, que

o que exerce seu direito, dentro dos limites próprios, não é obrigado a reparar o dano que causa a outrem, mas deve repará-lo, quando resulta claramente das circunstâncias, que entre algumas maneiras possíveis de exercício de seu direito foi escolhida a que é prejudicial a outrem, com intenção de lhe acarretar dano⁸⁴.

Não por acaso, também influenciou diretamente o direito alemão, eis que:

na Alemanha, herdeira mais direta do direito prussiano, o abuso do direito é admitido tal como previsto na legislação a partir da interpretação conjugada do § 226 do BGB (‘o exercício de um direito não é admissível quando só tem por fim causar dano a outrem’), com o § 826 do mesmo diploma básico teutônico (‘todo aquele que, de um modo contrário aos bons costumes, causa intencionalmente danos a outrem, fica obrigado perante este a indenizá-lo do prejuízo causado’).⁸⁵

Da mesma maneira, influenciou o direito civil italiano, como se infere do disposto no art. 833 do Código Civil de 1942, que possui a seguinte redação: “Art. 833. Atos de emulação. O proprietário não pode praticar atos que não tenham outro objetivo que não aquele de prejudicar ou causar moléstias a outros.”⁸⁶

Além destes, o Código Civil Turco e o Chinês, como bem lembra Castro Filho em seus escritos⁸⁷.

Todavia, a despeito da importância histórica de tal compreensão do abuso do direito, houve quem a negasse, e o maior expoente foi Louis Josserand, responsável pela construção da teoria objetiva ou finalista do abuso do direito.

E é a respeito desta que se passará a discorrer.

⁸² SESSAREGO, op. cit., p. 209. Tradução livre para: “el primer cuerpo legal que consagró la noción de abuso del derecho”.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ LIMA; SANDOVAL, op. cit., p. 210.

⁸⁵ MEIRELES, op. cit., p. 246.

⁸⁶ Tradução livre para: “Art. 833. Atti d'emulazione. Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare moléstia ad altri.”

⁸⁷ CASTRO FILHO, op. cit., p. 26.

2.3.3 Teoria objetiva ou finalista do abuso do Direito

Em oposição à teoria subjetivista do abuso do direito, fundamentada na intenção danosa do titular do direito subjetivo, surge o que se convencionou denominar de teoria objetiva ou finalista do abuso do direito.

Louis Josserand, sem dúvida, o maior expoente desta corrente de pensamento, introduz as premissas que nortearam a construção da teoria objetiva, afirmando o seguinte:

A concepção implacável, frenética dos direitos individuais, se opõe a teoria da relatividade, que leva a admitir possíveis abusos do direito, inclusive dos mais sagrados. Nesta teoria, os direitos, produtos sociais, como o mesmo direito objetivo, têm origem na sociedade e dela recebem seu espírito e sua finalidade; cada um se destina a um fim, do qual não pode o titular desviá-lo; foram criados para a sociedade e não a sociedade para eles; sua finalidade é extrínseca e superior aos próprios direitos; são, pois, não absolutos, mas relativos; devem ser exercidos no plano da instituição, ajustado ao seu espírito, sob pena de seguirem uma direção falsa; e o titular que os tenha, não usado, mas abusado, verá comprometida sua responsabilidade com a vítima de tal desvio de finalidade.⁸⁸

Para este autor, a teoria subjetivista não era capaz de responder aos anseios sociais da modernidade, eis que essencialmente fundada nas figuras clássicas da culpa, do dano e do ressarcimento, o que não permitia divisar com clareza o abuso do direito do ato ilícito em sentido estrito.

Havia, pois, a necessidade de se adotar critério diverso dos apregoados por Bonnecase para estabelecer o conceito, a autonomia e a finalidade da teoria do abuso do direito. Para Josserand, os elementos que definiriam tal instituto jurídico seriam a relatividade dos direitos subjetivos, o desvio da finalidade social no exercício de tais direitos e a motivação do agente:

parece que os romanos se limitaram, em sua obra de humanização e socialização do direito, a perseguir o dolo e a fraude e a condenar a intenção de causar dano. Para eles, o ato abusivo era unicamente o que se cumpria com intenção nociva. No direito moderno e especialmente no direito contemporâneo surge uma idéia de abuso do direito muito mais compreensível. É abusivo qualquer ato que, por seus motivos e por seus fins, contrarie o destino ou a finalidade do direito que se exerce. O critério puramente *intencional* tende a ser substituído por um critério *funcional*, derivado do espírito do direito, da função que lhe foi encomendada. Cada

⁸⁸ JOSSERAND, op. cit., p. 4.

direito tem o seu espírito, seu objeto, sua finalidade. Quem quer que intente apartá-lo de sua missão social comete uma falta, delituosa ou quase delituosa, um abuso do direito suscetível, dependendo do caso, de responsabilização.⁸⁹

Concebiam-se, a partir dessas idéias, uma nova concepção de abuso. Revelou-se, com a teoria de Josserand,

um momento de transição para determinação do ato abusivo, que se despe da exclusividade do critério subjetivo para alcançar um critério objetivo. Isto quer dizer, o abuso do direito não incide apenas na ausência de intenção de lesar, mas supera investigações desta ordem, verificando-se também no desvio de finalidade do direito subjetivo.⁹⁰

Como se pode observar, esta corrente de pensamento nega peremptoriamente a necessidade de se aferir a intenção de causar o dano, bastando para que haja abuso: “a) desatendimento à destinação econômica ou social do direito; b) ausência de motivos sérios ou legítimos para a prática do ato; c) falta de utilidade ou interesse para o agente com a prática do ato; d) exercício anormal ou irregular do direito”⁹¹.

Tais conclusões, segundo Warat, são fruto da constatação de que o

critério ‘da intenção de prejudicar’, que não contém (...) em sua expressão um elemento de valoração ética, constitui uma fórmula incompleta para caracterizar o ato abusivo, além da confusão a que dá lugar com o dolo e a culpa do ato ilícito, que se pode cometer em exercício de um direito subjetivo, reconhecido e autorizado pela legislação positiva.⁹²

Por essa razão, com o passar dos anos, a teoria subjetiva do abuso do direito passou a não responder às necessidades e anseios sociais a que se destinava, especialmente porque não permitia divisar com clareza o abuso do direito do ato ilícito em sentido estrito.

E como hoje se sabe, o

Ato ilícito propriamente dito é aquele através do qual o sujeito viola frontalmente a norma. Age, assim, de forma antijurídica de maneira direta e objetiva; no abuso do direito, ao revés, o indivíduo, a pretexto de exercitar seu direito, faz mal uso dele, ultrapassando os limites postos pela norma ou

⁸⁹ JOSSERAND, op. cit., p. 5.

⁹⁰ PINHEIRO, op. cit., p. 101.

⁹¹ BAPTISTA MARTINS, **O abuso do direito e o ato ilícito**. p. 250.

⁹² WARAT, **Abuso del derecho y lagunas de la ley**. p. 74.

princípios gerais, praticando verdadeiro ato contrário à lei (na medida em que lhe excede).⁹³

Diante de tal constatação foi que Josserand demonstrou a ultrapassada efetividade histórica da teoria subjetiva, expondo haver outros critérios mais precisos para dar significado ao abuso do exercício de um direito. Critérios estes que “guardam influências com o ‘finalismo sociológico’, ao evidenciar o ato abusivo como desvio da função social ou espírito do direito”.⁹⁴

Nesse particular, explica Rosalice Fidalgo Pinheiro que:

Josserand parte da concepção de direito subjetivo proposta por Ihering, enquanto ‘interesse juridicamente protegido’, ao afirmar que todas as prerrogativas são sociais em sua origem e têm uma missão própria a cumprir com vistas a delinear o ‘espírito da instituição’. O fim social presente em cada direito coloca até mesmo aqueles de caráter mais ‘egoísta’ a serviço da coletividade, e de tal modo que, no momento em que há o desvio desta função social ou do espírito, ocorre abuso do direito.⁹⁵

Basta, pois, aos que nutrem a teoria objetiva, perquirir se o sujeito, no exercício do direito subjetivo de que dispõe, age em conformidade com a finalidade social e econômica a que este teleologicamente se dispõe ou se a desrespeita.

Não importa saber se agiu ou se omitiu com intenção de causar dano a terceiro, basta verificar se os limites sociais e econômicos da norma foram violados ou não. Aliás, sequer precisa haver dano para que se constate o excesso.

Pactum de tal pensamento, ainda que com algumas variantes, “Saleilles, (...) Charmont, Geny”⁹⁶, “Cornil, Champion”⁹⁷, dentre outros.

Aliás, Saleilles⁹⁸, tal qual Josserand, “fixa um critério objetivo; proclamando a relatividade dos direitos, declara abusivo o exercício anormal do direito, ou seja, o desvio da destinação econômica e social de cada direito, reprovado pela consciência pública”⁹⁹. Foi ele quem “desenvolveu critério complexo para a apreciação do ato

⁹³ MEIRELES, op. cit., p. 28.

⁹⁴ PINHEIRO, op. cit., p. 94.

⁹⁵ Ibid., p. 95.

⁹⁶ LIMA; SANDOVAL, op. cit., p. 223.

⁹⁷ PINHEIRO, op. cit., p. 94.

⁹⁸ Cf. LIMA; SANDOVAL, loc. cit. “Saleilles (...) fez um estudo mais profundo da questão na sua obra (...) *Étude sur la théorie générale de l’obligation d’après le premier projet Du Code Civil allemand*, chegando a esta conclusão: ‘La véritable formule serait celle qui verrait l’abus de droit dans *l’exercice anormal du droit*, exercice contraire à la destination économique ou sociale du droit subjectif, exercice reprove par la conscience publique et dépassant, par conséquent, le contenu du droit, puisque tout droit, au point de vue social, est relatif et qu’il n’y a pas des droits absolus, pas même la propriété’.

⁹⁹ Ibid., p. 224.

abusivo, a partir da conjunção dos seguintes elementos: (i) ausência de *interesse legítimo* ou *utilidade* para o titular do direito e (ii) uso *anormal* do direito”¹⁰⁰.

Essa corrente de pensamento influenciou diversos ordenamentos jurídicos mundo a fora, destacando-se dentre eles o francês¹⁰¹, o suíço¹⁰², o grego¹⁰³ o português¹⁰⁴, o argentino¹⁰⁵, o soviético¹⁰⁶, o alemão reinterpretado à luz da Jurisprudência dos Conceitos¹⁰⁷ e o brasileiro, sendo que neste último se concebe o abuso do direito como a ação ou omissão que viola a função social ou econômica da norma, ou ainda a boa-fé ou os bons costumes, independentemente da vontade do agente ou da emergência do dano¹⁰⁸.

¹⁰⁰ ABDO, **O abuso do processo**. p. 40.

¹⁰¹ Cf. MEIRELLES, op. cit., p. 239. “a figura do abuso do direito na França é uma criação da jurisprudência e (...) decorre da interpretação do art. 1382 do Código Civil francês (qualquer ato do homem que cause dano a outrem obriga aquele que haja concorrido por culpa a repará-lo). Tem amparo, ainda, nos arts. 1.134 e 1.135 do mesmo Código Civil, quando estes fazem referência à boa-fé.”

¹⁰² Diverge-se, neste ponto, da afirmação de CASTRO FILHO, op. cit., p. 26, para quem a influência ao teor do art. 2º do Código Civil Suíço de 1907 foi da teoria subjetivista, na medida em que, segundo a literalidade do próprio artigo citado pelo referido autor, “Todos são obrigados a exercer os seus direitos e a executar as suas obrigações segundo as regras da boa-fé. O abuso manifesto dum direito não é protegido pela lei”. Comunga-se, pois, das lições BARBOSA MOREIRA, **Abuso do direito**. p.126, para quem “ a lei suíça dá a nítida impressão de ligar o abuso do direito à circunstância de agir o respectivo titular, genericamente, em desacordo com as ‘regras da boa-fé’.

¹⁰³ Cf. BOULOS, op. cit., p. 52. “O Código Civil grego, de 1940, assim disciplinou o abuso do direito: ‘Art. 281. O exercício de um direito é proibido se ele ultrapassa manifestamente os limites impostos pela boa-fé ou pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do dito direito.’”

¹⁰⁴ Que como se demonstrará adiante também sofreu influência da doutrina alemã, por sua vez, influenciada pela teoria subjetivista.

¹⁰⁵ Cf. BOULOS, op. cit., p. 54. “A reforma promovida pela Lei 17.711 introduziu a concepção objetiva do abuso do direito no antigo artigo 1.071 do Código Civil argentino. (...) “Art. 1071. El ejercicio regular de un derecho próprio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo. Se considerará tal al que contrarié los fines que aquélla tuvo in mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena Fe, la moral y las buenas costumbres”.

¹⁰⁶ Cf. CUNHA DE SÁ, **Abuso do Direito**. p. 68. “O Código Civil da República Soviética Federativa Socialista da Rússia (RSFSR) de 1922, (...) logo no seu artigo 1º, dispunha que os direitos civis são protegidos pela lei, salvo nos casos em que sejam exercidos num sentido contrário à sua destinação econômica e social.”

¹⁰⁷ Cf. MENEZES CORDEIRO, **Da boa-fé no direito civil**. p. 694. “Na insuficiência do § 826 – do BGB -, houve que buscar uma disposição portadora de um princípio geral de Direito, suficientemente vasto para controlar o exercício de quaisquer direitos privados, positivo no sentido de prescrever condutas e não, apenas, na sua falta, indenizações, e, objetivo, por ignorar elementos atinentes ao agente como o dolo ou a negligência. A disposição em causa, que deveria, também, estar em plena expansão científica, foi encontrada no § 242 BGB: ‘o devedor está obrigado a executar a prestação tal como o exige a boa-fé, com consideração dos costumes do tráfico.’ (...) Assistiu-se (...) a uma sedimentação jurisprudencial e até, doutrinária, de situações tipicamente abusivas. O recurso aos bons costumes e à boa fé intensificou-se em volta dessas situações típicas.”

¹⁰⁸ É o que se infere da atual redação do art. 187 do novo Código Civil Brasileiro, e, segundo BEVILÁQUA, **Teoria Geral do Direito Civil**. p.369. era o que implicitamente se extraía do O Código Civil de 1916 que em seu “art. 160, I, diz que não constitui ato ilícito o *praticado no exercício regular de um direito reconhecido*, e no art. 100, já declarara que o exercício *normal, de um direito* não se considera coação. Está nestas proposições o fundamento da teoria do abuso do direito, (...)” que

É, sem dúvida, a teoria preponderante nos âmbitos doutrinários e jurisprudenciais contemporâneos, como bem esclarece Castro Filho:

As dificuldades inerentes à aplicação de qualquer teoria subjetivista vêm dando maior realce e maior número de adeptos aos partidários da teoria objetivista, eis que, na verdade, esta satisfaz melhor, em certas formas do abuso do direito, as finalidades do instituto¹⁰⁹.

Tal concepção objetiva do abuso do direito remete - ainda que muito remotamente e guardadas as devidas proporções ante as dimensões de uma e outra - à teoria das imissões citada por Sessarego¹¹⁰, visto que como aquela, à teoria finalista de Josserand importa o respeito aos fins econômicos e sociais da norma positiva e não a subjetividade típica dos atos emulativos.

Além das teorias subjetiva e objetiva do abuso do direito há também uma teoria diversa que se denominou mista.

2.3.4 A teoria mista do abuso do direito

Jorge Americano conceitua a teoria mista do abuso do direito como a corrente de pensamento que analisa

por assim dizer, objetivamente a intenção, isto é, com os elementos que dá o estudo do procedimento normal dos homens, conclua pela anormalidade do procedimento do agente quando se não conforme com essa média, e faça decorrer daí a obrigação de ressarcir o dano.¹¹¹

Inacio de Carvalho Neto, por seu turno, informa que “o critério misto ou eclético foi sustentado por Colin e Capitant, combinando os fatores subjetivos

“Agora basta afirmar que, para o nosso Código Civil, o abuso do direito é ato ilícito, que consiste no exercício irregular ou anormal do direito, de modo a prejudicar alguém”.

¹⁰⁹ CASTRO FILHO, op. cit., p. 28.

¹¹⁰ SESSAREGO, op. cit., p. 103. “(...) al lado de teoría de los actos emulativos, de corte subjetivista, aparece también aquella outra conocida como la teoría de las inmisiones (del latin *immissio*). Ella tiene um carácter diferente em cuanto lo que interesa no ES la intención del agente sino el resultado de la acción. Es decir, se trata de um planteamiento de corte objetivo. (...)”

¹¹¹ AMERICANO, **Do abuso do direito no exercício da demanda**. p. 25. No original: “por assim dizer, objectivamente a intenção, isto é, com os elementos que dá o estudo do procedimento normal dos homens, conclua pela anormalidade do procedimento do agente quando se não conforme com essa média, e faça decorrer dahi a obrigação de resarcir o damno”.

psicológico ou intencional, por uma parte, e o objetivo, finalista ou funcionalista por outra”¹¹² de forma harmoniosa e complementar.

Sessarego afirma que “segundo esta concepção, ambos os critérios, o subjetivo e o objetivo, não se contrapõem, antes pelo contrário, complementam-se e combinam, e a preponderante aplicação de algum deles dependerá do ponto de vista que se adote casuisticamente”¹¹³.

Não é posição unânime dentre os doutrinadores, mas que soa razoável para teóricos como Alvino Lima e José Olympio de Castro Filho.

Para aquele prepondera a idéia de que:

em cada caso concreto, qualquer que seja a natureza do direito, todos os critérios devem ser postos em jogo, atendendo ao princípio genérico da relatividade de todo e qualquer direito e de sua finalidade econômica e social; a aplicação de critérios diversos, distinguindo a natureza dos direitos, parece conduzir a uma classificação dos mesmos, dotados uns de mais ou menos prerrogativas; seria estabelecer genericamente, uma hierarquia de poderes mais ou menos extensos, no exercício de cada direito; tal hierarquia só a lei objetivamente pode fixar. Quer se trate de um direito real, quer de um direito obrigacional, a aplicação dos vários critérios, para fixar o seu exercício abusivo, deve ser adotada, atendendo à finalidade da norma lesada, ao espírito da instituição.¹¹⁴

Para Castro Filho, no âmbito do direito processual civil, seria a teoria adequada à identificação do abuso do direito, como adiante se lê:

No que se refere ao processo civil, estamos em que nem a teoria subjetivista nem a teoria objetivista fornecem, isoladamente, os critérios necessários para a caracterização do abuso do direito. Efetivamente, êste (sic) pode revestir-se, como veremos adiante, de várias formas, em algumas das quais (por exemplo, dolo, malícia, temeridade) há indispensável necessidade de procurar a intenção do agente, sendo em outras despicienda esta exigência, já que aí o abuso se verifica mesmo sem intenção (por exemplo, quando ocorre *erro (sic) grosseiro*), pôsto (sic) que alguns o equiparam ao dolo, ou quando ocorre a prática de atos por conta e risco do agente, como na execução provisória da sentença, nas ações executivas, nas medidas cautelares (...), em que há, por assim dizer, uma responsabilidade processual objetiva.¹¹⁵

¹¹² CARVALHO NETO, op. cit., p. 60.

¹¹³ SESSAREGO, op. cit., p. 132. Tradução livre para “Según esta concepción, ambos criterios, el subjetivo y el objetivo, no se contraponen sino que más bien se complementan o combinan y la preponderante gravitación de alguno de ellos depende del punto de vista que se adopte en cada caso.”

¹¹⁴ LIMA; SANDOVAL, op. cit., p. 228.

¹¹⁵ CASTRO FILHO, op. cit., p. 29.

Os críticos dessa teoria asseveram que não há, em seu âmago, diferença substancial do que propõe a teoria objetiva, eis que esta “já envolve a teoria subjetiva, pois quem exercita o direito de forma dolosa, culposa ou com intenção apenas emulativa viola, no mínimo, os fins sociais e econômicos, sem falar nos preceitos da boa-fé”¹¹⁶.

Ou, para ser mais exato, não difere da teoria objetiva porque não há, nesta, uma negação plena da teoria subjetiva, mas uma evolução hermenêutica com base em critérios objetivos que permitem demonstrar com mais precisão e facilidade o excesso no exercício de um direito subjetivo. Não se nega, propriamente, a intenção antijurídica do agente, mas se a presume diante da violação à função social e econômica da norma, eis que relativos os direitos e não absolutos como se sustentou em certos períodos históricos, como, por exemplo, o liberalismo.

Por isso, prepondera hodiernamente a teoria objetiva, especialmente no âmbito doutrinário e jurisprudencial brasileiro, que interessa a este trabalho.

2.4 O ABUSO DO DIREITO NO DIREITO BRASILEIRO

2.4.1 O abuso do direito no Código Civil de 1916

O Código Civil de 1916 nasceu tarde. “Desde 1824, data da primeira Constituição Brasileira (que no seu artigo 179 previa a edição, o quanto antes, de um Código Civil), até a sanção presidencial do projeto aprovado do Código Civil Brasileiro em 1916, passaram-se quase cem anos”.¹¹⁷

Muitas foram as tentativas de codificação do direito civil brasileiro no período predito, em particular, por meio dos esboços de Teixeira de Freitas. Porém, foi somente no início do século XX que se promulgou o tão esperado Código brasileiro.

A lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, de nítida influência oitocentista do movimento de codificação francês, somado ao exemplo técnico de ordenação do

¹¹⁶ MEIRELLES, op. cit., p. 32.

¹¹⁷ BOULOS, op. cit., p. 80.

recém-promulgado Código Civil alemão¹¹⁸, marcou-se por um individualismo exacerbado, comum no Estado liberal.

Pois bem. Segundo Poulantzas “embora toda lei ou todo direito apresentem certas características comuns, o direito capitalista é específico no que forma um *sistema axiomatizado*, composto de conjunto de *normas abstratas, gerais e estritamente regulamentadas*”¹¹⁹, ao qual tecnicamente se denomina de direito objetivo.

Deste conjunto abstrato, geral e estritamente regulamentado, deriva o que se convencionou chamar direito subjetivo. Este, por sua vez, foi concebido como um “interesse protegido pela lei”¹²⁰ ou ainda “o poder atribuído à vontade de alguém para fazer valer seu interesse, em conflito com interesse de outrem”¹²¹.

Essas noções de direito objetivo e subjetivo absolutos, consagradas no direito continental – especialmente o francês do século XVIII - foram absorvidas com força pelo direito civil brasileiro e sistematizadas no Código de 1916.

Provas disso são os ensinamentos de Bevilacqua. Segundo o relator do projeto do Código de 1916 a

Lei, como se viu, é o direito objetivamente considerado. Conseqüentemente é uma regra social obrigatória. (...) Dentre as normas sociais, que dirigem o procedimento dos homens, a lei se distingue por ser uma ordem geral (*commune praeceptum*) emanada de autoridade reconhecida, e imposta coativamente à obediência de todos¹²².

Vale dizer: no direito civil brasileiro se consagrou o ideal de lei nutrido no sistema jurídico dos séculos XVIII e XIX que “em suas características capitalistas, pode além do quadro formal de coesão que impõe aos agentes, representar sua unidade, investindo-a no imaginário social, e cimentar os processos de individualização”¹²³.

Esta característica fica ainda mais nítida quando se lê o conceito de direito civil apresentado por Bevilacqua:

¹¹⁸ Cf. BOULOS, op. cit., p. 81. “Tanto quanto o Código Civil em vigor, o Código Civil Brasileiro de 1916 seguiu a linha da sistematização germânica, também referida como plano de Savigny em contraposição à sistematização romano-francesa ou plano de Gaio, de resto adotada por alguns Códigos Civis oitocentistas.

¹¹⁹ POULANTZAS, **O Estado, o poder, o socialismo**. p. 84.

¹²⁰ IHERING, *Apud* BEVILÁQUA, op. cit., p. 49.

¹²¹ SANTOS, **Primeiras linhas de direito processual civil**. p. 8.

¹²² BEVILÁQUA, Loc. cit.

¹²³ POULANTZAS, **O Estado, o poder, o socialismo**. p. 86.

Direito civil, no sentido objetivo, é o complexo de normas jurídicas relativas às pessoas, na sua constituição geral e comum, nas suas relações recíprocas de família e em face dos bens considerados em seu valor de uso. No direito civil podem destacar-se diversos agrupamentos de normas: o direito de família, o das coisas, o das obrigações e o das sucessões. (...) **Em sentido subjetivo**, direito civil, opõe-se a direito político, e corresponde a direito individual. Significa o *poder de ação que a ordem jurídica assegura à generalidade dos indivíduos*.¹²⁴ (sem grifo no original)

Diante deste arraigado ideal absolutista dos direitos individuais e liberais – opostos aos arbítrios do Estado – não se concebeu, em princípio, uma teoria concreta do abuso do direito no cenário jurídico brasileiro.

Aliás, não se ignore que foram “por tais razões que se – encontraram - presente em nosso código – referindo-se ao código de 1916 -, os métodos positivistas de interpretação, entre os quais ganhou espaço o método Exegético, cuja prática encontrava na vontade do legislador o sentido da norma”¹²⁵ e, com isso, quase “não – deixava - espaço para a criação jurisprudencial do Direito, capaz de adaptar o código imutável a uma realidade flexível, pois o que – deveria - prevalecer é o ‘mundo da segurança’ jurídica, isto é, o código”¹²⁶.

Não cabia, pois, naquele momento histórico, assentar na jurisprudência e doutrina nacionais os ideais recentemente declarados pela jurisprudência francesa e pelos escólios de Saleilles e Josserand, eis que não havia regra específica que as espelhassem.

Com o passar dos anos, no entanto, “nosso Código, assim como se passou com os grandes modelos de codificação, não resistiu incólume às transformações econômicas e sociais, logo engendradas em nosso país, sugerindo-nos, então, construções teóricas como a do abuso do direito”¹²⁷.

Chancela tal assertiva Barbosa Moreira, ao afirmar que:

O CC/16 não se referiu de modo explícito à figura de que ora se trata. Dizia, porém, no art.160, I, que não constituíam atos ilícitos ‘os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido’. A expressão ‘exercício regular’ serviu de base a especulações doutrinárias: se tinha sentido qualificar de ‘regular’ certa maneira de exercer um direito é porque se admitia a possibilidade de que o direito fosse exercido de maneira ‘irregular’.¹²⁸

¹²⁴ BEVILÁQUA, op. cit., p.111-112.

¹²⁵ PINHEIRO, op. cit., p. 286.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Ibid., p. 287.

¹²⁸ MOREIRA, **Abuso do direito**. p. 127.

Portanto, foi em razão da interpretação do art. 160, I, do revogado código civil brasileiro e da leitura sistemática de outras regras do mesmo diploma legal, mais precisamente os artigos 100, 554, 564, 1530 e 1531, que surgiram no Brasil os primeiros debates sobre a teoria do abuso do direito.

Da regra que estabelecia como lícitos os atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido, foi possível concluir que seriam ilícitos os praticados em exercício irregular de tal faculdade.

O próprio autor do projeto do Código de 1916 adotou tal pensamento e afirmou que:

O Código Civil – de 1916 -, art. 160, I, diz que não constitui ato ilícito o *praticado no exercício regular de um direito reconhecido*, e no art. 100, já declarara que o exercício *normal, de um direito* não se considera coação. Está nestas proposições o fundamento da teoria do abuso do direito, a que já se tem feito alusão, neste livro, em mais de uma passagem. (...) Agora basta afirmar que, para o nosso Código Civil, o abuso do direito é ato ilícito, que consiste no exercício irregular ou anormal do direito, de modo a prejudicar alguém.

Há que se dizer, contudo, que num primeiro momento a teoria do abuso do direito no Brasil não se manifestou segundo os requisitos objetivos de Josserand, fruto dos ensinamentos da jurisprudência francesa. Antes pelo contrário, remeteu aos ensinamentos de Bonnacase, Demogue e Ruggiero, que defendiam a teoria subjetiva fundada nos atos de emulação.

É o que afirma, por exemplo, Pedro Baptista Martins, que em 1935, asseverou que “consagrada pelo Código Civil, numa fórmula lapidarmente objetiva, a teoria do abuso do direito tem sido invariavelmente falseada na aplicação, onde sempre aparece circunscrita ao estreito critério medieval da intenção de prejudicar”¹²⁹.

Corroborar tal assertiva a lição de Jorge Americano que em 1932 adotou o critério misto para aferição do abuso do direito, citando-o como o mais preciso e adequado método para tal empreitada. Veja-se o que diz este autor:

Abandona-se, portanto, o subjetivismo do dolo bastando, para concluir pela obrigação de indenizar, inquirir se o agente se afastou da norma jurídica e se, com o seu ato, causou dano a outrem. (...) É suficiente apurar se o entendimento normal dos homens sobre determinado fato induz a não agir de certa maneira, inadequada ao estado da civilização, para daí, deduzir se,

¹²⁹ MARTINS, op. cit., p. 130.

em caso concreto, há, ou não abuso do direito, estabelecendo-se a comparação da forma pela qual o aconselhariam a agir as regras da moral social e o princípio de conservação. (...) Ao entrar, portanto, no estudo do abuso do direito, deve-se abandonar qualquer teoria radical, que funde a responsabilidade do agente no elemento subjetivo – dolo – em vez de subordiná-la às circunstâncias do fato, como fatores determinantes da ação normal dos indivíduos, e conseqüente constatação objetiva da culpa. (...) E, pois, colhendo o que há de verdade em uma e outra, – referindo-se às teorias subjetiva e objetiva – é preferível adotar um critério misto, que analise, por assim dizer, objetivamente a intenção, isto é, com os elementos que dá o estudo do procedimento normal dos homens, conclua pela anormalidade do procedimento do agente quando se não conforme com essa média, e faça decorrer daí a obrigação de ressarcir o dano¹³⁰.

Não tardou, entretanto, para que os ensinamentos da moderna teoria francesa preponderassem e o abuso do direito passasse a ser compreendido conforme os critérios objetivos da finalidade social e econômica dos interesses juridicamente protegidos.

É bem verdade que a teoria mista influenciou e ainda influencia teóricos brasileiros, em especial os que estudam o abuso do direito processual¹³¹, mas não é menos exato afirmar que a teoria objetiva ganhou mais adeptos dentre os operadores do direito.

Alvino Lima, em obra denominada “*Culpa e Risco*” de 1938, citando Pedro Baptista Martins, Plínio Barreto e Edmundo Lins Neto, corrobora tal assertiva ao afirmar que:

os nossos doutrinadores acima citados declaram que o critério do nosso Código Civil foi, sem dúvida, *finalista*; o exercício abusivo do direito não se limita aos casos de intenção de lesar; a ausência do direito tem por limite a satisfação de um interesse sério e legítimo, atendendo aos fins sociais que o mesmo direito teve em vista acautelar; o abuso do direito é o exercício

¹³⁰ AMERICANO, op. cit., p. 23-25. No original: Abandona-se, portanto, o subjectivismo do dolo bastando, para concluir pela obrigação de indemnizar, inquirir se o agente se afastou da norma jurídica e si, com o seu acto, causou damno a outrem. (...) E' sufficiente apurar si o entendimento normal dos homens sobre determinado facto induz a não agir de certa maneira, inadequada ao estado da civilização, para dahi, deduzir si, em caso concreto, ha, ou não abuso do direito, estabelecendo-se a comparação da fórmula pela qual o aconselhariam a agir as regras da moral social e o princípio de conservação. (...) Ao entrar, portanto, no estudo do abuso do direito, deve-se abandonar qualquer teoria radical, que funde a responsabilidade do agente no elemento subjectivo – dolo – em vez de subordiná-la às circunstâncias do facto, como factores determinantes da acção normal dos indivíduos, e conseqüente constatação objectiva da culpa. (...) E, pois, colhendo o que ha de verdade em uma e outra, – referindo-se às teorias subjetiva e objetiva – é preferível adoptar um critério mixto, analyse, por assim dizer, objectivamente a intenção, isto é, com os elementos que dá o estudo do procedimento normal dos homens, conclua pela anormalidade do procedimento do agente quando se não conforme com essa média, e faça decorrer dahi a obrigação de resarcir do damno

¹³¹ É o que se infere, por exemplo, das lições de CASTRO FILHO, José Olympio de. Op. cit. p. 29. “No que se refere ao processo civil, estamos em que nem a teoria subjetivista nem a teoria objetivista fornecem, isoladamente, os critérios necessários para a caracterização do abuso do direito”.

anormal do direito tal como o conceituou Saleilles na *Théorie générale des obligations* (...).¹³²

Pedro Baptista Martins, por sua vez, afirma que:

no direito brasileiro, o problema da autonomia do ato abusivo foi resolvido satisfatoriamente. Para que o ato realizado no exercício de um direito gere a responsabilidade do seu agente, basta que esse exercício se tenha verificado de maneira normal ou irregular. Na apreciação da anormalidade (...) o Juiz limita-se a examinar à luz de dados materiais e objetivos, se o ato danoso transborda efetivamente da justa medida que o titular do direito deve observar por ocasião do seu exercício. Essa justa medida dos direitos individuais obtém-se mediante exame de seus fins econômicos e sociais e confronto entre a importância dos interesses que o agente visa a resguardar e os interesses do terceiro por ele lesado¹³³.

A partir de então, da difusão das idéias de Josserand e Saleilles foi que se desenvolveu a teoria objetiva do abuso do direito, especialmente no âmbito do direito civil brasileiro, culminando com a edição do artigo 187 do atual Código Civil Brasileiro.

Antes, porém, de se abordar a regra em referência, merecem menção - ainda que superficial e exemplificativamente - outras regras jurídicas que transparecem a adoção do abuso do direito no Brasil.

2.4.2 Outras menções legislativas do abuso do direito

Além do disposto nos já revogados artigos do Código Civil de 1916¹³⁴ e do disposto no art. 187 da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, outras regras jurídicas brasileiras denotam a adoção pacífica da figura do abuso do direito. Citam-se, exemplificativamente, algumas delas:

A Constituição Federal de 1988, por exemplo, assegura aos cidadãos, no art. 5º, XXXIV, “a”, o “direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou *abuso de poder*” ou ainda a concessão de

¹³² LIMA; SANDOVAL, op. cit., p. 251.

¹³³ MARTINS, op. cit., p. 163.

¹³⁴ De acordo com MEIRELES, op. cit., p. 34-35 “Antes mesmo do Código Civil de 1916, a legislação pátria já acolhia a figura do abuso do direito. Para tanto, basta lembrar os arts. 84, 316, 336 e 347 do Código Comercial de 1850 (Lei n. 556, de 25 de junho de 1850), sancionado pelo então imperador do Brasil, sua alteza D. Pedro II.”

mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou *abuso de poder* for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público,

segundo o inciso LXIX do mesmo artigo.

Ainda tratando do abuso de poder, o legislador constituinte vedou o abuso do poder econômico, consoante infere do disposto nos artigos 14, § 10 e 173, § 4º.

Como o abuso de poder é, certamente, manifestação explícita de violação à finalidade social e econômica de uma norma jurídica, é evidente que há excesso do exercício do direito subjetivo.

No âmbito do direito processual – que interessa especialmente a este estudo - há diversas regras que denunciam o abuso do direito, mas por questão metodológica, deixa-se a citação para um tópico específico

O Código de defesa do consumidor também adota a teoria da relativização do direito subjetivo, conforme se infere, por exemplo, das regras do artigo 6º, VI, que veda a publicidade enganosa e abusiva; do artigo 28 que consagra a teoria da desconsideração da pessoa jurídica quando “houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.” e do artigo 51 que estabelece as cláusulas contratuais abusivas¹³⁵.

A CLT é outro microssistema jurídico que veda o abuso do direito, é o que se infere das regras dos artigos 9º que versa sobre a nulidade dos atos que visam a desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na CLT; 731 e 732 que estabelecem a preempção como regra processual trabalhista e 765, que garante ao Juiz o poder de velar pelo andamento rápido dos processos, dando-lhes amplos poderes de direção dos atos processuais.

Todavia, a manifestação mais precisa e expressa da admissão da teoria do abuso do direito no âmbito da tutela das relações de emprego, está estampada no artigo 14 da Lei 7.783/89. Há quem diga, aliás, que este seria “o único diploma que se refere ao abuso do direito”¹³⁶ no direito do trabalho brasileiro, com o que não se concorda.

Segundo o artigo 14 da Lei em referência, “Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, bem como a manutenção da

¹³⁵ Cf. MEIRELES, op. cit., p. 35-37.

¹³⁶ Cf. MEIRELES, op. cit., p. 44.

paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho.”

Define como não-abusiva, no entanto, a paralisação que, no curso da vigência dos Acordos, Convenções Coletivas ou sentenças normativas: (i) tenha por objetivo exigir o cumprimento de cláusula ou condição; (ii) seja motivada pela superveniência de fato novo ou acontecimento imprevisto que modifique substancialmente a relação de trabalho.

O conceito espelha os ensinamentos doutrinários dos que se debruçaram sobre o tema e manifesta a evolução jurisprudencial da interpretação do direito de greve no Brasil. Adiante, no último capítulo deste trabalho, abordar-se-á com mais vagar a matéria, bastando, neste instante, a constatação da limitação do exercício do referido direito.

Todas essas regras manifestam a evolução da figura jurídica do abuso do direito no Brasil, desde o código civil de 1916 até o código em vigor, e denotam a opção do legislador pela teoria finalista de Josserand, eis que não demandam a prática de ato emulativo como critério definidor do excesso, mas sim o desrespeito às finalidades sociais e econômicas dos direitos subjetivos.

2.4.3 O artigo 187 do Código Civil Brasileiro

2.4.3.1 A gênese da regra, a influência do Direito português e do Direito alemão em sua concepção

O art. 187 do Código Civil Brasileiro consagra definitivamente a teoria finalista do abuso do direito como o norte a ser seguido pelos operadores do direito.

Positiva o que ao longo de quase um século se dizia, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, existir, afirmando que o abuso do direito deve ser interpretado, também no Brasil, à luz dos ensinamentos da jurisprudência francesa e da sistematização alemã.

Assim, influenciado pelo teor do art. 334, do Livro I, Título II, subtítulo IV, capítulo I, do Código Civil Português, surge a norma brasileira com a seguinte

redação: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Topograficamente alocado no Livro III, Capítulo V, Título III, da Lei 10.406/2002, parte que congrega os *atos ilícitos*, a figura jurídica do abuso do direito foi concebida como tal, salientando-se, todavia, que o é como ato ilícito em sentido amplo e não em sentido estrito como se infere do conceito apregoado no art. 186. A diferença, aliás, é salutar e merecerá comentário detido adiante.

Importa, primeiramente, entretanto, tecer alguns comentários sobre a gênese do instituto e a influência do direito português na sua formação.

Segundo a doutrina majoritária, “é certo que a *fonte imediata* da norma do artigo 187 do novel Código Civil pátrio é aquela insculpida no artigo 334 do Código luso”¹³⁷.

A regra em comento apregoa que “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 econômico desse direito.”¹³⁸

Não se demanda, pois, grande esforço para que se perceba a identidade dos preceitos legais da antiga colônia e do Brasil.

Ambos pressupõem, para que haja abuso, a existência incontestada dos direitos subjetivos e, em ambos os casos, o conceito aqui empregado, segundo a doutrina majoritária de um e outro país, é o conceito de Ihering, para quem os direitos são “interesses juridicamente protegidos”¹³⁹ e para quem “não é a vontade ou o poder que formam a substância do direito, mas sim o aproveitamento”¹⁴⁰.

Tal qual em Portugal, no Brasil, pode-se afirmar que do enunciado do art. 187 “por dedução, retira-se que a boa-fé e os bons costumes impõem, ou podem impor, limites ao exercício dos direitos e que estes têm, ou podem ter, um fim social e econômico o qual, por seu turno, limita também, ou pode limitar o seu exercício”¹⁴¹.

Aliás, o empréstimo de tal assertiva de Menezes Cordeiro não é nem de longe casual, antes pelo contrário, explica com precisão a ligação umbilical entre a regra

¹³⁷ BOULOS, op. cit., p. 132.

¹³⁸ Texto copiado do DECRETO-LEI Nº 47.344, de 25 de Novembro de 1966 (Código Civil Português), disponível no sítio da internet <http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF>, acessado em 10 de setembro de 2008.

¹³⁹ IHERING, *Apud* BEVILÁQUA, op. cit., p. 49.

¹⁴⁰ IHERING, *Apud* CORDEIRO, **Da boa-fé no direito civil**. p. 663

¹⁴¹ CORDEIRO, op. cit., p. 661.

pátria e dos antigos colonizadores, bem como esclarece os requisitos objetivos do abuso do direito em um e outro ordenamento.

Fruto da influência das teorias francesas, germânica e helênica¹⁴², a regra do artigo 334 do Código Português foi pensada como

um ato ilegítimo, consistindo a sua ilegitimidade precisamente num excesso do exercício de um certo e determinado direito subjetivo, havendo que ultrapassar-se os limites que ao mesmo direito são impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo próprio fim social ou econômico do direito exercido¹⁴³.

Não é, no entanto, “qualquer excesso a esses limites que confere ao exercício do respectivo direito carácter abusivo, mas somente o excesso que seja manifesto”¹⁴⁴.

Estas máximas, por óbvio, também foram consagradas na regra do direito brasileiro, e tal como as entendem os juristas portugueses, também no Brasil faz-se necessário compreender os conceitos de boa-fé, bons costumes, finalidade social e econômica dos direitos subjetivos, para poder certificar, em cada caso, quando haverá excesso manifesto no exercício do interesse juridicamente protegido.

Assim, como não se pode negar que a fonte mediata do art. 187 do Código Civil pátrio, “é o artigo 281 do Código Civil grego de 1940 que, por sua vez, inspirou-se no artigo 2º do Código Civil suíço e na doutrina alemã”¹⁴⁵, a compreensão dos requisitos objetivos consagrados na lei brasileira, tal como no direito português, pauta-se na sistematização objetiva dos conceitos, típica da escola alemã da Jurisprudência dos Conceitos¹⁴⁶

¹⁴² Como leciona o professor português SÁ, op. cit., p. 76. “o artigo 2º do Código Civil suíço, (...) serviu de inspiração ao legislador grego, que veio consagrar no art. 281 do seu Código Civil de 23 de Fevereiro de 1940, actualmente em vigor, a figura do abuso do direito. Determina esse preceito que o ‘exercício do direito é proibido se excede manifestamente os limites prescritos quer pela boa fé e pelos bons costumes, quer pelo fim social e económico do mesmo direito. Porque é esta disposição, confessadamente, a fonte imediata do artigo 334 do nosso Código Civil.” Ainda segundo este autor “Na esteira do Código alemão, o primeiro cronologicamente a consagrar uma fórmula geral o abuso do direito, mas em termos mais significativos, o Código Civil suíço veio determinar, no artigo 2º do seu título preliminar, que se deve exercer os direitos e cumprir as obrigações segundo as regras da boa fé e que o abuso manifesto de um direito não é protegido pela lei.” Logo, é certo que a doutrina alemã influenciou o direito português, como aliás, assevera textualmente CORDEIRO, op. cit., p. 695: “a evolução do abuso do direito, na doutrina da segunda codificação – referindo-se aos códigos pensados e sistematizados à luz do Código Civil alemão (BGB) - conduziu à cientificação do conceito. O art. 334 recebeu o conceito cientificado”.

¹⁴³ SÁ, op. cit., p. 103.

¹⁴⁴ Ibid., p. 104.

¹⁴⁵ BOULOS, op. cit., p. 132.

¹⁴⁶ PINHEIRO, op. cit., p. 152.

Somando a isto a influência inegável da dogmática francesa, encontra-se um norte a seguir.

Não se deve esquecer, porém, que a exata medida da importância do instituto para o direito brasileiro, depende da sua construção real e cotidiana, fruto da ação jurisprudencial efetiva e alerta aos anseios sociais do povo deste país, eis que só assim esta figura jurídica revelará “que o mundo jurídico ultrapassou em muito os tradicionais quadros e molduras formalistas do conceitualismo, para ser a própria vida em norma (...) numa simbiose inelutável ou numa assimilação exigente de fato e direito”¹⁴⁷.

Portanto, é imbuído desse espírito que se buscará, a seguir, interpretar os requisitos do abuso do direito consagrados no art. 187 do Código Civil brasileiro, iniciando a empreitada pela diferenciação desta figura jurídica e do ato ilícito em sentido estrito.

2.4.3.2 O abuso do direito e o ato ilícito

Como dito anteriormente, o legislador brasileiro inseriu a regra do abuso do direito na parte geral do código civil, mais precisamente no Livro III, Capítulo V, Título III, da Lei 10.406/2002, que congrega os *atos ilícitos*, dando a entender que aquele se apresentaria como tal. Esta dedução, contudo, merece análise mais cuidadosa e precisa.

Ao se afirmar que o abuso do direito nada mais é do que ato ilícito em sentido estrito, afirma-se, em última análise, que as hipóteses dos artigos 186 e 187 do Código Civil Brasileiro têm o mesmo significado, mesmo possuindo as seguintes redações:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁴⁷ SÁ, op. cit., p. 21.

Partindo dessa premissa, poder-se-ia dizer que haveria uma identidade de significados entre a ação dolosa, culposa e abusiva, e que, por óbvio, não haveria sentido na distinção legislativa, eis que seriam expressões sinônimas de conduta ilícita qualquer uma que violasse a boa-fé, os bons costumes, a finalidade social e econômica de um direito, ou ainda por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violasse direito e causasse dano a terceiro.

Dito de outro modo: não existira uma doutrina autônoma do abuso do direito, mas uma variável do ato ilícito já há muito conhecido.

“Nesse sentido, apresentaram-se as teses de Planiol e seus contemporâneos, reduzindo o ato abusivo à esfera da ilicitude”¹⁴⁸ pautada na culpa, no dano e na responsabilização, “por não se adequar aos esquemas lógico-conceituais que estruturavam a civilística clássica”¹⁴⁹.

Não é, de toda maneira, correto afirmar que o abuso do direito é ato ilícito em sentido estrito, eis que este “é o ato sem direito, que obriga o seu agente à reparação dos danos conseqüentes, em nome e em virtude da aplicação dos princípios básicos da responsabilidade civil – a culpa e o dolo”¹⁵⁰.

O ato ilícito em sentido estrito é aquele que tem como elementos constitutivos a culpa, o dolo, e o dano coligados em uma relação de causa e efeito, essencialmente vinculados às teorias da responsabilidade civil¹⁵¹.

O abuso do direito, segundo a concepção finalista do Código, prescinde de **todos** estes elementos, bastando o excesso manifesto aos limites impostos ao exercício de um direito pela boa-fé, pelos bons costumes, pela finalidade social e/ou econômica do interesse juridicamente protegido.

Pode haver abuso do direito, portanto, sem que haja a intenção de causar prejuízo, ou ainda negligência, imprudência ou imperícia do titular do direito. Aliás, prescinde-se de tal investigação para que se certifique o excesso.

Da mesma maneira, a reparação do dano por meio de indenização não é elemento do abuso, mas sanção secundária deste. A sanção primária, segundo Jossierand e Cunha de Sá, seria o desfazimento do ato e o restabelecimento do *status quo ante*.

¹⁴⁸ PINHEIRO, op. cit., p. 111.

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ MARTINS, op. cit., p. 138.

¹⁵¹ Não é objeto deste estudo uma análise profunda das figuras da culpa, do dolo, do dano e das teorias da responsabilidade civil, razão pela qual se faz apenas menção às figuras jurídicas como elementos do ato ilícito em sentido estrito, com o escopo de diferenciá-lo do ato abusivo.

“Tem-se, assim, que o abuso transcende um mero problema de responsabilidade civil, que é como quem diz, o nascimento da obrigação de indenizar pelo próprio exercício de um direito subjetivo”¹⁵².

É mais do que isso, é a realização moral do direito, na medida em que “cumpre sua missão que é assegurar o reinado da justiça, não o da injustiça e da imoralidade, de sorte que poderia chamar-se a moralização do direito”¹⁵³.

Sendo assim, soa correto afirmar que o abuso do direito é ato ilícito em sentido amplo, eis que “na impossibilidade (...) de uma previsão perfeita de todos os atos humanos para uma especificação completa daquilo que a lei proíbe, o legislador – e também o julgador – recorre ao preceito genérico, que condena o ato ilícito, traçando-lhe os elementos característicos”¹⁵⁴.

Como o direito não é estanque e tampouco alheio à realidade – já que não se pode olvidar que graças à prática jurisprudencial reformadora e à evolução dos espíritos, as máximas liberais, burguesas e individualistas de que “o exercício regular do direito é a realização de seu destino próprio”¹⁵⁵ e que “ainda que alguém se julgue prejudicado com isso, nenhuma reparação lhe deve o titular do direito, desde que se manteve dentro da ordem jurídica”¹⁵⁶, ruíram – o legislador adotou outros critérios que permitem identificar e punir um extenso rol de condutas ilícitas que embora possam parecer em conformidade com o direito positivo em vigor, de fato, não estão, especialmente quando apreciadas à luz dos princípios gerais, em constante e permanente evolução¹⁵⁷.

A adoção da figura do abuso do exercício do direito¹⁵⁸, pautada nos limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes, pela finalidade social e econômica do interesse juridicamente protegido, apresenta-se como a consagração de uma noção

¹⁵² CARVALHO NETO, op. cit., p. 162.

¹⁵³ JOSSERAND, **Del abuso de los derechos y otros ensayos**. p 27. Tradução livre para: “cumple su misión, que es asegurar el reinado de la justicia, no el de la injusticia y la inmoralidad, de suerte que esta conferencia bien hubiera podido titularse la moralización del derecho.”

¹⁵⁴ LIMA; SANDOVAL, op. cit., p. 55

¹⁵⁵ BEVILAQUA, op. cit., p. 363

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ MARTINS, op. cit. p. 140.

¹⁵⁸ Eis que há diferença entre limites do direito e do exercício do direito, como bem leciona Jorge, Pessoa, citado por SÁ, op. cit. p. 110, para quem os limites do direito são os “implicados pela própria definição do direito subjectivo, isto é, aos ‘decorrentes das faculdades e outras situações jurídicas cujo conjunto integra o conteúdo do direito, desenhado pela lei ou pelo negócio’ e os limites do exercício do direito (...) os decorrentes de instruções ou directrizes sobre o modo como pode agir respectivo titular’ e que dão o ‘tom’ ou definem o ‘espírito’ com que certo direito ou os direitos em geral devem ser exercidos. (...)”.

ampla de antijuridicidade, que, ao que parece, foi a adotada pelo legislador ordinário ao aprovar a Lei 10.406/2002.

Partilha deste entendimento Edilton Meireles, para quem:

Conserva-se, assim, no novo Código Civil a configuração do abuso do direito como ato ilícito, sendo este tratado em título único. Mas esse enquadramento não impede de se ter como existentes duas espécies de atos antijurídicos pois, em realidade, quando o legislador cuida de apontar o que seja ato ilícito tem em mente a definição do ato ilícito em seu sentido amplo (preferimos mencionar: atos antijurídicos). Melhor seria, assim, para evitar confusões, que o legislador utilizasse a expressão 'atos antijurídicos' para se referir o que tem por ato ilícito, distinguindo, entre aqueles, (a) o abuso do direito do (b) ato ilícito propriamente dito (em sentido estrito).¹⁵⁹

Assim, é certo que o ato abusivo, no direito brasileiro, é ato ilícito em sentido amplo, não só porque o código assim menciona, mas porque “se, por um lado, a noção de direito exclui a idéia do abuso, porque o abuso desnatura o direito e faz com que deixe de o ser, por outro lado não há contestar a realidade dos fatos, que verifica, em uma série de atos ilícitos um falso assento em direito”¹⁶⁰, o que, por óbvio, não se admite em um Estado Constitucional.

Há, pois, um gênero no direito brasileiro chamado ato ilícito, do qual o abuso é espécie, a qual se manifesta nos momentos em que há violação a um dos seguintes requisitos:

- a) finalidade social de um direito subjetivo;
- b) finalidade econômica de um interesse juridicamente protegido;
- c) boa-fé;
- d) bons costumes.

Sendo assim, é imperioso que se compreenda cada um destes limites, para que se entenda o instituto objeto desta etapa do trabalho.

¹⁵⁹ MEIRELES, op. cit. p. 27.

¹⁶⁰ AMERICANO, op. cit. p. 5.

2.4.4 Elementos objetivos definidores do abuso

2.4.4.1. Excesso manifesto das finalidades sociais e econômicas do exercício do direito subjetivo

Os primeiros limites impostos ao exercício dos direitos subjetivos, segundo a regra do art. 187 do Código Civil Brasileiro, residem no respeito às finalidades econômicas e sociais de cada um dos interesses juridicamente protegidos pela legislação.

A redação é propositadamente plural e genérica, eis que, como bem lembra Cunha de Sá, o “que ora se pretende fazer não é um estudo minucioso da natureza própria de cada direito, da sua finalidade econômica e social, numa palavra, da origem e justificação dos limites em que a lei encerra (ou parece encerrar) o exercício dos vários direitos”, mas apenas e tão-somente fixar o que se entende por excesso manifesto aos fins econômicos e sociais de tais interesses.

Num primeiro momento, importa aclarar o que se concebe por finalidade social e econômica do interesse juridicamente protegido.

Relembrando Poulantzas, há que se dizer “embora toda lei ou todo direito apresentem certas características comuns, o direito capitalista é específico no que forma um *sistema axiomatizado*, composto de conjunto de *normas abstratas, gerais e estritamente regulamentadas*”¹⁶¹, que, segundo este autor:

constitui o quadro de coesão formal dos agentes totalmente despojados de seus meios de produção, desenhando assim os contornos de um espaço estatal relativamente separado das relações de produção. A formalidade e a abstração da lei estão em relação primeira com os fracionamentos reais do corpo social na divisão social do trabalho, com a individualização dos agentes em andamento no processo de trabalho capitalista.¹⁶²

Em outras palavras, o direito capitalista¹⁶³ emerge como manifestação das necessidades políticas, econômicas e sociais da cognominada era moderna e se apresenta como instrumento de “consagração” dos princípios fundamentais do

¹⁶¹ POULANTZAS, **O Estado, o poder, o socialismo**. p. 84.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Ibid.

nascente regime de organização socioeconômico manifestos na “sacralização da propriedade privada”¹⁶⁴; no império do valor de troca e acumulação de riquezas; na divisão social do trabalho; na (des)igualdade entre os cidadãos¹⁶⁵; na liberdade de contratar¹⁶⁶ e no monopólio estatal da violência citados por Max Weber e Michel Foucault.

Ao se observar tais premissas de forma unilateral, imprecisa e dissociada do atual momento histórico, poder-se-ia concluir, falsamente, que os direitos positivados representam apenas interesses econômicos e que os interesses sociais devem ficar renegados a um segundo plano, ou, no mínimo, subjugados àqueles.

Mais do que isso, poder-se-ia imaginar que cumprir a finalidade econômica de um direito nada mais signifique que permitir a circulação de riquezas e a apropriação dos bens de valor econômico por seus titulares.

É o que se infere, por exemplo, da afirmação de Boulos, para quem:

o fim econômico e social diz respeito, especificamente, a cada direito isoladamente considerado. Assim, por exemplo, a liberdade contratual possui um fim social específico, qual seja o de permitir que os integrantes da sociedade livremente estabeleçam relações jurídicas por meio das quais haverá a troca, segura e justa, dos bens e serviços na sociedade.¹⁶⁷

Não é, certamente, a melhor interpretação do limite imposto pelo art. 187 do Código Civil Brasileiro.

À obviedade, no exercício de um interesse juridicamente protegido, o titular não deve apenas e tão-somente cumprir a finalidade econômica ou a finalidade

¹⁶⁴ Cf. JOSSERAND, *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. p. 8. “Para el Código Civil francés, la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta. Dentro de los límites materiales de su dominio parece, pues, que al propietario todo le sea permitido; puede hacer lo que bien le parezca: el carbonero es amo en su casa.” A assertiva deriva da interpretação do art. 544 Código de Napoleão, cuja redação é a seguinte: “La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par le lois ou par lès règlements”. in MOREIRA, op. cit.

¹⁶⁵ POULANTZAS, op. cit. p. 85. “Todos os sujeitos são iguais e livres perante a lei: o que já quer dizer, no discurso da lei (e, não escondido nele), que são realmente diferentes (como sujeitos-indivíduos), mas na medida em que essa diferença pode se inscrever num quadro de homogeneidade. A lei capitalista não oculta apenas, como se diz freqüentemente, as diferenças reais sob um formalismo universal; ela contribui para instaurar e sancionar a diferença (individual e de classe) em sua própria estrutura; erigindo como sistema de coesão e como organizador da unidade-homogeneização dessas diferenças”.

¹⁶⁶ PINHEIRO, op. cit. p. 151. “A concepção tradicional de contrato, envolta na igualdade e liberdade apregoadas pela Revolução Francesa e fundamentada no individualismo, foi cristalizada pelo *Code* de 1804 e outros que lhe seguiram. Eis como consolidar um modelo de circulação de riquezas tão caro à burguesia capitalista”.

¹⁶⁷ BOULOS, op. cit., p. 188-189.

social que orientam a norma positiva. Ambas devem subsistir de forma harmoniosa e proporcional, mesmo nas relações contratuais citadas por Boulos.

O critério da função econômica é aquele que impõe ao ato ou negócio jurídico a satisfação de necessidades de forma equilibrada. Assim, por exemplo, afastam-se da função econômica do contrato todos os atos ou cláusulas que possam conduzir à ruína de uma das partes contratantes ou que tendam à espoliação¹⁶⁸.

Vale dizer: o respeito à função econômica do direito subjetivo de contratar não reside na liberdade formal de pactuar, mas na proporcionalidade de não imputar à outra parte ônus econômico tal que desequilibre o vínculo jurídico estabelecido entre ambas. Há que haver, pois, proporcionalidade econômica no exercício do interesse juridicamente protegido, sob pena de haver abuso do referido direito.

No âmbito das relações de emprego, que interessam propriamente a este trabalho, são alguns exemplos de abuso por desvio de finalidade econômica: a fixação de cláusula coletiva que reduz ou subtrai direitos garantidos aos empregados por meio de normas internas, regulamentos de empresa ou pelo princípio da reserva legal; a pré-contratação de horas extras (Súmula 199 do C. TST); atos anti-sindicais que inviabilizam a negociação coletiva, ou ainda, segundo Edilton Meireles:

a hipótese do empregador ceder às pressões do sindicato profissional ou de seus empregados para conceder reajuste salarial em índice que desequilibra os termos contratuais, podendo conduzir a empresa à ruína financeira. Nesta hipótese, poderá o empregador alegar a abusividade da cláusula, em face do desequilíbrio gerado pelo reajuste, (...). Outro exemplo que pode ser citado é o do exercício do direito de greve por longo período. Neste caso, a greve prolongada pode levar a empresa a ruína, o que induz a concluir que, a partir de determinado momento, a greve passa a ser abusiva por violar a sua função econômica.¹⁶⁹

No âmbito do direito do consumidor também há uma infinidade de hipóteses que denunciam o excesso em razão do descumprimento da finalidade econômica do direito subjetivo, tais como o uso de “propaganda abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”¹⁷⁰ que tornem desequilibrada a relação com o consumidor.

¹⁶⁸ MEIRELES, op. cit. p. 84.

¹⁶⁹ Ibid., p. 84-85.

¹⁷⁰ Art. 6º, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Em cada uma dessas hipóteses há abuso do direito, eis que há um desequilíbrio econômico entre os contratantes¹⁷¹.

Assim, casuisticamente, caberá ao Juiz identificar se a parte, no exercício de interesse juridicamente protegido, não respeitou o equilíbrio econômico inerente ao negócio jurídico. Pois se assim verificar, haverá abuso.

No mesmo sentido, a própria função social dos direitos sofreu forte impacto com a evolução dos conceitos das teorias finalistas, em especial da metodologia apregoada pela escola alemã.

Enquanto antes se concebia como função social do exercício do direito o simples agir conforme a lei, pouco importando os reflexos coletivos de tal ação, hodiernamente, o conceito ganhou outra feição.

Segundo Rosalice Fildalgo Pinheiro,

os ecos do finalismo jurídico (...), atuaram no rompimento de um paradigma tradicional de contrato, sob as vestes de uma função social que passa a ser impressa a este último. E de tal modo, que hoje consagra-se a função social como um princípio geral, um 'standard jurídico' de caráter flexível, de modo a orientar o exercício dos direitos subjetivos¹⁷².

Conceito amplo, propositadamente vago, a função social passou a ser compreendida como um princípio jurídico após a Constituição de Weimar, que, em oposição ao absolutismo dos direitos consagrados nos Códigos oitocentistas, consagrou o ideal de prevalência social dos direitos, inclusive os mais sagrados como a propriedade, o contrato e a ação¹⁷³.

No direito brasileiro, atualmente, a função social encontra:

substrato constitucional no art. 3º, inciso I, da Carta Magna de 1988, que impõe como objetivo fundamental da República brasileira a construção de 'sociedade livre, justa e solidária'. Encontra fundamento, portanto, no princípio da solidariedade". A função social encontra respaldo, ainda, na Carta da República quando esta impõe o respeito à dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art.1º, incisos I e IV), estabelecendo que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos uma existência digna 'conforme os ditames da justiça social' (art. 170, *caput*). Vale frisar: conforme art. 1º inciso IV, da CF, o Brasil deve se fundar nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, isto é, no valor social do

¹⁷¹ O desequilíbrio a que aqui se refere não diz respeito à reconhecida hipossuficiência do empregado e do consumidor, legitimadas pelo Direito do Trabalho e do Consumidor, mas ao excesso dos interesses juridicamente protegidos e consagrados no ordenamento jurídico positivo.

¹⁷² PINHEIRO, op. cit., p. 170.

¹⁷³ FACHIN, **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. p. 16-17.

trabalho e no valor social da livre iniciativa. A livre iniciativa, portanto, só pode ser entendida enquanto valor social e em conjunto com o valor social do trabalho.¹⁷⁴

Reflete, como princípio, na criação e interpretação das regras jurídicas, e por conseqüência, nos direitos subjetivos em geral. Evidentemente que não se concebe, muito menos neste trabalho, esmiuçar os seus reflexos em cada uma das muitas regras que compõem o sistema jurídico brasileiro, mas é importante compreender a ação deste “limite” sobre os interesses juridicamente protegidos para que se possa interpretar adequadamente a regra do art. 187 do Código Civil brasileiro.

Conceituá-la, à quase unanimidade doutrinária, não é possível, mas traçar os seus contornos mais elementares é imperioso, e neste particular, citam-se os dizeres de Enoque Ribeiro dos Santos, para quem:

entende-se por **função** a obrigação a cumprir, o papel a ser desempenhado ou por um indivíduo ou por uma instituição em dada coletividade, ao passo que **social** relaciona-se à comunidade, ao conjunto dos cidadãos de um país, conveniente à sociedade ou próprio dela, o que pertence a todos, público, o que diz respeito ao bem-estar das massas, especialmente às menos favorecidas, ou, ainda, que tende a viver em grupos, em sociedade, gregário.¹⁷⁵

A função social de um direito está atrelada não ao direito em si, mas à sua manifestação, ao seu exercício. Restará cumprida, pois, a função social, quando o titular do direito subjetivo o exercitar conforme os seus interesses e os interesses da coletividade, mantendo incólume o sistema jurídico como um todo.

A generalidade de tal afirmação cede lugar à individualidade dos casos concretos e, academicamente, ao estudo exemplificativo da função social de alguns direitos que compõem os fundamentos do regime socioeconômico em vigor denominado capitalismo.

Fala-se, neste instante, da função social da propriedade, da posse, do contrato e da ação. A menção, ainda que breve, dos reflexos da função social sobre o exercício destes direitos subjetivos permite delinear com mais exatidão o que significa respeitar os interesses sociais no exercício daqueles, e, por óbvio, quando o excesso importará abuso.

¹⁷⁴ MEIRELES, op. cit. p. 77.

¹⁷⁵ SANTOS, **A função social do contrato, a solidariedade e o pilar da modernidade nas relações de trabalho**. p. 7.

Não se tem por escopo esgotar os reflexos da função social destes direitos subjetivos, eis que não é o objeto deste trabalho, mas apenas compreendê-los empiricamente, para, daí, entender a figura do abuso do direito insculpida no art. 187 do CCB.

A função social da propriedade é exemplo doutrinário e jurisprudencial corriqueiramente citado como reflexo da influência da relativização dos direitos subjetivos proposta pelos franceses, aperfeiçoada pelos alemães e codificada no atual direito brasileiro.

Josserand afirma que “o direito de propriedade foi o primeiro que serviu de experimento à teoria do abuso, pelo menos o direito relativo à propriedade imóvel”¹⁷⁶.

A propriedade, genuinamente absoluta, especialmente no direito francês moderno, visto que concebida como “o direito de gozar e dispor das coisas de maneira mais absoluta”¹⁷⁷, foi objeto de grande “esforço de legisladores, juristas e tribunais, no sentido de reprimir (...) tamanha e indefinida força de expansão”¹⁷⁸.

“Empregaram-se diversos procedimentos com tal escopo, particularmente o uso da teoria do abuso do direito”¹⁷⁹, fundada, primeiro na concepção subjetivista da intenção de causar dano e depois na teoria finalista do desvio do fim socioeconômico do interesse juridicamente protegido.

Exemplifica Josserand, suas afirmações, ao citar as experiências da jurisprudência francesa, destacando os seguintes casos:

Um proprietário (...) levanta sobre sua casa uma imensa e volumosa chaminé, não para uso pessoal, porque a chaminé é falsa, não funciona, mas para escurecer a morada do vizinho. Em vão pretenderá que tem direito de fazer em sua casa o que lhe aprouver, em vão clamará *feci sed jure feci*, o tribunal emanará ordem para demolir a falsa chaminé erguida sem interesse sério e legítimo, e esta foi a decisão que já em 1855 havia pronunciado a Corte de Colmar¹⁸⁰.

¹⁷⁶ JOSSERAND, op. cit. p. 7.

¹⁷⁷ Segundo redação do art. 544 do Código de Napoleão, já mencionado neste trabalho.

¹⁷⁸ JOSSERAND, op. cit. p. 8.

¹⁷⁹ Ibid., p. 8-9.

¹⁸⁰ Ibid., p. 9. Tradução livre para: “un propietario que levanta sobre su casa una inmensa y voluminosa chimenea, no para uso personal, porque la tal chimenea es falsa, no da tiro, sino para oscurecer la morada del vecino. En vano pretenderá que tiene derecho de hacer en su casa lo que parezca, em vano clamará *feci sed jure feci*, el tribunal le intimará la orden de demoler la falsa chimenea, levantada sin interés serio y legítimo, y esta es la decisión que ya em 1855 había pronunciado la Corte de Colmar.”

No mesmo sentido, cita outro caso do que denomina abuso no uso do subsolo:

A utilização do subsolo também pode ocasionar o exercício abusivo do direito de propriedade. Um proprietário pode fazer escavações em seu domínio, mas não com a intenção de prejudicar o vizinho. Assim sentenciou a Corte de Lyon no célebre negócio das fontes de Saint-Galmier. O proprietário de um dos terrenos em litígio havia adaptado ao lado de uma fonte uma bomba que tinha por finalidade absorver (...) a – água - que brotava no terreno contíguo, sem, (...), no entanto, dar ao líquido excedente nenhuma destinação, (...), a não ser deixá-lo escoar em rio vizinho. Em vão invocou o caráter absoluto do direito de propriedade, porque obteve como resposta que ‘o poder de abusar das coisas próprias não pode servir para justificar um ato que, inspirado exclusivamente na intenção de danar, toma o caráter de um ataque à propriedade do vizinho¹⁸¹.

Estes julgados são citados pelo renomado autor francês como os primeiros passos da aplicação da teoria da relatividade dos direitos codificados. São: a desconstrução do absolutismo dos direitos subjetivos essencialmente individualistas; uma resposta aos anseios sociais dos anos que se seguiram à revolução burguesa; e a consagração da finalidade social do direito defendida – com outros argumentos, é bem verdade - por Duguit.

Este autor, que nega validade à teoria do abuso do direito, na medida em que “nega” a existência dos próprios direitos subjetivos, afirma que:

O ser humano nasce integrando uma coletividade; vive sempre em sociedade e assim considerado só pode viver em sociedade. Nesse sentido, o ponto de partida de qualquer doutrina relativa ao fundamento do direito deve basear-se, sem dúvida, no homem natural: não aquele isolado e livre que pretendiam os filósofos do século XVII, mas o indivíduo comprometido com os vínculos de solidariedade social. Não é razoável afirmar que os homens nascem livres e iguais em direito, mas sim que nascem partícipes de uma coletividade e sujeitos, assim, a todas as obrigações que subentendem a manutenção e desenvolvimento da vida coletiva¹⁸².

¹⁸¹ JOSSERAND, op. cit. p. 10-11. Tradução livre para: “La utilización del subsuelo también puede ocasionar el ejercicio abusivo del derecho de propiedad. Um propietario puede hacer excavaciones en su dominio, pero no con la mira de perjudicar al vecino. Así lo sentenció la Corte de Lyon en el célebre negocio de las fuentes de Saint-Galmier. El propietario de uno de los fundos en litígio había hecho adaptar al paso de la fuente una bomba que tenía por objeto absorber, (...) la que brotaba en el fundo contiguo, sin provecho (...) que no utilizaba en ninguna forma el excedente de líquido obtenido por medio de su instalación, sino que lo dejaba perderse en un río vecino. En vano invoco el carácter absoluto del derecho de propiedad, porque hubo de respondersele que ‘el poder de abusar de las cosas propias no puede servir para justificar un acto que, inspirado exclusivamente en la intención de dañar, toma el carácter de un ataque al fundo vecino”.

¹⁸² DUGUIT, **Fundamentos do direito**. P. 15-16. *Apud* MEIRELES, op. cit. p. 80.

Para ele, todo direito é dotado de uma finalidade social, eis que emanado pela própria sociedade, em um dado momento histórico.

A propriedade, que “para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, constitui um direito inviolável e sagrado”¹⁸³, que “tanto o Código francês quanto o Código italiano de 1865 estatuíam que (...) é o direito de gozar e dispor do bem de modo absoluto”¹⁸⁴, também possui tal finalidade social e, por isso, passou a ser gradativamente reinterpretada e redimensionada, culminando com a superveniência da Constituição Alemã de 1919¹⁸⁵, com a máxima de que a “propriedade obriga”¹⁸⁶ à luz do princípio da solidariedade.

Aliás, segundo Eduardo Espínola, “desde que, na Constituição de Weimar (1919), se proclamou que a *propriedade obriga*, em todas as legislações mereceu pronunciamento expresso e enfático a tese sobre os deveres que, ao lado de seus direitos, incumbem ao proprietário”¹⁸⁷.

Não se negue, todavia, que, num primeiro momento, cumprir a função social da propriedade significava tão-somente explorá-la economicamente ou usá-la ao ponto de não deixá-la ociosa e improdutiva, o que, em última análise, não significava reconhecer efetivamente, no exercício deste interesse juridicamente protegido, uma finalidade social.

Mas, segundo Fachin, como:

o processo histórico de apropriação do homem sobre a terra se desenvolveu de modo artificial, e em cada época a propriedade constitui-se de contornos diversos, conforme as relações sociais e econômicas de cada momento. O grau de complexidade hoje alcançado pelo instituto da propriedade deriva indistintamente do grau de complexidade das relações sociais¹⁸⁸.

Atualmente, “o Estado intervém cada vez mais nos meios de produção e na propriedade privada”¹⁸⁹; como tal fato “é sentido com maior ou menor peso por todas as nações. Ou seja, há forte tendência socializante no Estado capitalista”¹⁹⁰, o que denota que o “liberalismo pleno torna-se inviável”¹⁹¹, especialmente após a recente

¹⁸³ FACHIN, op. cit. P. 16.

¹⁸⁴ Ibid., p. 16.

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ ESPÍNOLA, **Posse, Propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais**. p. 186.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ FACHIN, op. cit. p. 18.

¹⁸⁹ VENOSA, **Direito Civil : direitos reais**. p. 154.

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ Ibid.

crise que assola o mundo¹⁹², a compreensão da função social da propriedade passou a ser repensada.

Há que se reconhecer, pois, que a relativização consagrada pela função social da propriedade no início do século passado, permitiu, pouco a pouco, identificar e elidir boa parte dos abusos cometidos pelos titulares de tal direito subjetivo naquele momento histórico. Mais do que isso, permitiu a evolução do pensamento jurídico e social, culminando com as modernas teorias que permeiam este pilar do regime capitalista.

Atualmente, a Constituição Federal de 1988 consagra o direito de propriedade como cláusula pétrea (art. 5º, XXII e XXIII), mas tal qual a Constituição alemã de 1919, ela, a propriedade, obriga.

O diploma constitucional é textual ao afirmar “*que a propriedade atenderá a sua função social*”¹⁹³, o que importa dizer que não é absoluta, mas comporta restrições impostas pela própria sociedade e, conseqüentemente, pelo ordenamento jurídico.

A regra guarda íntima e harmoniosa relação com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF/88), e tal “concepção relativista do direito de propriedade é profundamente humana e é a que, a despeito dos obstáculos opostos por certas jurisprudências retardatárias, tende atualmente a orientar o pensamento jurídico dos povos evoluídos”¹⁹⁴.

Não se concebe mais como cumpridora da sua função social a propriedade que é meramente produtiva, mas que é explorada em detrimento de princípios sociais como a valorização do trabalho ou a garantia da saúde dos cidadãos. O conceito é mais amplo, e vincula os interesses do particular com os da sociedade como um todo.

¹⁹² Segundo o jornal FOLHA DE SÃO PAULO, “Depois de prejuízos de bilhões de dólares em bancos europeus e com algumas das principais economias da Europa levadas à recessão, ou bem perto de uma, os governos do continente se mobilizaram para tentar conter, em alguns casos, o avanço da crise financeira global sobre a economia real e, em outros, reverter o estrago já provocado. (...) Os EUA começaram a discutir um pacote de ajuda a instituições financeiras antes da Europa, mas foram os europeus que tomaram a dianteira em termos de ação. O governo britânico elaborou um amplo pacote de 500 bilhões de libras (US\$ 807 bilhões), com a liberação de 50 bilhões de libras (US\$ 80,7 bilhões) para uma estatização parcial do setor bancário. Só dias depois é que os EUA iriam autorizar o primeiro saque, de US\$ 250 bilhões, da reserva de US\$ 700 bilhões aprovada pelo Congresso para comprar papéis de bancos, a fim de evitar mais quebras.”, segundo matéria publicada no dia 15/12/2008, no sítio <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u459545.shtml>, acessado na mesma data.

¹⁹³ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, XXXIII.

¹⁹⁴ MARTINS, op. cit. p. 38.

Aliás,

o pressuposto de confiança recíproca e boa-fé (...), que se integra no moderno conceito de obrigação, encontra correspondência na *função social*, implícita do direito de propriedade, no sentido de consideração à solidariedade social, compreendendo os direitos do proprietário e os deveres que lhe são impostos pela política legislativa¹⁹⁵.

É esta, pois, a sua finalidade social-constitucional, e toda vez que o titular do direito subjetivo age de forma a desvirtuar esse fim, abusa do direito, nos termos do art. 187 do CCB.

Vale dizer: “A expressão função social corresponde a limitações, em sentido largo, impostas ao conteúdo do direito de propriedade”¹⁹⁶, as quais variam no tempo e conforme os interesses da coletividade.

Segundo Eduardo Espínola:

As legislações modernas estabeleceram categoricamente que o poder do proprietário, por mais amplo e absoluto que seja, está sujeito às restrições da lei. (...) Na legislação francesa, como igualmente na dos Estados contemporâneos em geral, essas restrições têm aumentado, desenvolvendo-se no sentido de se atribuir ao exercício do direito de propriedade um caráter social. (...) Essas limitações resultam de disposições legais de caráter geral, como as impostas à propriedade territorial, quanto aos direitos dos confinantes, às relações de vizinhança; ou de disposições impostas pelo legislador, tendo em vista a segurança nacional ou o interesse da vida social, as quais variam na história e na legislação comparada, assumindo grande volume e importância no momento atual¹⁹⁷.

Caberá, portanto, ao titular do direito de propriedade, observar sempre a sua finalidade social, e ao Juiz, quando necessário, fazê-la valer.

Não é por acaso que “este novo século terá, sem dúvida, como desafio, situar devidamente a utilização social da propriedade”¹⁹⁸

E como não é objeto deste trabalho esmiuçar as teorias e as limitações legais – que não são poucas – impostas pela função social da propriedade, mas tão-somente compreender como este padrão jurídico atrai a aplicação da teoria do abuso do direito no caso do exercício deste direito subjetivo, estas breves linhas servem ao fim colimado.

¹⁹⁵ ESPÍNOLA, op. cit. p. 190.

¹⁹⁶ FACHIN, op. cit. p. 19.

¹⁹⁷ ESPÍNOLA, op. cit. p. 182-183.

¹⁹⁸ VENOSA, **Direito Civil: direitos reais**. p. 154.

Outro direito subjetivo que sofre forte influência da função social como limite ao seu exercício e que é objeto de análise da doutrina nacional e estrangeira é o contrato.

Serve, exemplificativamente, a denotar o significado da expressão “função social”, cunhada no art. 187 do Código Civil Brasileiro.

“O contrato é conceituado como o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir direitos (...), constituindo-se instrumento de circulação de bens, produtos e serviços de virtualmente todas as naturezas do mundo capitalista de produção”¹⁹⁹.

É este o conceito elementar do contrato desde a edição do Código Civil Francês e da consagração do regime capitalista de produção.

Ocorre, que, de acordo com Enzo Roppo:

contrato é um conceito jurídico: uma construção da ciência jurídica elaborada (além do mais) com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina jurídica complexa. Mas como acontece com todos os conceitos jurídicos, também o conceito de contrato não pode ser entendido a fundo, na sua essência íntima, se nos limitarmos a considerá-lo numa dimensão exclusivamente jurídica – como se tal constituísse uma realidade autônoma, dotada de autônoma existência nos textos legais e nos livros de direito²⁰⁰.

E sendo assim, afirma Enoque Ribeiro dos Santos que:

para conhecer verdadeiramente o conceito do qual nos ocupamos, se torna necessário tomar em atenta consideração, a realidade econômica-social, que lhe subjaz e da qual ele representa a tradução científico-jurídica: todas aquelas situações, aquelas relações, aqueles interesses sociais que estão em jogo, onde quer que se fale de ‘contrato’²⁰¹.

Pois bem. Hodiernamente, concebe-se que “todo instituto jurídico é criado, não só ‘para o movimento das riquezas do mercado’ ou para fins meramente egoísticos, mas principalmente, para servir à coletividade”²⁰².

E para que tal afirmação não passe de mera retórica desprovida de qualquer efetividade, é importante que, transposta para o mundo dos fatos, tenha plena

¹⁹⁹ SANTOS, op. cit. p. 7-8.

²⁰⁰ ROPPO, **O contrato**. p. 7. *Apud* SANTOS, op. cit. p. 8.

²⁰¹ SANTOS, op. cit. p. 8.

²⁰² MEIRELES, op. cit. p. 77.

capacidade de surtir seus efeitos, mitigando as diferenças sociais tão comuns no regime capitalista e inerentes às relações de poder neste engendradas²⁰³.

Sendo assim, não se pode, principalmente no atual momento histórico, compreender os contratos à luz dos ideais neoliberais espalhados pelo mundo após as crises petrolíferas da década de 1970, os quais deram azo a uma nova organização dos capitais denominada globalização²⁰⁴, eis que “a mão invisível do mercado” – expressão cunhada por Adam Smith em sua célebre obra “*A riqueza das nações*” e em voga nas últimas três décadas – uma vez mais conduziu o capitalismo a situação limítrofe.

Demonstrou-se absolutamente descabida a crescente supervalorização do princípio da *pacta sunt servanda* que ganhou corpo ao longo das décadas de 1980 e 1990, especialmente, e que acarretou uma subvalorização da máxima oposta das cláusulas *rebus sic stantibus*²⁰⁵.

Aliás, enquanto na “concepção de um Estado Liberal a função social do contrato está fundamentada em dois cânones: a liberdade contratual e a igualdade formal das partes, pois, com eles garantem-se não apenas os interesses das partes, mas os da própria sociedade”²⁰⁶; atualmente, observa-se uma crescente “relativização da autonomia da vontade dos contratantes (...) acompanhada de um arrefecimento do princípio da *pacta sunt servanda*, pelo advento do surgimento de novas demandas”²⁰⁷ sociais, pautadas precipuamente na boa-fé e nos bons costumes²⁰⁸.

Esta evolução é fruto da consagração da solidariedade como princípio fundamental das novas ordens constitucionais e do ideal de que os direitos

²⁰³ Cf. POULANTZAS, op. cit. p. 16-18.

²⁰⁴ Das lições de ALVES, **O Novo (e precário) Mundo do Trabalho**. p. 17, conclui-se que a mundialização dos capitais surge como nova ordem econômica estrutural, fruto de políticas neoliberais fomentadas no ocidente pelos governos de Margareth Thatcher na Grã-Bretanha e Ronald Reagan nos Estados Unidos da América, como resposta aos anseios dos detentores do meios de produção em busca de novos mercados consumidores.

²⁰⁵ Fruto da teoria da imprevisão, que, segundo MARTINS, op. cit. p. 43, deriva da “repercussão da guerra europeia de 1914 na economia contratual, desequilibrada em consequência da imprevisibilidade das circunstâncias ocasionadas pela conflagração” e cuja “concepção não é nova, mas pura adaptação da regra canônica, segundo a qual a vigência do contrato condiciona-se à prevalência das circunstâncias que o teriam determinado: *‘contratus qui habent tractum sucessivum de futuris rebus sic stantibus intelligitur’*”.

²⁰⁶ ROPPO, **O contrato**. p. 7. *Apud* PINHEIRO, op. cit. p. 173.

²⁰⁷ SANTOS, op. cit. p. 9.

²⁰⁸ Estes dois elementos constitutivos da figura jurídica do abuso do direito serão adiante abordados, razão pela qual não serão profundamente abordados neste instante.

subjetivos são dotados de um fim social que transcende aos interesses exclusivos do indivíduo singularmente considerado.

Tal qual ocorreu com o direito de propriedade, relativizado pela “funcionalização” dos interesses juridicamente protegidos, “afirma-se que a função social do contrato resulta como consequência da consagração constitucional da função social”²⁰⁹ daquela.

E como tal:

emerge, assim, como uma dessas matrizes, importando em limitar institutos de conformação nitidamente individualista, de modo a atender os ditames do interesse coletivo, acima daqueles do interesse particular, e, importando, ainda, em igualar os sujeitos de direito, de modo que a liberdade que a cada um deles cabe, seja igual para todos.²¹⁰

Por tudo isso é que se disse que nas relações contratuais não se concebem as finalidades sociais e econômicas dos direitos como contrapostas ou hierarquizadas de maneira que estas orientem aquelas. Não cabe mais o ideal liberal que permeou a edição do Código Napoleônico e as codificações oitocentistas, em que o individualismo, a igualdade formal entre os contratantes e o não-intervencionismo²¹¹ eram princípios fundamentais.

A concepção liberal de função social do contrato, da propriedade, enfim, dos direitos subjetivos, pautada nestas máximas, cedeu lugar à noção finalista de relativização do exercício destes últimos e ganhou força até sedimentar-se como elemento definidor do abuso.

²⁰⁹ PINHEIRO, op. cit. p. 176.

²¹⁰ HIRONAKA, **A função social do contrato**. p. 141. *Apud* PINHEIRO, op. cit. p. 177.

²¹¹ Veja-se, que, segundo POULANTZAS, op. cit. p. 17, contrariando toda a doutrina homogeneizante, “No capitalismo, os produtores diretos estão totalmente *despojados* de seu objeto e meios de trabalho; e deles estão separados não somente na relação de propriedade econômica, como também na relação de posse. Vê-se o aparecimento dos ‘trabalhadores livres’, possuindo apenas sua força de trabalho e não podendo introduzir-se no processo de trabalho sem comprometimentos do proprietário, comprometimento representado juridicamente pelo contrato de compra e venda da força de trabalho. É esta estrutura precisa das relações de produção capitalista que transforma a força de trabalho em mercadoria e o excesso de trabalho em mais-valia, e que dá lugar igualmente nas relações do Estado e da economia uma separação relativa (acumulação do capital e produção da mais-valia), base da ossatura institucional própria ao Estado capitalista, pois traça os novos espaços e campos relativos respectivamente ao Estado e à economia. (...) Esta separação não nos deve levar a crer em real exterioridade do Estado e da economia, como se o Estado só, do exterior, interviesse na economia. *Esta separação é a forma precisa que encobre, sob o capitalismo, a presença constitutiva do político nas relações de produção e, dessa maneira, em sua produção.*”

Portanto, também nas relações contratuais, toda vez que uma das partes, no período pré-contratual, contratual ou pós-contratual²¹², desatender à função social inerente ao negócio jurídico, violar a boa-fé ou os bons costumes, abusará do direito de contratar ou mesmo de não contratar²¹³, nos termos do que esclarecem os artigos 187, 113²¹⁴ e 421²¹⁵ do Código Civil Brasileiro.

Aliás, este último, é a consagração legislativa da função social do contrato como limite ao seu exercício ilimitado, na medida em que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Conclui-se, pois, que a função social, exposta ilustrativamente por meio do estudo superficial do direito de propriedade e do direito de contratar, é o próprio fim da norma jurídica, ou nas já mencionadas palavras de Josserand, o limite essencial que consagra a teoria do abuso do direito, eis que segundo este autor:

Nesta teoria os direitos, produtos sociais, como o mesmo direito objetivo, têm origem na sociedade e dela recebem seu espírito e sua finalidade; cada um se destina a um fim, do qual não pode o titular desviá-lo; foram criados para a sociedade e não a sociedade para eles; sua finalidade é extrínseca e superior aos próprios direitos; são, pois, não absolutos, mas relativos; devem ser exercidos no plano da instituição, ajustado ao seu espírito, sob pena de seguirem uma direção falsa; e o titular que os tenha, não usado, mas abusado, verá comprometida sua responsabilidade com a vítima de tal desvio de finalidade²¹⁶.

Assim, sempre haverá abuso do direito quando o titular do interesse juridicamente protegido desviá-lo da finalidade social da norma, cabendo, casuisticamente, ao Juiz, definir quando, no exercício do direito, houve abuso dos limites morais e legais daquele.

Não se negue, todavia, que, nos termos do que ensina Menezes Cordeiro:

²¹² Conforme dispõe o Código Civil em seu Art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

²¹³ O direito de não contratar, por mais paradoxal que possa parecer, também não é absoluto. Se, nos termos do que leciona CARVALHO NETO, op. cit. p. 189, “é certo que todos têm direito de se abster de contratar, não se podendo obrigar aquele que manifestou apenas intenção de contratar a celebrar contrato, é possível, entretanto, que o exercício deste direito se dê de modo abusivo”, na medida em que “no período pré-contratual, há de preponderar a ética, *lealdade* que pode ser desdobrada na *exigência de transparência* (dever de informação) que assiste às partes que estão flertando e avaliando a conveniência da celebração de um contrato, assim como a *exigência de coerência das ações*, o que impede o rompimento injustificado das tratativas por incorrer, parte que assim agir, em *comportamento contraditório*.” Cf. BOULOS, op. cit. p. 249.

²¹⁴ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

²¹⁵ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

²¹⁶ JOSSERAND, op. cit. p. 4.

as limitações, que tal leitura implica, à atividade privada, recomendam cautela. Não se pode negar a existência, sociologicamente determinada, de linhas funcionais de atuação; torná-las, porém vinculativas, iria transformar em dado singular um dado normal, ligado aos grandes números, com supressão radical das liberdades pessoais. Quando em direito civil, se fala na função social e econômica dos direitos, tem-se, pois, outra realidade em vista. Quando o direito atribui ou reconhece às pessoas espaços de liberdade, genéricos ou específicos, pressupõe, de partida, campos de livre arbítrio; a referência a uma função social e econômica exprime a idéia de que a discricionariedade aí implícita não seria total: os comportamentos levados, no seu seio, a cabo, deveriam respeitar o escopo social e econômico que presidiu a sua constituição, quer produzindo uma maior utilidade pessoal – função pessoal – quer social – função social, a que se pode acrescentar o complemento de econômica²¹⁷.

Há que se julgar, pois, com razoabilidade cada caso submetido ao crivo do Poder Judiciário, considerando sempre o fim social do interesse juridicamente protegido em um contexto peculiar em que foi externado.

2.4.4.2 Do excesso manifesto aos limites impostos pelos bons costumes

De acordo com Barbosa Moreira, “boa-fé e bons costumes, diga-se logo, são conceitos jurídicos indeterminados, que compete ao juiz concretizar, tendo em vista as características de cada espécie”²¹⁸.

Não se tem, pois, a pretensão de esgotar a análise do que se compreende por bons costumes, eis que impossível e alheio ao objeto deste trabalho.

Importa, porém, compreender, ainda que brevemente, o que, segundo a doutrina, se infere da locução “bons costumes” consagrada no artigo 187 do Código Civil Brasileiro e como influencia a inteligência do abuso do direito.

Nas lições do próprio Barbosa Moreira:

Por ‘bons costumes’ designa-se, aqui como alhures, o conjunto de normas éticas geralmente observadas e tidas como relevantes para a preservação do equilíbrio nas relações mútuas entre os membros da comunidade. O conteúdo de tais normas pode e costuma variar no tempo e no espaço, ainda que no mundo contemporâneo – ou, mais exatamente, em cada uma

²¹⁷ CORDEIRO, op. cit. p. 1230-1231.

²¹⁸ MOREIRA, op. cit. p. 131.

das regiões afinadas por valores comuns – a variedade tenda a restringir-se a pontos secundários, sem prejuízo de certa uniformidade nos capitais.²¹⁹

Para Daniel M. Boulos, no mesmo sentido, “os bons costumes dizem respeito àquelas regras não escritas de comportamento, cuja observância corresponde à consciência ética difundida na generalidade dos cidadãos e cuja violação é, portanto, considerada moralmente reprovável”²²⁰.

Os conceitos apresentados pelos autores citados sintetizam com precisão a posição doutrinária dominante, segundo a qual os bons costumes habitam o campo da moral e da ética.

Esta “concepção sociológica dos bons costumes, que, orientada pela lógica, procurará o respectivo conceito na análise da opinião socialmente dominante e que, assim, aceitará a sua natureza variável e contingente”²²¹, de certa maneira, opõe-se “a uma concepção idealista dos bons costumes, de cariz filosófico ou religioso, isto é, orientada por um ideal divino ou humano, oposto à mera aceitação das práticas usuais, reagindo sobre elas, e, por aí, dirigindo-se para esse mesmo ideal”²²² é a que orientou o legislador brasileiro.

Dito de outro modo: em que pese a moral religiosa, baseada nas figuras divinas, influencie a formação das condutas éticas e morais de um povo - em especial no Brasil – o conceito a que alude o Código Civil de 2002²²³ visa a salvaguardar o conjunto ético e moral de normas de condutas não jurídicas que imperam como consenso social em um dado lugar em certo momento histórico, independentemente do credo ou da religião a que o cidadão se filie.

O conceito, dada a sua indeterminação, é atemporal; é a consagração das regras morais como limite jurídico inarredável do exercício dos interesses juridicamente protegidos; é o instrumento pelo qual o Juiz, em cada caso concreto, definirá se o agente, no exercício do seu direito, exagerou ou não os limites éticos de conduta impostos pelos ideais sociais que refletem o pensar da coletividade, considerando sempre as condições sociais e econômicas que imperam num determinado momento histórico.

²¹⁹ MOREIRA, op. cit. p. 132.

²²⁰ BOULOS, op. cit. p. 186-188.

²²¹ SÁ, op. cit. p. 189-190

²²² Ibid.

²²³ Devidamente harmonizado com o disposto no art. 5º, VI, da CF/88, que estabelece ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

Como ainda imperam, hodiernamente, os ideais capitalistas, com algumas cessões socializantes típicas dos momentos de superação dos limites impostos ao regime²²⁴, é verdadeira a assertiva de que boa parte dos ideais éticos e morais imperantes espelham os interesses deste modo hegemônico de pensamento, o que tende a influenciar a utilização da teoria do abuso do direito em desfavor dos “menos favorecidos”.

Não é, certamente, o escopo da norma, mas assim será se os operadores do direito não atentarem para a finalidade do instituto, essencialmente social e contrário aos ideais individualistas e liberalistas que desde sempre combateu.

Portanto, haverá abuso do direito por excesso aos bons costumes quando, na análise casuística, se certificar o desvio ético ou moral de conduta por parte do agente, em desfavor dos interesses da coletividade como um todo.

2.4.4.3 Da boa-fé

O último elemento elencado no art. 187 como limite imposto ao exercício dos direitos subjetivos é a boa-fé.

Não se tentará neste ensaio dissecar o conteúdo, os fundamentos, as premissas e os reflexos deste importante princípio jurídico, eis que em razão de sua amplitude conceitual isso demandaria a redação de outra dissertação.

Não é, pois, o propósito das linhas que se seguirão esgotar o tema, mas apenas e tão somente entender a finalidade da concepção de boa-fé adotada pelo legislador brasileiro na caracterização do abuso do direito.

E como a doutrina, em sua absoluta maioria, afirma que o conceito de boa-fé consagrado no art. 187 do Código Civil de 2002, é o da boa-fé objetiva²²⁵ – que difere conceitualmente da concepção subjetiva – basta, nesse instante, compreendê-la em suas frações, para que se possa caracterizar sua funcionalidade como limite ao exercício dos interesses juridicamente protegidos.

²²⁴ Ver, neste particular HARVEY, **Los limites del capitalismo y la teoria marxista**.

²²⁵ Cite-se, como síntese do pensar doutrinário neste particular as seguintes afirmações: MOREIRA, op. cit., p. 131: “Em todo caso, deve entender-se que a lei fez menção à chamada boa-fé objetiva, àquela que se manifesta por meio do comportamento do agente, o qual deve ser leal, correto, isento de contradições suscetíveis de induzir em erro outra pessoa”; BOULOS, Daniel M. Op. cit. P. 180. “A boa-fé a que alude o artigo 187 do Código Civil é a boa-fé objetiva”.

Dito de outro modo: limita-se a pesquisa às feições objetiva e subjetiva da boa-fé, relevando a primeira como a definidora da figura consagrada no art. 187 do Código Civil Brasileiro.

O conceito de boa-fé é bastante amplo e indefinido. Segundo Maria Fernanda Ekdahl Escobar,

poucos conceitos têm demandado tanto uma definição, já que existe muita confusão a respeito. Mesmo o seu conteúdo, fundamentos, pressupostos, são na maioria das vezes imprecisos ou simplesmente desconhecidos. Seus limites, vagos e intuitivamente configurados²²⁶,

o que acarreta, segundo a mesma autora, “muita insegurança (...), posto que toda disciplina social exige um certo grau de certeza”²²⁷.

Está-se diante, portanto, de mais um conceito jurídico indeterminado, que compete ao juiz concretizar, considerando, para tanto, o seu conteúdo e fundamento²²⁸ em cada caso concreto.

A doutrina, de toda maneira, contribui para tão árdua tarefa ao divisar a boa-fé sob duas diferentes feições: a objetiva e a subjetiva.

Falar-se-á, primeiro, da concepção subjetiva.

Apresentar de forma plena e completa a dimensão do significado de tal construção teórica²²⁹, é tarefa extremamente complexa e que exagera aos interesses deste estudo. Basta, neste instante, enunciar a sua “*definiens*”²³⁰ e diferenciá-la da outra face, a objetiva, que é à que remete o art. 187 do CCB.

Consoante Judith Martins-Costa:

A expressão ‘boa-fé subjetiva’ denota ‘estado de consciência’, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé

²²⁶ ESCOBAR, **La doctrina de los actos propios : El deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas**. p. 26. Tradução livre para: “Pocos conceptos hay tan necesitados de precisión, por cuanto existe mucha confusión al respecto; su mismo contenido, fundamentos, presupuestos, son la mayor parte de las veces imprecisos o simplemente desconocidos; sus límites, vaga e intuitivamente configurados.”

²²⁷ Ibid. Tradução livre para: “mucha inseguridad (...), puesto que toda disciplina social exige um cierto grado de certeza”.

²²⁸ MOREIRA, op. cit. p. 131.

²²⁹ Como bem elucida CORDEIRO, op. cit. p 412-413.

²³⁰ Conceituado por WARAT, op. cit. p. 7. “O signo que intentamos definir é chamado de *definiendum* e o conjunto de símbolos usados para explicar seu significado é denominado *definiens*.”

subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem²³¹.

Trata-se, pois, a boa-fé subjetiva, de “uma qualidade reportada ao sujeito”²³². Uma figura jurídica “vinculada à ética. Ao comportamento reto e probó da pessoa”²³³. Um “estado de ignorância, de crença errônea (ainda que escusável), de uma pessoa que se crê titular de um direito, mas que, em princípio, não o é, ou ainda que ignora estar lesando o direito alheio”²³⁴.

De acordo com o autor português Menezes Cordeiro:

o dado histórico-cultural que informa a boa-fé subjetiva (...), advém da velha *bonae fidei possessio*. Esta noção, firmada no *Corpus Iuris Civilis*, desenvolveu-se, como se viu, no Direito comum da recepção e proliferou no direito canônico. Com um mínimo de alterações intrínsecas – mas sofrendo, de modo inevitável, o evoluir do próprio sistema – ela atravessa as ordenações, o Código de Seabra e mantém-se firme da codificação civil de 1966. Em todo esse percurso, a boa-fé possessória expandiu-se na horizontal, surgindo noutros institutos. (...) Conhecendo a evolução milenar da figura, (...) não é ousado vaticinar que as manifestações dispersas da boa-fé subjetiva representam adaptações mais ou menos extensas no núcleo conceitual da boa-fé possessória²³⁵.

No Brasil, a exemplo de Portugal, a boa-fé subjetiva também encontra gênese na figura da boa-fé possessória. O art. 490 do revogado Código Civil de 1916 dispunha que “É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito, possuído”.

Interpretando a regra, Joel Dias Figueira Junior, afirmou que:

dentro dos contornos estabelecidos pelo legislador, a boa-fé [possessória] significa o estado de subjetividade (*o animus*) em que se encontra o possuidor, correspondente ao desconhecimento de qualquer dos vícios da posse (violência, clandestinidade, ou precariedade) ou de obstáculos (permissão ou tolerância), impeditivos à sua aquisição²³⁶.

Em outras palavras, que a boa-fé subjetiva está intimamente vinculada ao sujeito e à sua conduta volitiva.

Foi, certamente, a mais contundente manifestação da boa-fé subjetiva consignada no Código Civil de 1916 e que influenciou outras manifestações

²³¹ MARTINS-COSTA, **A boa-fé no direito privado**. p. 411.

²³² CORDEIRO, op. cit. p. 407.

²³³ MEIRELES, op. cit. p. 55.

²³⁴ BARACAT, **A boa-fé no direito individual do trabalho**. p. 51.

²³⁵ CORDEIRO, op. cit. P. 413-414.

²³⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, **Posse e ações possessórias: Fundamentos da posse**. p. 251.

legislativas, como, por exemplo, o disposto no art. 17 do Código de Processo Civil brasileiro, em que a boa-fé se opõe à figura da má-fé, considerada como a intenção deliberada de causar prejuízo a terceiro.

Mas em que pese tenha persistido no *novel* Código Civil, que também consagra idêntica regra, reproduzindo-a no art. 1.201, sua influência não repercutiu no artigo 187 do Código Civil de 2002, visto que, como dito alhures, houve nítida opção pela boa-fé objetiva.

Como a boa-fé subjetiva – ilustrada pela regra possessória - “aparece contraposta à má-fé, em que se verifica uma ignorância por parte do agente”²³⁷, e uma conduta ética “na qual se exige que este estado de ignorância seja desculpável, pois aquele que agiu culposamente não pode ser equiparado a quem agiu com prudência”²³⁸, conclui Rosalice Fidalgo Pinheiro que “este delineamento traçado à boa-fé subjetiva coincide com aquele esboçado para o abuso do direito, na primeira fase de desenvolvimento de sua teoria”²³⁹, mas não para o atual estágio de seu progresso, em que se prescinde da investigação da intenção do agente para definir a irregularidade.

Assim como no direito português, em que a doutrina afirma que “O artigo 334º prevê a boa-fé objetiva. Não versa fatores atinentes, diretamente, ao sujeito, mas antes elementos que, enquadrando o seu comportamento, se lhe contrapõem”²⁴⁰, também no Brasil o disposto no art. 187 em nada se identifica com a concepção subjetiva do referido princípio.

Disse-se, à exaustão, que a contemporânea concepção do abuso do direito, espelhada no art. 187 do CCB, deriva da premissa de que:

os direitos, produtos sociais, como o mesmo direito objetivo, têm origem na sociedade e dela recebem seu espírito e sua finalidade; cada um se destina a um fim, do qual não pode o titular desviá-lo; foram criados para a sociedade e não a sociedade para eles; sua finalidade é extrínseca e superior aos próprios direitos; são, pois, não absolutos, mas relativos; devem ser exercidos no plano da instituição, ajustado ao seu espírito, sob pena de seguirem uma direção falsa; e o titular que os tenha, não usado, mas abusado, verá comprometida sua responsabilidade com a vítima de tal desvio de finalidade.²⁴¹

²³⁷ PINHEIRO, op. cit. p. 248.

²³⁸ Ibid.

²³⁹ Ibid., p. 248-249.

²⁴⁰ CORDEIRO, op. cit. p. 662.

²⁴¹ JOSSERAND, op. cit. p. 4.

Dessa premissa, conclui-se que é prescindível à configuração do abuso do direito a investigação da intenção do agente e do próprio dano. Importa, em verdade, o fim do exercício do interesse juridicamente protegido.

Sendo assim, é certo que a concepção da boa-fé subjetiva não se coaduna com proposta do novo Código Civil nesse particular, uma vez que não permite alcançar o objetivo traçado com a reprodução literal da regra lusitana, fruto da evolução científica dos ensinamentos franceses e germânicos²⁴².

Harmoniza-se melhor com o sistema jurídico brasileiro e com o atual momento histórico, a concepção doutrinária da boa-fé objetiva, que segundo Cunha de Sá, consiste em um:

princípio pelo qual o sujeito de direito deve atuar como pessoa de bem, honestamente e com lealdade. Não se trata já, como anteriormente [referindo-se à concepção subjetiva], de um estado ou situação de espírito que aquela regra (sic) impõe à vontade. Poderei traduzir melhor esta idéia dizendo que enquanto no primeiro sentido se visa uma atuação *em* boa-fé, agora o problema é antes o de uma atuação segundo a boa-fé e por ele se alude e se exprime genericamente o critério que deve presidir e orientar todo o comportamento do sujeito de direito, nomeadamente no exercício de todo e qualquer direito subjetivo²⁴³.

Judith Martins-Costa, ainda mais elucidativa, ensina que:

ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica²⁴⁴: a boa-fé como *regra de conduta* fundada na honestidade, na retidão, na lealdade, e, principalmente, *na consideração para com os interesses do 'alter'*, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional²⁴⁵.

A partir dessa concepção da boa-fé como padrão jurídico de conduta reta, honesta e leal, especialmente para com os demais, foi que se permitiu aos Juízes, conforme padrões morais ditados pela sociedade, atacar as condutas contraditórias dos sujeitos que no exercício dos seus direitos subjetivos não os respeitavam²⁴⁶.

²⁴² Cf. MEIRELES, op. cit. p. 56.

²⁴³ SÁ, op. cit. p. 171.

²⁴⁴ Que, segundo a própria MARTINS-COSTA, op. cit. p. 411, "é a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão".

²⁴⁵ Ibid., p. 412.

²⁴⁶ Cf. CORDEIRO, op. cit., p. 694-695

Coube à jurisprudência alemã do início do século XX papel singular, já que, segundo Menezes Corderio:

assistiu-se, antes [do desenvolvimento doutrinário] a uma sedimentação jurisprudencial (...) de situações tipicamente abusivas. O recurso aos bons costumes e à boa-fé intensificou-se em volta dessas situações típicas; no termo dum desenvolvimento setorial marcado pôde, então, falar-se em exercício inadmissível de direitos, reportado à boa-fé. A condenação jurídica do exercício inadmissível dos direitos derivou, inicialmente, da ponderação pontual de casos concretos, à luz de normas e princípios jurídicos. Presente em uma série de decisões, em prática jurisprudencial consagrada, pôde-se passar à elaboração de uma teoria jurídica do abuso. (...) O art. 334º [do Código Civil Português] recebeu o conceito cientificado.²⁴⁷

Embora a boa-fé objetiva não se limitasse a isso, não houve dúvida, a partir de então, que cumpriria, dentre outros escopos, uma função limitadora dos direitos subjetivos nos exatos termos do que hoje enuncia a locução esposada no art. 187 do Código Civil Brasileiro²⁴⁸.

Como, hodiernamente, pode-se “afirmar que o estado subjetivo, psicológico do titular do direito no momento do seu exercício não será levado em conta para se aferir a licitude ou ilicitude do seu comportamento consubstanciado no exercício de uma situação jurídica subjetiva”²⁴⁹, antes pelo contrário, bastará a análise do fim atingido pelo ato jurídico, nos exatos termos do que faziam e fazem os julgadores alemães, também no Brasil é esta a concepção de boa-fé que orienta a teoria do abuso do direito.

Cinco são, segundo a doutrina, as “situações apuráveis objetivamente, que conduzem ao abuso do direito a partir da boa-fé objetiva (...): o *venire contra factum proprium*, a inalegabilidade das nulidades formais, a *suppressio*, o *tu quoque* e o desequilíbrio no exercício jurídico”²⁵⁰.

Segundo Menezes Cordeiro a “locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente”²⁵¹.

²⁴⁷ CORDEIRO, op. cit., p. 695.

²⁴⁸ Embora, segundo MEIRELES, op. cit. p. 57, a doutrina mencione “em consenso, que a boa-fé objetiva possui três funções distintas, numa relação obrigacional, a saber: a) como instrumento “hermenêutico-integrativo” do contrato; b) como norma de criação de deveres jurídicos; e, c) como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos” interessa, a este trabalho, apenas a terceira.

²⁴⁹ BOULOS, op. cit. p. 182.

²⁵⁰ MEIRELES, op. cit. p. 68.

²⁵¹ CORDEIRO, op. cit. p. 742.

Ainda conforme esse autor, a fórmula demanda “dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo”²⁵².

Como se vê, diversas são as possibilidades de aplicação da regra em comento e, portanto, difícil é a sua sistematização, uma vez que a amplitude de hipóteses alarga substancialmente o conceito colocando em risco sua validade científica²⁵³.

É justamente para mitigar esse risco que a doutrina, sintetizada nas palavras de Menezes Cordeiro, apregoa que:

só se considera como *venire contra factum proprium* a contradição direta entre a situação jurídica originada pelo *factum proprium* e o segundo comportamento do autor. Por outro lado, afasta-se, também, (...) a hipótese de o *factum proprium*, por integrar os postulados da autonomia privada, surgir como ato jurídico que vincule o autor em termos de o segundo comportamento representar uma violação desse dever específico; acionar-se-iam, então, os pressupostos da chamada responsabilidade obrigacional e não os do exercício inadmissível de posições jurídicas²⁵⁴.

Vale dizer:

o *venire contra factum proprium* pode se revelar em duas situações: a) quando uma pessoa, sem se vincular contratualmente, manifesta a intenção de não praticar determinado ato e, depois, pratica-o; e b) quando uma pessoa, sem, também, se vincular especificamente, declara que irá adotar determinada conduta e, depois, nega-se a adotá-la²⁵⁵.

Essas hipóteses, conforme Menezes Cordeiro, supõem sub-modalidades assim agrupadas:

pode ordenar-se a vasta casuística existente em três grupos. Num primeiro, o titular manifesta a intenção de não exercer um direito potestativo, mas exerce-o. Num segundo, o titular indica não exercer um direito subjetivo comum, mas exerce-o. (...) No terceiro, finalmente, a pessoa age ao abrigo de uma permissão genérica de atuação e não de um direito subjetivo, potestativo ou comum; nesse âmbito – autonomia privada, liberdade de deslocamento, por exemplo – declara não tomar determinada atitude mas

²⁵² CORDEIRO, op. cit. p. 745.

²⁵³ Cf. MARTINS-COSTA, op. cit. p. 470. “Por esta definição e pelos requisitos que contém já se vê que duas dificuldades, pelo menos, cercam a sua operatividade. A primeira diz respeito ao seu âmbito de delimitação e a segunda concerne à articulação com a boa-fé objetiva. Quanto à delimitação do princípio, a dificuldade decorre de uma constatação elementar: não é possível ao direito vedar, de forma absoluta, as contradições da conduta humana”.

²⁵⁴ CORDEIRO, op. cit. p. 746.

²⁵⁵ MEIRELES, op. cit. p. 69.

acaba por assumi-la. Esta hipótese de *venire contra factum proprium* não tem sido suficientemente esclarecida pela doutrina e pela jurisprudência.²⁵⁶

Em qualquer desses casos, se o agente adotar conduta contraditória à que se vinculou em ato anterior, ainda que informalmente, e, com isso, lesar terceiro, especialmente em relações obrigacionais, abusará do seu direito por violar o princípio da boa-fé objetiva.

Não há, esclareça-se, que se investigar “a má-fé ou negligência culpável como elementos da expectativa criada na contraparte”²⁵⁷, para que se certifique a ilegalidade do ato deflagrado contraditoriamente à conduta anterior. Ao contrário, basta a constatação da violação à expectativa causada à contraparte pelo *factum proprium* deflagrado preambularmente.

“A proibição do *venire contra factum proprium* não tem por escopo preservar a conduta inicial, mas antes sancionar a própria violação objetiva do dever de lealdade para com a contraparte”²⁵⁸.

O seu fundamento, portanto, afirma Judith Martins-Costa:

reside na proteção da confiança da contraparte, a qual se concretiza, neste específico terreno, mediante a configuração dos seguintes elementos objetivos e subjetivos: a) a atuação de um fato gerador de confiança, nos termos em que esta é tutelada pela ordem jurídica; b) a adesão da contraparte – porque confiou – neste fato; c) o fato de a contraparte exercer alguma atividade posterior em razão da confiança que nela foi gerada; d) o fato de ocorrer, em razão de conduta contraditória do autor do fato gerador da confiança, a supressão do fato no qual fora assentada a confiança, gerando prejuízo ou iniquidade insuportável para quem confiara.²⁵⁹

Dito de outro modo: a regra da *venire contra factum proprium* está manifestamente vinculada à boa-fé objetiva, porquanto “não se requer culpa, por parte do titular exercente, na ocorrência da contradição”²⁶⁰. Aliás, ao contrário, basta a violação ao padrão jurídico de conduta reta, honesta e leal, especialmente para com os demais, vinculada à postura sugerida no ato próprio.

Sendo assim, tal qual no direito alemão e no direito português - especialmente neste último em que se afirma que “a base legal para uma aplicação da doutrina da confiança, (...) por forma a vedar o *venire contra factum proprium*, nas suas

²⁵⁶ CORDEIRO, op. cit., p. 747-748.

²⁵⁷ MARTINS-COSTA, op. cit. p. 470.

²⁵⁸ Ibid., p. 471.

²⁵⁹ Ibid.

²⁶⁰ CORDEIRO, op. cit. p. 761.

manifestações mais correntes, reside no art. 334.^o, e, de entre os elementos nele enunciados, na boa-fé²⁶¹ – também no direito brasileiro é vedado agir contra ato próprio, especialmente quando prejudicial a terceiros, visto que abusiva nos termos do art. 187 do Código Civil Brasileiro.

Ressalte-se, todavia,

que não se pode (...) ir tão longe nessa via que, ao *factum proprium*, se dê mais consistência do que ao próprio negócio jurídico: também este, afinal e por maioria de razão, suscita, no espaço jurídico, confiança digna de proteção e, não obstante, cede perante vetores que, em casos determinados, se apresentem com peso maior²⁶².

Há, pois, que se ponderar casuisticamente quando há abuso do direito, consubstanciado nos elementos objetivos e subjetivos acima enunciados, e quando há singela e aparente contradição incapaz de alterar o negócio jurídico anterior, sob pena de violar a segurança jurídica que o ampara.

Aliás, para Judith Martins-Costa:

a proibição de toda e qualquer conduta contraditória seria, mais que uma abstração, um castigo. Estar-se-ia a enrijecer todas as potencialidades da surpresa, do inesperado e do imprevisto na vida humana. Portanto, o que o princípio (sic) proíbe como contrário ao interesse digno de tutela jurídica é o comportamento contraditório que mine a relação de confiança minimamente necessária para o bom desenvolvimento do tráfico negocial.²⁶³

Caberá, portanto, ao Juiz, o dever de avaliar criteriosamente os casos que lhe forem apresentados e certificar quando houve abuso do direito por violação ao princípio da boa-fé, consubstanciado na hipótese de *venire contra factum proprium*.

A segunda situação apontada pela doutrina como hipótese de violação da boa-fé objetiva é a que se convencionou chamar de *inalegabilidade das nulidades formais*.

Trata-se da hipótese “em que a pessoa, sabendo da exigência formal (requisito ou solenidade), concretiza o negócio jurídico mesmo não satisfazendo o requisito estabelecido na lei. Nesse caso, não pode alegar a nulidade formal para se desobrigar de cumprir o acertado”²⁶⁴.

De acordo com Menezes Cordeiro,

²⁶¹ CORDEIRO, op. cit. p. 760.

²⁶² Ibid., p. 761.

²⁶³ MARTINS-COSTA, op. cit. p. 470.

²⁶⁴ MEIRELES, op. cit. p. 71.

as ordens jurídicas da atualidade vivem, em teoria, dominadas pelo princípio da consensualidade na formação dos atos jurídicos: a simples exteriorização da vontade das pessoas, efetuada por qualquer meio idôneo, é suficiente para integrar as previsões normativas relacionadas com a autonomia privada²⁶⁵.

Essa é a regra que tutela os negócios jurídicos no direito brasileiro, como se infere do Código Civil Brasileiro, que exige para a validade do ato a exteriorização por agente capaz, a licitude do objeto e forma lícita não defesa em lei.

A mesma regra, no entanto, presume a existência de formas especiais, solenes e, em princípio, necessárias à validação do negócio jurídico. E “quando a forma prescrita não é assumida nas declarações das partes, o direito nega-lhe, salvo exceções, o reconhecimento jurídico, cominando com a nulidade”²⁶⁶.

Essas exceções estão pautadas nas mesmas razões éticas e sociais que amparam a teoria do *venire contra factum proprium*, isto é, a confiança gerada na contraparte e a tutela do que age em boa-fé.²⁶⁷

Assim,

a despeito de disposições legais formais específicas para determinados atos, ‘o seu desrespeito não concita, nos níveis ético, psicológico e social, a reprovação enérgica que o direito lhe conecta’, justificando em algumas hipóteses – quando a decretação de nulidade atentasse contra a boa-fé – a impossibilidade de se alegar a nulidade em razão da não observância da forma²⁶⁸.

São diversas as hipóteses em que a lei exige o respeito a formas pré-estabelecidas e solenes de convalidação do negócio jurídico, sob pena de nulidade.

Uma das mais conhecidas no âmbito do direito civil, diz respeito aos contratos particulares de compra e venda de bens imóveis sem o respectivo registro nos órgãos públicos competentes. Em princípio, a lei brasileira exige o registro do ato negocial junto ao órgão competente como requisito formal indispensável a aquisição do direito de propriedade.

É o meio pelo qual o adquirente torna pública a solenidade do ato e impõe aos terceiros o seu direito de usar, gozar, fruir e dispor do bem de forma ampla, mas responsável.

²⁶⁵ CORDEIRO, op. cit. p. 771.

²⁶⁶ Ibid.

²⁶⁷ Ibid.

²⁶⁸ BARACAT, op. cit. p. 215.

A jurisprudência, no entanto, diante de um sem número de hipóteses em que houve a tradição do bem por meio de contrato particular de compra e venda, manifestou-se no sentido de admitir como socialmente adequada a convalidação do ato²⁶⁹, afastando assim a nulidade tida por relativa, impondo à parte que argüia a nulidade o ônus de arcar com a sua declaração de vontade.

Mais do que isso, em razão da boa-fé, ao terceiro que assim age e que adquiriu o imóvel mesmo sem dar publicidade ao negócio jurídico por meio da forma solene prescrita em lei²⁷⁰, a jurisprudência também garante o direito de opor *erga omnes* o seu título de propriedade, defendendo-a inclusive judicialmente se necessário.

É evidente que a exceção como tal é tratada e que caberá ao terceiro de boa-fé comprovar a licitude de sua conduta em casos possíveis de fraude contra credores ou à execução, os quais extrapolam os limites deste trabalho.

Entretanto, de toda maneira, pela regra da *inalegabilidade das nulidades formais*, a parte contratante que sabia da exigência legal do registro da tradição do bem imóvel como forma prescrita em lei e ainda assim não a cumpriu, não poderá, em princípio, vindicar a declaração de nulidade do negócio jurídico com base na ausência de tal requisito, ainda que se arrependa de sua manifestação de vontade, já que se assim proceder violará o princípio da boa-fé e abusará do seu direito.

No âmbito do direito do trabalho, também há hipóteses em que a lei exige formas solenes para a convalidação dos negócios jurídicos, tais como o contrato de trabalho com o menor e com o atleta profissional de futebol.

No primeiro caso, Edilton Meireles cita:

²⁶⁹ É o que se infere, por exemplo, do teor da Súmula 84 do C. STJ, *in verbis*: “E admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”, disponível no [sítio http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=285](http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=285), acesso em 20, dez., 2008.

²⁷⁰ Cf. SANTANA DE MELO, Marcelo Augusto. **Breves anotações sobre o registro de imóveis**. Disponível no sítio <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5669>, acesso em 20, dez. 2008. Para quem “O Código Civil de 2002 outorgou maior importância aos registros públicos, consagrou princípios registrários, confirmando a importância do Registro de Imóveis no Brasil e corrigindo algumas imperfeições, mas de um modo geral manteve a mesma linha do anterior. No artigo 1.227 foi taxativo afirmando que os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos.

o exemplo do empregador que contrata menor de 14 anos como empregado e, contraditoriamente, depois procura eximir-se de seu compromisso alegando a invalidade legal. Aqui estamos diante de uma situação na qual o empregador se obriga a pagar os salários e outras vantagens e, depois, nega-se a satisfazer as obrigações assumidas, invocando uma nulidade formal (incapacidade do menor). Em tais casos, diante do direito brasileiro, a conduta a ser exigida da pessoa, por violar norma de ordem pública, não gera a outra parte qualquer perspectiva de confiança, pois esta também está sujeita à mesma norma, que veda a sua conduta ou a tem como nula (no exemplo, o menor ser empregado). Esse entendimento, no entanto, apenas se opera diante das nulidades absolutas. Diante das nulidades relativas, esse mesmo entendimento não tem aplicação. (...) Tais distinções se fazem necessárias, pois, diante da nulidade absoluta, o ato jurídico não surte efeitos, devendo retornar aos *status quo ante*, resolvendo-se, se for o caso, em perdas e danos. Já diante da nulidade relativa, o ato ou negócio jurídico passa a ser tido como válido, gerando todos os seus efeitos naturais, caso, quem queira se aproveitar da nulidade, tenha agido com plena consciência no momento de se obrigar e, a quem aproveita a manutenção da obrigação, tenha agido em boa-fé subjetiva.²⁷¹

Eduardo Milléo Baracat, ao abordar a hipótese do contrato de emprego do atleta profissional de futebol, leciona que a entidade de prática desportiva empregadora que desrespeitar o art. 34 da Lei 9.615/98 e não “registrar o contrato de trabalho do atleta profissional na entidade de administração nacional da respectiva modalidade desportiva”, não poderá, em momento seguinte, “alegar a seu favor que a ausência de instrumento inviabilizou a formação do contrato de trabalho, tendo em vista a inalegabilidade de nulidades formais, que decorre da boa-fé, e impede que o empregador se beneficie da própria infração”²⁷².

A nulidade, em ambos os casos, é relativa e não é social e eticamente adequado afirmar que o negócio jurídico deflagrado não tenha criado estado de expectativa e confiança na contraparte, o que, por óbvio, afasta a aplicação daquela e atrai a regra do art. 187 do Código Civil Brasileiro.

Situação diversa se observa nos casos dos negócios jurídicos que ofendem norma de ordem pública e que acarretam nulidade absoluta. Exemplo comum no âmbito do direito do trabalho e do direito administrativo são os casos de admissão de servidores sem a prévia aprovação em concurso público, nos termos do que dispõe o art. 37, II, da Constituição Federal de 1988²⁷³.

Nesses casos, não se gera na contraparte confiança ou expectativa válida de que manterá o cargo público, visto que o requisito é indispensável à convalidação do

²⁷¹ MEIRELES, op. cit. p. 72.

²⁷² BARACAT, op. cit.. 216.

²⁷³ Cf. MEIRELES, op. cit. p. 71.

negócio jurídico, segundo já se pronunciaram os tribunais superiores, inclusive o Tribunal Superior do Trabalho, como se infere de suas súmulas 331, IV.

Nessa situação, conforme a doutrina e a jurisprudência majoritária, não há, em princípio, violação a boa-fé objetiva, tão pouco abuso do direito²⁷⁴.

Portanto, conclui-se que, salvo nas hipóteses de violação a normas de ordem pública, em toda circunstância que o juiz verificar que um dos contratantes, mesmo sabendo da exigência formal de validade do ato, não o perfaz e posteriormente argüi nulidade para se desobrigar de cumprir a obrigação, independentemente da inquirição de sua culpa, dolo ou intenção de causar prejuízo à contraparte, não poderá dela se beneficiar uma vez que abusará do seu direito por confronto à boa-fé.

A terceira hipótese de abuso do direito por violação à boa-fé objetiva, é a que a doutrina denomina de “*suppressio e surrectio*”²⁷⁵ que derivam da figuras jurídicas alemãs definidas pela palavras “*verwirkung*”²⁷⁶ - que quer significar “uma perda merecida do direito”²⁷⁷ – e “*erwirkung*”²⁷⁸ que é o oposto.

Entende-se por “*suppressio* a situação do direito que, não tendo sido em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé”²⁷⁹.

Criação jurisprudencial alemã²⁸⁰, a *suppressio* possui três “requisitos para a sua configuração: a omissão no exercício do direito, o transcurso de um determinado período, geralmente variável”²⁸¹ e “indícios objetivos de que esse direito não mais seria exercido”²⁸².

Além disso, “outro aspecto do regime da *suppressio*, focado com insistência na doutrina, é a desnecessidade de culpa ou de quaisquer outros elementos ditos subjetivos, por parte do titular não-exercente”²⁸³, bastando a violação à boa-fé manifesta na coexistência dos elementos acima enunciados.

²⁷⁴ Ibid.

²⁷⁵ MEIRELES, op. cit. p. 72.

²⁷⁶ BORDA, **La teoría de los actos propios**. p. 42.

²⁷⁷ Cf. MEIRELES, op. cit. p. 73. Que cita “GOTTSCHALK, Egon Félix, como o primeiro jurista brasileiro a tratar desse instituto na doutrina nacional, destacando sua importância, em especial para o direito do trabalho.”

²⁷⁸ CORDEIRO, op. cit. p. 817.

²⁷⁹ Ibid., p. 796.

²⁸⁰ Ibid., p. 798.

²⁸¹ MEIRELES, op. cit. p. 73.

²⁸² CORDEIRO, op. cit. p. 810.

²⁸³ Ibid., p. 811-812.

Segundo Menezes Cordeiro, “o regime preciso da *suppressio*, tal como é hoje entendida, (...) não tem codificação fácil. Tendencialmente pode-se afirmar que todos os direitos subjetivos lhe são sujeitos”²⁸⁴, exceto os que possuem curto prazo prescricional, sendo “necessário um determinado período de tempo sem exercício do direito e (...) indícios objetivos de que esse direito não seria mais exercido”²⁸⁵.

Vale dizer: toda vez que o titular de um direito subjetivo não o exerce por certo tempo, ainda que não haja prescrição, e exterioriza elementos objetivos que fazem crer à contraparte que não o fará mais e, depois, o faz, viola a boa-fé objetiva e abusa do seu interesse juridicamente protegido.

O conceito da referida figura jurídica é bastante impreciso e pode conduzir a confusões comuns, como por exemplo, conflito com os conceitos de prescrição, renúncia tácita e caducidade.

Ensina Alejandro Borda, no entanto, que a *suppressio*

deve ser divisada da prescrição e da renúncia tácita. Esta requer voluntariedade negocial e a possibilidade de que o renunciante possa demonstrar que esta declaração de vontade não existiu, com o que se mancha o efeito extintivo; a *verwirkung*, ao contrário, se funda na boa-fé²⁸⁶

objetiva.

Já com relação à prescrição, afirma o autor argentino que esta e a *suppressio*

têm em comum a necessária omissão do exercício de um direito por um período e que dito transcurso de tempo possui uma eficácia destruidora dos direitos, mas a última se diferencia porque requer, ademais, que a conduta omissiva torne inadmissível e abusivo o exercício do direito, (...) devendo o tempo ser determinado e valorado pelo juiz conforme as circunstâncias do caso²⁸⁷.

Assim,

²⁸⁴ Ibid., p. 810.

²⁸⁵ Ibid.

²⁸⁶ BORDA, op. cit. p. 43. Tradução livre para: “Esta figura debe ser distinguida de la prescripción (...) y de la renuncia tácita. Ésta requiere de una voluntad negocial y l posibilidad de que el renunciante pueda demostrar que esa declaración de voluntad no existió, con lo que se borra el efecto extintivo; la *verwirkung*, en cambio, se fuenda en la buena fe”.

²⁸⁷ Ibid., p. 47. Tradução livre para: “la prescripción y la *verwirkung* tienen en común la necesaria omisión del ejercicio de un derecho por un período y que dicho transcurso del tiempo posee una eficácia destructora de derechos, pero la última se diferencia en que requiere, además, que la conducta omisiva haga inadmisibile y abusivo el ejercicio del derecho (...) debiendo el tiempo ser determinado y valorado pelo juiz conforme as circunstâncias do caso”.

o período [para o exercício do direito] pode ser menor que o requerido pela prescrição e, ainda assim, poderá opor-se a *suppressio* ao titular de um direito que ainda não esteja prescrito, mas que em razão de seu silêncio e do transcurso do tempo tenha criado uma aparência tal que outra pessoa – confiando nesta aparência – haja atuado de acordo com ela²⁸⁸.

Ou seja: a *suppressio* age como manifestação de violação à boa-fé quando a prescrição ainda não agiu.

Também não há identidade com a caducidade, pois “a rigor, não se trata de caducidade, tal como entendido no direito brasileiro, porque a posição jurídica está submetida a um regime de prazo expressamente regulado”²⁸⁹, tal como acontece com a prescrição.

Sendo assim, é inegável que a *suprressio*, no direito brasileiro, é manifestação de boa-fé objetiva e figura como limitação ao exercício de interesses juridicamente protegidos.

Corroborando tal afirmação, no âmbito do direito do trabalho, o exemplo

do perdão tácito do empregado faltoso. Neste caso, o empregador que, tendo conhecimento da falta justificadora da despedida, deixa passar certo tempo sem exercer seu direito de romper o contrato unilateralmente, de forma motivada, decai do mesmo, sem com isso criar qualquer direito subjetivo para a contraparte²⁹⁰.

A *surrectio*, por seu turno, não difere substancialmente da *suppressio*, pois enquanto esta “faz desaparecer um direito que não corresponde à efetividade social”²⁹¹, aquela “faz surgir um direito não existente antes, juridicamente, mas que, na efetividade social, era tido como presente”²⁹², tendo como titular a contraparte.

A única distinção é que na *surrectio* “estar-se-ia diante de uma situação de extinção do direito do não-exercente [*suppressio*] pela constituição de direito por parte de outrem”²⁹³.

No âmbito do direito do trabalho, o exemplo citado por Edilton Meireles sintetiza a aplicação da *surrectio*:

²⁸⁸ Ibid. Tradução livre para: “el período puede ser menor al requerido por la prescripción y, por tanto, podrá oponerse la *verwirkung* al titular de un derecho que aún no há prescripto pero que con su silencio y el transcurso del tiempo ha creado una apariencia tal que otra persona – confiando em esa apariencia – haya actuado consecuentemente”.

²⁸⁹ MEIRELES, op. cit. p. 73.

²⁹⁰ Ibid., p. 74.

²⁹¹ CORDEIRO, op. cit. p. 816.

²⁹² Ibid.

²⁹³ MEIRELES, op. cit. p. 74.

exemplificar hipótese de *surrectio* com aquela situação na qual o empregador, tendo contratado com o empregado o direito de fiscalizar as mensagens remetidas pelas vias eletrônicas, através dos computadores da empresa, jamais exerce essa faculdade, gerando um direito subjetivo para o empregado em não ter suas mensagens violadas. O empregado adquire essa vantagem a partir do não exercício do direito por parte do empregador, que gera um estado de confiança no trabalhador (no caso, em poder mandar mensagens sem violação).²⁹⁴

Tal qual na teoria da *venire contra factum proprium*, também nas teorias da *surrectio* e *suppressio*, o que se visa a tutelar é a confiança criada na contraparte.

A quarta hipótese corriqueiramente citada pela doutrina é a fórmula *tu quoque* que para Menezes Cordeiro “traduz, com generalidade, o aflorar de uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído”²⁹⁵, pois “fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir exigir a outrem o seu acatamento”²⁹⁶.

Ainda segundo esse autor, “nenhuma das codificações compreende uma consagração expressa e de alcance geral da fórmula *tu quoque*”²⁹⁷. O que não quer dizer que não tenha aplicabilidade. Antes pelo contrário, a ausência de previsão legal expressa, inclusive no direito brasileiro, “não tem impedido a sua aplicação nos diversos sistemas jurídicos, nos quais é revelada a partir da integração sistemática do contrato e do princípio da boa-fé objetiva”²⁹⁸.

Aplicável às relações contratuais, também no direito brasileiro, o *tu quoque* encontra amparo jurisprudencial e reflete o princípio da boa-fé objetiva consagrado nos artigos 187 e 422 do Código Civil.

Fruto da construção jurisprudencial alemã²⁹⁹, no Brasil, a *tu quoque* tem sido compreendida como “a deslealdade contratual mútua”³⁰⁰ em que é vedado “ao contratante que já violou o contrato a possibilidade de exigir a rescisão (e conseqüente indenização) do contrato pelo não cumprimento das obrigações pela outra parte, desde que lhe sejam posteriores”³⁰¹.

²⁹⁴ Ibid.

²⁹⁵ CORDEIRO, op. cit. p. 837.

²⁹⁶ Ibid.

²⁹⁷ Ibid.

²⁹⁸ MARTINS-COSTA, op. cit. p. 461.

²⁹⁹ Ibid.

³⁰⁰ MEIRELES, op. cit. p. 75.

³⁰¹ Ibid.

Segundo Rosalice Fidalgo Pinheiro, “a deslealdade subjacente em tais situações demonstra a violação ao princípio da boa-fé”³⁰², e diante disso, atrai a aplicação da regra do art. 187 do Código Civil Brasileiro.

Também aqui não se exige a investigação da intenção do agente, mas apenas a violação às regras éticas e morais de retidão, probidade e lealdade para com o *alter* contratual. Por isso, não se nega que a fórmula se apresente como manifestação da boa-fé objetiva e regra limitadora do exercício dos direitos subjetivos.

Por fim, a última manifestação da boa-fé ordinariamente citada pela doutrina é a que se cognomina de “desequilíbrio no exercício jurídico”³⁰³.

Conforme Menezes Cordeiro, “a idéia de desequilíbrio no exercício traduz um tipo extenso de atuações inadmissíveis de direitos. Abrigam-se, a ela, subtipos variados de conjunturas abusivas, próximas por, em todas, haver despropósito entre o exercício do direito e os efeitos dele derivados”³⁰⁴.

Essa variedade de hipóteses, consoante o mesmo autor, pode ser genericamente classificada em três grupos que são os seguintes: “o exercício inútil danoso; a conjunção de situações implicada no brocardo *dolo agit qui petit quod statim redditurus est* e a desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem”³⁰⁵.

O exercício inútil danoso é aquele em que

o titular exerce um direito, dentro do âmbito de permissão conferida pela norma jurídica, mas não retira qualquer benefício pessoal, apenas o faz para causar dano a outrem. Constituem, em verdade, os atos emulativos que já estiveram na base inicial da concepção do abuso do direito e hoje encontram-se em franco regresso³⁰⁶,

com a adoção generalizada da teoria objetiva do abuso.

O *dolo agit qui petit quod statim redditurus est*, por sua vez, “consiste na valoração do comportamento de uma pessoa que exige algo, mas que em seguida deverá restituir, tornando-se, portanto, inútil para ela e danoso para a contraparte”³⁰⁷. É, de acordo com Edilton Meireles, a conduta espelhada no seguinte

³⁰² PINHEIRO, op. cit. p. 275.

³⁰³ PINHEIRO, op. cit. p. 275.

³⁰⁴ CORDEIRO, op. cit. p. 853.

³⁰⁵ Ibid.

³⁰⁶ PINHEIRO, op. cit. p. 276.

³⁰⁷ Ibid.

exemplo: “exigir a devolução do que se pagou a maior ao empregado para, logo depois, pagar o salário, devolvendo o dinheiro”³⁰⁸.

Por fim, “a desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem” que constitui

o mais promissor dos subtipos integrados no exercício em desequilíbrio, [visto que] integram-se, aqui, situações como o desencadear de poderes-sanção por faltas insignificantes, a atuação de direitos com lesão intolerável de outras pessoas e o exercício jus subjetivo sem consideração por situações especiais³⁰⁹.

Manifestam-se como exemplos de desproporcionalidade no direito do trabalho: a punição demasiadamente severa aplicada ao empregado que comete falta insignificante, tal como a aplicação de pena de justa causa em face do empregado que se atrasa dez minutos; a violação à intimidade, quando desnecessária e injustificada a revista íntima deflagrada; ou, por fim, quando se exige da gestante ou do menor desempenho elevado em atividades incompatíveis com as suas condições físicas e psíquicas³¹⁰.

Além dessa, é exemplo de “desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem”, o abuso do direito de ação possessória desviado de sua finalidade e utilizado como remédio apto a inviabilizar, objetivamente, o exercício do direito de greve, uma vez que há a atuação de direitos com lesão intolerável de outras pessoas e o exercício jus subjetivo sem consideração por situações especiais.

Essa situação, aliás, será avaliada com mais vagar adiante.

De toda maneira, sempre que uma dessas hipóteses se fizer presente, o que, por óbvio, comete ao juiz certificar, há que se rechaçar a conduta deflagrada em razão da violação à boa-fé objetiva e, conseqüentemente, declarar o abuso do direito, nos termos do art. 187 do Código Civil Brasileiro.

É certo que as situações jurídicas aqui apresentadas não são taxativas e não esgotam as possibilidades de violação ao princípio da boa-fé, já que como dito anteriormente, o conceito é propositadamente amplo e indeterminado. Servem apenas como exemplos de como a jurisprudência e a doutrina têm se posicionado a

³⁰⁸ MEIRELES, op. cit. p. 76.

³⁰⁹ CORDEIRO, op. cit. p. 857.

³¹⁰ Cf. MEIRELES, op. cit. p. 76-77.

respeito da figura do abuso do direito fundada na boa-fé objetiva e como sua definição é multifacetada.

Como não é escopo deste trabalho esgotar a temática da boa-fé, mas apenas compreendê-la segundo a sua função limitadora do exercício dos direitos subjetivos, as linhas anteriores bastam ao desiderato.

2.5 CONCLUSÃO DO SEGUNDO CAPÍTULO

Definidos os contornos, a história, o conceito e os elementos que compõem a figura do abuso do direito, conclui-se a primeira etapa da pesquisa.

Impõe-se, agora, a análise da aplicação da teoria no âmbito do direito processual, mais precisamente, no exercício do direito de um das denominadas ações possessórias.

Tal desiderato demanda uma investigação preliminar a respeito da ação em si; dos seus elementos conformadores e seus limites. Em seguida, faz-se mister observar um grupo especial de ações denominadas possessórias, estabelecendo seus conteúdos e peculiaridades.

Por fim, há que se perquirir como tem se posicionado a doutrina a respeito da aplicação da teoria do abuso no âmbito do direito processual e, em seguida, quais as ponderações a respeito do abuso do direito de ação.

É o que se tentará demonstrar no capítulo seguinte.

3 DO ABUSO DO DIREITO DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS

3.1 DO DIREITO DE AÇÃO

Durante séculos, doutrinadores estudaram a ação, ou *actio*, com a finalidade de explicar a natureza jurídica e os fundamentos que alicerçam essa figura jurídica de extrema importância.

A discussão suscitou, e, suscita até os tempos hodiernos, divergências substanciais, que ao contrário do que se possa imaginar, só servem a engrandecer o Direito e em especial o Direito Processual.

Não é, por óbvio, objetivo deste trabalho dissertar sobre todos os elementos que compõem o conceito do direito de ação, tampouco analisar cada um dos fundamentos que historicamente vieram a conceber a ação tal como hoje se vê.

Aliás, nem se pode ou se ousa fazê-lo, pois se juristas como Savigny, Chiovenda, Carnelutti, Liebman, dentre outros, não o fizeram a contento, quem dirá este simples acadêmico.

De toda sorte, busca-se apresentar, de forma breve e simplificada, a história do direito de ação, estudando cada uma das concepções edificadas pelas escolas que trataram do assunto, formulando, quando possível, juízos críticos a respeito.

Repita-se que o objeto deste trabalho não é estudar o direito de ação em toda a sua profundidade, mas o abuso do exercício desse interesse juridicamente protegido.

Para que se possa conceber tal abuso, será necessário dissertar, ainda que brevemente, a respeito daquele bem como sobre as suas condições (condições da ação) e pressupostos (pressupostos processuais) que limitam o seu exercício indiscriminado, injustificado e desviado de seus fins sociais e econômicos.

Feitas as primeiras considerações, passa-se a estudar o conceito de ação, apontando, tópico a tópico, as contribuições daqueles que se prestaram a estudar o instituto.

3.1.1 A ação segundo a teoria civilista ou imanentista

A teoria civilista ou imanentista, que encontrou em Savigny seu maior expoente, sempre entendeu o direito de ação como sendo um apêndice³¹¹ do direito material.

Para os adeptos dessa teoria, o direito de ação era o próprio direito em movimento ou o próprio direito material respondendo a ameaça ou violação.

“Segundo a conceituação romana de Celso, a ação era o direito de pedir em juízo o que nos é devido – *Nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeatur, in iudicio persequendi*”³¹².

Para Savigny, Vinnius, Mattiolo e outros, lembrados pelo mestre Moacyr Amaral Santos, “a ação não é outra coisa senão o próprio direito subjetivo material”³¹³.

Em outras palavras, “a ação seria uma qualidade de todo o direito ou o próprio direito reagindo a uma violação”³¹⁴, na medida em que, à época, não se concebia o processo sequer como instrumento do direito material, mas apenas um poder ou qualidade daquele.

Partindo-se desse raciocínio, chegou-se à inevitável conclusão de que não haveria ação sem direito e não haveria direito sem ação³¹⁵. Essa maneira de pensar abraçou a “generalidade dos juristas, até meados do século passado [remetendo ao século XIX], e a totalidade dos juristas brasileiros até o final do primeiro quartel”³¹⁶ do século XX.

O Código Civil Brasileiro de 1916, refletindo este pensar, adotou o conceito de ação romana ao prescrever em seu art. 75 que “A todo direito corresponde uma ação, que o assegura”.

³¹¹ ALVIM, **Manual de direito processual civil – Vol. 1**. p. 342: “(...) A teoria clássica acerca da natureza da ação é chamada teoria civilista ou imanentista da ação. Esta teoria vigorou durante todo o século passado e deveu a sua existência à fase evolutiva do processo, em que este se encontrava verdadeiramente subordinado ao Direito Civil, sendo concebido como apêndice deste. (...)”.

³¹² SANTOS, **Primeiras linhas de processo civil : adaptadas ao novo Código de Processo Civil**. p. 149.

³¹³ Ibid.

³¹⁴ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, **Teoria Geral do Processo**. p. 214.

³¹⁵ SANTOS, op. cit. p. 150.

³¹⁶ Ibid.

Desnecessário dizer, porém, que a despeito da importância dos ensinamentos dos teóricos que defendiam essa tese – eis que foi a partir de suas lições que outros doutrinadores passaram a estudar a ação com mais vagar e cuidado -, o conceito de ação por eles construído não prosperou.

E não é difícil entender a razão. O conceito de ação como mera qualidade do direito material não é capaz de responder às objeções simples que são classicamente citadas pela doutrina.

A ação infundada³¹⁷ e a ação declaratória negativa, por exemplo, não poderiam ser consideradas ações na acepção daqueles processualistas.

Ocorre, no entanto, que muitas ações são julgadas improcedentes, pois, não raro, são infundadas as pretensões. Contudo, a despeito da improcedência do pedido do autor, não se pode afirmar que não tenha havido, efetivamente, ação.

Aliás, antes pelo contrário, ação houve, bem como houve exercício da jurisdição e restabelecimento do estado *fisiológico*³¹⁸ do direito material, com o fim do estado *patológico* que apresentava.

Além disso, as ações declaratórias negativas, também figuram como objeção à teoria civilista, pois como é sabido “neste tipo de ação o autor visa exatamente a obter uma declaração sobre a inexistência de uma relação jurídica e, portanto, sobre a inexistência de um direito subjetivo material.”³¹⁹

Portanto, não há como subsistir o conceito de ação segundo a concepção erigida pelos teóricos vinculados a esta teoria, pois além do que já se disse, confunde conceitos fundamentais do direito, como direito objetivo, direito subjetivo, pretensão e ação (material e processual).

³¹⁷ ALVIM, op. cit. p. 343.

³¹⁸ Cf. CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit. p. 16: “(...) Na grande maioria dos casos, os preceitos cumprem-se por livre volição das pessoas às quais se dirigem, satisfazendo-se direitos, cumprindo-se obrigações, extinguindo-se normalmente relações pessoais, sem qualquer interferência dos órgãos da jurisdição (ou seja, sem necessidade de qualquer processo). Essa é a vida normal do direito, a sua *fisiologia*; a *patologia* é representada pela dúvida em torno da existência ou significado do preceito concreto, ou pela insatisfação de uma pretensão fundada neste (lide por pretensão contestada, ou lide por pretensão insatisfeita). Nesses casos é que o Estado, se estimulado por aquele que tem poder para tal (ação), exercerá soberanamente a jurisdição, fazendo-o através do processo. (...)”.

³¹⁹ Ibid., p. 217-218.

3.1.2 A polêmica Windscheid e Muther

O primeiro contraponto à teoria civilista da ação surge com a publicação da célebre obra de Windscheid, intitulada “A ação do direito civil romano do ponto de vista atual”³²⁰.

Os estudos do teórico alemão sobre a dicotomia existente entre a “*actio romana*” e a “*Klage*”, também entendida como “*Klagerecht*” – palavra alemã que sobreviveu ao processo medieval germânico e que em português significa direito de queixa³²¹ - levou-o a conclusões diversas das defendidas por Savigny, Mattiolo e Filomusi-Guelfi³²².

Como “os dois termos se faziam coincidir sobre um único conceito, tomando como característica determinante deste o elemento da perseguibilidade judicial do direito”³²³, fazia-se necessário estabelecer as diferenças e as semelhanças entre o conceito romano e o conceito germânico.

E foi a partir deste estudo de direito comparado (direito romano e direito germânico), que Windscheid negou a ação tal como entendida pelos adeptos da teoria civilista. Segundo ele – citado por Chiovenda:

A *actio* romana não é mais do que o próprio direito, metaforicamente denominado pelos atos que acompanham seu modo de vir à vida, isto é, o juízo prometido pelo pretor; não é, pois, o novo direito que surge com a violação, não é o direito de acionar, o *Klagerecht*. Este é um conceito criado pelos juristas, sem realidade nem no direito romano nem no moderno.³²⁴

Para aquele autor, o que emerge da lesão do direito, imediatamente, não é o direito de acionar, mas o direito de pretender de outrem a restituição da coisa violada. Da insatisfação dessa obrigação é que nasce o direito de acionar.

Há que se dizer, no entanto, que os ensinamentos do processualista não foram precisos o suficiente a ponto de esclarecer as celeumas que o tema apresentava, tampouco responderam a todas as dúvidas da época, porque como

³²⁰ CHIOVENDA, **A ação no sistema de direitos**. p. 11

³²¹ Ibid.

³²² Ibid. Para Mattiolo a ação é “(...) Um direito elevado à segunda potência, isto é, a qualidade própria de um direito de *poder invocar em sua tutela* as garantias judiciais. (...)”. Para Filomusi-Guelfi a ação é “(...) Uma posição do direito (...)”. Ou seja, para ambos a ação era o “próprio direito feito valer”.

³²³ Ibid.

³²⁴ Ibid.

bem citou Chiovenda “a substituição da ação pelo termo *Anspruch*, que na Itália se traduziu por *pretesa* (pretensão) ou *ragione* (razão)”³²⁵, serviu apenas a levantar “uma série de questões intermináveis, uma verdadeira procissão de sombras (...) tendo por objeto a determinação precisa”³²⁶ de tal conceito, visto que o citado autor não o fez.

Porém, foi exatamente este o grande êxito da teoria de Windscheid, pois mesmo negando a existência de outro elemento, ao falar em “*Anspruch*” (pretensão), acabou apontando as primeiras diretrizes para a separação dos direitos lesados e o direito de ação e, com isso, suscitou debates mais aclamados e proficientes a respeito do tema.

Tanto isto é verdade que a famosa polêmica travada com Muther, rendeu frutos ainda mais valiosos.

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco:

Muther, combatendo algumas idéias de Windscheid, distinguiu nitidamente direito lesado e ação; desta nascem dois direitos, ambos de natureza pública: o direito do ofendido à tutela jurídica do Estado (dirigido contra o Estado) e o direito do Estado à eliminação da lesão contra, contra aquele que a praticou. Apesar de replicar com veemência, Windscheid acabou por aceitar algumas idéias do adversário, admitindo um direito de agir, exercível contra o Estado e contra o devedor.³²⁷

Vale dizer, Muther derruba a secular teoria que defendia a ação como apêndice do direito material, e da vazão, em seu entender, ao nascimento de dois outros direitos de natureza pública e subjetiva, que seriam: o direito de o particular exigir do Estado a prestação jurisdicional (direito subjetivo exigido em face do Estado) e o direito subjetivo do Estado, de exigir do obrigado, mediante uso da força, o adimplemento da obrigação legal, vinculando, assim, àquele a existência deste.

Nas palavras do mestre Pontes de Miranda: a “teoria, oriunda da célebre polêmica de Th. Muther com B. Windscheid, sobre a *actio* romana, já considerou a ação como direito subjetivo público, direito do indivíduo à tutela jurídica por parte do Estado”³²⁸.

³²⁵ CHIOVENDA, op. cit. p. 12.

³²⁶ Ibid.

³²⁷ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit. p. 214.

³²⁸ MIRANDA, **Tratado das Ações**. p. 50.

Entretanto, como esse segundo direito (ação) tem por pressuposto o primeiro (a violação do direito material), para Muther, o direito processual de acionar ainda estava diretamente ligado à existência do direito material vindicado³²⁹.

Em outras palavras: só havia ação quando havia o direito reclamado e sendo assim, ainda pendiam sem respostas as objeções opostas à teoria civilista da ação.

2.1.3 Teoria do direito concreto à tutela jurídica

A partir dos novos conceitos concebidos por Muther, outros teóricos buscaram demonstrar a autonomia do direito de ação.

Adolf Wach, em 1885, elaborou na Alemanha o que se concebeu chamar de teoria do direito concreto à tutela jurídica.

Wach, que segundo Chiovenda,

chegou a esta construção depois de haver combatido primeiramente a idéia de um direito subjetivo de acionar perante o Estado, desenvolveu a renovada tese de um direito à tutela jurídica (correspondente *perante o Estado para que a distribua e perante o adversário para que a suporte*)³³⁰

e contribuiu com o avanço da ciência processual demonstrando a autonomia do direito de ação³³¹, mas não consagrou, em última instância, pensamento diverso do nutrido e externado por Muther.

Em que pese Arruda Alvim afirme que “Adolf Wach seguramente representa o autor mais importante no evoluir moderno do conceito, no sentido de ter abalado, antes de todos, os alicerces da teoria civilista”³³², ver-se-á, adiante, que sua conceituação representa uma evolução do pensamento de Muther, embora não se possa negar a relevância das contribuições daquele.

³²⁹ SANTOS, op. cit. p. 150. Segundo este autor, para “Muther, (...) Ação é um direito contra o Estado para invocar a sua tutela jurisdicional. É, pois, um direito público subjetivo, distinto do direito cuja tutela se pede, **mas tendo por pressupostos necessários este direito e sua violação.**” (grifei).

³³⁰ CHIOVENDA, op. cit. p. 17.

³³¹ Ibid., p. 18-19. “O haver determinado a autonomia do direito de acionar mais claramente do que se havia feito anteriormente, tratando de salvar a natureza essencial do direito em sentido próprio à faculdade de acionar, é mérito fundamental da teoria de Wach, cujas observações podem ser utilizadas ainda por quem, reconhecendo que em parte falhou a tentativa de Wach, se situe em um ponto de vista diverso”.

³³² ALVIM, op. cit. p. 343.

Para Wach, a “ação é um direito autônomo, não pressupondo necessariamente um direito subjetivo material violado ou ameaçado, como demonstram as ações meramente declaratórias.”³³³

Não teria, segundo suas palavras, vinculação umbilical com o direito material que fundamentasse a pretensão. Não pressuporia a existência deste como condição, mas demandaria obrigatoriamente uma sentença favorável.

Para Wach, conforme Manoel Antonio Teixeira Filho:

a ação era dirigida contra o Estado e contra o adversário, com o intuito de conseguir a tutela jurisdicional. Contra o Estado, porque este se situa na obrigação indeclinável de administrar justiça; desse posicionamento estatal o renomado jurista tira a conclusão de que a **ação assume foros de direito público subjetivo. Para ele, entretanto, a tutela jurisdicional deve ser consubstanciada em uma sentença favorável ao autor, a expressar que o direito de ação fica na dependência do atendimento de certos requisitos de direito material, como as condições da ação, e de direito formal, como os pressupostos processuais; segue-se, que ausentes tais requisitos não haverá a entrega da prestação jurisdicional invocada, nem ação.**³³⁴ (sem grifo no original)

Vale dizer: a ação seria direito autônomo, público e subjetivo, mas demandaria, necessariamente, para que pudesse existir, uma sentença favorável. Daí a denominação teoria do direito concreto à tutela jurídica.

Comunga parcialmente desta opinião Oskar Von Bülow - a quem se deve, consoante Ovídio A. Batista da Silva, e muitos outros processualistas,

o mérito de (...), em 1868, numa obra que se tornou clássica e universalmente conhecida, mostrar a importância do estudo da relação processual como relação de direito público que se forma entre particular e Estado, determinando as condições e pressupostos de sua existência e validade, assim como os princípios e regras que a presidem³³⁵.

Para Bülow, a exigência da tutela jurisdicional é satisfeita pela sentença justa, que se manifesta por meio do bom funcionamento do Poder Judiciário e da oportunidade, equânime, das partes envolvidas no litígio saírem-se bem³³⁶.

Diverge, pois, um pouco das lições de Wach, porquanto

³³³ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit. p. 214.

³³⁴ TEIXEIRA FILHO, **As ações cautelares no processo do trabalho**. p. 34-35.

³³⁵ SILVA, **Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1**. p. 17.

³³⁶ MIRANDA, op. cit. p. 52: “(...) Entendeu Oskar Bülow que não existe ação como direito subjetivo anterior ao juízo. Com a demanda nasce o direito à sentença justa, ao funcionamento eficaz do aparelho justiferante do Estado. O direito à sentença *favorável* não existe antes da convicção do juiz e do julgado. (...)”

pareceu-lhe que na teoria de Wach o processo estivesse ainda demasiadamente subordinado ao direito privado e que o conceito de um direito à tutela jurídica (o qual, no mesmo processo, não pode, naturalmente, corresponder mais do que a uma das partes) seja demasiadamente unilateral e de todo muito simplesmente hipotética³³⁷.

Em síntese: para esses estudiosos, só existe ação quando a sentença julga procedente a pretensão deduzida pelo autor. Vale dizer, o direito público subjetivo – porque dirigido pelo particular contra o estado e suportado pelo obrigado – de autônomo possui pouco ou quase nada, pois demanda necessariamente o reconhecimento e acolhimento judicial da pretensão deduzida pelo autor, sob pena de não existir.

Conclui-se: a despeito das enormes evoluções verificadas com os ensinamentos de Wach, Bülow e seus seguidores, o conceito de ação continuou vinculado à preexistência de um direito material que a garantisse, posto que os Juízes, à época, eram apenas, segundo expressão cunhada por Montesquieu, a “boca da lei”³³⁸.

3.1.4 Teoria da ação como direito potestativo – Teoria chiovendiana

Seguindo a história da evolução do conceito de direito de ação encontra-se a teoria do mestre italiano Giuseppe Chiovenda.

Para uns, a teoria apregoada por Chiovenda assemelha-se à teoria concreta do direito de ação. Para outros, trata-se de uma teoria nova, que quando muito complementa a teoria de Adolf Wach, na medida em que a refuta em certos aspectos, especialmente no que pertine à natureza jurídica do direito de ação (direito público ou direito privado, direito potestativo ou subjetivo?), mas a repete em outros.

Para Chiovenda:

³³⁷ CHIOVENDA, op. cit. p. 18.

³³⁸ MONTESQUIEU, **O espírito das leis**. P. 158. “se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto, que nunca sejam mais do que um texto exato da lei.”

(...) **A ação é um poder, perante o qual o adversário não está obrigado a coisa alguma**; já que se a ação tutela o direito subjetivo, a obrigação de satisfazer o direito subjetivo tutelado forma, como antes, o conteúdo deste; enquanto também, como veremos, pode-se dar, em certos casos, ação sem direito subjetivo. **A ação não corresponde nenhum dever processual do adversário, mas pura e simplesmente sua sujeição aos efeitos jurídicos aos quais a ação tende.** (...) A ação assim entendida existe sempre que a lei fizer depender de **uma vontade privada a própria atuação**; e nada tem a ver com o direito subjetivo, não é uma parte dele, não é uma função dele, não é uma potência dele, nem um direito que surge necessariamente da violação de um direito. (...) **A ação se esgota com o próprio exercício**, o qual é todo na vontade do titular da ação, enquanto este pode contar com a atuação da lei. (...) **A ação é, pois, no meu entender, um direito potestativo e até se pode um direito potestativo por excelência.** (...) ³³⁹ (sem grifo no original)

Isto é, o direito de ação, para o autor, não é propriamente um direito público e subjetivo como defendiam, até então, Muther, Wach e seus seguidores, mas um direito que depende da vontade do seu titular. É por fim, um direito que se esgota em seu próprio exercício, independentemente da interferência de qualquer outro indivíduo, característica primeira dos direitos chamados potestativos³⁴⁰.

É, portanto, “um poder, de produzir, em seu favor, o efeito de fazer funcionar a atividade jurisdicional do Estado, em relação ao adversário, sem que este possa obstar aquele efeito³⁴¹”, ou ainda “um poder que nos assiste em face do adversário em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei”³⁴².

A teoria de Chiovenda encontrou adeptos nos vários cantos do planeta, inclusive no Brasil.

O famoso professor da Faculdade de Direito e Ciências Sociais de Montevideu, Eduardo J. Couture, foi um dos teóricos parcialmente influenciados pelas palavras de Chiovenda, como se pode observar da seguinte afirmação de sua autoria: “a ação é, em nosso conceito, o poder jurídico que tem todo sujeito de direito, de socorrer-se dos órgãos jurisdicionais para reclamar-lhes a satisfação de uma pretensão”³⁴³.

³³⁹ CHIOVENDA, op. cit. p. 21 passim.

³⁴⁰ Ibid.: “(...) Falta-nos demonstrar com breves palavras que a ação entendida como direito tendo por conteúdo um puro poder jurídico, e não um dever alheio, não é uma figura isolada no sistema dos direitos. Parece-nos fora de dúvida que esta deve reconduzir-se sobre uma categoria que nestes últimos anos tem sido estudada sob o nome de ‘direitos do poder jurídico’. (...) que com mais exatidão poderemos chamá-los ‘direitos potestativos’, porque se esgotam em uma faculdade, ou melhor, em uma ‘potestade’. (...) os direitos potestativos se esgotam com o seu exercício. (...)”

³⁴¹ SANTOS, op. cit. p. 151.

³⁴² CHIOVENDA, **Instituições de Direito Processual Civil**. p. 42.

³⁴³ COUTURE, **Fundamentos del derecho procesal civil**. p. 57. Tradução livre para: “La acción es, en nuestro concepto, el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión”

Diz-se parcialmente influenciado, pois Couture ressalva que “O fato de desta pretensão ser fundada ou infundada não afeta a natureza de poder jurídico de acionar; podem promover suas ações na Justiça mesmo aqueles que equivocadamente se consideram assistidos de razão”³⁴⁴, o que, por óbvio, não deflui das afirmações de Chiovenda.

Aliás, pelo contrário, Chiovenda, que assume ter adotado “a parte substancial da teoria de Wach”³⁴⁵, cometeu o mesmo equívoco que este: condicionou a existência do direito de ação à existência do direito subjetivo material vindicado, afirmando que só há ação quando há sentença favorável.

Afirma Alvim que:

tanto Wach quanto Chiovenda, em última análise condicionaram a própria existência do direito de ação àquela do direito subjetivo, salvo enquanto peculiarizam o fenômeno da ação declaratória, e, em especial, a ação declaratória negativa. Tanto Wach quanto Chiovenda, conquanto tenham considerado a autonomia do direito de ação (o primeiro, em verdade, relativamente), foram claros no sentido de que somente na sentença final é que, efetivamente, era possível apreciar a existência ou não do direito de ação. Ainda, a existência do direito de ação seria constatada, desde que a ação fosse procedente³⁴⁶.

Corroborar tal conclusão, a seguinte afirmação do mestre italiano:

Ação e obrigação (e falando de obrigação entende-se todo direito a uma prestação, porquanto, como vimos, todo direito, absoluto ou relativo, se apresenta como obrigação no momento do processo) são (...) dois direitos subjetivos distintos, que somente *juntos* e *unidos* preenchem plenamente a vontade concreta da lei. A ação não se assimila à obrigação, não é o meio para atuar a obrigação, não é a obrigação em sua tendência para a atuação, não é um efeito da obrigação, não é um *elemento* nem uma *função* do direito de obrigação, **mas um direito distinto e autônomo**, que exsurge e pode extinguir-se independentemente da obrigação (a ação de condenação se consuma com a emanção da sentença definitiva, se bem que a obrigação subsista); direito tendente a um efeito jurídico e não à prestação. (...) Nem por isso se nega que obrigação e ação se vinculem por **estritíssimo nexo**; porquanto ambas se remetem, como já dissemos, à mesma vontade concreta da lei que garante um bem determinado e visam à sua consecução mesma, se bem que por vias diversas e com diferentes meios. Assim que, satisfeita uma obrigação mediante a prestação do devedor, a ação se extingue e, satisfeita a ação na execução judicial, extingue-se a obrigação³⁴⁷.

³⁴⁴ COUTURE, op. cit. p. 61. Tradução livre para: “El hecho de que esta pretensión sea fundada o infundada no afecta la naturaleza del poder juridico de accionar; pueden promover sus acciones en justicia aun aquellos que erróneamente se consideran asistidos de razón”.

³⁴⁵ CHIOVENDA, **Instituições de Direito Processual Civil**. p. 41.

³⁴⁶ ALVIM, op. cit. p. 347.

³⁴⁷ CHIOVENDA, op. cit. p. 44.

E ao vincular o direito de ação à existência do próprio direito material, o equívoco que invalidava as teorias que antecederam a de Chiovenda persistiu, tornando-a parcialmente frutífera, visto que, de qualquer maneira, reforçou a idéia nascente de autonomia do direito de ação, mantendo a fecundidade do debate que se prolongou nos anos que se seguiram.

3.1.5 A teoria da ação no sentido abstrato

Antes mesmo de Chiovenda escrever a obra *“A ação no sistema dos direitos”*, Degenkolb já havia criado na Alemanha o que se chamou de teoria da ação como direito abstrato. E quase concomitantemente aos escritos deste processualista, Plosz escrevia, na Hungria, teoria no mesmo sentido³⁴⁸.

Para ambos, o direito de ação independe da existência do direito material vindicado. Aos seus olhos, não deixa de haver ação quando “uma sentença justa nega a pretensão do autor, ou quando uma sentença injusta a acolhe sem que exista na realidade o direito subjetivo material”³⁴⁹.

Em outras palavras, o direito de ação demanda, tão-somente, que o particular faça referência a um interesse seu, protegido em abstrato pelo direito, o qual, por si só, obriga o Estado a movimentar a máquina judicial, proferindo uma sentença que venha, ou não, acolher a pretensão apresentada³⁵⁰.

Segundo Eduardo J. Couture:

Degenkolb nos mostrou de que maneira a ação civil, autônoma em relação ao direito, pode carecer de fundamento. Quando o autor promove a demanda ante o tribunal, pode não ter razão e, apesar disso, ninguém lhe porá em dúvida o direito de se dirigir ao órgão judiciário, pedindo-lhe uma sentença favorável. O demandado poderá negar o seu direito e obter, até mesmo, uma sentença nesse sentido. Mas nunca lhe tolherá o direito de comparecer ante o tribunal. Este é um direito que pertence mesmo àqueles que não têm razão. Seria, realmente, milagroso, se não fosse um fato familiar na vida dos tribunais, que durante o processo a razão não pertença a ninguém. Só a sentença o decidirá. A incerteza é inerente a esse fenômeno jurídico chamado processo.³⁵¹

³⁴⁸ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit. p. 215-216.

³⁴⁹ Ibid., p. 216.

³⁵⁰ SANTOS, op. cit. p. 152.

³⁵¹ COUTURE, *Introdução ao estudo do processo civil*. p. 22-23.

Infere-se de tudo isso que o direito de ação, segundo esta teoria, é um direito que pertence a todos os indivíduos³⁵². É, portanto, um **direito genérico** que aproveita àqueles que são titulares de direitos, pelo fato de serem dotados de personalidade jurídica, e que “se configura como aspiração ao direito, direito à realização do direito”³⁵³.

A obrigação correspondente é o dever do Estado, detentor do monopólio da Jurisdição, de exercer esta atividade, toda vez que o autor apresentar uma pretensão plausível, abstratamente considerada. A ação, pois, “é dirigida ao Estado, é ele o sujeito passivo de tal direito”³⁵⁴.

Trata-se, em última instância, de um direito **genérico, abstrato, público e subjetivo**, preexistente ao processo, e que se exerce em face do Estado, com o intuito de exigir deste o exercício da atividade justiferante³⁵⁵.

Muitos teóricos seguiram as lições de Degenkolb e Plosz, destacando-se, dentre eles, Alfredo Rocco e o próprio Francesco Carnelutti (este último, com algumas reservas).

Rocco contribui de forma importante para o aperfeiçoamento dessa teoria, concluindo, dentre outras coisas, que:

(...) quando se solicita a intervenção do Estado para a tutela de interesses ameaçados ou violados, surge um outro interesse, que é o interesse à tutela daqueles pelo Estado. Assim, o interesse tutelado pelo direito é o interesse principal, e o interesse à tutela deste, por parte do Estado é o interesse secundário. Para que se configure o direito de ação é suficiente que o indivíduo se refira a um interesse primário, juridicamente protegido; tal direito de ação é exercido contra o Estado. (...).³⁵⁶

O interesse principal, assim, é o interesse tutelado pela lei material. Já o interesse secundário, é o interesse de exigir do Estado o restabelecimento do estado fisiológico do ordenamento jurídico violado ou a manutenção em caso de iminente violação.

Consoante esse autor, este interesse secundário, além de sua extrema importância, implica a atividade de um terceiro desinteressado – o Estado e não a

³⁵² SANTOS, op. cit. p. 152.

³⁵³ Ibid.

³⁵⁴ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit. p. 216.

³⁵⁵ SANTOS, op. cit. p. 154-155.

³⁵⁶ ROCCO, *Apud* CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit. p. 216.

pessoa do Juiz –, alheio à lide, que por essa razão lhe faz adquirir uma “existência autônoma e distinta à das utilidades principais a que em última análise se refere”³⁵⁷.

E mais, esse interesse secundário se distingue também do interesse principal por jamais variar. Trata-se, por esta peculiaridade, de um direito abstrato e geral, pois permanece o mesmo, inobstante variem os interesses individuais concretos, que se apresentam caso a caso³⁵⁸.

Carnelutti, por sua vez, como adiante se verá, comunga em muitos aspectos com os ensinamentos desses ilustres processualistas, porém desenvolve teoria complementar que tangencia em alguns aspectos o que se havia dito por seus contemporâneos.

De toda sorte, e a despeito das pequenas divergências, pode-se adiantar que a teoria da ação como direito abstrato foi, dentre todas, a que conseguiu responder com mais proficiência ao que significa o direito de ação, no processo moderno.

3.1.6 A teoria de Carnelutti – Uma variante da teoria da ação no sentido abstrato

Como dito anteriormente, Carnelutti concorda com muitas das conclusões de Degenkolb, Plosz e Rocco. Comunga especialmente da assertiva de que o direito de ação independe do direito material alegado, sendo por isso, autônomo³⁵⁹.

Concorda também, o autor italiano, que o direito de ação é um direito público e subjetivo, mas não chega a esta conclusão trilhando os mesmos caminhos daqueles que o antecederam.

Na teoria de Carnelutti, o ponto de partida para que se entenda o direito de ação é a diferença entre lide e processo³⁶⁰, como ensina Moacyr Amaral Santos:

Dado o conflito de interesses, isto é, dado que à pretensão de titular de um interesse se oponha o titular de outro interesse, ocorre a lide. Lide, assim, se conceitua como o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um interessado a que se opõe outro interessado. Compreendem-se na lide quatro elementos: a) as partes, sujeitos ativo e passivo do direito; b) o

³⁵⁷ ROCCO, *Apud* SANTOS, op. cit. p. 153.

³⁵⁸ SANTOS, loc. cit.

³⁵⁹ CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*. p. 315-316.

³⁶⁰ SANTOS, op. cit. p. 156.

objeto do interesse, ou seja, um bem, que é necessariamente, o objeto do conflito de interesses, e, pois, da relação jurídica e da lide; c) uma pretensão, que é a exigência da subordinação de outrem ao interesse próprio; d) uma resistência à pretensão, ou seja, a não-conformidade de outrem à pretensão.

Destinado a compor o conflito de interesses, conservando a paz social, o direito, quer dizer, o ordenamento jurídico, institui o que se chama processo, que consiste 'na operação mediante a qual se obtém a composição da lide'. Nessa função, 'processo é o método para a atuação do direito', isto é, o instrumento judicial para a solução da lide pela atuação do direito. Fim específico do processo é a composição da lide, não o interesse em lide.³⁶¹

Para Carnelutti, o conceito de ação só pode ser compreendido a partir da apreensão dos elementos da lide (as partes, o objeto, a pretensão e a resistência) e da divisão clara dos interesses deduzidos em juízo.

O mestre italiano inicia sua lição sobre o direito de ação processual diferenciando-a do direito de ação material e negando a relação umbilical existente entre elas. Afirma Carnelutti que:

equivocados estão em confundir-se o direito subjetivo processual e o direito subjetivo material, que um não pode existir sem o outro; eu tenho o direito de obter de um juiz uma sentença acerca de minha pretensão, ainda que esta pretensão seja infundada. A distinção entre os direitos atine tanto aos conteúdos como aos seus sujeitos passivos: o direito subjetivo material tem por conteúdo a prevalência do interesse em lide e por sujeito passivo a outra parte; o direito subjetivo processual tem por conteúdo a prevalência do interesse na composição da lide e por sujeito passivo o juiz ou, em geral, ao membro do órgão a quem corresponde dirimir a demanda proposta por uma parte³⁶².

Em seguida a essa divisão clara do direito de ação como interesse juridicamente protegido e autônomo, Carnelutti certifica que também é público:

segundo dissemos, o interesse que constitui o elemento material da ação não é o interesse em litígio (que constitui o conteúdo do direito subjetivo material), mas sim o interesse na composição (em via repressiva ou preventiva) da lide, que é comum às duas partes e a todos os demais cidadãos (interesse coletivo). A ação das partes não é um direito subjetivo privado, sim um direito subjetivo público³⁶³.

³⁶¹ SANTOS, op. cit. p. 156.

³⁶² CARNELUTTI, op. cit. p. 316. Tradução livre para: "lejos están de confundirse el derecho subjetivo procesal y el derecho subjetivo material, que el uno puede existir sin el otro: yo tengo derecho a obtener del juez una sentencia acerca de mi pretensión aunque esa pretensión sea infundada. La distinción entre los dos derechos atañe tanto a su contenido como al sujeto pasivo de ellos: el derecho subjetivo material tiene por contenido la prevalencia del interés en litis, y por sujeto pasivo a la otra parte; el derecho subjetivo procesal tiene por contenido la prevalencia del interés en la composición de la litis y por sujeto pasivo al juez o, en general, al miembro del oficio a quien corresponde proveer sobre la demanda propuesta por una parte."

³⁶³ Ibid., p. 317. Tradução livre para: "según dijimos, el interés que constituye el elemento material de la acción es, no el interés en litigio (que constituye el contenido del derecho subjetivo material) sino el

Isto é, o interesse de composição da lide e conseqüente restabelecimento do estado fisiológico do ordenamento jurídico é um interesse geral e não apenas particular, como em um primeiro momento se imaginou.

Ao Estado, enquanto detentor da Jurisdição e guarda da ordem, também interessa a justa composição da lide, em que pese, entende Carnelutti que este direito que autoriza o titular a movimentar a jurisdição por meio do processo, não lhe é atribuído “porque o seu exercício tenha importância para o Estado, mas precisamente ‘porque nenhum outro órgão seria mais idôneo para desempenhar tal tarefa’”.³⁶⁴

Por fim, divisa o direito de ação processual do direito de ação Material, ao afirmar que a parte naquele não é, necessariamente, parte neste e que não há que haver tal identidade como elemento constitutivo daquela relação jurídica.

Segundo ele, “a verdade é que a ação, (...) não compete à parte (em sentido material), mas sim a quem assume ser parte, pelo qual aquilo de que depende é a aparência de ser sujeito da lide e do negócio e, portanto, dita ação compete a qualquer cidadão”³⁶⁵.

Assim, aquele que age processualmente, não precisa obrigatoriamente ser o titular do direito material alegado, mas apenas aparentar sê-lo ou julgar-se como tal, ainda que ao final do processo não o seja.

A ação, nesse sentido, é o direito *abstrato*³⁶⁶ de obter uma sentença que verse a respeito da lide deduzida no processo.

O interesse que a move não é o interesse em lide, sim a justa composição da lide. E aí se tem ‘a razão elementar da diversidade entre direito subjetivo material e ação’. Tanto a ação não serve de tutela do interesse em lide, que dela poderá resultar uma decisão contrária ao mesmo.³⁶⁷

interés en la composición (em via represiva o preventiva) de la litis, que es común a las dos partes y todos los demás ciudadanos (interés colectivo), la acción de las partes no es um derecho subjetivo privado, sino um derecho subjetivo público”.

³⁶⁴ SANTOS, op. cit. p.157

³⁶⁵ CARNELUTTI, op. cit. p. 317-318. Tradução livre para: “la verdad es que la acción, (...) no compete ya a la parte (en sentido material), sino a quien asume ser parte, por lo cual aquello de que depende es la apariencia de ser sujeto de la litis o del negocio y, por tanto, dicha acción compete a cualquier ciudadano.”

³⁶⁶ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit. p. 216.

³⁶⁷ SANTOS, op. cit. p.156.

Além disso, para Carnelutti cabe ao juiz e não ao Estado, o dever, a obrigação de proferir sentença e pôr fim à lide. É ele, pois, o sujeito passivo do direito de ação³⁶⁸ e não a contraparte que pode ou não resistir à pretensão.

Não soa razoável, no entanto, esta última conclusão, visto que o juiz, no exercício de sua profissão, é o Estado. É investido em alguns dos poderes que são do Estado e apenas o representa. Não é ele, enquanto pessoa, o destinatário da ação, pois não é, como tal, o titular do Poder de julgar.

Todavia, a despeito deste singelo equívoco, Carnelutti contribuiu sobremaneira à divisão clara do direito de ação, conceituando-o como subjetivo, público, autônomo e abstrato.

3.1.7 A teoria de Liebman

Coube, em boa parte, a Enrico Tullio Liebman aprofundar o conceito de ação como direito subjetivo, público, autônomo e abstrato, especialmente no âmbito do direito processual brasileiro.

O professor italiano, radicado no Brasil durante o período da segunda guerra mundial³⁶⁹, adotou posicionamento similar ao de Francesco Carnelutti ao afirmar que, no âmbito do processo civil italiano, o direito de ação:

é um direito subjetivo diverso dos direitos substanciais, porque é endereçado contra o Estado, sem estar dirigido a uma prestação sua: é, mais precisamente, um direito de iniciativa e de impulso, com o qual o indivíduo põe em movimento o exercício de uma função pública, da qual espera obter a proteção das próprias razões, dispondo para este fim dos meios apresentados pela lei para fazê-los valer (sabendo bem que o resultado poderá também ser-lhe desfavorável); é, pois, um direito fundamental do indivíduo que qualifica sua posição no ordenamento jurídico e frente ao Estado, conferido e regulado pela lei processual, mas reforçado por uma garantia constitucional na qual encontramos esculpidos seus dados essenciais³⁷⁰.

Vale dizer: reconheceu-o como direito subjetivo, público, autônomo e abstrato.

³⁶⁸ CARNELUTTI, op. cit. p. 316.

³⁶⁹ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit. p. 217.

³⁷⁰ LIEBMAN, **Manual de derecho procesal civil**. p. 114.

Diferiu, no entanto, de Carnelutti, Degenkolb, Plosz e Rocco, ao afirmar que embora abstrato, o direito de ação não é geral e destinado a todo cidadão indistintamente.

Ao abordar o teor do art. 24 da Constituição Italiana, asseverou que

a ação não corresponde verdadeiramente a todos, como parece em uma primeira leitura; o direito de acionar (...) corresponde, em verdade, à tutela dos próprios direitos e interesses legítimos. Isto significa que não corresponderia a quem pedisse a tutela dos direitos alheios. Há, pois, uma primeira limitação, que se chama (...) legitimidade de agir³⁷¹.

Além disso, lecionou que

posto que o direito de ação é dado para a tutela de um direito ou interesse legítimo, é claro que corresponde somente quando há necessidade da tutela, isto é, quando o direito ou interesse legítimo não tenha sido satisfeito, haja sido insidiado, feito incerto e por isso gravemente diminuído. É outra condição da ação, chamada interesse de agir³⁷².

A partir dessas constatações, concluiu sua análise da norma italiana dizendo que “sempre que estiverem presentes estes requisitos, [é que] a ação é dada a todos, sem que se possa saber preventivamente se a demanda é fundada ou infundada, eis que serve precisamente a obter dos tribunais um juízo sobre seu fundamento”³⁷³. Do contrário, se ausente qualquer dos preditos requisitos, carecerá o sujeito de ação³⁷⁴.

Disse ele que o direito de ação, além de não ser geral, também não é absoluto, comportando em sua própria definição legal limitações, as quais chamou de “condições”³⁷⁵.

E é exatamente por determinar tais limites à generalidade do direito de ação que a lição do professor italiano é relevante, pois dá “especial destaque às condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam*), colocadas como verdadeiro ponto de contato entre a ação e a situação de direito material”³⁷⁶, emprestando-a, conceito diverso daquele construído por

³⁷¹ LIEBMAN, op. cit. p. 113.

³⁷² Ibid.

³⁷³ Ibid.

³⁷⁴ Ibid., p. 114.

³⁷⁵ Ibid.

³⁷⁶ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit. p. 217.

Alfredo Rocco, que a via como um direito que não comportava qualquer variação, independentemente da pretensão material apresentada³⁷⁷.

Para Liebman, só há ação quando preenchidas as condições da ação as quais são indispensáveis à prolação de uma sentença de mérito e conseqüente exercício da jurisdição. Segundo suas próprias palavras: “só se concorrerem as condições [que afirmar serem o interesse de agir e legitimidade *ad causam*] é que se pode considerar existente a ação”³⁷⁸ e só então, “surge para o juiz a necessidade de dirimir a demanda, acolhendo-a ou rechaçando-a”³⁷⁹.

Diante de tal afirmação, diz Liebman, as condições da ação “podem também ser definidas como as condições de admissibilidade da providência sobre a demanda, ou seja, como condições essenciais para o exercício da função jurisdicional a respeito de um (...) caso específico deduzido em juízo”³⁸⁰.

Isto é, as condições da ação são os requisitos de admissibilidade que permitem a prolação de uma sentença de mérito, e a ausência de qualquer delas importa a ausência de decisão judicial propriamente. Aliás, é esta a conclusão do próprio professor italiano, que coerentemente com seu raciocínio afirma:

recusar o julgamento ou reconhecê-lo possível não é ainda propriamente julgar; são atividades que por si próprias nada têm de jurisdicionais e adquiriram esse caráter só por serem uma premissa necessária para o exercício da verdadeira jurisdição. A ordem jurídica tende, com a jurisdição, ao fim de realizar-se praticamente. Esse fim é conseguido pela decisão de mérito, não pelo exame da existência das condições para que ela possa ser proferida.³⁸¹

Tal afirmação, entretanto, mereceu críticas e Ovídio A. Batista da Silva as sintetizou com precisão ao dizer o seguinte:

confunde Liebman, (...), o direito à sentença de mérito – portanto a categoria do estado de quem tem direito – com a ação que corresponde a seu exercício. Direito e pretensão (exigibilidade) a que o juiz decida a lide no mérito tanto têm o autor quanto o réu, pois, decorrido o prazo para a defesa, o auto não mais poderá desistir da ação, o que significa que o réu pode compeli-lo a permanecer no processo até a prolação da sentença de mérito. Também o demandado, portanto, tem direito à sentença de mérito, desde que é evidente a legitimidade de seu interesse em obter uma sentença que declare a improcedência da ação. E naturalmente não se poderá dizer que o

³⁷⁷ SANTOS, op. cit. p. 153.

³⁷⁸ LIEBMAN, op. cit. p. 114.

³⁷⁹ Ibid.

³⁸⁰ Ibid.

³⁸¹ LIEBMAN, *Apud* SILVA, op. cit. p. 107-108.

réu, enquanto demandado, esteja a exercer ação. Quem *age* é o autor. É o sujeito do agir (ação). O réu não age, simplesmente reage à ação do adversário. O que tanto o réu quanto o autor têm é pretensão de tutela jurídica, de que é titular, como vimos, também o litigante que não tenha razão. De modo que a doutrina de Liebman contém, no mínimo, dois inconvenientes graves: (a) para se manter coerente, teve de imaginar uma atividade prévia, exercida pelo juiz, que ainda não seria verdadeira jurisdição, uma espécie de atividade de 'filtragem', através da qual o magistrado deve investigar se concorrem os *pressupostos processuais* e as *condições da ação*; (b) acaba por reconhecer um direito de ação tanto ao réu quanto ao autor, resultado este que ultrapassa o próprio problema, dissolvendo-o, em vez de resolvê-lo. (...) ³⁸²

Sabe-se, atualmente, que o réu, no exercício do direito de defesa, não pede, ele apenas impede³⁸³, logo, não é ele sujeito da ação, mas sujeito do processo, que são coisas distintas. Não se nega que a contestação "é um direito análogo à ação; ou melhor ainda, um direito correlato que mais parece um aspecto diverso do mesmo direito de ação"³⁸⁴, mas é ato jurídico distinto e autônomo que não se confunde com a ação.

Também não se pode identificar o direito de ação processual com os efeitos da sentença prolatada pelo juízo. São coisas absolutamente diferentes e que possuem gêneses jurídicas diversas.

Mas inobstante isso, é certo que Liebman colaborou substancialmente para a definição do direito subjetivo, público, abstrato, instrumental e autônomo de ação, especialmente porque foi capaz de limitar-lhe, retirando-lhe o caráter absolutista comum aos institutos jurídicos liberais dos códigos oitocentistas.

3.1.8 Conceito contemporâneo de ação

Após este breve estudo sobre as principais teorias que ao longo dos anos buscaram definir o direito de ação, importa, neste instante, enunciar qual o conceito contemporâneo desse instituto jurídico, segundo a doutrina dominante.

Inicia-se a tarefa relembrando que:

³⁸² SILVA, **Curso de processo civil : processo de conhecimento, volume 1**. p. 108.

³⁸³ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit. p. 241.

³⁸⁴ Ibid.

a divergência na conceituação de ação não se deve tanto ao exame aprofundado do fenômeno quanto às tendências político-filosóficas dos respectivos autores, que vão do individualismo ao socialismo, do liberalismo ao autoritarismo. As várias teorias, por outras palavras, repercutem as tendências políticas da época e traduzem a equação das relações entre o homem e o Estado, vistas do campo do direito processual e reproduzidas do ângulo em que se põe o jurista que as formula. Em consequência todas as teorias encontraram justificação, por se filiarem a inclinações, por vezes predominantes da realidade histórica, o que levou Calamandrei, não sem algum protesto, a proclamar não caber pergunta sobre qual seja a teoria preferível e encontrar razão na que inquirir qual seja a que melhor corresponde à concepção política, em que se funda o Estado, num dado momento histórico. (...)³⁸⁵

Sendo assim, é certo que o conceito que ora se espelhará é reflexo das condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que imperam no atual momento histórico, que, não se negue, é conturbado e recheado de contradições.

A evolução do direito processual, que como se disse, encontrou em Bülow seu precursor³⁸⁶, adquiriu ao longo dos anos grau de aperfeiçoamento e refinamento esplêndidos. No Brasil e no mundo, diversos foram os que ajudaram, e ajudam, a dar continuidade às obras de Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti e outros.

No tocante ao direito de ação especificamente, a doutrina seguiu-se arejada e transpondo, quando possível, as objeções que surgiram.

Os estudiosos da teoria civilista não tinham maior preocupação com o conceito de ação. Contentavam-se com a idéia de Celso: a ação nada mais era do que o direito material em ação³⁸⁷.

Era fácil, no entanto, observar que havia demandas improcedentes e que, ainda assim, ação havia.

Os anos se passaram e Muther distinguiu o direito de ação material do direito de ação processual, afirmando que aquele se exerce em face de outro particular e este em face do Estado, informando, no entanto, que este depende da existência daquele³⁸⁸.

Wach, Bülow e Chiovenda, que a despeito das diferenças, comungavam do entendimento de que a ação era um direito autônomo, distinto do direito material vindicado – mas, frise-se, que a este ainda estava vinculado, na medida em que só haveria ação quando houvesse sentença justa ou favorável – foram além, e abriram

³⁸⁵ SANTOS, op. cit. p. 158

³⁸⁶ Cf. LIEBMAN, op. cit. p. 28.

³⁸⁷ Cf. COUTURE, op. cit. p. 62.

³⁸⁸ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit. p. 214.

o caminho para que a ação e o processo ganhassem ares de liberdade em relação ao direito material.

Degenkolb e Plosz, seguidos por Rocco e Carnelutti, aperfeiçoando os estudos, separam por completo o direito de ação do direito material alegado, e o conceituaram como um direito **genérico, abstrato, público e subjetivo**, preexistente ao processo.

Inúmeras variantes se seguiram, inclusive com as próprias lições de Carnelutti³⁸⁹, mas o núcleo da teoria abstrata da ação persistiu e ganhou inúmeros adeptos entre os processualistas modernos.

Hodiernamente, distingue-se com clareza e nitidez os fatos naturais dos fatos jurídicos³⁹⁰, os direitos objetivos dos direitos subjetivos³⁹¹, os direitos objetivos e subjetivos materiais dos direitos objetivos e subjetivos processuais e dentre estes o direito de ação.

E em razão de tal evolução histórica dos conceitos, é que hoje se tem compreensão mais precisa, porém não menos complexa e difícil, da definição do direito de ação.

Para Humberto Theodoro Júnior prevalece, a seguinte conceituação:

modernamente, prevalece a conceituação da ação como *direito público subjetivo* exercitável pela parte para exigir do Estado a obrigação da prestação jurisdicional, pouco importando seja esta de amparo ou desamparo à pretensão de quem o exerce. É por isso, *abstrato*. E, ainda, é *autônomo*, porque pode ser exercitado sem sequer relacionar-se com a existência de um direito subjetivo material, em casos como o da ação declaratória negativa. É, finalmente, *instrumental*, porque se refere sempre a decisão a uma pretensão ligada ao direito material (positiva ou negativa).³⁹²

³⁸⁹ CARNELUTTI, op. cit. p. 316.

³⁹⁰ Cf. MIRANDA, op. cit. p. 46 passim: "(...) Rigorosamente, o direito subjetivo foi abstração. A que sutilmente se chegou, após o exame da eficácia dos fatos jurídicos criadores de direitos. A regra jurídica é *objetiva* e incide nos fatos; o suporte fático torna-se fato jurídico. O que para alguém, determinadamente, dessa ocorrência emana, de vantajoso, é direito, já aqui subjetivo, porque se observa do lado desse alguém, que é titular dele. (...) A regra jurídica tem tanto com isso como tem com a identidade da página 100 do exemplar deste livro, que o leitor está lendo, a máquina de impressão que baixou oito mil vezes sobre as folhas de papel. A página de papel foi o suporte fático; a chapa molhada de tinta é a regra jurídica; o contato é a incidência; a página impressa é o fato jurídico, que há de ser necessariamente algum fato de interesse às relações humanas. (...)”

³⁹¹ Cf. *Ibid.*, p. 55: "(...) Não há direito subjetivo sem regra jurídica (direito objetivo), que incida sobre suporte fático tido por ela mesma como suficiente. Portanto, é erro dizer-se que os direitos subjetivos existiram antes do direito objetivo; e ainda o é afirmar-se que foram simultâneos. A regra jurídica é *prius*, ainda quando tenha nascido no momento de se formar o primeiro direito subjetivo. (...)”

³⁹² THEODORO JÚNIOR, **Curso de direito processual civil**. P. 50.

Em outras palavras, para este autor, e para outros tantos como, por exemplo, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellgrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, a ação possui quatro características fundamentais:

- a) é um direito público e subjetivo exercitável contra o Estado;
- b) é abstrato, porque independe da existência ou não do direito vindicado, bastando, para o seu exercício, a plausibilidade da pretensão deduzida em juízo;
- c) é autônomo, porque desvinculado do direito material vindicado;
- d) instrumental, porque serve para iniciar o exercício da jurisdição que se obriga a proferir sentença sobre a pretensão de direito material³⁹³.

Arruda Alvim, ao tratar do direito de ação, vai um pouco mais longe e diz o seguinte:

O que interessa primordialmente, é estudar a ação e construir sua teoria tendo em vista sua finalidade, sempre em função do interesse público, e não focá-la unilateralmente, só da perspectiva do autor. Esta finalidade é o acionar da jurisdição, para a aplicação da lei. (...) Inegavelmente, tal direito abstrato de ação existe, dado que diversas Constituições são expressas mesmo a respeito deste tipo de acesso ao Judiciário. Entre nós, o art. 5º, XXXV, da CF, é expresso no sentido de que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída à apreciação do Judiciário. Assim, tal texto, longe de consagrar um direito concreto, em nível constitucional, consagra, isto sim, autêntico direito abstrato de agir, ou então, um direito de petição. Julgamos que o direito genérico de petição, expressamente consagrado em nossa Constituição Federal (art. 5º, XXXV), é o meio ou veículo revelador do direito de ação, já agora situado no plano processual, à luz do preenchimento dos requisitos por esse sistema exigidos (art. 3º e 267, VI, do CPC). O juiz poderá não decidir, num caso concreto, o mérito de uma questão, proferindo, então, uma decisão de cunho estritamente processual, e não se poderá dizer que o proferir da decisão processual não consista em exercício da atividade jurisdicional. No caso de o autor não ter preenchido as condições da ação e de ter o processo acabado, pois, sem que o mérito tenha sido julgado, o autor terá, legitimamente, exercitado o seu direito de petição, e não o direito de ação propriamente dito, exatamente por não estarem preenchidas as condições para exercê-lo, condições estas concretamente definidas no CPC (arts. 267, VI e § 3º; 295, II e III; e 295, parágrafo único, III). Todavia, não é este direito de ação, manifestamente genérico e abstrato, que é objeto específico e precípua do Direito Processual Civil. O direito de ação, verdadeiramente objeto do processo civil, é aquele idôneo e apto a provocar desenvolvimento da atividade jurisdicional até a sentença de mérito.³⁹⁴

³⁹³ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit. p. 219.

³⁹⁴ ALVIM, op. cit. p. 348-349.

Comunga, em termos, o referido professor, com a opinião de Liebman, pois declara que o direito de ação, manifestamente genérico (aqui diverge do processualista italiano) e abstrato, que é objeto do processo civil, é aquele que preenche as condições necessárias à prolação de uma sentença de mérito, não havendo, portanto, ação, quando ausentes os requisitos enumerados nos arts. 267, VI e § 3º; 295, II e III; e 295, parágrafo único, todos do CPC.

Assim, a ação além das quatro características citadas anteriormente, detém uma quinta, que é o respeito às condições de existência ou condições da ação, sob pena de carência na acepção de Liebman³⁹⁵.

A consagração legal de tal característica, por seu turno, permite concluir que o exercício do direito subjetivo de ação não é ilimitado, segundo a doutrina da relatividade apregoada por Josserand³⁹⁶, e encontra no próprio ordenamento jurídico objeções ao seu exercício.

As condições da ação, portanto, definem genericamente sua finalidade social e econômica, bem como definem os padrões de probidade e retidão exigidos no momento do exercício desse direito subjetivo processual.

Diga-se, porém, que mais recentemente, além dos requisitos acima enunciados, adicionou-se ao direito de ação uma última característica: o direito à efetividade do provimento vindicado, com a entrega do bem da vida em que se funda a pretensão.

Luiz Guilherme Marinoni, ao comentar parte da reforma do Código de Processo Civil brasileiro, promovida por meio da Lei 11.232/2005 que pôs fim à ação de execução, adicionou tal característica à ação, emprestando-lhe nova conotação.

Disse o processualista paranaense que:

a grande novidade em termos de teoria da ação é que a ação *não se exaure com a sentença de procedência* e, por isso, o direito de ação não pode ser mais visto como o direito a uma sentença de mérito. (...) Trata-se do direito a uma ação que, na hipótese de sentença de procedência, permita o uso dos meios executivos capazes de propiciar a efetiva tutela do direito material (...). A ação é exercida para permitir o julgamento do pedido e o reconhecimento da pretensão à tutela jurisdicional do direito, assim como para exigir o uso dos meios executivos capazes de propiciar a obtenção da tutela do direito reconhecido pela sentença como devido ao autor.³⁹⁷

³⁹⁵ Cf. LIEBMAN, op. cit. p. 114.

³⁹⁶ JOSSERAND, op. cit. p. 3-4.

³⁹⁷ MARINONI, **Teoria geral do processo**. p. 265.

Ou como há muito se sabe no âmbito do direito processual do trabalho, é o direito subjetivo de obter do Estado um provimento jurisdicional apto e efetivo, que seja capaz de entregar o bem da vida deduzido em lide.

É, pois, da análise das características da ação, dos seus limites, somada à verificação objetiva da conduta deflagrada pelo sujeito que age processualmente, que se pode, casuisticamente, verificar se há ou não abuso do direito de ação, que orientará as conclusões deste trabalho.

Assim, conhecendo-se e delimitando-se o conteúdo e as características do direito de ação, passa-se a estudar as condições que autorizam o seu exercício válido e capaz de demandar um provimento jurisdicional apto e efetivo, para em seguida, aplicá-los à categoria singular das ações possessórias.

3.2 DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Disse Enrico Tullio Liebman que “a ação não é mais o próprio direito material que reage à violação e se defende, mas um direito subjetivo (ou talvez, mais precisamente, um poder subjetivo) distinto e autônomo, que visa a provocar o desenvolvimento da função jurisdicional.”³⁹⁸

Disse, ainda, que a ação embora genérica não

corresponde verdadeiramente a todos (...). O direito de acionar (...) corresponde, em verdade, à tutela dos próprios direitos e interesses legítimos. Isto significa que não corresponderia a quem pedisse a tutela dos direitos alheios. Há, pois, uma primeira limitação, que se chama (...) legitimidade de agir.³⁹⁹

Por fim, lecionou que “posto que o direito de ação é dado para a tutela de um direito ou interesse legítimo, é claro que corresponde somente quando há necessidade da tutela, isto é, quando o direito ou interesse legítimo não tenha sido satisfeito, haja sido insidiado, feito incerto e por isso gravemente diminuído”⁴⁰⁰. A tal condição emprestou o significado de “interesse de agir”⁴⁰¹.

³⁹⁸ LIEBMAN, **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. p. 54.

³⁹⁹ Id., **Manual de derecho procesal civil**. p. 113.

⁴⁰⁰ Ibid.

⁴⁰¹ Ibid.

Foi ele, por conseguinte, quem definiu, no direito brasileiro, as condições da ação como o conjunto de requisitos necessários ao direito de obter, do Estado, uma sentença de mérito.

Sabe-se, que no Brasil “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas da lei” (art. 2º do Código de Processo Civil) e que “o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial” (art. 262, do mesmo código).

O exercício da jurisdição, portanto, não se impulsiona de ofício. Demanda, necessariamente, que um dos interessados na prestação jurisdicional exerça o direito de ação processual e que se instaure o processo, “meio de que se vale o Estado para exercer”⁴⁰² tal Poder.

Esta prestação jurisdicional⁴⁰³, no entanto, por ser “ao mesmo tempo, um *poder*, uma *função* e uma *atividade*”⁴⁰⁴ do Estado, e por ser exercida por meio do processo, que é iniciado pelo exercício do direito de ação, só deve ser exigida quando houver necessidade e utilidade na providência demandada⁴⁰⁵.

Não é qualquer manifestação de vontade que é idônea e capaz de exigir do Estado o exercício da jurisdição, pois do contrário,

o direito de ação se converteria em abuso se, desde que exercido, tivesse o poder de exigir do Estado a realização dos atos processuais destinados a uma sentença de mérito, ainda quando desde logo, mas sempre antes dessa sentença, se possa prever a carência daquele direito, a legitimidade do seu exercício⁴⁰⁶.

Seria, sem dúvida, um atentado aos princípios da legalidade e da finalidade dos atos públicos – consagrados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 – exigir que o Estado movimentasse a máquina judiciária, despendendo dinheiro, tempo e energia de seus servidores, para julgar uma ação que flagrantemente não preenche os requisitos mínimos de admissibilidade.

⁴⁰² SANTOS, op. cit. p. 274.

⁴⁰³ Que para MIRANDA, op. cit. p. 250: “é a atividade do Estado para aplicar as leis, como função específica”.

⁴⁰⁴ Cf. CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit. p. 83, para quem a jurisdição: “é, ao mesmo tempo, um *poder*, uma *função* e uma *atividade*. Como poder, é manifestação da própria soberania nacional, exercida pelos órgãos estatais competentes (no caso, pelos juízes). Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a realização do direito, através do processo. E como atividade ela é a movimentação do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. Esse poder, essa função e essa atividade, como já se disse, só através do processo são exercidos.”

⁴⁰⁵ Cf. LIEBMAN, **Manual de derecho procesal civil**. p. 115.

⁴⁰⁶ SANTOS, op. cit. p. 171.

Assim, é comum na doutrina e no caso do direito brasileiro, na lei, a menção a alguns requisitos que autorizam a obtenção de uma sentença de mérito.

O Código de Processo Civil, em seu art. 267, inc. VI, estabelece três diferentes condições da ação:

- a) possibilidade jurídica do pedido;
- b) interesse de agir;
- c) legitimidade de parte.

A ausência de qualquer uma dessas condições, por si só, é suficiente para que se afirme não haver direito de ação, ou conforme a terminologia adequada, para que se afirme haver carência de ação⁴⁰⁷.

Em seguida, analisar-se-á, brevemente, cada uma dessas condições.

3.2.1 Interesse de agir

Como reiteradamente se disse, o direito de agir é absolutamente distinto do direito material que sustenta a pretensão.

Já mencionava Alfredo Rocco que:

(...) quando se solicita a intervenção do Estado para a tutela de interesses ameaçados ou violados, surge um outro interesse, que é o interesse à tutela daqueles pelo Estado. Assim, **o interesse tutelado pelo direito é o interesse principal, e o interesse à tutela deste, por parte do Estado é o interesse secundário**. Para que se configure o direito de ação é suficiente que o indivíduo se refira a um interesse primário, juridicamente protegido; tal direito de ação é exercido contra o Estado. (...) ⁴⁰⁸

A esse interesse secundário deu-se o título de interesse de agir. Aliás, Chiovenda, em sua obra denominada “Instituições de Direito Processual Civil”, já o havia definido da seguinte maneira:

para propor uma demanda em juízo ou para contraditá-la, é necessário *ter interesse nela* (...). O interesse de agir não consiste unicamente no

⁴⁰⁷ LIEBMAN, op. cit. p. 114.

⁴⁰⁸ ROCCO, *Apud* CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit. p. 216.

interesse de conseguir o bem garantido pela lei (o que forma o conteúdo do direito), mas também no interesse de consegui-lo *por obra dos órgãos jurisdicionais*. (...) De modo geral, é possível afirmar que o interesse de agir consiste nisto, que, sem a intervenção dos órgãos jurisdicionais, o autor sofreria um dano injusto⁴⁰⁹.

Embora o autor italiano tenha nitidamente vinculado o interesse secundário ao interesse primário – o que guarda íntima relação com o seu conceito de ação - estabeleceu o embrião do pensamento que orientaria as lições de Liebman e seus seguidores.

Foi este, no entanto, quem dividiu a referida condição da ação estabelecendo com clareza meridiana a sua definição. De acordo com suas próprias palavras:

O interesse para acionar é o elemento material do direito de ação e consiste no interesse em obter a providência solicitada. O mesmo se distingue do interesse substancial, para cuja proteção se presta a ação, assim como se distinguem os dois correspondentes direitos, o substancial, que se afirma correspondente ao autor, e o processual que se exercita para a tutela do primeiro. O interesse para acionar é, por isso, um interesse processual, secundário e instrumental, (...) e tem por objeto a providência que se pede ao magistrado, como meio para obter a satisfação do interesse primário, que se quedou lesionado pelo comportamento da contraparte.⁴¹⁰

Esse interesse secundário e instrumental, diz Liebman, “surge da **necessidade** de obter do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, por isso, a lesão desse interesse e a **idoneidade da providência demandada para protegê-lo e satisfazê-lo**”(sem grifo no original)⁴¹¹. Há, pois, que haver necessidade e utilidade na demanda para que se demonstre o real interesse de agir, sob pena de carência de ação.

Essas lições influenciaram a doutrina e a própria legislação brasileira, formatando o conteúdo de tal condição da ação.

Também aqui concebeu-se que a ação se propõe a obter uma providência jurisdicional quanto a uma pretensão e quanto a um bem jurídico pretendido pelo

⁴⁰⁹ CHIOVENDA, **Instituições de direito processual civil**. p. 226.

⁴¹⁰ LIEBMAN, op. cit. p. 115. Tradução livre para: “El interés para accionar es el elemento material del derecho de acción y consiste en el interés para obtener la providencia solicitada. El mismo se distingue del interés substancial, para cuya protección se intenta la acción, así como se distinguem los dos correspondientes derechos, el substancial, que se afirma correspondiente al actor, y el procesal que se ejercita para la tutela del primero. El interés para accionar es por eso un interés procesal, secundario e instrumental, respecto del interés substancial primario, y tiene por objeto la providencia que se pide al magistrado, como medio para obtener la satisfacción del interés primario, que há quedado lesionado por el comportamiento de la contraparte.”

⁴¹¹ Ibid. Tradução livre para: “surge de la necesidad de obtener del proceso la protección del interés substancial; presupone por eso la lesión de este interés y la idoneidad de la providencia demandada para protegerlo y satisfacerlo.

autor. “Há, assim, na ação como seu objeto, um interesse de direito substancial consistente no bem jurídico, material ou incorpóreo, pretendido pelo autor.”⁴¹² e também, um outro interesse que move a ação ou o direito de agir, que consoante José Frederico Marques, assim se manifesta: “se a pretensão encontra resistência ou fica desatendida, outro interesse aparece: é o de ser obtida a tutela jurisdicional, para que se resolva o conflito litigioso que com isto se provocou.”⁴¹³

Vale dizer, em havendo lide⁴¹⁴, surge outro interesse, instrumental e secundário, que é o direito de obter a prestação jurisdicional.

Esse interesse de obter do Estado uma tutela jurisdicional que tutele o interesse primário que de outra forma ficaria desprotegido, eis que o ordenamento veda a justiça de mão própria⁴¹⁵, é o interesse de agir, consagrado nos artigos 3º, 267, VI e 295, III do CPC.

Tal condição da ação, porém, “assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil.”⁴¹⁶

Em outras palavras, em cada caso concreto, deve-se perquirir se a prestação jurisdicional vindicada é *necessária e adequada*⁴¹⁷.

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco, “Repousa a necessidade da tutela jurisdicional na impossibilidade de se obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado”⁴¹⁸.

Para Arruda Alvim, entretanto, não é qualquer interesse que denota a necessidade de um provimento jurisdicional. Para ele, em que pese a lei não defina o teor do interesse processual, “há que se entender que o interesse que autoriza a propositura ou a contestação de uma ação é o interesse legítimo de natureza econômica ou moral, tal como qualificava o art. 2º do Código de 1939”⁴¹⁹. Ou, mais precisamente, o “interesse que esteja definido pela *lei*, ou *virtualmente* existente no

⁴¹² SANTOS, op. cit. p. 172.

⁴¹³ MARQUES, **Manual de Direito Processual Civil**. p. 160.

⁴¹⁴ Cf. CARNELUTTI, op. cit. p. 28. “La litis, (...) puede definirse como *un conflicto (intersubjetivo) de intereses calificado por una pretensión resistida (discutida)*”.

⁴¹⁵ Cf. COUTURE, op. cit. p. 69. “la acción nace históricamente como una supresión de la violencia privada, sustituida por la obra de la colectividad organizada. (...) La acción em justicia es, em cierto modo, el sustitutivo civilizado de la venganza.”

⁴¹⁶ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit. p. 222.

⁴¹⁷ Ibid.

⁴¹⁸ Ibid., p. 223.

⁴¹⁹ ALVIM, op. cit. p. 355.

sistema jurídico, como tal, ou que pela lei ou pelo sistema não seja vedado, e não todo e qualquer interesse”⁴²⁰.

Assim, há necessidade quando **indispensável o provimento jurisdicional**, e desde que o exercício do direito de ação se exteriorize em **conformidade com a finalidade econômica, moral e social a que se destina**, sob pena de abuso do direito, nos termos do que prevê o art. 187 do CCB.

Por outro lado, o interesse processual demanda além da necessidade da intervenção do Poder Judiciário, a adequação da via utilizada para se deduzir a pretensão em juízo.

Afirma Theodoro Júnior que “mesmo que a parte esteja na iminência de sofrer um dano em seu interesse material, não se pode dizer que exista o *interesse processual*, se aquilo que se reclama do órgão judicial não será *útil* juridicamente para evitar a temida lesão”⁴²¹.

Deve haver, dizia Liebman⁴²², íntima relação entre o reclamo do autor e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. Este, por óbvio, deve ser apto a sanar o mal que aflige o demandante, sob pena de não ter qualquer sentido.

Não há, por exemplo, qualquer plausibilidade em se pedir a satisfação de um determinado crédito trabalhista por meio de ação civil de cobrança, tampouco há, quando se postula o pagamento de pensão alimentícia por meio de ação trabalhista.

Os exemplos são grosseiros, mas evidenciam com bastante transparência o que se entende por adequação da via.

Em resumo, o interesse em agir, que conforme José Frederico Marques, difere do direito de exigir⁴²³, é um interesse secundário, instrumental e de natureza processual que se pode conceituar como sendo a *necessidade* imperiosa de se exigir do Estado um provimento jurisdicional que vise a compor uma lide, valendo-se,

⁴²⁰ ALVIM, op. cit. p. 355.

⁴²¹ THEODORO JÚNIOR, Op. Cit. p. 52-53.

⁴²² LIEBMAN, op. cit. p. 115.

⁴²³ Cf. MARQUES, op. cit., p. 159-160: “Do mesmo modo pelo qual não se confunde ação com pretensão, também não se confunde interesse de agir com interesse em exigir. Somente pode exigir legitimamente o cumprimento da obrigação aquele que nisso tenha legítimo interesse. E como **interesse significa a posição favorável de uma pessoa no tocante a um bem**, é preciso que a lei preveja essa situação da pessoa quanto ao bem, para que este possa ser exigido ou reclamado, isto é, para que possa tornar-se objeto de uma pretensão legítima.” (sem grifo no original). Mas se a pretensão encontra resistência ou fica desatendida, outro interesse aparece: é o de ser obtida a tutela jurisdicional, para que se resolva o conflito litigioso que com isto se provocou. É exclusivamente a esse interesse que se referem os arts. 3º e 4º do novo Código de Processo Civil”

para tanto, dos meios legais *adequados* e *úteis* à tutela da pretensão, respeitando sempre o fim econômico, moral e social a que se destina o direito de ação.

3.2.2 Possibilidade jurídica do pedido

O direito de ação, tal como hoje se entende, é o direito público, subjetivo, autônomo e abstrato de exigir do Estado uma prestação jurisdicional que tenha o condão de compor uma lide.

Visa, portanto, a requerer a manifestação Estatal – por meio de uma sentença - sobre a existência de um direito material vindicado.

Porém, para que se possa proferir sentença de mérito, é importante que preliminarmente se verifique a jurisdição do pedido deduzido em juízo.

Para José Frederico Marques, “ninguém pode invocar a tutela jurisdicional formulando pedido não admitido no direito objetivo, ou por este proibido.”⁴²⁴

Arruda Alvim, por seu turno, leciona que “por possibilidade jurídica do pedido, portanto, enquanto condição da ação, entende-se que ninguém pode intentar uma ação sem que peça providência que esteja, em tese, prevista, ou que a ela óbice não haja, no ordenamento jurídico material”⁴²⁵.

Amparam as referidas conclusões o teor do art. 295, I, parágrafo único, III, do CPC, que declara inepta a petição inicial - que é o meio processual pelo qual o autor exerce o direito de ação - quando a pretensão encontra óbice no direito material, bem como no art. 267, VI, do mesmo diploma legal, que, diante de tal circunstância ordena a extinção do processo sem resolução do mérito.

Há que se dizer, todavia, que a impossibilidade jurídica do pedido, não reside na ausência de previsão legal que fundamenta a pretensão - visto que a discussão a este respeito é matéria de mérito da ação – mas na existência de veto legal que impossibilita o aforamento da demanda.

Exemplifica-se: não havia impossibilidade jurídica nas ações que, antes da edição da Lei Complementar 110/2001, tinham por objeto o pagamento da correção

⁴²⁴ MARQUES, op. cit. p. 161.

⁴²⁵ ALVIM, op. cit. p. 353.

dos saldos das contas de FGTS, uma vez que havia fundamentos outros capazes de justificar o pleito.

Vale dizer: independentemente da existência de lei específica reconhecendo o direito aos expurgos inflacionários, o conjunto de normas albergado pelo ordenamento jurídico brasileiro autorizava a propositura da ação, mesmo que eventualmente a pretensão não viesse a prosperar.

Já a ação ordinária de cobrança de dívida de jogo – exemplo exaustivamente citado na doutrina – ainda hoje encontra veto legal no art. 814 do Código Civil Brasileiro, não podendo, por óbvio, ser admitida pelo Poder Judiciário.

Em última análise, a possibilidade jurídica do pedido “é condição que diz respeito à pretensão. Há possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão, em abstrato, inclui entre aquelas que são reguladas pelo direito objetivo”⁴²⁶, não sendo, por ele, vetada.

3.2.3 Da legitimidade de parte – *Legitimatio ad causam*

A terceira e última condição da ação mencionada nos artigos 2º, 3º, 267, VI e 295, II, do CPC, é o que se conhece por legitimidade de parte.

Ensinou Liebman que a legitimidade de parte

(legitimatio ad causam) é a titularidade (ativa e passiva) da ação. (...) A legitimidade, como requisito da ação, é uma condição da providência de fundo sobre a demanda. Indica, pois, para cada processo, as *justas partes*, as *partes legítimas*, isto é, as pessoas que devem estar presentes a fim de que o juiz sentencie sobre um determinado objeto⁴²⁷.

O art. 3º do Código de Processo Civil absorveu plenamente esta lição doutrinária ao prever que: “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.”

⁴²⁶ SANTOS, op. cit., p. 172.

⁴²⁷ LIEBMAN, op. cit. p. 177. Tradução livre para: “*(legitimatio ad causam)* es la titularidad (activa y pasiva) de la acción. (...) La legitimación, como requisito de la acción, es una condición de la providencia de fondo sobre la demanda; indica, pues, para cada proceso, las *justas partes*, las *partes legítimas*, esto es las personas que deben estar presentes a fin de que el juez pueda proveer sobre un determinado objeto.”

Pois bem, segundo Moacyr Amaral Santos, “são legitimados para agir, ativa e passivamente, os titulares do interesse em conflito: legitimação ativa terá o titular do interesse afirmado na pretensão, passiva terá o titular do interesse que se opõe ao afirmado na pretensão”⁴²⁸.

Seguindo esse raciocínio, pode-se afirmar que será legítimo a propor ação – ou seja, terá legitimidade ativa – aquele que alega ser o detentor da pretensão insatisfeita. E será legítimo a responder a essa ação – sendo, portanto dotado de legitimidade passiva - aquele que resiste à pretensão alegada.

Arruda Alvim reforça esse entendimento ao afirmar que a

legitimatío ad causam é a atribuição, pela lei ou pelo sistema, do direito de ação ao autor, possível titular ativo de uma dada relação ou situação jurídica, bem como a sujeição do réu aos efeitos jurídico-processuais e materiais da sentença. Normalmente, no sistema do Código, a legitimação para a causa é do possível titular do direito material (art. 6º)⁴²⁹.

Vale dizer: o conceito de legitimidade em nada tem a ver com a procedência ou improcedência da ação, visto que deriva da simples **possibilidade** de o sujeito ser titular do direito de ação ou de contestá-la, bem como sujeitar-se aos efeitos de uma sentença contra si proferida. Concebe-se, de toda maneira, que a “legitimidade ordinária”⁴³⁰ é aquela que deriva da possibilidade de ser justa parte no processo.

Por isso, “o juiz deverá indeferir a inicial só quando a parte for manifestamente ilegítima”; na dúvida deverá ser deferida”⁴³¹, uma vez que, como leciona José Carlos Barbosa Moreira, as condições da ação devem ser avaliadas preliminarmente ao mérito. De acordo com o professor carioca:

(...) Para que a Autora deva ser considerada parte legítima, não tem a menor relevância perquerir-se a efetiva existência do direito que ele alega. Nem será possível, aliás, antepor-se tal investigação ao juízo sobre a presença (ou ausência) do requisito da legitimidade, que é necessariamente, conforme se disse preliminar. Averbear de ilegítima a parte, por inexistir o alegado direito, é inverter a ordem lógica da atividade cognitiva. (...). O exame da legitimidade, pois – como o de qualquer das ‘condições da ação’ – tem de ser feito com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, (...), vão deparar-se ao julgador. (...) Tem ele de raciocinar como quem admita, por hipótese, e em caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando para a ocasião própria (o juízo de mérito)

⁴²⁸ SANTOS, op. cit. p. 173.

⁴²⁹ ALVIM, op. cit. p. 359.

⁴³⁰ Cf. SANTOS, loc. cit. “Fala-se então em legitimação ordinária, porque a reclamada para a generalidade dos casos.”

⁴³¹ ALVIM, op. cit. p. 358.

a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória. (...) ⁴³²

Assim, a legitimidade da parte deve ser aferida preliminarmente ao mérito da composição da lide. É essencialmente processual e como tal deve ser apreciada – conforme o disposto nos artigos 301, III e X e 329 do CPC - não podendo ser intimamente vinculada ao direito ou ao dever decorrente do direito substancial que orienta a pretensão resistida.

Basta a aparência do direito alegado no pedido e a possibilidade das partes envolvidas na lide terem que suportar os efeitos das sentenças, para que sejam legítimas a compor a relação jurídica processual.

Não se negue que segundo o art. 6º do Código de Processo Civil brasileiro, “Ninguém poderá pleitear em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”, mas é certo que tal regra não permite inverter a ordem lógica do processo de conhecimento, antes pelo contrário, serve apenas para vedar o exercício do referido direito por pessoa que sequer aparentemente seja titular do direito de exigir um provimento jurisdicional sobre uma dada lide.

Conclui-se, a partir disso, que é titular do direito de ação, ordinariamente, o possível titular da pretensão de direito material insatisfeita, e apenas ele, em princípio, pode exercê-lo ⁴³³.

Outra conclusão decorrente do teor do texto legal, é que extraordinariamente, quando a lei assim dispuser, é possível que terceiros demandem, em nome próprio, direito alheio ⁴³⁴.

Trata, assim, a lei, de duas modalidades diversas de legitimidade ativa: uma denominada **legitimidade ordinária** – em que o titular do direito de ação é o mesmo da pretensão – e outra denominada **legitimidade extraordinária** – em que o titular do direito de ação, por expressa autorização legal, demanda direito alheio em nome próprio ⁴³⁵.

Exemplos de legitimidade ordinária são muitos, já que é esta a regra comum que rege o exercício do direito de ação. Menos numerosos, porém não menos importantes, são os exemplos de legitimação extraordinária.

⁴³² MOREIRA, **Temas de Direito Processual**. p. 199-200.

⁴³³ Cf. CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit. p. 223.

⁴³⁴ Ibid., p. 224.

⁴³⁵ Ibid.

Os mais citados pela doutrina são: a legitimação do Ministério Público, União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundação, sociedade de economia mista ou associação, para propor ação civil pública, uma vez preenchidos os requisitos enumerados no art. 5º da Lei 7.347/1985; a tutela dos direitos metaindividuais (interesses difusos, coletivos e individuais homogêneo), pelo Ministério Público, União, Estados, Municípios, Distrito Federal, associações e entidades da administração pública, ainda que sem personalidade jurídica, destinadas à defesa dos direitos e interesses protegidos pelo CDC, tudo conforme art. 82 do diploma legal citado; a legitimidade dos sindicatos para propor ação de cumprimento, nos termos do que prescreve o parágrafo único do art. 872 da CLT; a legitimidade dos sindicatos, para tutelar, com fulcro no art. 8º da CF/88 c/c os artigos 81 e 82 do CDC, os direitos metaindividuais dos membros da categoria; A legitimidade do Ministério Público para ajuizar dissídio coletivo de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão ao interesse público, etc.

Tratam os exemplos, sem exceção, de hipóteses de substituição processual, todavia, em última análise, tratam de legitimidade extraordinária *ad causam*, nos termos do que prescreve a lei.

Em linhas finais, legitimidade de parte, segundo José Frederico Marques, é:

(...) a 'pertinência subjetiva da ação', porquanto consiste a legitimidade *ad causam* (legitimidade de parte, ou também legitimação para agir) na individualização daquele a quem pertence o interesse de agir e daquele em frente ao qual se formula a pretensão levada ao judiciário. (...) Só os titulares dos interesses em conflito têm direito à prestação jurisdicional e ficam obrigados a subordinar-se, *in casu*, ao poder ou imperium estatal. Legitimação *ad causam* significa existência de pretensão subjetivamente razoável. (...)⁴³⁶

3.3 DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS

Definido o conceito do direito de ação e delimitadas as condições indispensáveis ao seu exercício legítimo e efetivo, passa-se a estudar uma classe específica de ações, denominadas possessórias.

⁴³⁶ MARQUES, op. cit., p. 160-161.

Alerta-se, desde já, que o objeto deste estudo se circunscreve às ações interditais e ao seu exercício legítimo, segundo o princípio da boa-fé, os bons costumes e o respeito às finalidades sociais e econômicas a que se destinam.

Não se tem, portanto, a intenção de esgotar, por exemplo, o estudo da posse, traçando-lhe a evolução histórica, o conceito, a função, a classificação, os modos de aquisição, conservação e perda, enfim, as características que lhe são peculiares, mas apenas os modos de proteção de tal fato juridicamente protegido⁴³⁷, por meio das ações possessórias (interditos possessórios).

É esse o objeto desta etapa do trabalho de pesquisa.

3.3.1 Fundamentos da proteção da posse por meio das ações possessórias

Diversas são as posições doutrinárias a respeito dos fundamentos da proteção possessória por intermédio das ações interditais. Leciona Orlando Gomes que

não se acordam os juristas no determinar a razão por que a ordem jurídica protege a posse. A diversidade de justificações provém, principalmente, das divergências quanto à conceituação da posse e ao modo de encará-la, ora como fato, ora como direito⁴³⁸.

Cláudia Aparecida Cimardi, no mesmo sentido, afirma que “tema de grande interesse repousa na investigação da razão pela qual é a posse protegida pela ordem jurídica. Essa questão do fundamento da proteção possessória mostra-se antiga e tormentosa, e diversas são as teorias que pretendem explicá-la”⁴³⁹.

Porém, a despeito da riqueza de controvérsias que permeiam o tema, deter-se-á, a análise, ao teor das teorias de vulto que são corriqueiramente lembradas pela doutrina. Aliás, lembrando as sábias palavras de Caio Mário Da Silva Pereira,

longe iríamos, se a exposição e análise de cada uma viesse detidamente articulada. Evitando as demasias, atemo-nos às teorias principais, como

⁴³⁷ Cf. VENOSA, op. cit. p. 42. “a doutrina tradicional enuncia ser a posse relação de fato entre a pessoa e a coisa. A nós parece mais acertado afirmar que a posse trata de estado de aparência juridicamente relevante, ou seja, estado de fato protegido pelo direito.”

⁴³⁸ GOMES, **Direitos Reais**. p. 80.

⁴³⁹ CIMARDI, **Proteção processual da posse**. p. 58.

exemplificação típica, observando que uma justificam-na pela posse em si, outras em razão de diverso fator, quer específico (propriedade, pessoa do possuidor), quer genérico (paz social, interesse social)⁴⁴⁰.

Pois bem. De acordo com a doutrina dominante, “as teorias explicativas podem ser enquadradas em dois grupos: a) absolutas; b) relativas”⁴⁴¹.

Para as teorias absolutas, a posse é juridicamente autônoma e a possibilidade de tutela jurisdicional por meio das ações possessórias deriva de tal característica⁴⁴². Para os teóricos responsáveis pela construção das teorias relativas, por seu turno, o fundamento da proteção possessória deriva de princípios estranhos a esta, tais como a proteção da propriedade, da pessoa humana e da sociedade⁴⁴³.

Dentro do grupo das teorias absolutas, destacam-se duas subespécies: “a da vontade e a da posse como categoria econômica independente”⁴⁴⁴.

A teoria da vontade inspira-se no kantismo. A posse deve ser juridicamente protegida porque, sendo forma de apropriação de bens, assim como o é a propriedade, serve à satisfação de necessidades humanas. Por esse motivo, a ordem jurídica deve protegê-lo⁴⁴⁵.

A teoria da posse como categoria econômica independente, por sua vez, apregoa que “a posse é uma forma de utilização dos bens que existem e, por isso, tem uma função útil em si mesma. Assim, a posse deve ser protegida pela ordem jurídica na medida em que satisfaz necessidades humanas”⁴⁴⁶.

Dentre as teorias relativas, destacam-se “a) a teoria da interdição da violência; b) a teoria do respeito à personalidade humana; c) a teoria da defesa complementar da propriedade”⁴⁴⁷.

A primeira encontra em Savigny e Rudorff seus maiores expoentes. Tais autores,

considerando a posse um simples fato, preconizam a sua defesa tendo em mira a pessoa do possuidor, e a repressão à violência ou ao delito contra a inviolabilidade deste, ínsita no ilícito que constitui a turbção ou o esbulho.

⁴⁴⁰ PEREIRA, **Instituições de Direito Civil**. p. 28.

⁴⁴¹ GOMES, op. cit. p. 80.

⁴⁴² TORRES, **A propriedade e a posse – um confronto em torno da função social**. p. 311.

⁴⁴³ GOMES, op. cit. p. 82.

⁴⁴⁴ CIMARDI, op. cit. p. 60.

⁴⁴⁵ GOMES, op. cit. p. 81.

⁴⁴⁶ CIMARDI, loc. cit.

⁴⁴⁷ GOMES, loc. cit.

Protege-se, assim, a posse pela necessidade de ser mantida a ordem social⁴⁴⁸.

Para Orlando Gomes,

Savigny apegou-se ao princípio geral de que o Estado não deve consentir a prática de atos de violência, admitindo que todo ato de turbação da posse constitui conduta anti-social. Na sua função se assegurar a ordem e a tranqüilidade, o poder público protege a posse, impedindo desavenças e evitando que cada qual se defenda com suas próprias mãos⁴⁴⁹.

As ações possessórias, portanto, se apresentam como o substitutivo da violência privada pela tutela Estatal⁴⁵⁰, figurando como “os meios de defesa da posse do possuidor, no interesse da manutenção da paz e da ordem pública”⁴⁵¹.

A teoria do respeito à personalidade humana deriva das lições de Bruns, para quem o fundamento da proteção da posse encontra-se na defesa da pessoa humana⁴⁵². Para Bruns e seus seguidores, “a necessidade de respeitar-se a personalidade do homem é princípio geral da ordem jurídica. O Direito não pode tolerar o desrespeito que toda lesão à posse implica. Por isso, a protege”⁴⁵³.

Não difere propriamente, no que toca à finalidade, da teoria de Savigny, visto que “a violência contra a pessoa é interdita para proteção da pessoa como valor importante para a sobrevivência da própria sociedade”⁴⁵⁴, e sendo assim, as ações possessórias, sob essa concepção, também são “os meios de defesa da posse do possuidor, no interesse da manutenção da paz e da ordem pública”⁴⁵⁵.

Por fim, coube a Ihering a construção da teoria da defesa complementar da propriedade.

Em sua célebre obra “Teoria Simplificada da Posse”, o referido autor afirmou, em contraposição à teoria de Savigny⁴⁵⁶ e amparado no Direito Romano, que

⁴⁴⁸ PEREIRA, op. cit. p. 28.

⁴⁴⁹ GOMES, op. cit. p. 81.

⁴⁵⁰ Cf. COUTURE, op. cit. p. 69. “la acción nace históricamente como una supresión de la violencia privada, sustituida por la obra de la colectividad organizada. (...) La acción em justicia es, em cierto modo, el substitutivo civilizado de la venganza”.

⁴⁵¹ GOMES, loc. cit.

⁴⁵² CIMARDI, op. cit. p. 59.

⁴⁵³ GOMES, op. cit. p. 82.

⁴⁵⁴ TORRES, op. cit. p. 312.

⁴⁵⁵ GOMES, op. cit. p. 81.

⁴⁵⁶ Cf. IHERING, **Teoria Simplificada da Posse**. p. 47. “Se for estranho que o direito romano negue a proteção possessória ao inquilino e ao colono, não o é menos que a conceda ao possuidor injusto. Por que isto? Savigny, cuja opinião pode considerar-se, atualmente, como a dominante, responde: no interesse da paz e da ordem pública. Esta consideração de polícia – chamemo-la assim – parece ser

somente de uma maneira pode ser explicado este aspecto da proteção possessória (...) é afirmando que ela foi instituída com o objetivo de facilitar e aliviar a proteção da propriedade. Invés da prova da propriedade, que o proprietário deve fazer quando reclamar uma coisa em mãos de terceiros (*reivindicatio*), bastará exhibir a prova da posse, em relação àquele que dela a privou⁴⁵⁷.

A respeito, diz Ihering:

podemos designar o possuidor como proprietário presuntivo, e compreende-se muito bem, por um lado, que o Direito Romano tenha declarado esta presunção de propriedade (...) suficiente contra o querelado quando se trata apenas de repelir os ataques contra a propriedade. A ação possessória mostra-nos a propriedade da defensiva, e a reivindicação na ofensiva⁴⁵⁸.

Por essas razões, conclui:

a proteção possessória aparece assim como um complemento indispensável da propriedade. O direito de propriedade sem ação possessória seria a mais imperfeita coisa do mundo, enquanto que a falta da reivindicação apenas a afetaria, considerando-se a questão apenas pelos seus aspectos práticos⁴⁵⁹.

Isto é, “Ihering adota como fundamento da proteção possessória o seu conceito mesmo de posse, como exteriorização normal da propriedade. E argumenta que a ordem jurídica dá-lhe segurança como um complemento necessário à garantia que dá à propriedade”⁴⁶⁰.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, para Ihering,

a posse é, então, a sentinela na defesa da propriedade, e, todas as vezes que se fere um combate de mera posição avançada, basta a utilização da arma branca na expulsão do ladrão ou salteador, reservando-se a artilharia pesada para a eventualidade de se ferir a batalha decisiva da sobrevivência da própria propriedade⁴⁶¹.

de uma evidência notória; mas não se harmoniza com o aspecto de que se reveste a proteção possessória no direito romano. De acordo com este motivo, o possuidor natural e as pessoas incapazes de possuir, deveriam ter também o direito de ser protegidos, porque é inteiramente indiferente que se procure a paz e a ordem pública em sua pessoa ou na do possuidor jurídico”.

⁴⁵⁷ IHERING, op. cit. p. 48.

⁴⁵⁸ Ibid., p. 49.

⁴⁵⁹ Ibid., p. 50.

⁴⁶⁰ PEREIRA, op. cit. p. 29.

⁴⁶¹ Ibid.

As ações possessórias, portanto, seriam, metaforicamente, a “arma branca” e serviriam à tutela breve e eficiente da posse atrelada à propriedade.

Conforme Caio Mário da Silva Pereira

nenhuma das explicações satisfaz plenamente. Nem as teorias absolutas, que sustentam a tutela da posse em razão da própria posse, nem as relativas, que vão arrimá-la à pessoa do possuidor, à defesa da propriedade, à paz social, ou ao interesse público. A posse parece condenada a sofrer a maldição das controvérsias⁴⁶².

Aliás, tanto isto é verdade que a doutrina ainda não se afina neste particular.

Há os que reconhecem validade, ainda que com pertinentes ressalvas, na teoria de Ihering, como se infere, por exemplo, das palavras de Caio Mário da Silva Pereira, para quem:

A teoria de Ihering, que satisfaz aos anseios práticos, no que diz respeito à conceituação, natureza e efeitos da posse, não convence na justificativa do fundamento de sua proteção, pois que pressupõe o ordenamento sistemático da propriedade e das idéias em torno de sua defesa. Ora, isto não encontra supedâneo nos monumentos históricos, nem nas hipóteses formuladas em torno de sua origem e evolução. Tem, contudo, o mérito de uma explicação *a posteriori*, que oferece vantagens de ordem prática. É uma fundamentação útil, sob aspecto realista. Permite que tomado o ordenamento dos princípios disciplinares da posse e da propriedade, na sua fase atual, dê-se explicação conveniente para a concessão dos interditos àquele que defende a sua condição de possuidor, contra quem quer que o ameace, perturbe ou esbulhe, reservando-se para o petitório a discussão profunda do direito, quando estiver travada a batalha da propriedade⁴⁶³.

Existe, por outro lado, quem a refute por completo, como, por exemplo, Marcos Alcino de Azevedo Torres, para quem “a importância econômica e social da posse não permite que seja considerada como a sentinela avançada da propriedade como sugere Ihering ou que sirva de muleta para um instituto que goza de adequada proteção do sistema”⁴⁶⁴.

Há também os que acatam parte dos ensinamentos de Savigny e parte das lições de Ihering e, sem contrapô-los, criam uma teoria mista do fundamento das ações possessórias. É o que se infere das palavras de Sílvio De Salvo Venosa, para quem:

⁴⁶² PEREIRA, op. cit. p. 29.

⁴⁶³ Ibid., p. 29-30.

⁴⁶⁴ TORRES, op. cit. p. 311.

a doutrina tradicional enuncia ser a posse relação de fato entre a pessoa e a coisa. A nós parece mais acertado afirmar que a posse trata de estado de aparência juridicamente relevante, ou seja, estado de fato protegido pelo direito. Se o direito protege a posse como tal, desaparece a razão prática, que tanto incomoda os doutrinadores, em qualificar a posse como simples fato ou como direito. Destarte, houvesse o possuidor, desapossado da coisa, que provar sempre, e a cada momento, sua propriedade ou outro direito real na pretensão de reacquirição do bem, a prestação jurisdicional tardaria e instaurar-se-ia inquietação social. Por essa razão, o ordenamento concede remédios possessórios, de efetivação rápida. Protege-se o estado de aparência, situação de fato, que pode não corresponder ao efetivo estado de direito, o qual poderá ser avaliado, com maior amplitude probatória e segurança, posteriormente. Assim, a situação de fato é protegida, não somente porque aparenta um direito, mas também a fim de evitar violência e conflito. (...) A proteção da posse, é, portanto, complemento indispensável da proteção à propriedade. Decidir-se-á acerca da propriedade, no entanto, somente nas ações petórias⁴⁶⁵.

Por fim, há os que, contemporaneamente, optam por agregar aos fundamentos apresentados por absolutistas e relativistas a proteção à função social da posse.

Repita-se que não é objeto deste trabalho o estudo da posse, mas o abuso do direito no uso dos meios processuais de defesa de tal fato jurídico. De toda maneira, faz-se relevante uma breve investigação do que se concebe por função social da posse, para, daí, compreender a contemporânea idéia de sua proteção a partir de tal concepção.

Pois bem. Segundo Fachin:

tem trânsito livre na ciência jurídica moderna a noção de que a posse é mera exteriorização da propriedade, admitindo-se excepcionalmente a figura do possuidor não proprietário. Enjaular o fenômeno possessório dessa forma corresponde a uma visão superada pela realidade, mas ainda não reconhecida. Esse confinamento hoje inaceitável é contraditado pela prioridade histórica da posse sobre a propriedade. Cronologicamente, a propriedade começou pela posse, geralmente posse geradora de propriedade, isto é, a posse para a usucapião.⁴⁶⁶

No Brasil, a citada confusão teórica é, em parte, fruto da adoção da concepção de posse formulada por Ihering, para quem a posse é “a exteriorização da propriedade”⁴⁶⁷, conforme sua utilização economicamente útil⁴⁶⁸.

Tito Fulgêncio, ao comentar o teor dos arts. 565 e 601 do projeto primitivo e o art. 485 do texto definitivo do Código Civil Brasileiro de 1916, foi categórico ao

⁴⁶⁵ VENOSA, op. cit. p. 42 passim.

⁴⁶⁶ FACHIN, op. cit. p. 13.

⁴⁶⁷ IHERING, op. cit. p. 94.

⁴⁶⁸ Ibid., p. 93-105.

afirmar que “temos, (...) e o advertiu a exposição de motivos, a consagração em texto do conceito de Ihering; a posse nada mais é que o modo por que a propriedade é utilizada; a relação de fato estabelecida entre a pessoa e a coisa pelo fim de sua utilização econômica”⁴⁶⁹.

Mesmo após a superveniência do Código Civil de 2002, “esse foi o conceito de posse acolhido por nossa sistemática, que adotou a teoria de Ihering ao sistematizar (sic) a posse no art. 485 do CC/1916, correspondente ao atual art. 1.196 do CC/2002, consoante divulgado unanimemente pela doutrina”⁴⁷⁰.

De fato, de acordo com o art. 1.196 do Código Civil Brasileiro, “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”, o que denota a aplicabilidade plena da teoria da posse como defesa complementar da propriedade.

Ocorre, no entanto, que “desde que, na Constituição de Weimar (1919), proclamou-se que a *propriedade obriga*, em todas as legislações mereceu pronunciamento expresso e enfático a tese sobre os deveres que, ao lado de seus direitos, incumbem ao proprietário”⁴⁷¹.

Consagrava-se legislativamente o que se convencionou chamar de função social da propriedade.

A propriedade, que “para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, constitui um direito inviolável e sagrado”⁴⁷², que “tanto o Código francês quanto o Código italiano de 1865, estatuíam que (...) é o direito de gozar e dispor do bem de modo absoluto”⁴⁷³, deve se prestar à “manutenção e desenvolvimento da vida coletiva”⁴⁷⁴ e, por isso, passou a ser gradativamente reinterpretada e redimensionada, culminando com a superveniência da Constituição Alemã de 1919⁴⁷⁵, orientada pelo princípio da solidariedade.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou o direito de propriedade como cláusula pétrea (art. 5º, XXII e XXIII), mas tal qual a Constituição alemã de 1919, ela, a propriedade, obriga.

⁴⁶⁹ FULGÊNCIO, **Da posse e das ações possessórias**. p. 10.

⁴⁷⁰ CIMARDI, op. cit. p. 28.

⁴⁷¹ ESPÍNOLA, op. cit. p. 186.

⁴⁷² FACHIN, op. cit. p. 16.

⁴⁷³ Ibid.

⁴⁷⁴ DUGUIT, **Fundamentos do direito**. P. 15-16. *Apud* MEIRELES, op. cit. p. 80.

⁴⁷⁵ FACHIN, loc. cit.

O diploma constitucional é textual ao afirmar “*que a propriedade atenderá a sua função social*”⁴⁷⁶, o que importa dizer que não é absoluta, mas comporta restrições impostas pela própria sociedade e, conseqüentemente, pelo ordenamento jurídico.

Existe, pois, “uma nova propriedade, cujo conteúdo, estrutura e conceito foi ou devia ter sido moldado com base na função social”⁴⁷⁷.

Como a posse é, no sistema brasileiro, a exteriorização da propriedade e de seu proveito econômico, também só pode ser concebida à luz dos princípios da solidariedade e da função social a que se destina.

Até mesmo porque, como bem leciona Marcos Alcino de Azevedo Torres:

a propriedade sem a posse é como um recipiente oco, vazio, tendo em tal situação função econômica e social limitadas. (...) A propriedade sem a posse é mera abstração jurídica, uma linha tênue de existência – o registro imobiliário na propriedade imóvel e tal propriedade só despertarão interesse econômico se estiver caracterizado que, num determinado tempo, o titular terá a plena propriedade, pois do contrário é absurdo imaginar que alguém a adquira.⁴⁷⁸

E somente a posse, essa situação de fato peculiar, é que permite o exercício efetivo dos poderes inerentes ao domínio.

Por essa razão, leciona Fachin que:

a função social é mais evidente na posse e muito menos evidente na propriedade, que mesmo sem uso, pode se manter como tal. A função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção de reação anti-individualista. O fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável. O fundamento da função social da posse revela o imprescindível, uma expressão natural de necessidade. (...) A função social da posse, ensina Hernández Gil, deve ser vista em dois sentidos: primeiro, em que a ordenação jurídica seja exponente da realidade social (...); segundo, em que a função social tende a modificar determinadas estruturas sociais e os correspondentes quadros jurídicos. Antes e acima de tudo, (...) a posse tem um sentido distinto da propriedade, qual seja o de ser uma forma atributiva da utilização das coisas ligadas às necessidades comuns de todos os seres humanos, e dar-lhe autonomia significa construir um contraponto humano e social de uma propriedade concentrada e despersonalizada (...).⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, XXXIII.

⁴⁷⁷ TORRES, op. cit. p. 260.

⁴⁷⁸ Ibid., p. 303.

⁴⁷⁹ FACHIN, op. cit. p. 20-21.

Vale dizer: é no exercício da posse, manifesta nas faculdades de usar, fruir, gozar e/ou dispor efetiva e faticamente do bem, que reside a finalidade social que menciona a Constituição Federal de 1988, mesmo que não haja propriedade.

E ainda que coexista com a propriedade, é possível concluir que

se a propriedade se exerce pela posse, (...) é a posse que tem função social e, através dela assim exercida, infere-se se o proprietário está cumprindo com seu compromisso (proprietário) e aí estará ele alforriado das conseqüências do sistema para descumprimento⁴⁸⁰

de tal princípio.

Portanto, a posse deve ser concebida conforme os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF/88) e deve cumprir a função primordial de valorização humana, de priorização do bem-estar social e de desenvolvimento da coletividade.

Não se concebe, há algum tempo, como cumpridora da sua função social, a propriedade que é meramente produtiva, mas que é explorada em detrimento de princípios sociais como a valorização do trabalho ou a garantia da saúde dos cidadãos. Não é diversa a conclusão quando um possuidor, no exercício de um dos poderes inerentes ao domínio, o faz em detrimento desses caros valores sociais.

A posse, assim, vincula os interesses do particular aos da sociedade como um todo, seja no campo social, econômico ou ambiental.

É por meio do exercício da posse que se cumpre ou descumpre a finalidade social do direito, implícita no fim social da propriedade, segundo as perspectivas legislativas e jurisprudenciais de um dado povo num certo momento histórico.

Somente quando se cumpre o dever consagrado no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal de 1988, é que se é titular legítimo do direito de defender a posse.

É o que se infere, por exemplo, das lições de Marcos Alcino de Azevedo Torres, para quem

deve ser reconhecido, depois de tantos séculos de reflexão, de desenvolvimento, que se protege a posse por si mesma, porque é através dela que se torna possível extrair as utilidades econômicas e sociais de alguma coisa; porque é através dela que uma coisa pode produzir riqueza, moradia, alimentação, lazer, em benefício do possuidor e da comunidade⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ TORRES, op. cit. p. 304.

⁴⁸¹ Ibid., p. 318.

Das palavras de Joel Dias Figueria Júnior, para quem:

A razão da proteção possessória nasce e se encerra na finalidade existencial da própria posse, podendo ser mensurada pelo grau de normalidade do poder fático e através de um critério finalístico, via de regra social e econômico. O objetivo da tutela é permitir que o bem realize a sua perfeita, adequada e tranqüila destinação sócio-econômica, em benefício do titular do poder fático (sic) e dentro de um determinado contexto social. Em outras palavras, protege-se a posse por decorrência dos seus efeitos gerados no mundo jurídico, a fim de que o bem sobre o qual recaiu o poder de fato atinja com segurança sua finalidade social e econômica à satisfação de nossas necessidades. (...) Não é por menos que a Constituição Federal protege a propriedade e estabelece o dever de atender a sua função social. Interpretando-se teleológica, axiológica e sistematicamente a Lei Maior, podemos estender o dispositivo à exteriorização potestativa da propriedade no mundo fático (sic) – a posse (...).⁴⁸²

Ou das ilações de Barassi, para quem “a aparência do direito não basta para constituir uma causa justificativa da tutela possessória, porque resta saber qual a razão de se proteger a aparência: essa razão se encontra no interesse da paz social”⁴⁸³

Repita-se que não há unanimidade doutrinária a respeito de quais sejam os fundamentos da proteção possessória e que o tema ainda suscita acalorados debates no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

Certo é, no entanto, que a concepção absolutista e individualista do direito que orientou a compreensão da posse e dos seus correspondentes mecanismos de proteção processual ao longo dos anos – estes em especial – cede, gradativamente, lugar à teoria da relativização dos direitos⁴⁸⁴, ao ponto de hoje poder-se afirmar que só merece tutela a posse que cumpre sua função social⁴⁸⁵.

⁴⁸² FIGUEIRA JUNIOR, **Posse e ações possessórias: fundamentos da posse**. p. 271-272.

⁴⁸³ BARASSI. **Diritti Reali e Possesso, II, Il possesso**, p. 302 *Apud*, ESPINOLA, op. cit. p. 99.

⁴⁸⁴ Apregoadas, há muito, pela Escola Histórica na França, e pela Pandectista alemã, segundo as lições de PINHEIRO, op. cit. p. 156.

⁴⁸⁵ TORRES, op. cit. p. 318.

3.3.2 Requisitos da tutela possessória – Importância doutrinária da classificação da posse

Como se disse anteriormente, só merece proteção jurisdicional a posse que cumpre sua função social. Esse é, pois, o primeiro requisito legal essencial à tutela da posse.

Não é, todavia, o único. Somam-se a este, outros tantos que merecem menção.

Segundo a doutrina majoritária, os requisitos da tutela possessória derivam de lei e são facilmente compreendidos a partir da classificação do objeto dessas ações, vale dizer, da posse.

Em que pese, repita-se, não seja objeto deste ensaio o estudo desse poder de fato juridicamente protegido, tecem-se algumas linhas sobre sua classificação, a fim de se compreender melhor os requisitos essenciais do exercício do direito subjetivo de obter um provimento jurisdicional em casos de conflitos possessórios, visto que este é um dos efeitos daquele.

De acordo com Tito Fulgêncio, a posse pode ser classificada como:

- a) direta e indireta;
- b) justa ou injusta;
- c) posse de boa-fé ou de má-fé⁴⁸⁶.

Para Sílvio de Salvo Venosa, à classificação proposta por Fulgêncio, há que se acrescentem as espécies de posse nova e posse velha⁴⁸⁷.

Pois bem. A divisão da posse em direta e indireta, “obedece a uma necessidade prática: determinar quanto às pessoas a extensão da garantia possessória, assinar que conseqüências jurídicas se prendem à posse em toda a sua plenitude”⁴⁸⁸ e, especialmente, para “caracterizar a legitimidade ativa para a propositura das ações possessórias”⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ FULGÊNCIO, op. cit. p. 27-45.

⁴⁸⁷ VENOSA, op. cit. p. 80.

⁴⁸⁸ FULGÊNCIO, op. cit. p. 27.

⁴⁸⁹ MARCATO, op. cit. p. 77.

Encontra albergue legal no disposto no art. 1.197 do Código Civil Brasileiro que assim dispõe: “A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto”.

Para Fulgêncio, para que a figura da posse direta se faça presente, há que coexistirem duas circunstâncias: “que a coisa esteja na posse direta de uma pessoa; que exista um certa relação jurídica entre esse possuidor direto e o possuidor indireto, de maneira que não há cogitar de posse direta no sentido da lei, na hipótese de ter o proprietário, ele só, a posse da coisa”⁴⁹⁰.

Em outras palavras, “tem a posse direta aquele que, não sendo o dono da coisa possuída, exerce sobre ela, no entanto, por força de obrigação ou de direito, uma das faculdades inerentes ao domínio”⁴⁹¹.

A posse indireta, por outro lado, é aquela “reservada aos que concedem aos possuidores efetivos diretos o direito de possuir, possuem unicamente por intermédio dos segundos. A posse dos pré-possuidores é originária, a dos segundos, derivada, expressões de que se serve o Código suíço”⁴⁹².

Isto é, “a posse indireta tem-na o proprietário, quando se despoja de um dos direitos ligados ao domínio, cedendo a outrem (possuidor direto) o seu exercício”⁴⁹³.

Esta classificação interfere substancialmente na legitimidade ativa para propor ação possessória.

É cediço que “quem detém, de fato, o exercício de algum dos poderes do domínio é, juridicamente, possuidor, e, como tal, tem legitimidade para propor ação possessória sempre que temer ou sofrer moléstia em sua posse”⁴⁹⁴.

Sendo assim, na “hipótese de posse direta (locação, usufruto, comodato, etc.), o exercício dos interditos possessórios, contra moléstias de estranhos, tanto pode ser do possuidor direto como do indireto”⁴⁹⁵, nos exatos termos do que dispõe o art. 1.197 do Código Civil Brasileiro.

⁴⁹⁰ FULGÊNCIO, op. cit. p. 28.

⁴⁹¹ MARCATO, op. cit. p. 77.

⁴⁹² FULGÊNCIO, loc. cit.

⁴⁹³ MARCATO, loc. cit.

⁴⁹⁴ THEODORO JÚNIOR, **Curso de Direito Processual Civil**, vol. III. p. 143.

⁴⁹⁵ Ibid.

Segundo a mesma regra, “no relacionamento entre os dois possuidores, qualquer um pode manejar ação possessória contra o outro, sem a conduta de um deles representar esbulho, turbação ou ameaça à situação do outro”⁴⁹⁶.

Há, pois, legitimidade ordinária para qualquer dos possuidores, sem que uma exclua a outra, como normalmente acontece com o exercício do direito de ação, nos termos do que dispõe o art. 6º do CPC.

Mais do que isso, infere-se dessa classificação que somente os possuidores detêm legitimidade ativa *ad causam*, razão pela qual “carece de legitimidade para os interditos, o simples *detentor*, que ocupa a coisa alheia por mera permissão ou tolerância do verdadeiro possuidor”⁴⁹⁷.

É detentor, segundo o art. 1.198 do Código Civil, “aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas”, caso, por exemplo, dos empregados e prestadores de serviços de uma determinada empresa.

Assim, outro requisito para o ajuizamento de uma ação possessória – como qualquer outra ação – é a legitimidade *ad causam*, que ordinariamente comete ao possuidor direto ou indireto, exclusivamente⁴⁹⁸ (arts. 3º e 6º do CPC).

Há, no entanto, outros requisitos enunciados pela doutrina e que são facilmente compreendidos a partir das outras modalidades de classificação da posse.

A posse também se classifica como justa ou injusta. Conforme o art. 1.200 do Código Civil Brasileiro, “É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária.”.

Vale dizer: “é justa, quando adquirida em conformidade com o direito; injusta, se a aquisição realizou-se de forma violenta, clandestina ou precária”⁴⁹⁹.

Com relação à violência, “nenhuma distinção faz a lei entre violência física e moral, nem o seu espírito a autoriza, porque, ou se entre na posse do meu prédio usando contra mim da força física, e se a tome, empregando a intimação ou o abuso de posição, sempre há uma perturbação da ordem social”⁵⁰⁰, e sempre que houver a

⁴⁹⁶ THEODORO JÚNIOR, op. cit. p. 143.

⁴⁹⁷ Ibid.

⁴⁹⁸ MARCATO, op. cit. p. 83.

⁴⁹⁹ Ibid., p. 77.

⁵⁰⁰ FULGÊNCIO, op. cit. p. 37.

substituição “da lei pelo poder privado (...) se atenta contra a paz jurídica, sem a qual é impossível o viver civil”⁵⁰¹.

Ressalve-se, todavia, que

a posse viciada é apenas aquela em que a violência se exerce no momento da aquisição, ou seja, a que o atual possuidor empregou contra o anterior para deslocá-lo da posse e tomá-la para si. Aquele que já detinha a posse e repeliu, com violência a pretensão de quem tentou desalojá-lo, não contamina sua posse do vício da violência⁵⁰²,

visto que autorizada a autotutela limitada, nos termos do art. 1.210, § 1º do CCB⁵⁰³.

Clandestina, consoante Caio Mário da Silva Pereira:

é a posse que se adquire por via de um processo de ocultamento (*clam*), em relação àquele contra quem é praticado o apossamento. Contrapõe-se-lhe (*sic*) a que é tomada e exercida pública e abertamente. A clandestinidade é defeito relativo: oculta-se da pessoa que tem interesse em recuperar a coisa possuída *clam*, não obstante ostentar-se às escâncaras em relação aos demais.⁵⁰⁴

Isto é, “a que se estabelece às ocultas daqueles que têm interesse em conhecê-la”⁵⁰⁵, viciando o ato jurídico que se encontra contaminado por um grau elevado de injustiça, ilegalidade e imoralidade.

E precária é “a posse que se origina do abuso de confiança, por parte daquele que recebera a coisa, para restituir, e se recusa a fazê-lo”⁵⁰⁶.

A precariedade, portanto, inicia-se “no momento em que o possuidor precarista recusa atender à revogação da autorização anteriormente concedida”⁵⁰⁷. Nesse caso, “distingue-se da violência e da clandestinidade vícios que partem da origem da relação da coisa com o possuidor viciado”⁵⁰⁸.

⁵⁰¹ FULGÊNCIO, op. cit. p. 37.

⁵⁰² THEODORO JUNIOR, op. cit. p. 137.

⁵⁰³ Art. 1.210 (...) § 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

⁵⁰⁴ PEREIRA, op. cit. p. 21.

⁵⁰⁵ ESPÍNOLA, op. cit. p. 72.

⁵⁰⁶ Ibid.

⁵⁰⁷ PEREIRA, op. cit. p. 22.

⁵⁰⁸ VENOSA, op. cit. p. 73.

É, por exemplo, precária “a posse do empregado com relação a veículos, máquinas, instrumentos, mostruários, etc. que recebe em relação do desempenho da relação de trabalho, quando não mera detenção.”⁵⁰⁹

Em todos esses casos, o vício proíbe a tutela possessória, visto que “a posse injusta não se pode converter em posse justa quer pela vontade ou pela ação do possuidor, (...) quer pelo decurso do tempo”⁵¹⁰, e segundo Humberto Theodoro Júnior “somente a posse *justa* desfruta da proteção das ações possessórias”⁵¹¹, já que corolário lógico do conceito predito de função social da posse.

Ressalva, no entanto, a doutrina, que “os vícios da posse (...) não a contaminam em caráter absoluto e permanente. Muito ao contrário, esses vícios que fazem a posse injusta são apenas *relativos e temporários*”⁵¹², porquanto “somente podem ser acusados pela vítima; em relação a qualquer outra pessoa, a posse produz seus efeitos normais”⁵¹³.

De toda maneira, a posse, para poder ser protegida por meio de ação judicial, deve ser justa, cumprir sua função social e a parte que a quiser defender deve ser legítima a fazê-lo.

Contudo, há outros requisitos importantes e que merecem menção.

Outra modalidade de classificação da posse diz respeito à boa-fé e à má-fé. De acordo com o art. 1.201 do CCB, “é de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.”

Se o possuidor, por outro lado, “tem consciência de que há obstáculo, ou se sabe da existência do vício que impede a aquisição da coisa, e, não obstante, a adquire, torna-se possuidor de má-fé”⁵¹⁴.

Para Sílvio de Salvo Venosa, “O estado de boa-fé requer ausência de culpa, devendo, pois, o possuidor empregar todos os meios necessários, a serem examinados no caso concreto, para certificar-se da legitimidade de sua posse”⁵¹⁵.

Porém, conforme o art. 1.202 do Código Civil, “A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir

⁵⁰⁹ VENOSA, op. cit. p. 73.

⁵¹⁰ PEREIRA, op. cit. p. 22.

⁵¹¹ THEODORO JÚNIOR, op. cit. p. 136.

⁵¹² Ibid., p. 138.

⁵¹³ PEREIRA, loc. cit.

⁵¹⁴ GOMES, op. cit. p. 49.

⁵¹⁵ VENOSA, op. cit. p. 75.

que o possuidor não ignora que possui indevidamente”, o que poderia induzir, ao contrário, a utilização de critério objetivo de aferição da boa-fé possessória.

A doutrina, entretanto, rechaça tal entendimento, amparando suas conclusões na subjetividade histórica da boa-fé possessória⁵¹⁶ e na assertiva de que “as dicções legais fazem o caso concreto depender sempre do exame da vontade do possuidor. Nesses termos, temos que examinar, no caso sob testilha, se o possuidor ignora o vício da posse”⁵¹⁷.

De toda maneira, tal qual se disse ao classificar a posse em justa ou injusta, a posse só surtirá efeitos e permitirá a proteção possessória se de boa-fé, a de má-fé, ante a evidente violação às regras morais e à solidariedade com o possuidor anterior, não surte efeitos jurídicos neste particular.

Todaíva, tal qual se disse anteriormente, o vício da posse de má-fé elide a tutela possessória apenas contra a vítima, mas não contra terceiros. Diz Sílvio de Salvo Venosa que “mesmo o possuidor injusto ou de má-fé com relação a determinado sujeito poderá defender a posse contra terceiros, em relação aos quais a exerce sem qualquer vício”⁵¹⁸.

E a derradeira classificação é a que diz respeito ao tempo de aquisição da posse. Sob esse enfoque a posse pode ser velha ou nova. “Cuida-se da posse nova, de menos de ano e dia, e posse velha, de mais de ano e dia”⁵¹⁹, segundo o disposto no art. 924 do CPC⁵²⁰.

Essa modalidade de classificação reflete em um dos efeitos da posse que “é a possibilidade de, com ela, alcançar-se a propriedade pelo decurso de certo tempo. A posse hábil para isso denomina-se *ad usucapionem*”⁵²¹. Mas como o propósito deste trabalho é estudar efeito diverso da posse – a proteção possessória - não há razão para maiores digressões a esse respeito.

Interessa mencionar, brevemente, o reflexo procedimental da referida qualificação. Embora a qualidade de nova ou velha da posse não estabeleça propriamente um requisito à tutela jurisdicional, influencia no rito que o processo seguirá.

⁵¹⁶ Cf. FULGÊNCIO, op. cit. p. 39-44.

⁵¹⁷ VENOSA, op. cit. p. 74.

⁵¹⁸ Ibid., p. 80.

⁵¹⁹ Ibid., p. 81.

⁵²⁰ Art. 924. Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório.

⁵²¹ VENOSA, op. cit. p. 80.

Nas ações possessórias – que serão adiante estudadas –

para que o juiz possa conceder a proteção liminar [nos termos do art. 928 do CPC], devem ser propostas antes de ano e dia contados da violação ou ameaça. Passado esse prazo, o procedimento será ordinário, não perdendo, porém, a ação a natureza e conteúdo possessório⁵²².

Em outras palavras:

tratando-se de ação de força nova (ou seja, aquela proposta dentro de ano e dia da turbação, ou do esbulho), (...), a manutenção, ou a reintegração, será processada no rito especial previsto nos art. 926 a 931 do CPC (...). Sendo a ação de força velha (aquela proposta após ano e dia da ocorrência da ofensa à posse) (...), o rito adequado é o ordinário, mantendo a ação, contudo, o seu caráter possessório (...)⁵²³.

Cite-se, a título de ilustração, que no âmbito do processo do trabalho, que nas ações de força velha, o rito ordinário a ser seguido é o da CLT, nos termos do que estabelece o art. 1º da Instrução Normativa nº 27 de 2005, do C. TST⁵²⁴.

Contudo, além dos requisitos acima enunciados (ter posse e cumprir sua função social, posse justa, posse de boa-fé, e legitimidade *ad causam*), há outros dois requisitos importantes à tutela possessória que são o interesse em agir e a possibilidade jurídica do pedido, os quais não se inferem de classificação alguma, mas do próprio limite processual imposto ao exercício do direito subjetivo de ação.

Somando-se à legitimidade, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido, compõem as condições da ação, e se aplicam, por óbvio, às possessórias, visto que manifestações especiais do referido direito subjetivo.

Neste instante, todavia, basta afirmar que são também requisitos para o exercício do direito de ação possessória, ressaltando-se que adiante, em tópico específico, merecerão maiores considerações.

Conclui-se, pois, que são requisitos da tutela possessória, enquanto efeito da posse:

a) a função social da posse;

⁵²² GRECO FILHO, op. cit. p. 221.

⁵²³ MARCATO, op. cit. p. 83.

⁵²⁴ Art. 1º As ações ajuizadas na Justiça do Trabalho tramitarão pelo rito ordinário ou sumaríssimo, conforme previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, excepcionando-se, apenas, as que, por disciplina legal expressa, estejam sujeitas a rito especial, tais como o Mandado de Segurança, Habeas Corpus, Habeas Data, Ação Rescisória, Ação Cautelar e Ação de Consignação em Pagamento.

- b) posse justa;
- c) posse de boa-fé;
- d) o preenchimento das condições da ação.

3.3.3 Das espécies de ações possessórias

Estabelecidos os fundamentos doutrinários e os requisitos legais que amparam a proteção processual da posse, passa-se à análise do que se concebe por ações possessórias.

Segundo Tito Fulgêncio, a “proteção da posse, em se tratando de ofensas e usurpações de que esta é suscetível, exerce-se por via de ações especiais que os romanos chamaram *interditos* e o código [Civil de 1916] apelida – *ações possessórias*”⁵²⁵.

Afirmou Ihering, como dito anteriormente, que a posse e as ações possessórias, para os romanos, serviam “como um complemento indispensável da propriedade”⁵²⁶, visto que “o direito de propriedade sem ação possessória seria a mais imperfeita coisa do mundo”⁵²⁷, haja vista que a posse foi concebida como a “exteriorização da propriedade”⁵²⁸.

A concepção romana de interdito, “enxertada com elementos novos, provenientes, principalmente, do direito germânico, do direito consuetudinário francês e do direito canônico”⁵²⁹, com o passar dos séculos, deu azo ao surgimento da moderna concepção de proteção possessória.

A doutrina majoritária assevera que “os interditos são os meios processuais de que pode servir-se o possuidor para defender a posse”⁵³⁰, e, além disso, um dos efeitos desta, como se infere do teor dos 1.210 e seguintes, dispostos no Livro III, Título I, capítulo III, do Código Civil Brasileiro de 2002⁵³¹.

⁵²⁵ FULGÊNCIO, op. cit. p. 82.

⁵²⁶ IHERING, op. cit. p. 50.

⁵²⁷ Ibid.

⁵²⁸ Ibid., p. 94.

⁵²⁹ Cf. GOMES, op. cit. p. 84.

⁵³⁰ Ibid., p. 88.

⁵³¹ Cf. ESPÍNOLA, op. cit. p. 100.

Vale dizer: são, ao mesmo tempo, manifestações especiais do direito **genérico, abstrato, autônomo, público, subjetivo e instrumental**, de exigir um provimento jurisdicional que componha a lide (ação), e, efeitos da posse em si, substantivamente considerada.

Há, pois, uma antiga controvérsia doutrinária a respeito da correta localização topográfica do direito de ação possessória no âmbito da ciência jurídica. Há quem defenda o regramento pelo Direito Civil e quem defenda o regramento pelo Direito Processual Civil.

Eduardo Espínola é um dos representantes dos teóricos que defendem o regramento das ações possessórias pelo direito civil, como se infere da seguinte afirmação: “porque essa proteção é inerente ao instituto da posse, as disposições de direito positivo, relativas à tutela possessória, são de ordem substantiva, entram na esfera do direito civil, cabendo ao direito processual apenas regular o rito das ações respectivas”⁵³².

Orlando Gomes, no mesmo sentido, afirma que:

a singularidade da posse reclama a disciplina de sua proteção no próprio corpo do Código Civil, se contida nos limites dentro dos quais não cabem regras puramente formais. Ao contrário dos outros direitos, a posse não se separa do fato que a origina. (...) Desta peculiaridade da posse resulta que a persistência da relação de fato é o requisito necessário do direito à proteção. O condicionamento do direito ao fato, sendo permanente, estabelece tão estrita vinculação que o processo de preservar, conservar ou recuperar o direito é dele inseparável, pelo que se diz que a forma lhe é inerente.⁵³³

Antônio Carlos Marcato, por sua vez, diverge dos eminentes civilistas, afirmando que:

apesar de justificável tal inclusão, à luz das teorias processuais vigentes à época da promulgação do Código Civil [de 1916], é bem de ver que ela não encontra hoje qualquer amparo científico. Realmente, o direito de ação não se confunde com o direito material subjacente, isto é, o direito de agir, abstrato, autônomo e instrumental que é, não se identifica com o direito material objeto do litígio. Logo, a proteção possessória, a ser conseguida mediante a propositura da ação adequada, *não é efeito da posse*.⁵³⁴

⁵³² ESPÍNOLA, op. cit. p. 99.

⁵³³ GOMES, op. cit. p. 88.

⁵³⁴ MARCATO, **Procedimentos Especiais**. p. 77-78.

Embora pareça sistematicamente mais adequada a posição defendida por Marcató, visto que efetivamente não há identidade entre o direito de ação e o direito material, como anteriormente se demonstrou, a discussão mantém-se meramente no âmbito doutrinário e dispõe de pouca efetividade prática, até mesmo porque o Direito é um sistema e nada impede que haja normas de caráter processual em leis ditas substanciais, ou vice-versa, desde que mantida a integridade e funcionalidade daquele.

Assim, pouco importa se é o Código Civil Brasileiro – e realmente o é - quem enuncia os meios processuais adequados à tutela jurídica da posse ou Código de Processo civil, pois a norma, nesse particular, é de nítido caráter processual, genérica, abstrata, pública e prevê a possibilidade de exercício de um direito subjetivo, autônomo e instrumental chamado direito de ação.

Assim, o que se extrai do teor do art. 1.210 do Código Civil, quando prevê que “O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado”, é que, se preenchidos os requisitos da tutela da posse, dentre eles as condições da ação, respeitadas as finalidades social e econômica do referido direito, bem como a boa-fé e os bons costumes, o titular poderá exigir do Estado um provimento jurisdicional breve e efetivo que lhe garanta a posse.

O fará, no entanto, segundo as regras dispostas no Livro IV, Título I, Capítulo V, do Código de Processo Civil.

Conforme as regras em comento, são três as “ações possessórias típicas: (...) a ação de reintegração de posse, de manutenção de posse e o interdito proibitório”⁵³⁵.

Além dessas, há “outras ações de conteúdo possessório, como, por exemplo, os embargos de terceiro”⁵³⁶ (arts. 1046 a 1054 do CPC) e a “ação de nunciação de obra nova (arts. 934 a 940), [que] podem ser utilizadas na defesa da posse, mas não são exclusivamente voltadas para a tutela possessória”.⁵³⁷

Aliás, de acordo com as lições de Joel Dias Figueira Junior, “essas ações não se revestem de natureza eminentemente interdital, seja porque o pedido fundamenta-se no direito de propriedade ou no direito obrigacional de devolução da

⁵³⁵ GRECO FILHO, **Direito Processual Civil Brasileiro**. p. 220-221.

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 220.

⁵³⁷ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.* p. 141.

coisa (...) ou na proteção contra atos judiciais de constrição⁵³⁸ e não propriamente na posse como objeto da lide.

Exatamente por isso é que estas não serão objeto de maiores digressões ao longo do trabalho, já que alheios ao objeto de pesquisa.

Limitar-se-á, pois, a investigação, às espécies de ações possessórias (*interditais*) típicas, que têm por escopo exclusivo a defesa da posse.

3.3.3.1 Da ação de manutenção da posse

A primeira ação interdital a que se refere o art. 1.210 do Código Civil Brasileiro é ação de manutenção da posse.

Além do disposto na regra em referência, dispõe o art. 926 do CPC que “o possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no esbulho”.

Limita-se a análise, neste momento, à primeira hipótese.

Conforme a doutrina nacional, sintetizada nas palavras de Joel Dias Figueira Junior:

a ação de manutenção da posse é aquela destinada à proteção do possuidor da prática de atos turbativos. Estes atos correspondem não apenas à moléstia ao normal exercício da posse, mas também à diminuição no uso, gozo, eficácia ou disposição do bem, da tranquilidade, e, em geral, são todos aqueles capazes de interferir negativamente na consecução dos fins sociais e econômicos do bem mantenido⁵³⁹.

Em outras palavras, o possuidor justo, legítimo, de boa-fé e que utiliza o seu poder fático consoante seus fins sociais e econômicos, se for vítima de turbação, que é “a violação da posse sem que se exclua totalmente a posse do possuidor anterior”⁵⁴⁰, está autorizado a pedir ao Poder Judiciário decisão que lhe proteja, mantendo-o na posse da coisa.

⁵³⁸ FIGUERIA JUNIOR, op. cit. p. 281.

⁵³⁹ Ibid., p. 277.

⁵⁴⁰ GRECO FILHO, op. cit. p. 223.

Ensina Caio Mário da Silva Pereira que “o possuidor sofrendo embaraço no exercício de sua condição, mas sem perdê-la, postula ao juiz que lhe expeça mandado de manutenção, provando a existência da posse e a moléstia”⁵⁴¹.

Cláudia Aparecida Cimardi, no mesmo sentido, porém mais precisa, afirma que “a posse que se visa proteger pela ação de manutenção, (...), é a atual, existente à época dos atos hostis que ensejam o pedido de tutela jurisdicional”⁵⁴², o que, a permite concluir que a causa de pedir da ação de manutenção de posse deverá ser sempre a posse atual e a turbação⁵⁴³.

Antonio Carlos Marcato, no entanto, assevera que além da prova da posse contemporânea à ofensa e da própria turbação, compete ao autor, também, a prova da data em que esta foi perpetrada e da continuação da posse, nos termos do art. 927 do CPC⁵⁴⁴.

Justifica sua posição, afirmando o seguinte:

incumbe (...) ao autor provar a sua posse, a turbação (...) praticada pelo réu, a data em que a ofensa foi perpetrada e a continuação da posse, embora turbada. (...) Tais fatos deverão ser demonstrados documentalmente, exigindo-se a prova cabal de pelo menos dois deles: a posse do autor e a data (...) da turbação. A exigência é facilmente compreensível, já que, não demonstrada a posse do autor, descabe a proteção possessória pretendida por ele; ademais, é de vital importância a fixação da data da ofensa, pois é, com base nela que se apurará o procedimento adequado, vale dizer, tratando-se de ação de força nova o rito será o especial e, de força velha, o ordinário⁵⁴⁵.

A pertinência de tal afirmação reside, primeiro, na legitimação ativa e no uso adequado e sistemático da ação de manutenção da posse, visto que somente o possuidor, que tenha comprovado tal condição, e que tenha sofrido demonstrada turbação, poderá exigir que a máquina estatal seja movimentada em seu favor.

Segundo, porque somente quando houver demonstração cabal de efetiva turbação, que conforme Pontes de Miranda “não é só perturbar, ou conturbar, é praticar qualquer ato, ou deixar que ocorra qualquer fato, que retire à posse a extensão, ou interesse ou a eficiência ou a tranqüilidade”⁵⁴⁶, é que se autorizará a movimentação jurisdicional, na medida em que, o processo, antes de tudo, é o meio

⁵⁴¹ PEREIRA, op. cit. p. 48

⁵⁴² CIMARDI, op. cit. p. 155.

⁵⁴³ Ibid., p. 157.

⁵⁴⁴ MARCATO, op. cit. p. 85.

⁵⁴⁵ Ibid.

⁵⁴⁶ MIRANDA, **Comentários ao Código de Processo Civil – Tomo XIII**. p. 222.

pelo qual o Estado exerce um Poder e não pode ser levemente utilizado se não houver qualquer utilidade e necessidade no provimento vindicado.

Terceiro, porque “a data da turbação ou violência é pressuposto essencial para que caiba o processo especial (art. 927, III)”, inclusive para que se defina se juiz poderá ou não definir a proteção liminar, na forma do art. 928 do CPC, já que, para tanto, a ação deve ser “proposta antes de ano e dia contados da violação ou ameaça”, nos termos do disposto no art. 924 do mesmo diploma legal.

Assim, em princípio, se preenchidos os requisitos e fundada a ação em posse nova, permite-se a concessão liminar do mandado de manutenção na posse, com amparo na simplicidade do artigo predito, sem a oitiva da parte adversa. Se fundada em posse velha, dependerá de justificação prévia e do preenchimento cabal dos requisitos previstos nos arts. 273 e 461 do CPC, além de ter de aguardar a citação do réu e a realização de audiência, nos termos da parte final do art. 928 do mesmo diploma processual.

“Isso significa que, provados os requisitos examinados, [e só assim], e estando em termos a petição inicial, o juiz deferirá a expedição de mandado liminar, mantendo (...) o autor na sua posse, *sem antes ouvir o réu*”⁵⁴⁷, **o que, por óbvio, demanda muita cautela e convicção por parte do juiz, ante a satisfatividade inerente à decisão.**

Há que haver, pois, prova robusta da posse, da turbação, da data da ofensa e da continuidade, para que se conceda a liminar em evidente antecipação de tutela de mérito, sob pena de, em caso contrário, emergir dano irreparável a interesse de terceiro e irreversibilidade do provimento antecipado, na forma do art. 273, § 2º, do CPC.

De toda maneira, seguido o rito normalmente – seja especial no princípio e ordinário em seguida, ou ainda ordinário desde o início – haverá citação do réu, que, querendo, poderá contestar a ação no prazo legal⁵⁴⁸, instrução do feito e sentença, em que o juiz poderá ou não acatar a pretensão e, se for o caso, manter a decisão liminar fundada em juízo de cognição sumária.

⁵⁴⁷ MARCATO, op. cit. p. 86.

⁵⁴⁸ No processo civil de 15 (quinze dias) na forma do art. 297 do CPC, ou, no caso de o processo tramitar na Justiça do Trabalho, na data da audiência designada, conforme art. 847 da CLT, segundo o teor da Instrução Normativa nº 27/2005 do C. TST.

3.3.3.2 Da reintegração de posse

Consoante Joel Dias Figueira Junior,

a ação de reintegração de posse destina-se a recuperar a posse de determinado bem, que foi de fato perdida, tendo como pressuposto a configuração de um ato espoliativo, que pode verificar-se sobre a sua totalidade ou apenas sobre parte dele (esbulho total ou parcial)⁵⁴⁹.

Conforme os arts. 1.210 do CCB e 926 do CPC, o possuidor tem direito de ser reintegrado na posse em caso de esbulho, o que, segundo a doutrina, quer significar “a injusta e total privação da posse, sofrida por alguém que a vinha exercendo”⁵⁵⁰, manifesta por meio de “violência, clandestinidade ou precariedade”⁵⁵¹.

A ação de reintegração de posse, tal qual a ação de manutenção, só pode ser exercida por quem alega ser o possuidor esbulhado e comprove sua “posse (...) perdida”⁵⁵², visto que carece de proteção quem desta não disponha⁵⁵³.

Além disso, assevera Pontes de Miranda ao dissecar o disposto no art. 927 do CPC, que

o esbulhado alega ter perdido, por ato do esbulhador, a posse. Teve de alegar e provar a sua posse, ora perdida (art. 927, I), a ofensa, que fez o réu à sua posse (art. 927, II); e a data da ofensa (art. 927, III) alega a prova, aqui, ter sido tal ofensa que lhe tirou a posse (art. 927, IV, 2ª parte)⁵⁵⁴.

Vale dizer: “à proteção da posse pela ação de reintegração aproveitam os esclarecimentos prestados em relação à manutenção de posse, na parte processual”⁵⁵⁵ - inclusive no tocante à concessão de liminar em sede de antecipação de tutela de mérito - até mesmo em razão da fungibilidade que lhes é peculiar e que será abordada adiante.

Há que se esclarecer, todavia, que são ações distintas com objetos distintos, nos termos do que leciona Tito Fulgêncio:

⁵⁴⁹ FIGUEIRA JUNIOR, op. cit. p. 276.

⁵⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, op. cit. p. 142.

⁵⁵¹ PEREIRA, op. cit. p. 51.

⁵⁵² FULGÊNCIO, op. cit. p. 128.

⁵⁵³ MARCATO, op. cit. p. 85.

⁵⁵⁴ MIRANDA, op. cit. p. 225.

⁵⁵⁵ GOMES, op. cit. p. 93.

Restituir, diz o Código, e isto significa que a ação tem por finalidade repor o possuidor no estado ou condição em que gozava da posse; tornar a pôr no estado primitivo a posse, que se achava destruída ou perdida. O pressuposto legal aqui é diametralmente oposto ao da manutenção: nesta – um posse atualmente existente, turbada apenas no seu exercício; no esbulho – uma posse atualmente perdida, donde resulta para uma e outra ação um caráter comum: fundaram-se numa posse anteriormente adquirida. Assim que, em vez de afins, opostas é que são as duas ações: uma *protege* a posse atual, e em favor do possuidor atual se decide o cômodo possessório, outra combate a posse atual, e o cômodo possessório vem em favor do possuidor precedente e contra o possuidor atual.⁵⁵⁶

A ação de reintegração, portanto, é o direito autônomo, abstrato, genérico, subjetivo e instrumental pelo qual o possuidor esbulhado postula um provimento jurisdicional apto a restituir-lhe a posse sobre a coisa que lhe foi tomada de forma violenta, clandestina ou precária.

3.3.3.3 Do interdito proibitório

A derradeira espécie de ação possessória típica é a que se convencionou chamar de interdito proibitório.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior, “o interdito proibitório é uma proteção possessória preventiva, uma variação da ação de manutenção de posse, em que o possuidor é conservado na posse que detém e é assegurado contra moléstia apenas ameaçada”⁵⁵⁷.

O Código Civil de 2002 e o Código de Processo Civil, respectivamente, nos artigos 1.210 e 932, asseguram ao “possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse” o direito de pedir ao juiz que “o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito”⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ FULGÊNCIO, op. cit. p. 128-129.

⁵⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, op. cit. p. 142.

⁵⁵⁸ Cf. Art. 932. possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.

Assim, o objeto dessa ação possessória, segundo Tito Fulgêncio, é “a segurança do possuidor: a) contra a violência iminente à sua posse; b) mediante preceito proibitório; c) cominando-se pena ao transgressor deste.”⁵⁵⁹

Em que pese seja uma “variante da ação de manutenção de posse, em face de seu conteúdo inibitório ou proibitório”⁵⁶⁰, cujo escopo é a manutenção do possuidor na relação com o bem, a ação de interdito proibitório dispõe de algumas características que lhes são bastante peculiares.

A primeira delas reside no fato de que

enquanto as ações de manutenção e de reintegração têm por finalidade dar um fim (sic), respectivamente à turbação ou ao esbulho, o interdito proibitório caracteriza-se pela sua *natureza preventiva*, impondo ao réu, uma vez acolhido pelo órgão jurisdicional, um *veto* e uma cominação de pena pecuniária, caso ele transgrida a ordem judicial⁵⁶¹.

A decisão proferida na ação de interdito impõe uma obrigação de não fazer, regida nos exatos termos dos arts. 250 e 251 do Código Civil, exeqüíveis segundo os ditames da regra do art. 460 do CPC.

A segunda peculiaridade, e segundo Pontes de Miranda, pressuposto dos interditos⁵⁶², diz respeito ao “justo receio de ser molestado na posse”. Para Tito Fulgêncio, “nisto está o característico fundamental da ação, que se distingue das demais ações possessórias”⁵⁶³ eis que, além da nítida natureza preventiva, há que haver pavor justificado em razão de risco real de esbulho ou turbação, o que na ação de manutenção e reintegração já se consumou.

Para o citado autor, “não é, não pode ser mero e simples receio: o Código exige como condição fundamental a *justiça* do receio, e esta justiça do receio, esse fundado do receio, não o deixou no vago o legislador, pelo contrário o precisou no requerer a *iminência* da violência”⁵⁶⁴.

Isto é:

violência iminente, diz a lei, e isso significa, segundo os dicionários da língua, o perigo instante, sobranceiro, que está sobreindo, não a ameaça de palavra vã, falada ou escrita, mas a ameaça atual manifestada em fatos

⁵⁵⁹ FULGÊNCIO, op. cit. p. 140.

⁵⁶⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, op. cit. p. 278.

⁵⁶¹ MARCATO, op. cit. p. 88.

⁵⁶² MIRANDA, op. cit. p. 247.

⁵⁶³ FULGÊNCIO, op. cit. p. 141.

⁵⁶⁴ Ibid.

encarnativos, ao menos de indícios veementes, como em direito se entendem.⁵⁶⁵ (sem grifo no original).

Por isso, ensina Sílvio de Salvo Venosa,

o justo receio é demonstrado no caso concreto: temor justificado da violência iminente contra a posse. Uma missiva ameaçando tomar a coisa pode tipificar a situação. Atos preparatórios de invasão de imóvel também. (...) Não é necessário prever o acontecimento futuro. Importa isto sim o temor de que algo suceda contra a posse⁵⁶⁶

de modo efetivo e real.

Diz Fulgêncio:

em suma, não bastam as apreensões, as conjeturas meras, é preciso que ocorra a *justa causa* e *verossímil razão*, como se dizia na *Ordenação* do Reino. Verossímil razão, (...) de sorte que, segundo as circunstâncias, bem pode se ver justo receio de moléstia à posse quando, (...) as palavras são acompanhadas de ameaças que poderiam ser imediatamente realizadas⁵⁶⁷.

Pontes de Miranda, como se vê, participa de tal pensamento e é categórico ao afirmar que:

o interdito proibitório não se exerce sem satisfação de pressupostos. Basta que se leia o art. 932. Daí ter sido contra a lei o acórdão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 26 de novembro de 1945 (R. dos T. 162, 121) que dispensou prova da posse e do receio da ameaça para a cominação da pena. Tal cognição é superficial, mas a atribuição de automaticidade ao despacho **abusa dos princípios**.⁵⁶⁸

Embora a menção jurisprudencial seja longínqua, cabe, ainda hoje, a crítica pertinente ao desrespeito aos requisitos enunciados por lei como indispensáveis à concessão de decisão liminar, satisfativa, que enuncia o art. 932 do CPC.

Não raro observam-se decisões judiciais que concedem liminares em sede de interditos proibitórios sem ao menos certificar se a parte autora é possuidora ou se há justo receio de esbulho ou turbacão baseado em violência iminente e real.

O Juízo de cognição sumária certamente não se presta a esse fim e não autoriza a “automatização” de decisões interlocutórias que não cumpram o desígnio a que se destinam.

⁵⁶⁵ FULGÊNCIO, op. cit. p. 141.

⁵⁶⁶ VENOSA, op. cit. p. 139-140.

⁵⁶⁷ FULGÊNCIO, loc. cit.

⁵⁶⁸ MIRANDA, op. cit. p. 247.

A concessão indiscriminada de liminares sem a devida valoração das condições e pressupostos legais que a autorizam, fomenta o abuso do direito em razão do desvio de finalidade do exercício do correlato direito subjetivo de ação que as reclama.

Assim, o manejo dos interditos proibitórios demanda o preenchimento de todos os requisitos e fundamentos das ações possessórias, acima enunciados, bem como a comprovação da posse e do “*justo receio* de sofrer molestação [que] importa em temor fundado, e não em mera possibilidade, especulação ou ilação do possuidor”⁵⁶⁹ em ver-se violentado em sua relação com a coisa possuída.

Essa é, sem dúvida, a posição doutrinária dominante⁵⁷⁰, mas que ainda é vacilante no âmbito jurisprudencial, apesar de parecer que esta segue, em sua maioria, “a orientação doutrinária, e apenas defere o interdito quando há provas do justo receio, consoante se depreende dos acórdãos publicados na RT 544/237, 592/167, 527/85, 556/220, 604/116, 631/152, 617/198, 705/175.”⁵⁷¹

Opinião parcialmente diversa a respeito da concepção de justo receio consagrada no art. 932 do CPC sustenta Orlando Gomes, para quem

não é pacífica a exigência do *animus turbandi*. Parece desnecessária. Se o possuidor está ameaçado de ser molestado em sua posse, indiferente será que o autor da turbação tenha, ou não, a intenção de praticar o ato turbativo. Basta que seja fundado o receio⁵⁷².

Com o devido respeito ao referido mestre, soa correta a posição sustentada por Fulgêncio, Venosa, Pontes de Miranda, dentre outros não menos ilustres, visto que se trata de uma ação judicial, que, como dito anteriormente, é o direito de exigir do Estado um provimento jurisdicional, que, por seu turno, é a manifestação de um Poder, exteriorizada por meio de uma ferramenta chamada processo, a qual demanda a movimentação de um sem número de servidores e um custo elevado no seu exercício.

Mais do que isso, a composição da lide interessa às partes e ao próprio Estado que com a solução propalada restabelece a ordem jurídica violada. Exatamente por esse motivo foi que Liebman afirmou que deveria haver íntima

⁵⁶⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, op. cit. p. 278.

⁵⁷⁰ Além dos autores já citados, participam de tal opinião MARCATO, op. cit. p. 88; CASCONI, **Tutela antecipada nas ações possessórias**. p. 36; PEREIRA, op. cit. p. 52; CIMARDI, op. cit. p. 159-160.

⁵⁷¹ CIMARDI, op. cit. p. 161.

⁵⁷² GOMES, op. cit. p. 95.

relação entre o reclamo do autor e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. E que este, por óbvio, deve ser apto a sanar o mal que o aflige, sob pena de não ter qualquer sentido⁵⁷³.

Tais lições, aliás, compõem os requisitos da utilidade e necessidade que dão sentido ao interesse de agir, consagrado, no direito processual brasileiro, como requisito (condição) indispensável ao exercício do direito de ação (arts. 2º, 3º, 267, VI e 295, III, do CPC).

Por isso, soa mais adequada a afirmação de que o “que importa é a seriedade da ameaça, sua credibilidade, sua aptidão para infundir num espírito normal o estado de receio”⁵⁷⁴, e não “mera possibilidade ou especulação”⁵⁷⁵ subjetiva nutrida pelo possuidor.

Há que se dizer, de outro lado, que a “iminência do dano não se confunde, necessariamente, com imediatismo, mas impõe, ao menos, brevidade, sob pena de afastar efetivo interesse de agir do autor do interdito”⁵⁷⁶.

Por fim, a terceira característica peculiar da ação de interdito proibitório é que é cominatória por excelência, pois tem “por finalidade afastar e impedir que atos de agressão à posse se concretizem, mediante preceito proibitório, com a cominação de uma pena pecuniária para o caso de transgressão do mesmo”⁵⁷⁷.

É espécie genuína de tutela inibitória que, nos dizeres de Luiz Guilherme Marinoni “é prestada por meio de ação de conhecimento, e assim não se liga instrumentalmente a nenhuma ação que possa ser dita ‘principal’. Trata-se de ‘ação de conhecimento’ de natureza preventiva, destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito”⁵⁷⁸.

As outras ações possessórias não têm tal característica, e eventual autor de ação de manutenção ou reintegração de posse, se desejar a cominação de pena capaz de obrigar a contraparte, deverá explicitar seu desejo por meio de pedido específico, amparado nos arts. 928 e 461 do CPC.

Conclui-se, pois, que o ajuizamento de ação de interdito proibitório depende da comprovação de posse atual, justa e de boa-fé, de justo receio de esbulho ou

⁵⁷³ LIEBMAN, op. cit. p. 115.

⁵⁷⁴ MARCATO, op. cit. p. 88.

⁵⁷⁵ CASCONI, op. cit. p. 36.

⁵⁷⁶ Ibid.

⁵⁷⁷ CIMARDI, op. cit. p. 161.

⁵⁷⁸ MARINONI, **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. Disponível no sítio <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>, acessado em 15 de dezembro de 2008.

turbação, manifestado por meio de iminente e real risco de violação, do preenchimento das condições da ação, e do exercício legítimo do seu objeto em respeito aos fins econômicos e sociais a que se destina.

3.3.4 Das condições das ações possessórias

3.3.4.1 Da possibilidade jurídica do pedido

Não há dúvida a respeito de qual o objeto a ser tutelado por qualquer das ações possessórias típicas.

Tanto nos interditos proibitórios, “como na manutenção e no esbulho [leia-se reintegração], o que (...) se visa é a segurança da posse ou o amparo do possuidor e nisso está o elemento comum de todas estas ações no que toca à finalidade”⁵⁷⁹.

A posse é, portanto, o objeto das ações possessórias. É essa a finalidade desses instrumentos processuais: a proteção da posse.

Posse, que conforme Ihering “é a exteriorização da propriedade”⁵⁸⁰ segundo seus fins econômicos e sociais. Posse que recebe do ordenamento jurídico brasileiro vasto tratamento, como se infere do teor do Livro III, Título I, Capítulos I a IV, do Código Civil Brasileiro e que é judicialmente tutelada por meio de ações especiais consagradas no Livro IV, Título I, Capítulo V, do CPC, além de outras que não exclusivamente possessórias como os embargos de terceiros (arts. 1046 a 1054 do CPC) e a ação de nunciação de obra nova (arts. 934 a 940 do CPC).

É, pois, objeto lícito, nos termos do que dispõe o art. 267, VI, do CPC.

3.3.4.2 Da legitimidade *ad causam*

Ensinou Liebman que a legitimidade de parte

⁵⁷⁹ FULGÊNCIO, op. cit. p. 140.

⁵⁸⁰ IHERING, op. cit. p. 94.

(*legitimatio ad causam*) é a titularidade (ativa e passiva) da ação. (...) A legitimidade, como requisito da ação, é uma condição da providência de fundo sobre a demanda. Indica, pois, para cada processo, as *justas partes*, as *partes legítimas*, isto é, as pessoas que devem estar presentes a fim de que o juiz sentencie sobre um determinado objeto⁵⁸¹.

Moacyr Amaral Santos, contemporaneamente, afirmou que “são legitimados para agir, ativa e passivamente, os titulares do interesse em conflito: legitimação ativa terá o titular do interesse afirmado na pretensão, passiva terá o titular do interesse que se opõe ao afirmado na pretensão”⁵⁸².

No caso específico das ações possessórias, disse-se anteriormente, a determinação da legitimidade ativa é facilmente compreensível a partir da classificação da posse - interesse primário deduzido em lide - em direta e indireta.

Tal classificação “obedece a uma necessidade prática: determinar quanto às pessoas a extensão da garantia possessória, assinar que conseqüências jurídicas se prendem à posse em toda a sua plenitude”⁵⁸³ e, especialmente, para “caracterizar a legitimidade ativa para a propositura das ações possessórias”⁵⁸⁴.

Pois bem. De acordo com a doutrina, “tem a posse direta aquele que, não sendo o dono da coisa possuída, exerce sobre ela, no entanto, por força de obrigação ou de direito, uma das faculdades inerentes ao domínio”⁵⁸⁵.

A posse indireta, por outro lado, é aquela “reservada aos que concedem aos possuidores efetivos diretos o direito de possuir, possuem unicamente por intermédio dos segundos. A posse dos pré-possuidores é originária, a dos segundos, derivada, expressões de que se serve o Código suíço”⁵⁸⁶.

Isto é, “a posse indireta tem-na o proprietário, quando se despoja de um dos direitos ligados ao domínio, cedendo a outrem (possuidor direto) o seu exercício”⁵⁸⁷.

⁵⁸¹ LIEBMAN, op. cit. p. 177. Tradução livre para: “(*legitimatio ad causam*) es la titularidad (activa y pasiva) de la acción. (...) La legitimación, como requisito de la acción, es una condición de la providencia de fondo sobre la demanda; indica, pues, para cada proceso, las *justas partes*, las *partes legítimas*, esto es las personas que deben estar presentes a fin de que el juez pueda proveer sobre un determinado objeto.”

⁵⁸² SANTOS, op. cit. p. 173.

⁵⁸³ FULGÊNCIO, op. cit. p. 27.

⁵⁸⁴ MARCATO, op. cit. p. 77.

⁵⁸⁵ Ibid.

⁵⁸⁶ FULGÊNCIO, op. cit. p. 28.

⁵⁸⁷ MARCATO, op. cit. p. 77.

É cediço que “quem detém, de fato, o exercício de algum dos poderes do domínio é, juridicamente, possuidor, e, como tal, tem legitimidade para propor ação possessória sempre que temer ou sofrer moléstia em sua posse”⁵⁸⁸.

Sendo assim, na “hipótese de posse direta (locação, usufruto, comodato, etc.), o exercício dos interditos possessórios, contra moléstias de estranhos, tanto pode ser do possuidor direto como do indireto”⁵⁸⁹, nos exatos termos do que dispõe o art. 1.197 do Código Civil Brasileiro.

Segundo a mesma regra, “no relacionamento entre os dois possuidores, qualquer um pode manejar ação possessória contra o outro, sem a conduta de um deles representar esbulho, turbação ou ameaça à situação do outro”⁵⁹⁰.

Há, pois, legitimidade ordinária para qualquer dos possuidores, sem que uma exclua a outra, como normalmente acontece com o exercício do direito de ação, nos termos do que dispõe o art. 6º do CPC.

Mais do que isso, infere-se dessa classificação que somente os possuidores detêm legitimidade ativa *ad causam*, razão pela qual “carece de legitimidade para os interditos, o simples *detentor*, que ocupa a coisa alheia por mera permissão ou tolerância do verdadeiro possuidor”⁵⁹¹.

É detentor, conforme o art. 1.198 do Código Civil, “aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas”, caso, por exemplo, dos empregados e prestadores de serviços de uma determinada empresa.

O legitimado passivo, por sua vez, diz a doutrina, “é aquele que praticou a ofensa à posse, ainda que também seja possuidor”⁵⁹², ou que a ameaça com violência iminente causando no possuidor justo receio de ser esbulhado ou turbado.

Ressalve-se, todavia, que “pode suceder, (...) que o causador da ofensa à posse seja simples *preposto* de terceiro. Como ele se posiciona, em relação à posse ofendida, como mero detentor, legitimado passivo seria o proponente, isto é, aquele que determinou a prática do ato ofensivo”⁵⁹³.

⁵⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, **Curso de Direito Processual Civil**. p. 143.

⁵⁸⁹ *Ibid.*

⁵⁹⁰ *Ibid.*

⁵⁹¹ *Ibid.*

⁵⁹² MARCATO, *op. cit.* p. 84.

⁵⁹³ MARCATO, *op. cit.* p. 84.

O legitimado passivo, entretanto, pode, ao responder, “contra-atacar sem necessidade de apresentar reconvenção”⁵⁹⁴, em razão do caráter dúplici das ações possessórias. Explica-se:

Dispõe o art. 922 do CPC que “é lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor”.

Excepcionalmente, pois, “o Código de 1973 permitiu que o réu, nas ações possessórias, em vez de apenas contestar o pedido de manutenção ou de reintegração, insira na contestação a contra-ação possessória e ação de indenização”.⁵⁹⁵

Consoante as lições de Pontes de Miranda a respeito da regra em apreço:

não se trata de simples contestação, a despeito de ser nela que se pode incurrir o pedido possessório do réu. Em vez de reconvenção, que seria outro procedimento, o art. 922 estabeleceu a possibilidade da *actio duplex*, mas em contrário. (...) No plano do direito processual, a *actio* ou era *actio simplex* ou *actio duplex*. O princípio assente é o de que o exercício da pretensão à tutela jurídica, com o *vocatio in ius*, não implicava que o vocado se fizesse autor: a relação jurídica processual é um ângulo (autor, Estado; Estado, réu), porém a relação não é recíproca. Daí poder o juiz absolver o réu, **porém não condenar o autor**. Para que se pudesse e se possa condenar o autor era e é preciso que o réu haja exercido, de um lado, a pretensão à tutela jurídica, no direito anterior, reconvindo. Hoje, basta a contra-ação inserta na contestação (art. 922)⁵⁹⁶. (sem grifo no original)

Vale dizer: o réu, em contestação, pode agir, assumindo posição ativa contra o autor da ação originária, que, em razão do contra-ataque, passa a também ocupar o pólo passivo da lide.

É evidente que a situação é excepcional e só é possível em razão da expressa autorização legal contida no art. 922 do CPC. Normalmente, o réu, se desejasse pedir, o faria por meio de outra espécie de resposta denominada reconvenção (art. 297 do CPC), que é o meio processual pelo qual o réu deduz o que Carnelutti denominou de contrapretensão⁵⁹⁷.

Sendo assim, conclui Pontes de Miranda, exemplificativamente:

⁵⁹⁴ Ibid., p. 81.

⁵⁹⁵ MIRANDA, op. cit. p. 161.

⁵⁹⁶ Ibid.

⁵⁹⁷ Cf. CARNELUTTI, op. cit. p. 35. “Puede ocurrir que frente a la pretensión, la otra parte, en vez de contestarla o ademásde contestarla, presente a su vez, *respecto del mismo conflicto de intereses*, una pretensión; esa és la contrapretensión. El carácter particular de la contrapretensión está que una pretensión se refiere al mismo conflicto de intereses acerca del cual se eleva una pretensión opuesta; hay pues, dos pretensiones en una misma litis”.

o autor da ação de reintegração pede que se lhe entregue o que o réu esbulhou. O réu pode contestar: não tinha posse o autor; não houve esbulho e o autor não perdeu a posse, pois que não a tinha. Pode ir além: alegar que turbado ou esbulhado fora ele, posto que continuasse na posse, ou a tivesse retomado, de mão própria. O que põe na contestação pode ser acrescentado com o seu pedido de proteção à sua posse e a de indenização pelos prejuízos que sofrera com a turbação ou com o esbulho.⁵⁹⁸

No tocante ao procedimento, “o interdito proibitório rege-se pelas disposições respeitantes às ações de manutenção e reintegração”⁵⁹⁹, nos termos do que dispõe o art. 933 do CPC.

Diga-se, porém, que “por sua natureza, somente se impetra o interdito nas situações de força nova. Se a situação de fato já se estabilizou com a turbação ou esbulho, iniciou-se o prazo de ano e dia referido no art. 924. O interdito é remédio de *força iminente*.”⁶⁰⁰

Diante disso, é cediço que o procedimento da ação de interdito será, em princípio, o especial, nos termos do que dispõem os arts. 926 a 931 do CPC, seguindo, *a posteriori*, o rito ordinário, que, na Justiça do Trabalho, será o previsto na CLT, conforme art. 1º da Instrução Normativa 27/2005 do Tribunal Superior do Trabalho.

3.3.4.3 Do interesse de agir

Como dito anteriormente, o objeto das ações possessórias é a segurança da posse.

A posse é, portanto, o objeto das ações possessórias. É esta a finalidade desses instrumentos processuais: a proteção da posse.

Pois bem. De acordo com Liebman:

O interesse para acionar é o elemento material do direito de ação e consiste no interesse em obter a providência solicitada. O mesmo se distingue do interesse substancial, para cuja proteção se presta a ação, assim como se

⁵⁹⁸ MIRANDA, op. cit. p. 161.

⁵⁹⁹ GOMES, op. cit. p. 96.

⁶⁰⁰ VENOSA, op. cit. p. 139.

distinguem os dois correspondentes direitos, o substancial, que se afirma correspondente ao autor, e o processual que se exercita para a tutela do primeiro. O interesse para acionar é, por isso, um interesse processual, secundário e instrumental, (...) e tem por objeto a providência que se pede ao magistrado, como meio para obter a satisfação do interesse primário, que se quedou lesionado pelo comportamento da contraparte.⁶⁰¹

Esse interesse secundário e instrumental, diz Liebman, “surge da **necessidade** de obter do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, por isso, a lesão desse interesse e a **idoneidade da providência demandada para protegê-lo e satisfazê-lo**” (sem grifo no original)⁶⁰². Há, pois, que haver necessidade e utilidade na demanda para que se demonstre o real interesse de agir, sob pena de carência de ação.

Adequando tais premissas ao exercício das ações possessórias, algumas conclusões são possíveis:

A primeira delas é que o interesse primário deduzido em lide é, em todas elas, a posse. O interesse secundário, por seu turno, deriva da necessidade de proteção possessória, ante ao desrespeito, por outro possuidor (o locador, em relação ao locatário, por exemplo), ou por terceiros, ao poder fático inerente à posse.

Há necessidade, assim, nos termos do art. 1.210 do CCB, 926 e 932 do CPC, quando houver turbação, esbulho ou justo receio de ser molestado na posse em razão de violência iminente.

No caso da ação de manutenção, haverá necessidade de intervenção estatal sempre que houver demonstração cabal de efetiva turbação, que conforme Pontes de Miranda “não é só perturbar, ou conturbar, é praticar qualquer ato, ou deixar que ocorra qualquer fato, que retire à posse a extensão, ou interesse ou a eficiência ou a tranqüilidade”⁶⁰³ e dos demais requisitos previstos no art. 927 do CPC.

Só neste caso é que se autorizará a movimentação jurisdicional, na medida em que, o processo, antes de tudo, é o meio pelo qual o Estado exerce um Poder e

⁶⁰¹ LIEBMAN, op. cit. p. 115. Tradução livre para: “El interés para accionar es el elemento material del derecho de acción y consiste en el interés para obtener la providencia solicitada. El mismo se distingue del interés substancial, para cuya protección se intenta la acción, así como se distinguen los dos correspondientes derechos, el substancial, que se afirma correspondiente al actor, y el procesal que se ejercita para la tutela del primero. El interés para accionar es por eso un interés procesal, secundario e instrumental, respecto del interés substancial primario, y tiene por objeto la providencia que se pide al magistrado, como medio para obtener la satisfacción del interés primario, que há quedado lesionado por el comportamiento de la contraparte.”

⁶⁰² Ibid. Tradução livre para: “surge de la necesidad de obtener del proceso la protección del interés substancial; presupone por eso la lesión de este interés y la idoneidad de la providencia demandada para protegerlo y satisfacerlo.

⁶⁰³ MIRANDA, **Comentários ao Código de Processo Civil – Tomo XIII**. p. 222.

não pode ser levemente utilizado se não houver qualquer utilidade e necessidade no provimento vindicado.

Na ação de reintegração, manifesta será a necessidade do provimento jurisdicional se houver esbulho, que, segundo a doutrina, quer significar “a injusta e total privação da posse, sofrida por alguém que a vinha exercendo”⁶⁰⁴, manifesta por meio de “violência, clandestinidade ou precariedade”⁶⁰⁵, bem como coexistirem os requisitos previstos no art. 927 do CPC.

No interdito proibitório, por fim, será necessária a heterocomposição da lide se houver prova da posse e do “justo receio de ser molestado” no exercício de um dos poderes inerentes ao domínio, consoante dispõe o art. 932 do CPC.

Como dito anteriormente, para Tito Fulgêncio, “nisto está o característico fundamental da ação, que se distingue das demais ações possessórias”⁶⁰⁶ visto que, além da nítida natureza preventiva, há que haver pavor justificado em razão de risco real de esbulho ou turbação, o que na ação de manutenção e reintegração já se consumou.

Para o citado autor, “não é, não pode ser mero e simples receio: o Código exige como condição fundamental a *justiça* do receio, e esta justiça do receio, esse fundamento do receio, não o deixou no vago o legislador, pelo contrário o precisou no requerer a *iminência* da violência”⁶⁰⁷.

Vale dizer:

violência iminente, diz a lei, e isso significa, segundo os dicionários da língua, o perigo instante, sobranceiro, que está sobreindo, não a ameaça de palavra vã, falada ou escrita, mas a ameaça atual manifestada em fatos encarnativos, ao menos de indícios veementes, como em direito se entendem.⁶⁰⁸ (sem grifo no original).

Por isso, ensina Sílvio de Salvo Venosa,

o justo receio é demonstrado no caso concreto: temor justificado da violência iminente contra a posse. Uma missiva ameaçando tomar a coisa pode tipificar a situação. Atos preparatórios de invasão de imóvel também. (...) Não é necessário prever o acontecimento futuro. Importa isto sim o temor de que algo suceda contra a posse⁶⁰⁹

⁶⁰⁴ THEODORO JÚNIOR, op. cit. p. 142.

⁶⁰⁵ PEREIRA, op. cit. p. 51.

⁶⁰⁶ FULGÊNCIO, op. cit. p. 141.

⁶⁰⁷ Ibid.

⁶⁰⁸ Ibid.

⁶⁰⁹ VENOSA, op. cit. p. 139-140.

de modo efetivo e real.

Em suma, não bastam as apreensões, as conjeturas meras, é preciso que ocorra a *justa causa* e *verossímil razão*, como se dizia na *Ordenação* do Reino. Verossímil razão, (...) de sorte que, segundo as circunstâncias, bem pode se ver justo receio de moléstia à posse quando, (...) as palavras são acompanhadas de ameaças que poderiam ser imediatamente realizadas⁶¹⁰.

Tais conclusões estão assentes no fato de que o exercício dos interditos proibitórios nada mais é que o manejo de uma ação judicial, que, como dito, é o direito de exigir do Estado um provimento jurisdicional, que, por seu turno, é a manifestação de um Poder, exteriorizada por meio de uma ferramenta chamada processo, a qual demanda a movimentação de um sem número de servidores e um custo elevado no seu exercício.

Mais do que isso, a composição da lide interessa às partes e ao próprio Estado que com a solução propalada restabelece a ordem jurídica violada. Exatamente por este motivo foi que Liebman afirmou que deveria haver íntima relação entre o reclamo do autor e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. E que este, por óbvio, deve ser apto a sanar o mal que o aflige, sob pena de não ter qualquer sentido⁶¹¹.

Por isso, nos interditos, o “que importa é a seriedade da ameaça, sua credibilidade, sua aptidão para infundir num espírito normal o estado de receio”⁶¹², e não “mera possibilidade ou especulação”⁶¹³ subjetiva nutrida pelo possuidor, sob pena de carência de ação por falta de interesse de agir.

De toda maneira, além da necessidade, há que haver também utilidade no provimento vindicado.

Saliente-se, à exaustão, que “tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil”⁶¹⁴.

⁶¹⁰ FULGÊNCIO, op. cit. p. 141.

⁶¹¹ LIEBMAN, op. cit. p. 115.

⁶¹² MARCATO, op. cit. p. 88.

⁶¹³ CASCONI, op. cit. p. 36.

⁶¹⁴ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 222.

Portanto, as ações possessórias só cumprirão a finalidade econômica e social a que se destinam se o interesse secundário fundado no provimento jurisdicional for capaz de tutelar o interesse primário deduzido em lide, que, necessariamente, deve ser a posse.

Qualquer desvio da finalidade econômica e social importará inutilidade do provimento, e, por óbvio, carência de interesse, ou, no mínimo, abuso do direito de ação, nos termos do disposto no art. 187 do CCB, como adiante se demonstrará.

Cite-se, porém, que

nem sempre é fácil a delimitação do grau de ofensa à posse. O possuidor e titular de imóvel prestes a ser invadido. Recebe ameaças de invasão. Ao providenciar o ajuizamento da ação, o imóvel já está cercado por um grupo belicoso. Ingressa com a ação e logo percebe que a invasão se consumou⁶¹⁵.

Perderia, nesse caso, o objeto, a ação de manutenção? Careceria o autor de tal ação, vendo-se obrigado a ajuizar nova demanda, com novos custos e burocracias que lhe são inerentes?

A resposta é não e deriva do disposto no art. 920 do CPC, que assim dispõe: “A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados.”

Há fungibilidade nas ações possessórias, como leciona Vicente Greco Filho⁶¹⁶.

De acordo com o mesmo autor, entretanto, a regra:

como uma exceção aos princípios consagrados nos arts. 459 e 460 [do CPC] (proibição do julgamento *extra petita*) deve ser interpretada estritamente, não admitindo extensão analógica para outros casos. Ela se refere exclusivamente à fungibilidade entre as possessórias; não é aplicável, por exemplo, entre o pedido possessório e o petitório. A propositura da possessória, quando, no caso, caberia reivindicatória, ou vice-versa, leva à carência de ação por falta de interesse processual adequado.⁶¹⁷

Assim, para que haja interesse em agir nas possessórias, há que haver necessidade da tutela efetiva sobre a posse, segundo seus fins econômicos e

⁶¹⁵ VENOSA, op. cit. p. 125.

⁶¹⁶ GRECO FILHO, op. cit. p. 221.

⁶¹⁷ GRECO FILHO, op. cit. p. 221.

sociais, por meio da utilização adequada dos instrumentos processuais previstos pelo legislador, permitindo-se a fungibilidade, quando necessário.

Repita-se, no entanto, que o desvio da finalidade econômica e social importará inutilidade do provimento, e, por óbvio, carência de ação, ou, no mínimo, abuso do direito de ação, nos termos do disposto no art. 187 do CCB, como adiante se demonstrará.

3.4 DO ABUSO DO DIREITO DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS

Delineada, no primeiro capítulo, a figura jurídica do abuso do direito; estabelecidos, neste, os contornos das ações possessórias, cabe, agora, identificar em que hipóteses pode haver o abuso do exercício desses interesses juridicamente protegidos.

Inicia-se a investigação por uma breve introdução da aplicação da teoria do abuso do direito no âmbito do direito processual, para, em seguida, passar-se à análise do abuso do direito no exercício da demanda.

3.4.1 Da aplicação da teoria do abuso no direito processual

Segundo Barbosa Moreira:

o direito processual civil foi o primeiro a empregar aqui a expressão 'abuso do direito. Rezava o art. 3º do CPC/39: 'Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro'. E o parágrafo único ajuntava: 'O abuso do direito verificar-se-á, por igual no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo'⁶¹⁸.

Como se percebe do teor do art. 3º do revogado Código de 1939, houve uma opção declarada do legislador processual pela consagração da teoria subjetiva do abuso do direito, baseada na intenção emulativa do agente.

⁶¹⁸ MOREIRA, op. cit. p. 127-128.

Caminhou-se, pois, na contramão da evolução interpretativa das regras do direito civil que à época da edição do Código referido - como se disse anteriormente – o eram segundo a ótica finalista dos direitos subjetivos.

Os teóricos do processo civil, todavia, não cederam por completo aos ensinamentos dos materialistas franceses, optando pela adoção da teoria mista do abuso do direito, baseada na investigação objetiva da intenção do agente.

Repita-se, como prova de tal assertiva, a lição de Jorge Americano, para quem

é preferível adotar um critério misto, que analise, por assim dizer, objetivamente a intenção, isto é, com os elementos que dá o estudo do procedimento normal dos homens, conclua pela anormalidade do procedimento do agente quando se não conforme com essa média, e faça decorrer daí a obrigação de ressarcir o dano⁶¹⁹.

Ou, no mesmo sentido, a lição de Castro Filho, que em meados da década de 1950, reiterou os dizeres de Americano ao afirmar que “No que se refere ao processo civil, estamos em que nem a teoria subjetivista nem a teoria objetivista fornecem, isoladamente, os critérios necessários para a caracterização do abuso do direito”⁶²⁰, sendo necessária a assunção de ambos os critérios.

Essa corrente de pensamento foi que influenciou a manutenção da teoria do abuso do direito no Código de Processo Civil de 1973, reforçando-a inclusive⁶²¹.

Há, a propósito, diversas regras que corroboram tal assertiva. São elas:

a) o art. 14 do CPC, em que se afirma

ser dever das partes e de todos que de qualquer forma participam do processo: expor os fatos em juízo conforme a verdade; proceder com lealdade e *boa-fé*; não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito; cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final

⁶¹⁹ AMERICANO, op. cit. p. 23-25. No original: “é preferível adoptar um critério mixto, analyse, por assim dizer, objectivamente a intenção, isto é, com os elementos que dá o estudo do procedimento normal dos homens, conclua pela anormalidade do procedimento do agente quando se não conforme com essa média, e faça decorrer dahi a obrigação de resarcir do damno”.

⁶²⁰ CASTRO FILHO, op. cit. p. 29.

⁶²¹ Em que pese o momento histórico brasileiro fosse de absoluto constrangimento das garantias individuais dos cidadãos, inclusive as processuais, o Código teve o condão de reforçar o repúdio aos excessos praticados pelos litigantes.

é a primeira manifestação contrária ao excesso que se encontra no sistema processual;

- b) O art. 16, em que se assinala que “Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente” e o art. 17, em que se informa que litiga de má-fé o sujeito que:

deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; alterar a verdade dos fatos; usar do processo para conseguir objetivo ilegal; opuser resistência injustificada ao andamento do processo; proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; provocar incidentes manifestamente infundados e/ou interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório;

- c) O art. 129 que prevê que “Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou *conseguir fim proibido por lei*, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes.”;
- d) O artigo 273, II, que veda o abuso do direito de defesa e autoriza a antecipação dos efeitos da tutela pretendida pelo autor.

Enfim, manifestações da consagração do abuso do direito no âmbito do direito processual civil brasileiro, que, por sua vez, como instrumento de aplicação do direito civil que é, sempre sofreu forte influência deste.

Porém, como não é objeto deste trabalho esgotar as hipóteses de abuso do direito processual, mas identificar e compreender uma em especial, o abuso do direito de ação, basta menção exemplificativa das regras preditas como consagradoras da respectiva teoria no âmbito processual.

O que se observa, no entanto, de tais normas, e isto sim merece detida atenção, é que, para alguns, o Código de Processo de 1973, consagrou critérios mais precisos e objetivos do abuso do direito no âmbito processual, em detrimento da teoria subjetiva manifesta no artigo 3º do diploma antecessor.

A intenção emulativa textualmente fixada na regra predita teria cedido espaço à perspectiva da boa-fé no exercício dos direitos processuais subjetivos, bem como o respeito às finalidades sociais e econômicas das faculdades, ônus, poderes e deveres instrumentais dos agentes.

Tal constatação conduz à conclusão de que também no âmbito do direito processual civil, a teoria finalista do abuso do direito é a que responderia melhor aos anseios sociais, já que “envolve a teoria subjetiva, pois quem exercita o direito de forma dolosa, culposa ou com intenção apenas emulativa viola, no mínimo os fins sociais e econômicos, sem falar nos preceitos da boa-fé”⁶²².

Assim, além de mitigar as dificuldades inerentes à demonstração do ânimo do agente em prejudicar a parte contrária e a vedação do desrespeito aos fins econômicos e sociais dos direitos processuais, a adoção desta corrente de pensamento permite ao Estado manter incólume o instrumento pelo qual exerce a jurisdição, dando-lhe efetividade e celeridade, na medida em que autoriza rechaçar o uso abusivo de tais “situações jurídicas processuais”⁶²³.

Tal posição não é, contudo, pacífica entre os doutrinadores, antes pelo contrário, há substancial divergência entre os poucos teóricos que se debruçaram sobre o tema.

Segundo Helena Najjar Abdo, “especificamente no que concerne ao abuso cometido no âmbito do processo civil, raros são os doutrinadores que se manifestaram sobre o tema”⁶²⁴.

Diz ela que

entre os defensores da responsabilidade objetiva em matéria de abuso do processo, podem ser citados Gualberto Lucas Sosa e Jorge Peyrano, que analisaram a questão sob a égide do direito argentino, além de Piet Taelman, o qual abordou o assunto quanto aos ordenamentos belga e holandês⁶²⁵.

Diverge de tal posição

Humberto Theodoro Jr., [que] coerentemente com o seu posicionamento manifestado em relação à interpretação do art. 187 do CC, entende ser exigível o *dolo* ou, no mínimo, a *culpa* para que fique caracterizado o abuso no *âmbito do processo civil*. No mesmo sentido é o entendimento de Paulo Lucon⁶²⁶.

⁶²² MEIRELES, op. cit. p. 32.

⁶²³ Cf. ABDO, op. cit. p. 51. “Os sujeitos processuais são titulares de inúmeras *posições ou situações subjetivas processuais (ativas e passivas)*, decorrentes da própria condição de sujeitos do processo. Consistem elas em *faculdades, ônus, poderes e deveres*, todos intrínsecos à relação processual.

⁶²⁴ Ibid., p. 119.

⁶²⁵ Ibid.

⁶²⁶ ABDO, op. cit. p. 119-120.

Soa correta, no entanto, a corrente que opta pelo critério finalista do abuso do direito, já que garante o escopo constitucional do processo que é permitir a entrega jurisdicional apta, efetiva, e o restabelecimento das normas jurídicas violadas que são caras à manutenção da ordem social.

Ademais, como “o processo não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de composição de lides, que garante a efetividade do direito material. E como este pode ter natureza diversa, o direito processual, por seu caráter instrumental, deve saber adaptar-se a essa natureza diversa”⁶²⁷, soa sistematicamente correto afirmar que os princípios do direito civil influenciam o direito processual civil, sem que haja, com isso, qualquer mácula à cientificidade deste ramo do direito.

A máxima, certamente, também vale para o Direito do Trabalho e Processual do Trabalho.

Partindo-se dessa premissa, pode-se concluir que a teoria finalista do abuso do direito, consagrada no direito civil brasileiro desde o código de 1916, e marcadamente reforçada com a superveniência do teor do art. 187 do Código Civil de 2002, influencia sim a compreensão do instituto no âmbito processual que lhe é instrumental. Sendo assim, é certo que também influencia o direito de ação.

3.4.2 Do abuso do direito de ação possessória, propriamente

Demonstrou-se que o direito de ação não é absoluto como se imaginava à época da edição dos códigos oitocentistas e das teorias positivistas, mas sim relativo e limitado como qualquer outro previsto nos ordenamentos jurídicos nacionais.

Josserand, a quem se atribui o mérito de ter desenvolvido a teoria finalista do abuso do direito, disse que além da propriedade – primeiro direito subjetivo relativizado pelos tribunais franceses – havia

outro direito (...) tão sagrado quanto ela, se não mais, que [era] o de defender, diante dos tribunais, as ações de que cada qual [estava] investido, o direito de se socorrer da Justiça, ou de maneira mais geral, de recorrer às

⁶²⁷ COSTA, **Direito processual do trabalho**. p. 375.

vias legais com a intenção de assegurar a efetividade e o triunfo dos nossos direitos, com todas as armas que isso implica: ação judicial, defesa⁶²⁸,

etc., o qual merecia ser repensado à luz da teoria da relativização.

Para o citado autor, “o litigante que faz valer seus direitos diante dos tribunais cumpre uma função essencial: representa não só seus interesses pessoais, mas também os da sociedade, uma vez que a esta interessa que o direito se realize, que não seja letra morta”⁶²⁹. Por isso, afirmou o professor francês, ser “sagrado o direito de recorrer às vias legais”⁶³⁰.

Disse ele, entretanto, que apesar de tamanha importância, o direito de ação só podia ser exercido com “pleno conhecimento, por bons motivos e não por razões más ou inconfessáveis”⁶³¹, citando que a jurisprudência francesa de sua época, condenava “diariamente o litigante que obrara ‘com malícia, com espírito de vexação, ou por erro grosseiro equivalente ao dolo’ a indenizar os prejuízos causados”⁶³² à contraparte.

Segundo sua concepção, todavia, todo cidadão que não se limitava a exercer seu direito de ação conforme seu fim econômico e social, desviando-o de tais desígnios, dele abusaria, independentemente de culpa ou dolo⁶³³. Afirmou que as ações “são armas que convêm manejar com prudência e precaução, sobretudo com boa-fé. Não devem colocar-se ao serviço da injustiça”⁶³⁴.

Embora o citado autor tenha adotado o conceito de *actio* romana, o que é plenamente compreensível dada a época, mas que, como se disse, já não cabe na processualística contemporânea, o que importa relevar de suas palavras é a imposição de limites objetivos ao exercício do que denomina “sacro direito de ação”,

⁶²⁸ JOSSERAND, op. cit. p. 12. Tradução livre para: “otro derecho que es tan sagrado como ella, si no más: es el de defender, ante los tribunales, las acciones de que cada cual está investido, el derecho de acudir a la justicia, o , de una manera más general, el de recurrir a las vías legales con la mira de asegurar la efectividad y el triunfo de nuestros derechos, con todas las armas que esto implica.”

⁶²⁹ Ibid. Tradução livre para: “el litigante que hace valer sus derechos ante los tribunales cumple una función esencial; representa no solo sus intereses personales, sino los de sociedad, porque a esta le interesa que el derecho se realice, que no sea letra muerta.”

⁶³⁰ Ibid. Tradução livre para: “es (...) sagrado el derecho de recurrir a las vias legales”.

⁶³¹ Ibid. Tradução livre para: “se necesita que el derecho se ejerza con pleno conocimiento, por buenos motivos, y no por razones más o menos confesables.”

⁶³² Ibid., p. 13. Tradução livre para: “la jurisprudencia francesa condena diariamente a indemnización de perjuicios al litigante que obra ‘por malicia o por espíritu de vejación, o hasta por un error grosero equivalente ao dolo’.”

⁶³³ Ibid.

⁶³⁴ JOSSERAND, op. cit. p. 13. Tradução livre para: “las vias de derecho son armas que conviene manejar con prudencia y precaución, sobre todo com buena fe: no deben ponerse al servicio de la injusticia”.

manifestos nos deveres de respeito à boa-fé e aos fins econômicos e sociais a que esse interesse juridicamente protegido se destina.

No Brasil, ao que se tem notícia, foi Jorge Americano quem principiou estudos mais profundos sobre o tema, como se infere de sua célebre obra denominada “*Do abuso do direito no exercício da demanda*”.

O autor, que tal como Josserand, asseverou que o

direito de ação não é (...) um direito autônomo, não subsiste *per se*; é um direito dependente, potencial, faculdade concedida para a defesa de direitos ou consecução de legítimos interesses, não podendo ser exercido sem causa apreciável, ou com causa maliciosa⁶³⁵,

teve o mérito de inserir na cultura jurídica nacional o debate sobre a relatividade do direito de ação.

Afirmou, em 1932, que “a verificação do abuso do direito na propositura da demanda se subordina:

- a) à substância da relação jurídica invocada (existência de um direito);
- b) às condições do agente (interesse de agir, qualidade para agir, capacidade para agir);
- c) à modalidade do seu exercício (forma acintosa, coativa, emulativa, dolosa)⁶³⁶.

Vale dizer: depende da prova de condutas antijurídicas tipicamente vinculadas à teoria clássica da responsabilidade civil fundada na culpa e no dolo.

Pedro Baptista Martins, em idêntica época e posição, inclusive no que pertine à natureza da ação, afirmou que:

Para que o exercício da ação gere para o seu autor a obrigação de indenizar os prejuízos causados ao réu, não basta, é claro, a circunstância de decair da ação. É preciso ainda que se demonstre o concurso de certas circunstâncias de fato, das quais transpareça o dolo (intenção de prejudicar), o erro grosseiro, equivalente ao dolo, ou, pelo menos, o espírito de aventura ou temeridade do autor⁶³⁷.

⁶³⁵ AMERICANO, op. cit. p. 63.

⁶³⁶ Ibid., p. 64.

⁶³⁷ MARTINS, op. cit. p. 73.

Mantinha-se, pois, a opção pela aplicação processual da teoria subjetiva do abuso do direito, assente no ato emulativo e na intenção de causar dano.

No entanto, como bem lembrou José Olympio De Castro Filho, em 1955, ao comentar as lições de Americano, lidava-se “à época em que [este] escrevera, com técnica menos apurada, que sequer havia solucionado vários problemas processuais, podendo dar-se hoje [referindo-se obviamente ao seu tempo] maior extensão aos rumos que traçou”⁶³⁸.

De fato, depois que Liebman, seguindo e aperfeiçoando as lições de Wach, Chiovenda, Carnelutti e outros, sedimentou definitivamente a idéia de que o exercício do direito de ação comporta limitações, manifestas pelo que chamou de condições da ação, passou a ser mais fácil delimitar o abuso do direito de ação.

A partir do instante em que se concebeu que só haveria ação quando preenchidas as condições da ação as quais são indispensáveis à prolação de uma sentença de mérito e conseqüente exercício da jurisdição, não havia mais dúvidas a respeito da relatividade do referido direito subjetivo que à época, já era autônomo, abstrato, genérico e instrumental.

Partindo de uma noção um pouco mais científica das condições da ação e dos pressupostos processuais – visto que ainda não se havia chegado ao ponto de evolução que hoje se vê - José Olympio de Castro Filho, em meados da década de 1950, apresentou as suas conclusões sobre o abuso do direito de ação no processo civil brasileiro.

O referido autor iniciou sua exposição afirmando que têm parcial razão os que afirmaram que “toda vez que o autor da demanda procede com dolo, fraude, emulação, capricho, erro grosseiro, violência, com o intuito protelatório, faltando ao dever de dizer a verdade, ou quando se encontra na situação intermediária em que tem o poder de disposição no processo (...)”⁶³⁹, vale-se abusivamente deste.

Asseverou, igualmente, que era importante “observar que, num uso normal, para que um autor possa pedir corretamente a prestação jurisdicional, há de satisfazer certas exigências processuais, umas relativas ao próprio processo e

⁶³⁸ CASTRO FILHO, op. cit. p. 116.

⁶³⁹ CASTRO FILHO, op. cit. p. 118.

outras referentes ao pedido que efetua⁶⁴⁰, referindo-se, respectivamente, aos pressupostos processuais⁶⁴¹, às condições da ação e ao mérito da lide⁶⁴².

Segundo as suas razões, “nenhum processo pode existir sem que estejam satisfeitos (...) pressupostos processuais”⁶⁴³, e “as condições da ação”⁶⁴⁴, os quais devem ser preliminarmente avaliados pelo Juiz.

Já aí se pode perceber como descobrir, com mais facilidade, ou menor dificuldade, o abuso do direito no processo (sic), se se atentar para que a falta de um desses pressupostos processuais muitas vezes indicará o uso anormal, desde que tal falta seja devida a dolo, fraude, erro grosseiro, simulação, etc.⁶⁴⁵

No exercício do direito de ação, por seu turno, leciona Castro Filho que a ausência das condições legais importará também abuso, se fundada na intenção de causar dano⁶⁴⁶.

Vale dizer: fora a evolução parcial da organização das figuras jurídicas processuais⁶⁴⁷, nenhuma nova contribuição haveria em relação às lições de Americano e Pedro Baptista Martins, caso a análise de Castro Filho se limitasse a tais situações.

Ocorre, todavia, que além dos pressupostos processuais e as condições da ação, Castro Filho afirmou que haveria “que ocorrer, em prol do autor, a inexistência de certos fatos impeditivos ou extintivos do processo, de certas defesas prévias e o preenchimento de certos requisitos especiais”⁶⁴⁸ - que, conforme suas próprias razões, estavam “expressamente designados na lei para este ou aquele procedimento ou para certos atos judiciais, por motivo de ordem ou segurança em juízo”⁶⁴⁹ - para que houvesse exercício legítimo do direito de ação.

⁶⁴⁰ Ibid.

⁶⁴¹ Que cf. CASTRO FILHO, op. cit. p. 118-119, eram, à época, “requisitos para a existência de um processo qualquer: 1º juiz; 2º juiz competente *ratione materiae*; 3º capacidade processual (*legitimatío ad processum*).”

⁶⁴² Ibid., p. 118.

⁶⁴³ Ibid., p. 119.

⁶⁴⁴ Que cf. CASTRO FILHO, op. cit. p. 119-120, eram à época, “requisitos para uma demanda favorável: 1º existência de uma relação jurídica; 2º legitimidade para a causa (...); 3º interesse de agir”.

⁶⁴⁵ Ibid., p. 119.

⁶⁴⁶ Ibid., p. 120.

⁶⁴⁷ Que difere substancialmente da apreçoada hodiernamente.

⁶⁴⁸ CASTRO FILHO, op. cit. p. 120.

⁶⁴⁹ Ibid., p. 123.

A existência de um dos fatos impeditivos ou extintivos; de defesa prévia, ou a ausência dos requisitos especiais por ele mencionados – figuras jurídicas cujos contornos da época não merecem maiores considerações –, importava abuso do direito⁶⁵⁰.

Abuso que, consoante ele, prescindia da “intenção de prejudicar ou da culpa”⁶⁵¹, já que importava “cessação da instância”⁶⁵² que no sistema do Código de Processo Civil de 1939, importava “condenação do autor no ressarcimento das despesas feitas pelo réu com o preparo da defesa, inclusive honorários de advogado”.⁶⁵³

Em tal constatação é que residiu a inovação. Adotando a concepção mista do abuso do direito - apregoada por Americano - Castro Filho, concebeu novas hipóteses de abuso do direito de ação, fundando-as em critérios que prescindiam das figuras do dolo ou da culpa.

Manteve, é bem verdade, incólume a idéia central de abuso do direito de ação fundada em ato de emulação, mas alertou, ainda que de forma incipiente, a respeito das hipóteses que o abuso prescindia da investigação da vontade do agente.

Foi, contudo, com a superveniência dos Códigos de Processo Civil de 1973 e do Código Civil de 2002, fruto da constante evolução da ciência jurídica, que a ação passou a ser interpretada de forma distinta e o abuso ganhou novas dimensões.

As condições da ação passaram a figurar como os elementos que definiam genericamente a finalidade social e econômica do direito de ação, bem como estabeleceram, à luz da boa-fé objetiva, os padrões de probidade e retidão exigidos no momento do exercício desse direito subjetivo processual.

O abuso do direito, por sua vez, foi positivado no âmbito do direito material. Seu conteúdo e elementos denotaram de uma vez por todas a opção legislativa brasileira pela teoria finalista de Josserand.

Embora tenha havido e ainda haja divergência doutrinária a respeito da aplicação das orientações do art. 187 do CCB no âmbito do direito processual⁶⁵⁴, parece razoável a posição dos que – reconhecendo a instrumentalidade do referido direito, sem, entretanto, negar-lhe a autonomia – afirmam que “a posição mais

⁶⁵⁰ Ibid., p. 124.

⁶⁵¹ Ibid., p. 122.

⁶⁵² Hoje denominada de extinção do processo sem resolução do mérito, na forma do art. 267 do CPC.

⁶⁵³ CASTRO FILHO, loc. cit.

⁶⁵⁴ ABDO, op. cit. p. 119.

coerente a ser adotada relativamente ao abuso do processo seja, realmente, aquela que se harmoniza com a clara previsão contida⁶⁵⁵ na referida regra.

Afinal, “o processo não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de composição de lides, que garante a efetividade do direito material. E como este pode ter natureza diversa, o direito processual, por seu caráter instrumental, deve saber adaptar-se a essa natureza diversa”⁶⁵⁶.

Na Argentina, em que o Código Civil, em seu artigo 1.071⁶⁵⁷, veda o abuso do direito, caracterizando como tal o exercício do direito que “contrariar os fins que a lei teve ao reconhecê-lo, ou, ainda, se tal exercício exceder os limites impostos pela boa-fé, pela moral ou pelos bons costumes”, há tendência processual de acatar a teoria finalista em detrimento das demais.

Jorge W. Peyrano, professor titular de direito processual civil da Universidade Nacional de Rosário na Argentina⁶⁵⁸, assevera que a regra em referência influencia o processo civil de seu país, a ponto de afirmar que dá azo a um novo princípio processual, denominado abuso do direito processual⁶⁵⁹.

E apesar de reconhecer e noticiar opiniões em sentido contrário⁶⁶⁰, sustenta sua conclusão na seguinte afirmação:

pronuncio-me pela aplicação do critério funcional ou instrumental [de Josserand] antes mencionado. Por acaso, o processo civil não é uma instituição cuja razão de ser é a de ‘servir’ para que o direito material prometido pelos códigos (...) se torne realidade viva e atuante? Por que, então, não reconhecer igual funcionalidade ou instrumentalidade a caracterização de um dos mais importantes princípios (o da proscricção do abuso do direito) que os regulam e explicam?⁶⁶¹

Sendo assim, para a doutrina majoritária, a noção contemporânea de abuso do direito de ação difere parcialmente da concebida por Americano, Baptista Martins

⁶⁵⁵ Ibid., p. 120.

⁶⁵⁶ COSTA, op. cit. p. 375.

⁶⁵⁷ Cf. BOULOS, op. cit. p. 54. “Art. 1.071. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquella tuvo in mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

⁶⁵⁸ Cf. Currículo disponível no sítio: http://201.216.205.125/libro_nuevo/detalle_autor.php?id=97, consultado em 2 de janeiro de 2009.

⁶⁵⁹ PEYRANO, **Abuso del proceso y conducta procesal abusiva**. p. 72.

⁶⁶⁰ Ibid., p. 74.

⁶⁶¹ Ibid., p. 73-74. Tradução livre para: “nos pronunciamos por el criterio funcional o instrumental antes mencionado. O acaso el proceso civil no es una institución cuya razón de ser es la de ‘servir’ para que el derecho material prometido por los códigos de fondo se torne realidad viva y actuante? Por qué, entonces, no reconocer igual funcionalidad o instrumentalidad a la caracterización de uno de los más importantes principios (el de la proscricción del abuso del derecho) que lo regulan y explican?”

e Castro Filho, visto que prioriza a boa-fé, os bons costumes, o respeito aos fins sociais e econômicos a que se destina o referido direito, independentemente da culpa ou dolo do agente.

Atualmente, o abuso do direito de ação se insere no conceito de “abuso macroscópico” proposto por Helena Najjar Abdo.

Diz a professora paulista que

o abuso macroscópico ocorre quando um sujeito processual faz mau uso do processo como um todo, da tutela jurisdicional globalmente considerada (...) neste, o desvio de finalidade é identificado principalmente **pelo cotejo entre os fins efetivamente pretendidos pelo agente do abuso e a finalidade normal do sistema processual como um todo.**⁶⁶² (sem grifo no original).

Nesse contexto, alguns são os exemplos, destacando-se:

a simulação processual (CPC, art. 129), a utilização do processo para conseguir objetivo ilegal (CPC, art. 17, III), a dedução de pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (CPC, art. 17, I), (...) o abuso da defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (CPC, art. 273, II)⁶⁶³

e o próprio direito de ação, objeto desta etapa do trabalho.

O conceito de direito de ação, a que se refere a autora paulista para delimitar-lhe o abuso, é o apregoado por Luiz Guilherme Marinoni ao comentar parte da reforma do Código de Processo Civil brasileiro, promovida por meio da Lei 11.232/2005 que pôs fim à ação de execução.

Diz o processualista paranaense que:

a grande novidade em termos de teoria da ação é que a ação *não se exaure com a sentença de procedência* e, por isso, o direito de ação não pode ser mais visto como o direito a uma sentença de mérito. (...) Trata-se do direito a uma ação que, na hipótese de sentença de procedência, permita o uso dos meios executivos capazes de propiciar a efetiva tutela do direito material (...). A ação é exercida para permitir o julgamento do pedido e o reconhecimento da pretensão à tutela jurisdicional do direito, assim como para exigir o uso dos meios executivos capazes de propiciar a obtenção da tutela do direito reconhecido pela sentença como devido ao autor.⁶⁶⁴

⁶⁶² ABDO, op. cit. p. 189.

⁶⁶³ Ibid., p. 189-190.

⁶⁶⁴ MARINONI, **Teoria geral do processo**. p. 265.

Ou como há muito se sabe no âmbito do direito processual do trabalho, é o direito subjetivo de obter do Estado um provimento jurisdicional apto e efetivo, que seja capaz de entregar o bem da vida deduzido em lide.

Partindo dessa concepção de ação,

que vai desde o poder de provocar o Judiciário, mediante a dedução de uma pretensão (...), até a efetiva prestação da tutela jurisdicional, passando nesse caminho pelo exercício do poder de ação (que reúne todo o feixe de situações jurídicas processuais do autor), (...) pelo exame do mérito (que ocorre depois de verificada a existência das chamadas condições da ação)⁶⁶⁵,

pela execução da obrigação e a entrega do bem da vida postulado, é que se pode conceber o abuso macroscópico, fundado no desvio de finalidade processual.

Consoante as lições de Helena Najjar Abdo, “para que haja abuso, é indispensável que o complexo de situações jurídicas processuais que é a ação seja utilizado de modo *distorcido* ou em *desarmonia* com as suas *finalidades intrínsecas*”⁶⁶⁶.

Isto é, tanto há abuso do direito quando “o sujeito que propõe uma demanda com o objetivo único de importunar o seu adversário, de lhe causar prejuízo ou, simplesmente de submetê-lo a uma situação vexatória, (...) desvia o processo de seus fins institucionais”⁶⁶⁷, como “(...) nos casos em que se veiculam pretensões estranhas ou até mesmo contrárias às finalidades do processo”⁶⁶⁸.

A assertiva encontra amparo no fato de que:

o abuso ocorre, em geral, quando o processo é desviado de suas finalidades institucionais e dirigido a outros fins alheios àqueles para os quais foi designado. Assim, quando dois litigantes simulam uma controvérsia em juízo (CPC, art. 129), desvirtuam o processo de seu escopo magno, qual seja o de pacificação social, pois, no caso concreto, o conflito não existe⁶⁶⁹.

E sendo assim, não há estado patológico da lei que demande a ação do Poder Judiciário.

Diz Jorge W. Peyrano, citando Gladis E. de Midon, que há abuso do processo na Argentina, quando é utilizado para obter ilicitamente mais do que a lei concede ou

⁶⁶⁵ ABDO, op. cit. p. 190.

⁶⁶⁶ Ibid., p. 192.

⁶⁶⁷ Ibid.

⁶⁶⁸ Ibid.

⁶⁶⁹ Ibid., p. 85.

que a lei não concede; ou quando é empregado desnecessariamente para satisfazer interesses, que embora lícitos, poderiam sê-lo por um procedimento mais simples e menos oneroso.⁶⁷⁰

Para o autor citado, “em ambos os casos há lesão ao imperativo da boa-fé. No primeiro, ao contrariar-se a fórmula da convicção do próprio direito. No segundo, pela transgressão da regra (...) de obrar honestamente”⁶⁷¹.

No Brasil não é diferente. O exercício do direito de ação, que inicia o processo, só é legítimo quando exercido em conformidade com seus fins sociais e econômicos, de forma reta e proba, segundo os ditames da boa-fé objetiva.

Diante disso, pode-se afirmar que nas ações possessórias, cujo interesse primário deduzido em lide é a posse, e cujo interesse secundário é a necessidade de proteção possessória, **haverá abuso quando aquele não for a posse; quando for mais amplo do que a lei concede ou quando servir desnecessariamente para satisfazer interesses, que embora lícitos, poderiam sê-lo por um procedimento adequado, mais simples e menos oneroso.**

Em outras palavras, haverá abuso do direito de ação possessória **quando se deduzir pretensão estranha ou contrária às finalidades do processo, que, no caso, é a tutela exclusiva da posse.**

Aprofundando a análise, pode-se afirmar, por exemplo, que haverá abuso no manejo da ação de manutenção de posse quando mesmo alegada suposta turbação, a pretensão do autor não é tutelar a posse, mas outro interesse, tal como enfraquecer um movimento social por meio de condenação sumária da opinião pública, mesmo que o tal movimento não tenha “a intenção de praticar qualquer ato, ou deixar que ocorra qualquer fato, que retire à posse a extensão, ou interesse ou a eficiência ou a tranqüilidade”⁶⁷², do poder de fato que aquele exerce sobre o bem.

É evidente que se houver efetiva turbação, manifesta por meio de atos ou fatos que irrompem a paz social, e se o escopo da ação for a defesa da posse, abuso não haverá, mas exercício legítimo de um interesse juridicamente tutelado.

⁶⁷⁰ PEYRANO, op. cit. p. 77.

⁶⁷¹ Ibid. Tradução livre para: “en ambos supuestos existe lesión al imperativo de la buena fe. En el primero, al contrariarse la fórmula de la convicción del propio derecho (...). En el segundo, por la transgresión de la regla de (...) obrar honestamente.”

⁶⁷² MIRANDA, op. cit., p.. 222.

O que interessa ressaltar é que não há que se perquirir a intenção do agente, mas apenas e tão-somente certificar se exerceu seu direito segundo seu fim social e econômico, agindo conforme o princípio da boa-fé.

No caso citado, há que se certificar, objetivamente, se houve prova dos requisitos previstos no art. 927 do CPC, especialmente da posse e da turbação, pois se a manifestação foi ordeira e pacífica sem a apresentação de ânimo de turbar, isto é, de prejudicar o exercício da posse, não haveria razão aparente que sustentasse o interesse no provimento jurisdicional.

A desnecessidade, por si só, conduziria à carência de ação, ou, no mínimo, ao abuso do direito. Porém, se evidente a inutilidade do provimento vindicado, ante a ausência de *animus turbandi*⁶⁷³, não há dúvida da falta de interesse de agir ou do desvio de finalidade do processo.

Diz-se isso, pois como nem sempre é fácil demonstrar a carência de ação e como a doutrina opta por admitir a demanda em caso de dúvida objetiva⁶⁷⁴ - por apego ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF/88 - se houver desvio da finalidade processual, ainda assim não poderá ser admitida a pretensão, em razão do abuso do direito.

A mesma situação se vislumbra quando o exercício da ação de interdito proibitório se presta a finalidade diversa daquela prevista em lei, permitindo que o autor veja satisfeita pretensão estranha ao objeto da lide.

O exemplo em voga é a utilização de tais ações por empregadores e suas entidades de representação classista, em razão dos atos de greve deflagrados por seus empregados e correspondentes sindicatos. A matéria merece detida atenção, eis que parte crucial do objeto da pesquisa.

Pode-se afirmar, de acordo como o que se disse, que só caberá a defesa possessória preventiva se houver prova cabal da posse e do justo receio de ser molestado em razão de violência iminente, já que é este o fim a que se destina o interdito proibitório, nos termos do que dispõem os artigos 1.210 do CCB e 932 do CPC.

Igualmente, pode-se dizer que o interdito proibitório, porque ação, só pode ser ajuizado por parte legítima; com o fim de tutelar objeto lícito (impedir a turbação ou o

⁶⁷³ GOMES, op. cit. p. 95.

⁶⁷⁴ Cf. ALVIM, op. cit. p. 355-356.

esbulho iminente da posse) sempre que houver necessidade e utilidade no provimento vindicado.

Ou seja: o autor deve ser possuidor⁶⁷⁵ – o que exclui a possibilidade de ajuizamento da ação pelo mero detentor⁶⁷⁶- e o interesse primário que orienta o secundário deve ser a proteção da posse, devendo haver, ainda, justo receio de ser molestado, o que “importa em temor fundado, e não em mera possibilidade, especulação ou ilação”⁶⁷⁷ do poder fático sobre o bem.

Nos casos das ações de interdito proibitório contra atos de greve, o que se postula, invariavelmente, são liminares em sede de antecipação de tutela de mérito para determinar que os empregados e seus sindicatos se abstenham de praticar quaisquer atos que turbem ou esbulhem a posse justa e se mantenham a uma distância razoável das portas da célula empresarial.

O objeto da ação **é a abstenção de atos de greve** que possam por em risco a posse do bem.

Da análise **preliminar** da petição inicial que exterioriza o exercício da ação, caberá ao juiz certificar-se se estão preenchidas as condições da ação, se houve prova da posse justa, do justo receio de ser molestado mediante violência iminente e, especialmente, se no exercício do direito subjetivo, o escopo funcional do processo foi respeitado ou se houve desvio de sua finalidade.

Em primeiro lugar, portanto, deve haver prova de que o autor é justo possuidor do bem, visto que a ausência da posse justa – aquela adquirida conforme o direito e não mediante violência, clandestinidade ou precariedade (art. 1.200 do CCB) - importa impossibilidade de sua tutela⁶⁷⁸, o que já permite concluir se o autor da ação é legítimo, e se o pedido é juridicamente possível, nos termos do que prescrevem os arts. 3º e 267, VI, do CPC.

Em seguida, há que se avaliar se há prova do justo receio de ser molestado na posse do bem, que, segundo a doutrina, “importa em temor fundado, e não em mera possibilidade, especulação ou ilação do possuidor”⁶⁷⁹.

Isto é, deve haver prova pré-constituída de

⁶⁷⁵ Que segundo a lei: “Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.”

⁶⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, op. cit. p. 143.

⁶⁷⁷ FIGUEIRA JÚNIOR, op. cit. p. 278.

⁶⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, op. cit. p. 136.

⁶⁷⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, op. cit. p. 278.

violência iminente, diz a lei, e isso significa, segundo os dicionários da língua, **o perigo instante, sobranceiro, que está sobrevindo, não a ameaça de palavra vã, falada ou escrita, mas a ameaça atual manifestada em fatos encarnativos, ao menos de indícios veementes, como em direito se entendem**⁶⁸⁰ (sem grifo no original).

A prova deve ser prévia e documental, ante a própria natureza emergencial, preventiva e satisfativa da ação cominatória em questão⁶⁸¹, haja vista que o seu propósito legal é a vedação de violência iminente, que embora não precise ser imediata, deve ser, ao menos, breve, “sob pena de afastar-se o interesse de agir”⁶⁸² baseado na necessidade e na utilidade do provimento vindicado.

É evidente que se não houver prova do risco iminente de violência, carecerá o autor de ação.

Por fim, mas ainda preliminarmente, deve o magistrado verificar se o empregador (possuidor) busca, de fato, tutelar a posse do bem que corre risco de esbulho ou turbação, ou se deseja, por via oblíqua, satisfazer de forma breve e eficaz interesse diverso que não este, como, por exemplo, a pulverização e aniquilação do direito de greve.

Tal análise, como se disse, prescinde da investigação da vontade do agente, bastando certificar se houve respeito ao fim a que se destina o direito de ação⁶⁸³ e ao princípio da boa-fé objetiva, porquanto, consoante as lições de Helena Najjar Abdo, “para que haja abuso, é indispensável que o complexo de situações jurídicas processuais que é a ação seja utilizado de modo *distorcido* ou em *desarmonia* com as suas *finalidades* intrínsecas”⁶⁸⁴.

Basta, para tanto, que seja possível ao juiz inferir da prova documental que instrui a inicial, objetivamente e segundo o senso comum que instrui a boa-fé, a intenção deliberada do réu de turbar – e “**não é só perturbar, ou conturbar**”⁶⁸⁵, como leciona Pontes de Miranda – ou de esbulhar – que é “a injusta e total privação da posse, sofrida por alguém que a vinha exercendo”⁶⁸⁶, manifesta por meio de

⁶⁸⁰ FULGÊNCIO, op. cit. p. 141.

⁶⁸¹ MARCATO, op. cit. p. 85.

⁶⁸² CASCONI, op. cit. p. 36.

⁶⁸³ ABDO, op. cit. p. 192.

⁶⁸⁴ Ibid.

⁶⁸⁵ MIRANDA, op. cit., p. 222.

⁶⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, op. cit. p. 142.

“violência, clandestinidade ou precariedade”⁶⁸⁷ – já que só assim haverá violência iminente.

Do contrário, se da prova dos autos se observa que os grevistas se valem de meios lícitos e pacíficos para manifestar suas insatisfações e reivindicações, tendendo, inclusive, a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve, nos termos do que autoriza o art. 6º da Lei 7.783/1989, pode-se concluir que:

- a) ou não há interesse no provimento vindicado, o que denota carência de ação;
- b) ou, ao menos, há desvio da finalidade econômica ou social a que se presta o processo possessório, eis que o interesse primário a que se visa a tutelar é diverso, caracterizando a expressa violação à regra da boa-fé.

Em outras palavras, o simples fato dos trabalhadores manifestantes utilizarem carros de som, faixas, adesivos, panfletos ou prostrarem-se nas imediações da empresa entoando pacificamente palavras de ordem, por si só, não permite a conclusão de que há justo receio de esbulho ou turbação, na acepção legal, eis que são atos que se pressupõem lícitos e amparados pelo disposto nos artigos 5º, IV, XVI; 9º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 e 6º da Lei 7.783/1989.

Mais do que isso, nem mesmo a “suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador”, que pode conduzir ao fechamento das portas do estabelecimento e suspensão da atividade empresarial, importa justo receio de esbulho ou turbação, já que é lícita, nos termos do art. 2º da lei 7.783/1989.

Aliás, “para que o ato conflitivo configure-se como greve no sentido jurídico, a primeira característica é a *suspensão da prestação pessoal de serviços a empregador* o que quer dizer que a paralisação do trabalho é dado intrínseco à existência legal da greve”⁶⁸⁸.

A presunção de legalidade, contudo, é relativa (*iuris tantum*), na medida em que o abuso de tais direitos também não é consentido. Aliás, pelo contrário, é vedado pelos próprios arts. 9º, § 2º da CF/88; 6º, §§ 1º e 3º da Lei 7.783/89 e 187 do

⁶⁸⁷ PEREIRA, op. cit. p. 51.

⁶⁸⁸ NASCIMENTO, *Comentários à lei de greve*. p. 42.

CCB, ante o desvio de finalidade social a que se destinam e a violação às máximas de retidão e probidade que instruem a boa-fé⁶⁸⁹.

Assim, somente se houver prova cabal de que tais abusos importam grave ameaça à posse ao ponto de “infundir num espírito normal o estado de receio”⁶⁹⁰, é que restará preenchido o requisito que autoriza a proteção liminar, inibitória e cominatória da posse, por meio da ação de interdito.

Em caso contrário, haverá nítido abuso do direito em razão do desvio da finalidade processual da referida ação, estampada em pretensão diversa que não a tutela da posse.

Cite-se que em razão do caráter emergencial do interdito proibitório, da brevidade do procedimento que lhe é inerente, da possibilidade latente de obtenção de um provimento de caráter satisfativo, inibitório e cominatório, o remédio é extremamente sedutor e historicamente utilizado para fins diversos do que a lei lhe impôs.

José Olympio de Castro Filho alertara para tal fato e para o freqüente abuso do direito no exercício das ações possessórias, já em meados da década de 1950:

Com o remédio adequado, (...) abriu a lei oportunidade ao abuso no uso do que todos reconhecem justo e jurídico, abuso que, em todas as épocas, e em todos os países que conheceram tais processos, sempre foi freqüente. (...) Eduardo Espínola dá-nos notícia de tais abusos, num caso concreto de ação de reintegração, e, entre nós, **ninguém ignora que os interditos possessórios constituem fonte permanente de desvio de sua finalidade social, para acobertarem as mais desvairadas ambições e as mais injustificáveis pretensões.** Astolfo Resende refere que a aplicação desatenta da lei substancial tornou ‘freqüente o esbulho judicial’, pois, como o possuidor pode ser reintegrado na posse sem ser ouvido o autor do esbulho antes da reintegração, ‘abusos sem conta têm sido praticados’ (...) ⁶⁹¹. (sem grifo no original).

Por isso é que se afirma que em razão da economia, celeridade e satisfatividade que marcam as ações possessórias, especialmente nas ações de força nova, há que estar alerta o julgador para o desvio dos fins sociais e econômicos do remédio processual, ainda no juízo liminar.

No caso específico dos interditos proibitórios ajuizados em face dos sindicatos obreiros, com fundamento nos atos de abuso do direito de greve, a urgência em certificar se o interesse primário deduzido em lide é realmente a posse, ou, ao

⁶⁸⁹ Cf. CASTAN, **Abuso do direito sindical**. p. 119-122.

⁶⁹⁰ MARCATO, op. cit. p. 88.

⁶⁹¹ CASTRO FILHO, op. cit. p. 173-174.

contrário, o esvaziamento e anulação do movimento paredista, por meio de instrumento processual inadequado, é ainda mais latente.

Mais do que nos outros casos, tal análise deve ser efetuada preferencialmente na fase de saneamento processual ou no juízo liminar baseado em cognição sumária, pois do contrário, pode se consumir irreparável prejuízo ao exercício do direito de greve, ante a irreversibilidade do provimento antecipado, vedada pelo art. 273, § 2º, do CPC.

“Há de registrar, (...) que na Justiça do Trabalho, dado o caráter efêmero dos movimentos paredistas, a ação possessória de força velha será quase impossível de ser manejada”⁶⁹², e, pelo mesmo motivo, liminar que perdure por longo tempo, ainda que infundada, poderá frustrar substancialmente ou mesmo pôr termo ao movimento paredista de uma vez por todas.

Logo, se não houver prova cabal da intenção dos manifestantes em turbar - e **“não é só perturbar, ou conturbar”**⁶⁹³, o que lhes é lícito e inerente ao exercício do direito de greve - ou esbulhar - isto é, tomar a posse mediante “violência, clandestinidade ou precariedade”⁶⁹⁴ - haverá indícios objetivos de desvio da finalidade processual, manifesto na dedução de pretensão alheia ao que permite a lei.

O empregador possuidor não pretenderá, nesses casos, defender a posse, visto que não corre risco justificado de perdê-la ou vê-la reduzida em sua funcionalidade. Ao contrário, pretenderá anular os efeitos da greve, valendo-se, para tanto, de instrumento eficaz sob o ponto de vista prático, ainda que a lei não lhe destine tal finalidade.

Assim, se a resposta do Poder Judiciário for “automática”⁶⁹⁵, isto é, em desconsideração à prova cabal dos requisitos preditos - como sugeriu Pontes de Miranda, em tom de crítica a uma decisão de tribunal paulista -, o abuso estará consumado e o **fim ilícito e desproporcional** alcançado.

Todavia, como as ações, inclusive as possessórias, “são armas que convêm manejar com prudência e precaução, sobretudo com boa-fé, não devendo colocar-se

⁶⁹² CESÁRIO, **O Direito Constitucional Fundamental de Greve e a Função Social da Posse – Um novo olhar sobre os interditos possessórios na Justiça do Trabalho brasileira.**

⁶⁹³ MIRANDA, op. cit., p. 222.

⁶⁹⁴ PEREIRA, op. cit. p. 51.

⁶⁹⁵ MIRANDA, op. cit. p. 247.

ao serviço da injustiça”⁶⁹⁶, sempre que a conduta for contrária a essa premissa, ainda que aparentemente lícita, merecerá punição.

Portanto, há que se identificar e rechaçar o abuso o quanto antes, até mesmo porque a sua sobrevivência põe em risco a legitimidade de todo o processo. E “tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil”⁶⁹⁷.

Não se ignora, evidentemente, que eventual decisão liminar concedida em ação possessória é provisória⁶⁹⁸, revogável a qualquer tempo, e que, portanto, mesmo em sentença, após a profícua e plena cognição do mérito, pode o juiz identificar e rechaçar o abuso do direito, revogando a decisão anterior e condenando o autor nas custas e honorários de advogado⁶⁹⁹ nos termos do que manda a lei

Aliás, é dever do magistrado assim proceder, especialmente se restar comprovada a ausência dos requisitos que autorizam a tutela possessória que são:

- a) a função social da posse;
- b) a posse justa;
- c) a posse de boa-fé;
- d) o preenchimento das condições da ação.

É certo, porém, que a ação breve e firme do Judiciário na negação do abuso do direito evita o dano e o mau uso do processo como um todo.

E sendo assim, as ações de interdito proibitório, por serem especiais, segundo o próprio Código, só cumprirão a finalidade econômica e social a que se destinam se o interesse secundário fundado no provimento jurisdicional for capaz de tutelar o interesse primário deduzido em lide, que, deve ser a posse e tão só ela.

⁶⁹⁶ JOSSERAND, op. cit. p. 13. Tradução livre para: “las vías de derecho son armas que conviene manejar con prudência y precaución, sobre todo com buena fe: no deben ponerse al servicio de la injusticia”.

⁶⁹⁷ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 222.

⁶⁹⁸ Cf. CASCONI, op. cit. p. 82. Para quem a antecipação de tutela, gênero do qual as possessórias são espécies, “é provimento *mandamental*, com eficácia *executiva lato sensu* e finalidade de conceder ao autor, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no início, com caráter *satisfativo*, sob *cognição sumária* de pretensão reclamada e com contornos de *provisoriedade*.”

⁶⁹⁹ Inclusive, para alguns, na Justiça do Trabalho, nos termos do que dispõe o art. 5º da Instrução Normativa nº 27/2005 do TST, *in verbis*: “Art. 5º Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência.”.

As pretensões decorrentes de abusos do direito de greve devem ser objeto de ações distintas, cujos interesses secundários definidos em lei se prestem à tutela daqueles.

O que não se admite, ante a excepcionalidade das possessórias, é a interpretação extensiva das regras dos arts. 1.210 e seguintes do CCB, combinadas com as dispostas nos arts. 920 e seguintes do CPC, as quais têm fins próprios e claramente delimitados, ao ponto de permitir a tutela de interesses distintos como o fim dos movimentos paredistas.

Quem assim age, viola o princípio da boa-fé objetiva⁷⁰⁰ e não usa, ao contrário, abusa do direito subjetivo, desviando-o da finalidade social a que se destina. E como se sabe, qualquer desvio de tal natureza importará inutilidade do provimento, e, por óbvio, abuso do direito de ação, nos termos do disposto no art. 187 do CCB.

⁷⁰⁰ Cf. SÁ, op. cit. p. 171. Para quem é o “princípio pelo qual o sujeito de direito deve atuar como pessoa de bem, honestamente e com lealdade”.

4 DO ABUSO DO DIREITO DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS COMO ATO ANTI-SINDICAL

Definido, segundo as lições da doutrina, o conceito de abuso do direito de ação possessória, passa-se à última etapa do trabalho, que é a identificação do uso anômalo de tais ações como práticas anti-sindicais.

Inicia-se a investigação pela delimitação do conceito de prática anti-sindical, sua manifestação e vedação legal.

4.1 DOS ATOS ANTI-SINDICAIS

4.1.1 Conceito de proteção contra ato anti-sindical

Segundo a doutrina brasileira, coube a Oscar Ermida Uriarte, uruguaio, professor de Direito do Trabalho e Seguridade Social na Faculdade de Direito e Ciências Sociais de Montevideu e de outras importantes escolas jurídicas da América Latina, definir o conteúdo e o conceito do que chamou de atos anti-sindicais⁷⁰¹.

Para referido autor, o uso da expressão “práticas anti-sindicais”, que julga “intercambiável com as de ‘atos’, ‘atitudes’ e ‘condutas anti-sindicais’”⁷⁰², emerge como resposta teórica à necessidade de melhor adequação e condensação científica de outros conceitos jurídicos conhecidos, respectivamente, na América Latina, nos Estados Unidos da América e no restante do mundo, pelas expressões “Foro Sindical”, “Práticas Desleais” e “Atos de discriminação anti-sindical e atos de ingerência”⁷⁰³.

Disse ele, que:

⁷⁰¹ Cf. KAUFMANN, **Das práticas anti-sindicais às práticas anti-representativas**. p. 173.

⁷⁰² URIARTE, op. cit. p. 16.

⁷⁰³ Ibid., p. 9-15.

tomando-se em conta o uso freqüente e nem sempre uniforme das expressões tais como ‘foro sindical’, ‘proteção contra atos de discriminação anti-sindical’ e ‘proibição de práticas desleais’, assim como de muito estreita vinculação existente entre os respectivos conceitos, parece útil refletir brevemente sobre a origem e o sentido de cada uma dessas expressões e noções, antes de enfocarmos, inteiramente, sobre a consideração da proteção contra as práticas anti-sindicais⁷⁰⁴.

Conforme Uriarte, o “foro sindical” encontrava-se “definido (...) como um conjunto de medidas de proteção do dirigente e do militante sindical, que tendem a pô-los a coberto dos prejuízos que podem sofrer por sua atuação e a possibilitar um desenvolvimento normal e eficaz da atividade sindical”⁷⁰⁵.

Manifestação típica do direito latino-americano, exemplificado pelo Código do Trabalho da Venezuela⁷⁰⁶e

expressamente reconhecido e assegurado no art. 8º, VIII, da CF (sic) e no § 3º do art. 543 da CLT, no tocante aos dirigentes sindicais; nos arts. 10, II, a, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e 165 da CLT quanto aos dirigentes de comissões internas de prevenção de acidentes, (...) e na Convenção 135 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1991⁷⁰⁷,

o foro sindical guardava próxima relação com as práticas desleais conhecidas no direito norte-americano, com a seguinte conotação:

Com origem na

Lei Nacional das Relações de Trabalho, de 1935, dos Estados Unidos, também conhecida como ‘lei Wagner’, cujo artigo 8 (...) proscrevia, como práticas desleais, a obstrução do exercício dos direitos sindicais, os atos de ingerência dos empregadores nas organizações dos trabalhadores, certos atos de discriminação anti-sindicais e a recusa de negociar coletivamente⁷⁰⁸,

as práticas desleais surgiram como “necessidade de introduzir ou de assegurar a ética das relações trabalhistas”⁷⁰⁹.

Tal como o “foro sindical”, a figura denominada de “prática desleal” surgiu como manifestação de tutela da liberdade sindical⁷¹⁰, na qual, por sua vez, também estava assente a concepção de proteção contra os “atos de discriminação anti-

⁷⁰⁴ URIARTE, op. cit. p. 9.

⁷⁰⁵ Ibid.

⁷⁰⁶ BARROS, **Condutas anti-sindicais – procedimento**. p. 1.

⁷⁰⁷ MENEZES, **Proteção contra condutas anti-sindicais (atos anti-sindicais, controle contra discriminação e procedimentos anti-sindicais)**. p. 45.

⁷⁰⁸ URIARTE, op. cit. p. 10.

⁷⁰⁹ Ibid., p. 11.

⁷¹⁰ BARROS, loc. cit.

sindical e atos de ingerência”, consagrados “nos artigos 1 e 2 da Convenção (...) n. 98”⁷¹¹ da OIT.

De acordo com as regras referidas, “Os trabalhadores gozarão de adequada proteção contra atos de discriminação com relação a seu emprego” e “As organizações de trabalhadores e de empregadores gozarão de adequada proteção contra atos de ingerência de umas nas outras, ou por agentes ou membros de umas nas outras, na sua constituição, funcionamento e administração”⁷¹².

E sendo assim, o escopo de todas estas figuras jurídicas, em maior ou menor grau, é coibir e proibir práticas anti-sindicais.

A unificação de todas elas em um único conceito não foi difícil e conduziu Uriarte à seguinte ilação:

Em resumo, a noção de ato anti-sindical ou prática anti-sindical inclui os conceitos antes analisados: alguns dos atos anti-sindicais derivam da legislação ou atos estatais ou ainda de climas políticos que impedem ou limitam a liberdade sindical, direta ou indiretamente. Outros são o produto de práticas desleais, de atos de ingerência ou de discriminação no emprego. Conseqüentemente, **a proteção contra os atos ou práticas anti-sindicais, inclui toda medida tendente a evitar, reparar ou sancionar qualquer ato que prejudique indevidamente o trabalhador ou as organizações sindicais, no exercício da atividade sindical ou a causa desta ou que lhes negue injustificadamente as facilidades ou prerrogativas necessárias para o normal desenvolvimento da ação coletiva.**⁷¹³ (sem grifo no original).

Até então, não há conceito que exprima com maior precisão o que se concebe por proteção contra prática anti-sindical.

4.1.2 A liberdade sindical como objeto da vedação das práticas anti-sindicais

Do conceito proposto por Uriarte, pode-se extrair o elemento objetivo que compõe a tutela dos atos anti-sindicais: a liberdade sindical.

⁷¹¹ URIARTE, op. cit. p. 13.

⁷¹² Art. 1º, § 1º: Os trabalhadores gozarão de adequada proteção contra atos de discriminação com relação a seu emprego e Art. 2, § 1º: As organizações de trabalhadores e de empregadores gozarão de adequada proteção contra atos de ingerência de umas nas outras, ou por agentes ou membros de umas nas outras, na sua constituição, funcionamento e administração.

⁷¹³ URIARTE, op. cit. p. 17.

Pois bem. Antes de iniciar a análise do referido objeto, há que se ressaltar que não se deseja - como disse Uriarte - “desenvolver aqui toda uma exposição sobre a liberdade sindical, mas sim [assinalar] um dos aspectos fundamentalíssimos relacionado com a proteção contra os atos anti-sindicais”⁷¹⁴.

Não há razão, nem espaço para tamanha digressão, até mesmo porque, “longe iríamos, se a exposição e análise (...) viesse detidamente articulada”⁷¹⁵, de cada um dos elementos deste fecundo e controvertido tema que ainda causa espanto e aflição aos teóricos do direito do trabalho.

Detém-se, pois, a investigação, a essa face bem delimitada da liberdade sindical.

E sendo assim, começa-se afirmando que a liberdade sindical ocupa no direito brasileiro o *status* de princípio⁷¹⁶. Afirmar José Augusto Rodrigues Pinto que

o ponto de partida essencial do sindicalismo é a *liberdade*, o mais nobre sentimento do ser racional, consolidado na consciência do ‘poder de agir, no seio de uma sociedade organizada, segundo a própria determinação, dentro dos limites impostos por normas definidas’⁷¹⁷.

O sindicalismo, diz ele,

foi o meio eficiente de afirmação pelas massas operárias de consciência de sua autodeterminação para negociar condições de trabalho, senão justas, pelo menos razoáveis, reagindo às imposições patronais fundadas na valoração do trabalhador como simples fonte de energia economicamente aproveitável para a produção⁷¹⁸.

Tal organização, sem dúvida, só foi possível graças à liberdade do trabalho, que conforme José Martins Catharino “precedeu à sindical. Quando esta surgiu, aquela já fora consagrada, formalmente, na sua primeira fase, e de modo irrevogável. Por isso, o reconhecimento da segunda foi adicional, para aumento da efetividade da primeira”⁷¹⁹.

A liberdade sindical emergiu, portanto, da liberdade individual de cada trabalhador. Liberdade de associar-se e manter-se associado que até então orienta

⁷¹⁴ URIARTE, op. cit. p. 20.

⁷¹⁵ PEREIRA, **Instituições de Direito Civil**. p. 28.

⁷¹⁶ PINTO, **Direito sindical e coletivo do trabalho**. p. 86.

⁷¹⁷ Ibid.

⁷¹⁸ Ibid., p. 87.

⁷¹⁹ CATHARINO, **Tratado elementar de direito sindical**. p. 80.

aquela, como se infere, por exemplo, das Convenções 87⁷²⁰ e 98 da Organização Internacional do Trabalho, e, no Brasil, do disposto no art. 8º, *caput* e inc. V, da Constituição Federal de 1988.

Surgiu amparada pelo anseio obreiro (enquanto classe) de opor-se aos interesses dos empregadores e se desenvolve, especialmente nos países em que imperou a organização sindical típica dos Estados Corporativistas como na Itália⁷²¹ e no Brasil⁷²², fundada no desejo de conquistar ampla liberdade em relação ao Estado⁷²³.

A doutrina brasileira, quase unanimemente, afirma, em tom de crítica, que “as relações coletivas no Brasil sempre estiveram marcadas pelo intervencionismo estatal, em maior ou menor intensidade, notadamente na regulamentação da organização sindical”⁷²⁴.

Mecanismos como a unicidade sindical, imposta por lei, o conceito rígido de categoria profissional ou econômica, o sistema de enquadramento sindical, a contribuição sindical determinada por lei, o reconhecimento do sindicato pelo Estado mediante o preenchimento de certos critérios, as limitações ao exercício do direito de greve, a pouca valorização da negociação coletiva⁷²⁵,

são manifestações claras do referido intervencionismo, que, para alguns, é contraditório, insustentável, e fruto de um engodo⁷²⁶ consagrado na Carta de 1988.

Sebastião Antunes Furtado, por exemplo, assevera que “a liberdade coletiva efetiva-se perante o Estado, sendo-lhe vedado, de forma mais ampla possível, interferir e intervir na atividade sindical, em atenção à liberdade de organização e

⁷²⁰ Que em seu art. 2º assim dispõe: “Os trabalhadores e as entidades patronais, sem distinção de qualquer espécie, têm o direito, sem autorização prévia, de constituírem organizações da sua escolha, assim como o de se filiarem nessas organizações, com a única condição de se conformarem com os estatutos destas últimas.”

⁷²¹ Cf. CAZZETTA, **Scienza Giuridica e Trasformazioni Sociali – Diritto e Lavoro in Itália tra Otto e Novecento**, in “*Per La Storia del Pensiero Giuridico Moderno – Vol. 74*”. p. 234. “(...) a solução concreta proposta pelo Estado fascista, sobre o problema do trabalho, foi a seguinte: submeter o direito privado do trabalho à tutela do direito público do trabalho, ou, em outras palavras, de permitir a intervenção e a vigilância do Estado, de qualquer modo, direto ou indireto, sobre a face privada do trabalho. (...)”

⁷²² FURTADO, **Liberdade Sindical: o retorno ao debate na EC 45/2004**. p. 46.

⁷²³ Cf. CASTILHO, **Introducion al derecho de las relaciones colectivas de trabajo**. p. 44. “El sindicato como prolongación del poder estatal ha sido una figura visible em nuestro siglo. No mera ficción, el surgimiento de organizaciones desde arriba hacia abajo. El derecho colectivo del trabajo democrático implica um proceso exactamente inverso: la organización surge desde abajo hacia arriba y ése el modelo que se busca proteger internacionalmente, por ejemplo, por el convenio 87.”

⁷²⁴ TEIXEIRA FILHO; CARVALHO, **Intervenção e Autonomia nas relações coletivas de trabalho no Brasil**. p. 63.

⁷²⁵ Ibid.

⁷²⁶ KAUFMANN, op. cit. p. 145.

funcionamento”⁷²⁷, o que, por óbvio, contraria as imposições legais preditas, sem, no entanto, pôr em risco a sociedade como um todo.

Por isso, ensina Catharino que:

respeitar ao máximo a livre ação na entidade sindical – quanto mais livre mais autêntica e fecunda, bem como a sua externa, é imprescindível para que o Estado seja mais social e humano, inseparavelmente; melhor organizado e, conseqüentemente, mais forte, porque alicerçado na liberdade humana, a única força que pode justificá-lo a contento, como centro máximo da autoridade nacional.⁷²⁸

E é por apego a esse espírito que o objeto da teoria da proteção contra os atos anti-sindicais é a própria liberdade sindical.

Segundo Uriarte, “a liberdade sindical – especialmente em sua faceta de direito de atividade – opera como premissa ou pressuposto e como resultado ou concretização das medidas de proteção contra as práticas anti-sindicais, enquanto constitui o principal bem jurídico ou interesse tutelado por estas”⁷²⁹.

É, pois, em nome da liberdade e para a sua salvaguarda que não se toleram os atos anti-sindicais, que, em última análise, são contrários à própria democracia e à organização social como um todo.

Assim, reconhecendo que o “Brasil não contempla, como querido pela Convenção n. 87 da OIT, ainda não ratificada, a plena liberdade sindical”⁷³⁰ - o que faz do país merecedor das severas críticas esposadas na doutrina - a teoria da proteção contra atos anti-sindicais ganha importância ainda maior entre nós.

A tutela da incompleta liberdade sindical brasileira - teoricamente categorizada em “muitas” espécies e modalidades de manifestação, como se infere dos ensinamentos de José Martins Catharino⁷³¹ - é crucial para o seu desenvolvimento.

Nesse particular, a vedação das práticas anti-sindicais ocupa papel de destaque, especialmente após a implementação do que se convencionou chamar de

⁷²⁷ FURTADO, op. cit. p. 46.

⁷²⁸ CATHARINO, op. cit. p. 102.

⁷²⁹ URIARTE, op. cit. p. 19.

⁷³⁰ KAUFMANN, op. cit. p. 152.

⁷³¹ CATHARINO, op. cit. p. 90-91.

“toyotismo” ou “reestruturação produtiva”⁷³² que culminou com a famosa “crise do sindicalismo”⁷³³.

É o que, aliás, adiante se demonstrará.

4.1.3 Do alcance subjetivo da proteção contra os atos anti-sindicais

Definido o conceito, o conteúdo e o objeto da proteção contra as condutas anti-sindicais, importa demonstrar qual o alcance subjetivo da teoria em questão.

A questão soa relativamente simples, e Marcus de Oliveira Kaufmann a define dizendo que

quase na totalidade dos regimes jurídicos, os trabalhadores são considerados os sujeitos passivos dos atos anti-sindicais por excelência, enquanto os empregadores, seus prepostos e os seus sindicatos de categoria profissionais são considerados sujeitos ativos daqueles atos⁷³⁴.

Ou seja, para o referido autor, os sujeitos, em regra, são:

- a) ativos: o empregador, seus prepostos e sindicatos;
- b) passivos: os empregados e suas entidades de classe.

Alice Monteiro de Barros, no entanto, acresce à classificação de Kaufmann, o Estado como possível autor de conduta anti-sindical. Diz ela: “agentes da conduta anti-sindical, geralmente são os empregadores ou as suas organizações, admitindo-se, entretanto, que o Estado, quer como empregador, quer como legislador, também incorra na prática desses atos”⁷³⁵.

Diante de tal afirmação, é possível concluir que o Estado, no exercício de seus Poderes/Funções/Atividades, pode interferir diretamente na atividade sindical, ofendendo-a, tolhendo-a ou até mesmo inviabilizando-a, o que, por óbvio, não se

⁷³² Cf. ANTUNES, **Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho**. p. 47-50.

⁷³³ Cf. ANTUNES, op. cit. p. 187-194.

⁷³⁴ KAUFMANN, op. cit. p. 182.

⁷³⁵ BARROS, op. cit. p. 3.

admite ante a expressa previsão de liberdade sindical consagrada no art. 8º da CF/88, permitindo que seja demandado em juízo, nos termos da lei.

A dúvida que, entretanto, suscita algum debate no âmbito doutrinário, diz respeito à possibilidade do empregador e suas entidades de classe serem vítimas de práticas anti-sindicais deflagradas pelos empregados.

Segundo Uriarte, nos países latinos, em que a teoria das condutas anti-sindicais espelha a evolução histórica da figura do “foro sindical”, não se concebe com facilidade a proteção do empregador contra possíveis condutas de tal natureza. Já nos países norte-americanos, em que a teoria se espelha nas “práticas desleais” é mais fácil posicionar os empregadores como vítimas de atos anti-sindicais.

É o que se infere da seguinte afirmação:

enquanto a técnica do foro sindical é, desde sua origem, unilateral e dificilmente ‘bilateralizável’, já que inspirada, e surgida dentro da ‘ideologia’ das legislações trabalhistas escritas e protetoras do trabalhador a das práticas desleais é mais facilmente bilateralizável, como de fato sucedeu nos Estados Unidos⁷³⁶.

Enquanto lá, a “(...) ‘Lei das Relações empregados – empregadores’ de 1947, (...)”⁷³⁷ estendeu aos empregadores a tutela contra as práticas desleais, qualificando “como ‘unfair labour practices’ determinados atos cometidos pelas organizações dos trabalhadores em prejuízo dos empregadores, relacionados, principalmente, com o uso da violência, da represália, da recusa em negociar”⁷³⁸, em boa parte da América Latina, especialmente no Brasil, as proteções contra atos anti-sindicais, “continuam sendo concebidas como proteções dos trabalhadores e suas organizações”⁷³⁹.

Corrobora tal assertiva, as recentes lições de Marcus de Oliveira Kaufmann, para quem:

muito embora o art. 2º da Convenção n. 98 da OIT pretenda fazer a vinculação do entendimento de que as organizações de trabalhadores também poderiam figurar no pólo ativo da prática de atos anti-sindicais, somente nos sistemas em que se adota o costume das práticas desleais é que se poderia vislumbrar as organizações de trabalhadores ferindo, pela anti-sindicalidade, direitos dos empregadores, seus prepostos e suas organizações representativas, de modo a se pensar em afronta à liberdade sindical.⁷⁴⁰

⁷³⁶ URIARTE, op. cit. p. 12.

⁷³⁷ Ibid., p. 11.

⁷³⁸ Ibid.

⁷³⁹ Ibid., p. 34.

⁷⁴⁰ KAUFMANN, op. cit. p. 182.

E tanto Uriarte quanto Kaufmann amparam suas conclusões no caráter tutelar do direito do trabalho.

Sinteticamente, diz Kaufmann:

a própria estrutura e montagem do Direito do Trabalho explica o porquê de não estar o empregador, em matéria de atos ou práticas anti-sindicais, em pé de igualdade com os trabalhadores, a fim de se poder dizer que também os empregadores, em tantas situações, são passíveis de ser vítimas de condutas anti-sindicais⁷⁴¹.

Divergem de tal ponto de vista, Alice Monteiro de Barros e Cláudio Armando Couce de Menezes, para quem os trabalhadores e seus sindicatos podem ocupar posição ativa, deflagrando práticas anti-sindicais contra os empregadores.

A primeira afirma que “as entidades sindicais que congregam trabalhadores também poderão praticar atos anti-sindicais, prejudicando o trabalhador, outro sindicato, o empregador ou suas organizações”⁷⁴². O segundo assevera que “os próprios sindicatos dos trabalhadores estão, igualmente, sujeitos a efetivar atos anti-sindicais, impondo restrições e agressões aos direitos e interesses de empregadores e até de trabalhadores e outros agentes”⁷⁴³.

A dúvida doutrinária persiste, embora soe adequada a posição de Alice Monteiro de Barros e Cláudio Armando Couce de Menezes, visto que é possível imaginar ações anti-sindicais deflagradas por empregados contra os seus empregadores.

De toda maneira, há que se lembrar o alerta de Uriarte, para quem “parece que as hipóteses reais nas quais o empregador é objeto (sic) de atos ‘anti-sindicais’, são sumamente escassas – se não inexistentes -, pelo menos na América Latina”⁷⁴⁴.

Conclui-se, pois, que no direito brasileiro os sujeitos são:

- a) ativos: o empregador, seus prepostos e sindicatos, e o Estado;
- b) passivos: os empregados e suas entidades de classe e, eventualmente, os próprios empregadores e suas entidades de representação classista.

⁷⁴¹ KAUFMANN, op. cit. p. 183.

⁷⁴² BARROS, op. cit. p. 3.

⁷⁴³ MENEZES, op. cit. p. 48.

⁷⁴⁴ URIARTE, op. cit. p. 34.

4.1.4 Da tutela objetiva da prática anti-sindical

Conceituou-se a proteção contra prática anti-sindical como

toda medida tendente a evitar, reparar ou sancionar qualquer **ato que prejudique indevidamente o trabalhador ou as organizações sindicais, no exercício da atividade sindical ou a causa desta ou que lhes negue injustificadamente as facilidades ou prerrogativas necessárias para o normal desenvolvimento da ação coletiva**⁷⁴⁵.

Pode-se, portanto, afirmar que conduta anti-sindical é exatamente o contrário.

A dúvida que emergiu de tal conceito, dizia respeito à necessidade ou desnecessidade de certificação da vontade do agente como elemento constitutivo da prática anti-sindical⁷⁴⁶.

Uriarte posicionou-se no sentido de negar a intenção como tal, e afirmar que os critérios para aferição da prática anti-sindical são objetivos e alheios à necessidade de demonstração de dolo ou culpa do agente.

Disse o professor uruguaio que:

a 'objetivação' da figura refere-se ao fato de que em determinadas circunstâncias, um determinado ato, prática ou atitude, pode ser considerado anti-sindical somente pelos seus efeitos, independentemente de dolo ou intenção que tenha tido o agente. O ato pode ser anti-sindical embora o agente não tenha atuado com a intenção de causar um dano à atividade sindical ou à causa desta, bastando que cause prejuízo⁷⁴⁷.

A opção por tal corrente de pensamento deriva da dificuldade evidente de produzir prova do ânimo que motivou o agente⁷⁴⁸. Tal como na construção da teoria do abuso do direito, abandonou-se o critério subjetivo, em prol da investigação objetiva da finalidade do ato deflagrado.

É o que se infere da seguinte afirmação de Kaufmann: "o elemento objetivo da conduta do sujeito ativo da anti-sindicalidade restaria identificado no efetivo

⁷⁴⁵ URIARTE, op. cit. p. 17.

⁷⁴⁶ Cf. KAUFMANN, op. cit. p. 188.

⁷⁴⁷ URIARTE, op. cit. p. 36.

⁷⁴⁸ KAUFMANN, loc. cit.

prejuízo, na efetiva afronta ao exercício dos poderes inerentes à liberdade sindical”⁷⁴⁹, independentemente da prova de culpa ou dolo do agente.

A adoção do critério objetivo acabou por influenciar a divisão do ônus da prova em processos judiciais.

Diz Alice Monteiro de Barros que “para facilitar a prova da conduta anti-sindical tem-se sugerido a inversão do ônus, transferindo para o empregador a demonstração de que os indícios existentes sobre a discriminação são infundados”⁷⁵⁰, em razão do princípio da aptidão para a prova, consagrado no art. 6º, VIII, do CDC⁷⁵¹, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho, nos termos do art. 769 da CLT.

Ampara sua assertiva nas lições de Yolanda Valdeolivas Garcia⁷⁵², e afirma que

entre os diversos agentes da prática de ato anti-sindical destaca-se o empregador, ‘estruturalmente propenso à materialização de condutas anti-sindicais’; ele é considerado o ‘infrator potencial da liberdade sindical’, ainda que indiretamente, através de seus prepostos⁷⁵³,

e dessa maneira, presume-se objetivamente a prática anti-sindical, quando o ato patronal, considerado em seu fim, viola os direitos e prerrogativas inerentes à liberdade sindical, cabendo, de toda sorte, prova em contrário.

Cláudio Armando Couce de Menezes comunga das ilações de Alice Monteiro de Barros e indica, inclusive, fontes normativas que amparam a inversão do ônus probatório nos casos de práticas anti-sindicais. Diz o referido autor que:

o princípio da inversão do ônus da prova – em favor do hipossuficiente, em detrimento daquele que melhor aptidão tem para a prova, acolhido no Código de Defesa do Consumidor e que oriente o processo do trabalho – tem plena incidência nas hipóteses de demonstração de atos anti-sindicais. A Convenção OIT nº 158 (Art. 9º), a Recomendação nº 143 da OIT (n. 2, e, do art. 6º) e o comitê de liberdade sindical autorizam essa conclusão.⁷⁵⁴

⁷⁴⁹ KAUFMANN, op. cit. p. 189.

⁷⁵⁰ BARROS, op. cit. p. 4.

⁷⁵¹ Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

⁷⁵² GARCIA, **Antisindicalidad y relaciones de trabajo (un estudio de la conducta antisindical en la empresa)**. p. 14.

⁷⁵³ BARROS, loc. cit. p. 4.

⁷⁵⁴ MENEZES, op. cit. p. 51-52.

Diante disso, conclui-se que o elemento subjetivo da conduta do agente não é elemento caracterizador da prática anti-sindical, bastando a investigação objetiva da finalidade do ato por ele deflagrado.

4.1.5 Do abuso do direito de ação possessória como modalidade de prática anti-sindical

Partindo-se da premissa de que todo “ato que prejudique indevidamente o trabalhador ou as organizações sindicais, no exercício da atividade sindical ou a causa desta ou que lhes negue injustificadamente as facilidades ou prerrogativas necessárias para o normal desenvolvimento da ação coletiva”⁷⁵⁵, configura prática anti-sindical, incalculáveis e inclassificáveis são as hipóteses que se adaptam ao conceito.

Ante tal generalidade, inúmeras são as hipóteses mencionadas pela doutrina como modalidades de práticas anti-sindicais.

A dispensa arbitrária de dirigente sindical⁷⁵⁶; a ingerência patronal na formação e condução de entidades obreiras⁷⁵⁷; a retaliação de trabalhador filiado a entidade sindical; o favorecimento de trabalhador não filiado; a ação jurisdicional limitadora do número de dirigentes sindicais, nos termos do art. 522 da CLT, em detrimento da liberdade consagrada no art. 8º, *caput*, da CF/88 e a violação do direito de greve, são apenas algumas hipóteses corriqueiramente lembradas.

Não interessa, é óbvio – até mesmo porque seria impossível –, enunciar e abordar cada uma das modalidades de práticas anti-sindicais.

Importa, em verdade, observar uma possível hipótese de ato anti-sindical que é o abuso do direito das ações possessórias em casos de greve.

Para ser mais preciso: importa analisar e qualificar o abuso do exercício do direito de ajuizar interditos proibitórios – espécie de ação possessória preventiva - contra atos de greve como atos que visam a limitar a liberdade sindical manifesta no

⁷⁵⁵ URIARTE, op. cit. p. 17.

⁷⁵⁶ BARROS, op. cit. p. 10.

⁷⁵⁷ URIARTE, op. cit. p. 13.

direito à “cessação do trabalho, acertada por um grupo de trabalhadores, com o objetivo de defender seus interesses profissionais”⁷⁵⁸.

Para tanto, definem-se duas premissas.

Primeiro, concebe-se que o exercício legítimo do direito de ação possessória fundada em turbação, esbulho ou justo receio de ser molestado na posse, nos termos do que manda a lei, não configura abuso, e, por óbvio, ato anti-sindical.

Assim, só nas hipóteses em que houver abuso do direito de ação, nos termos do que se demonstrou no capítulo 3, é que se conceberá a prática anti-sindical.

Segundo, que as concepções de abuso do direito e práticas anti-sindicais, no direito brasileiro, são objetivas e finalistas, inclusive no que diz respeito ao exercício do direito de ação de possessória.

Considerando tais circunstâncias, passa-se a observação do objeto da pesquisa.

Disse-se anteriormente que nas ações possessórias, cujo interesse primário deduzido em lide é a posse, e cujo interesse secundário é a necessidade de proteção possessória, **haverá abuso quando:**

- a) o interesse deduzido em lide não for a posse;**
- b) quando for mais amplo do que a lei concede ou quando servir desnecessariamente para satisfazer interesses, que embora lícitos, poderiam sê-lo por um procedimento adequado, mais simples e menos oneroso.**

Em outras palavras, haverá abuso do direito de ação possessória **quando se deduzir pretensão estranha ou contrária às finalidades do processo, que, no caso, é a tutela exclusiva da posse.**

Afirmou-se também, que quando a ação de interdito proibitório – ordinariamente utilizada pelos empregadores ante a efemeridade dos movimentos paredistas⁷⁵⁹ - presta-se a finalidade diversa daquela prevista em lei, permitindo que o autor veja satisfeita pretensão estranha ao objeto da lide, há desvio da finalidade social e econômica do processo⁷⁶⁰; “lesão ao imperativo da boa-fé (...) pela

⁷⁵⁸ CASTILHO, **O direito de greve**. p. 20.

⁷⁵⁹ CESÁRIO, op. cit. p. 297.

⁷⁶⁰ ABDO, op. cit. p. 192.

transgressão da regra (...) de obrar honestamente”⁷⁶¹ e que, quando tais fatos não importam carência de ação⁷⁶² - em razão da desnecessidade e inutilidade do provimento – denotam o abuso do direito, nos termos do disposto no art. 187 do Código Civil Brasileiro.

Nos casos específicos das ações de interdito proibitório contra atos de greve, disse-se, o que se postula, invariavelmente, são liminares em sede de antecipação de tutela de mérito para determinar que os empregados e seus sindicatos se abstenham de praticar quaisquer atos que turvem ou esbulhem a posse justa e se mantenham a uma distância razoável das portas da célula empresarial.

O objeto das ações, portanto, é **a abstenção de atos de greve** que possam pôr em risco a posse do bem, em razão de justo receio de esbulho ou turbação.

Asseverou-se, a partir disso, que cabe ao juiz do caso concreto certificar-se se estão preenchidas as condições da ação, se houve prova da posse justa, do justo receio de ser molestado mediante violência iminente e, especialmente, se no exercício do direito subjetivo, o escopo funcional do processo foi respeitado ou se houve desvio de sua finalidade.

Em primeiro lugar, portanto, deve haver prova de que o autor é justo possuidor do bem, visto que a ausência da posse justa – aquela adquirida conforme o direito e não mediante violência, clandestinidade ou precariedade (art. 1.200 do CCB) - importa impossibilidade de sua tutela⁷⁶³, o que já permite concluir se o autor da ação é legítimo, e se o pedido é juridicamente possível, nos termos do que prescrevem os arts. 3º e 267, VI, do CPC.

Em seguida, há que se avaliar se há prova do justo receio de ser molestado na posse do bem, que, segundo a doutrina, “importa em temor fundado, e não em mera possibilidade, especulação ou ilação do possuidor”⁷⁶⁴.

Isto é, deve haver prova pré-constituída de “**violência iminente**”, ante a própria natureza emergencial, preventiva e satisfativa da ação cominatória em questão⁷⁶⁵, já que o seu propósito legal é a vedação de violência iminente, que

⁷⁶¹ PEYRANO, op. cit. p. 77. Tradução livre para: “en ambos supuestos existe lesión al imperativo de la buena fe. En el primero, al contrariarse la fórmula de la convicción del propio derecho (...). En el segundo, por la transgresión de la regla de (...) obrar honestamente.”

⁷⁶² Cf. LIEBMAN, op. cit. p. 115. Para quem: “surge de la necesidad de obtener del proceso la protección del interés substancial; presupone por eso la lesión de este interés y la idoneidad de la providencia demandada para protegerlo y satisfacerlo”.

⁷⁶³ THEODORO JÚNIOR, op. cit. p. 136.

⁷⁶⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, op. cit. p. 278.

⁷⁶⁵ MARCATO, op. cit. p. 85.

embora não precise ser imediata, deve ser, ao menos, breve, “sob pena de afastar-se o interesse de agir”⁷⁶⁶ baseado na necessidade e na utilidade do provimento vindicado.

Por fim, afirmou-se, deve o magistrado verificar se o empregador (possuidor) busca, de fato, tutelar a posse do bem que corre risco de esbulho ou turbação, ou se deseja, por via oblíqua, satisfazer de forma breve e eficaz interesse diverso que não este, como, por exemplo, a pulverização e aniquilação do direito de greve.

Tal análise, como se disse, prescinde da investigação da vontade do agente⁷⁶⁷, bastando certificar se houve respeito ao fim a que se destina o direito de ação⁷⁶⁸ e ao princípio da boa-fé objetiva, consagrado no art. 187 do CCB.

Basta, para tanto, que seja possível ao juiz inferir da prova documental que instrui a inicial, objetivamente e segundo o senso comum que instrui a boa-fé, a intenção deliberada do réu de turbar – e **“não é só perturbar, ou conturbar”**⁷⁶⁹, como leciona Pontes de Miranda – ou de esbulhar – que é “a injusta e total privação da posse, sofrida por alguém que a vinha exercendo”⁷⁷⁰, manifesta por meio de “violência, clandestinidade ou precariedade”⁷⁷¹ – visto que só assim haverá violência iminente.

Do contrário, se da prova dos autos se observa que os grevistas se valem de meios lícitos e pacíficos para manifestar suas insatisfações e reivindicações, tendendo, inclusive, a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve, nos termos do que autoriza o art. 6º da Lei 7.783/1989, pode-se concluir que:

- a) ou não há interesse no provimento vindicado, o que denota carência de ação;
- b) ou, ao menos, há desvio da finalidade econômica ou social a que se presta o processo possessório, uma vez que o interesse primário a que se visa a tutelar é diverso, caracterizando a expressa violação à regra da boa-fé.

Em outras palavras, o simples fato de os trabalhadores manifestantes utilizarem carros de som, faixas, adesivos, panfletos ou prostrarem-se nas

⁷⁶⁶ CASCONI, op. cit. p. 36.

⁷⁶⁷ Cf. URIARTE, op. cit. p. 36. Eis que prática anti-sindical.

⁷⁶⁸ ABDO, op. cit. p. 192.

⁷⁶⁹ MIRANDA, op. cit., p. 222.

⁷⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, op. cit. p. 142.

⁷⁷¹ PEREIRA, op. cit. p. 51.

imediações da empresa entoando pacificamente palavras de ordem, não permite, por si só, concluir que há justo receio de esbulho ou turbação, na acepção legal, visto que são atos que se pressupõem lícitos e amparados pelo disposto nos artigos 5º, IV, XVI; 9º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 e 6º da Lei 7.783/1989.

Nem mesmo a “suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador”, que pode conduzir ao fechamento das portas do estabelecimento e suspensão da atividade empresarial, importa justo receio de esbulho ou turbação, porquanto lícita, nos termos do art. 2º da lei 7.783/1989.

Aliás, “para que o ato conflitivo configure-se como greve no sentido jurídico, a primeira característica é a *suspensão da prestação pessoal de serviços a empregador* o que quer dizer que a paralisação do trabalho é dado intrínseco à existência legal da greve”⁷⁷².

Assim, somente se houver prova cabal de que tais abusos importam grave ameaça à posse a ponto de “infundir num espírito normal o estado de receio”⁷⁷³, é que restará preenchido o requisito que autoriza a proteção liminar, inibitória e cominatória da posse, por meio da ação de interdito.

Em caso contrário, haverá nítido abuso do direito em razão do desvio da finalidade processual da referida ação, estampada em pretensão diversa que não a tutela da posse.

E sendo assim, sempre que se certificar o abuso do direito de ação, haverá prática anti-sindical, manifesta na inviabilização ou limitação do direito de greve e, por óbvio, da liberdade sindical, consagrados, respectivamente, nos arts. 9º e 8º, da Constituição Federal de 1988.

Não há sequer que se investigar se o empregador tinha a intenção deliberada de prejudicar “indevidamente o trabalhador ou as organizações sindicais, no exercício da atividade sindical ou a causa desta”⁷⁷⁴, negando-lhes injustificadamente o exercício do direito de greve, pois, como dito anteriormente, o elemento subjetivo da conduta do agente não é elemento caracterizador da prática anti-sindical, bastando a investigação objetiva da finalidade do ato por ele deflagrado.

⁷⁷² NASCIMENTO, **Comentários à lei de greve**. p. 42.

⁷⁷³ MARCATO, op. cit. p. 88.

⁷⁷⁴ URIARTE, op. cit. p. 17.

Diante disso, pode-se afirmar que as demandas possessórias que visam à abstenção de atos de greve e o afastamento dos “piqueteiros” **sem que haja risco real de esbulho ou turbacão**, presumem-se não ter como interesse primário a salvaguarda da posse, mas sim o enfraquecimento e a anulação absoluta do direito constitucional de greve, visto que desviam o fim do processo, desarmonizando-o das demais regras do direito.

E para que se tenha uma compreensão mais exata de tal desvio de finalidade, cumpre contextualizar o abuso, ainda que brevemente, no atual momento histórico das relações de trabalho brasileiras.

4.1.6 Da contextualização contemporânea do abuso do direito das ações possessórias como atos anti-sindicais e seus reflexos nas relações entre capital e trabalho

Alguns aspectos históricos, sociais, econômicos e legais jacentes nos últimos vinte anos da história brasileira, permitem contextualizar e compreender as razões do uso abusivo das ações possessórias como atos anti-sindicais.

A superveniência da globalização de capitais, da reestruturação dos meios de produção, a conseqüente crise do sindicalismo e a reforma constitucional que reduziu consideravelmente o Poder Normativo da Justiça do Trabalho, merecem destaque⁷⁷⁵.

A globalização econômica, fruto das políticas neoliberais, emergiu no ocidente a partir do final da década de 1970 e início da década de 1980⁷⁷⁶.

Não por acaso,

nos anos 70, em praticamente todos os países da Europa Ocidental e da América do Norte, o movimento sindical expandiu-se em termos de números de trabalhadores sindicalizados, da sua capacidade de mobilização,

⁷⁷⁵ Saliente-se, no entanto, que não se tem a intenção nem o escopo de esgotar qualquer dos temas preditos, mas apenas contextualizá-los para, em seguida, compreender melhor o objeto da presente pesquisa.

⁷⁷⁶ Cf. CASTELLS, op. cit. p. 119. “Uma nova economia surgiu em escala global no último quartel do século XX. Chamo-a de informacional, global e em rede para identificar suas características fundamentais e diferenciadas e enfatizar sua interligação.”

pressão e participação nos vários níveis da economia e do sistema político⁷⁷⁷,

em razão da grave crise econômica que assolava tais países e da conseqüente solidificação da solidariedade obreira que se aglutinava em torno de reclamos e objetivos comuns.

Aliás, historicamente nos países desenvolvidos, a solidariedade da classe trabalhadora se manifesta em momentos de crise, de dificuldade, de exclusão social e recessão, em razão da identificação de interesses comuns.

Ocorre que o “caminho em direção à convergência ficou confinado à época do ‘velho capitalismo’” como menciona Jelle Visser⁷⁷⁸.

Inglaterra e Estados Unidos da América, governados, respectivamente, por Margareth Thatcher e Ronald Reagan, implementaram novas políticas econômicas de alcance mundial, as quais, por seu turno, encontraram no que se denominou “sistema toyota de produção”⁷⁷⁹ o modo adequado e indispensável de reestruturação do mundo do trabalho.

A partir da adoção transnacional das premissas de Taiichi Ohno⁷⁸⁰, conseguiu-se fragilizar a solidariedade de classe e enfraquecer os sindicatos obreiros.

Já no início da década de 1980, os sindicatos dos países da Europa Ocidental - em especial os franceses - e da América do Norte - notadamente os sediados nos Estados Unidos da América - começaram a sentir o declínio do poder conquistado na década anterior⁷⁸¹. Inicia-se a crise do sindicalismo nos países desenvolvidos.

No Brasil, a implementação das políticas neoliberais e globalizadas, só ocorreu uma década depois do seu incremento na Europa e Estados Unidos da América⁷⁸².

⁷⁷⁷ RODRIGUES, **Destino do Sindicalismo**. p. 19.

⁷⁷⁸ VISSER, *Apud* RODRIGUES, op. cit. p. 19.

⁷⁷⁹ Cf. ALVES, **O novo (e precário) mundo do trabalho**. p. 29. “Foi nos anos 80 que o toyotismo conseguiu alcançar um poder ideológico e estruturante considerável passando a representar ‘o momento predominante’ do complexo de reestruturação produtiva na era da mundialização do capital. Assumi, a partir daí, a posição de objetivação universal da categoria da flexibilidade, tornando-se valor universal para o capital em processo”.

⁷⁸⁰ Engenheiro responsável pelo desenvolvimento dos métodos de produção da indústria Toyota.

⁷⁸¹ Cf. BOLTANSKI; CHIAPELLO, op. cit. p. 364. “La menor implantación de los sindicatos en las empresas y la reducción de su autoridad entre los trabajadores han tenido un papel determinante em la disminución del grado de crítica al que se ha visto sometido el desarrollo capitalista a partir de comienzos de la década de 1980.”

⁷⁸² Cf. ALVES, op. cit. p. 179.

Na década de 1980, o país vivia um momento político, econômico e social bastante singular. Caía, definitivamente, o regime militar e a ditadura; ressurgia a democracia e era imperiosa a eclosão de uma nova ordem constitucional⁷⁸³.

No âmbito econômico, o país vivia os reflexos da grave crise econômica mundial, fomentada pelas altas do preço do petróleo em 1973 e 1979.

As “fontes” de financiamento externo que garantiram por décadas – e a um preço bastante elevado - o desenvolvimento econômico nacional “secaram”.

A dívida externa elevada alavancou um processo de retrocesso econômico e inflação que assolou o país.

O economista Alcides Goularti Filho, resumiu o fenômeno da seguinte maneira:

Após três décadas de consideráveis crescimentos econômicos (em média de 7% ao ano), financiados com recursos externos e públicos, os anos 80 começam dando claros sinais de esgotamento deste padrão de financiamento. (...) A entrada de dinheiro novo servia apenas para saldar compromissos atrasados e o caixa do governo estava na sola. (...) A despeito do caótico quadro econômico internacional, o ministro Delfim aplicou doses heterodoxas na economia, que resultaram no crescimento de 9,2% do PIB em 1980 e que cedo levou “tombadas”: a recessão do período 1981-83, com queda média de -2,3% do PIB. (...) No período 1979-82, a economia mundial passou por uma nova recessão e podemos destacar os seguintes pontos: o segundo choque no preço do petróleo, a elevação unilateral das taxas de juros norte-americanas (diplomacia do dólar forte) e a moratória mexicana. Esse quadro recessivo e de mudanças fez aumentar o passivo externo dos países devedores, levando à deterioração as relações de trocas. No caso brasileiro, no período 1979-82, a dívida líquida externa duplicou, elevando os encargos externos para 18,3 bilhões de dólares contra um déficit na balança comercial de 2,8 bilhões de dólares.⁷⁸⁴

Os oito anos que antecederam a promulgação da Constituição Federal de 1988 foram marcados, dentre outras coisas, por índices inflacionários assustadores; dívida externa elevada; juros altos e êxodo dos “investidores” que se diziam afugentados pelo “risco” de moratória dos países latinos, exemplificado pela mora mexicana em 1979.

No plano social o quadro era alarmante. Os índices de pobreza aumentavam à mesma proporção da desocupação da população economicamente ativa, desempregada em razão da depressão econômica nacional e da instauração, ainda

⁷⁸³ OLIVEIRA, *Quem canta de novo l'Internationale?* p. 137.

⁷⁸⁴ GOULARTI FILHO, *As restrições ao crescimento da economia brasileira nos anos 80*. Artigo publicado no sítio: http://www.puc-campinas.edu.br/centros/cea/sites/revista/conteudo/pdf/vol11_n1_Restricoes.pdf, acessado em 13 de agosto de 2008.

que incipiente⁷⁸⁵, das novas formas de gestão de mão-de-obra que há uma década se consolidavam mundo a fora como o modo de produção adequado a uma economia globalizada.

A renda diminuía gradativamente diante dos índices assustadores de inflação⁷⁸⁶ que corroíam o poder de compra dos brasileiros. Problemas sociais como a precarização do sistema de saúde pública, o crescimento da violência, o aumento dos índices de mortalidade, foram corolário da falência da capacidade econômica estatal, cuja arrecadação estava comprometida com o pagamento da dívida externa⁷⁸⁷.

E em razão deste grave quadro de caos socioeconômico, somado à demanda pela consolidação de uma nova ordem política, eclodiram com força as manifestações da sociedade civil organizada, em especial as das entidades sindicais, que clamavam por melhoria das condições de vida dos cidadãos, especialmente a dos trabalhadores menos afortunados⁷⁸⁸.

Durante a década de 1980, com o declínio do regime militar, o país viu nascer, crescer e se fortalecer o sindicato de classe genuíno. Foi no berço da indústria automobilística brasileira, o ABC Paulista, que surgiram o sindicato dos metalúrgicos e a CUT, manifestações importantes do sindicalismo de esquerda brasileiro⁷⁸⁹.

Assim, enquanto os sindicatos dos países desenvolvidos sentiam o declínio de seu poder, o sindicalismo brasileiro se reforçava.

⁷⁸⁵ Cf. ANTUNES, **A era da informatização e a época da informalização: riqueza e miséria do trabalho no Brasil**. P. 17. "No fim da ditadura militar e durante o período Sarney, o Brasil ainda se encontrava relativamente distante do processo de reestruturação produtiva do capital e do projeto neoliberal, em curso acentuado nos países capitalistas centrais, mas já se faziam sentir os primeiros influxos da nova divisão internacional do trabalho".

⁷⁸⁶ Segundo o IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o IPCA – Índice Nacional de Preços ao Consumidor que mede a inflação dos preços dos bens e serviços ditos essenciais aos cidadãos, alcançou os patamares de 21,45% em maio/87; 22% em junho/88; 25,62% em outubro/1988; 37,49% em janeiro/1989; 51,50% em dezembro de 1989 e incríveis 82,39% em março de 1990. Fonte: IBGE, sítio oficial http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/precos/inpc_ipca/defaulttab1.shtm, acessado em 13 de agosto de 2008.

⁷⁸⁷ Cf. GOULARTI FILHO, op. cit. p. 2.

⁷⁸⁸ Cf. OLIVEIRA, op. cit. p. 140-141. "é nesse contexto que surgem as primeiras greves do ABC, as quais prosseguirão durante os primeiros anos da década de 1980, forçadas pelo impasse da dívida externa. A contribuição do novo sindicalismo à política se expressa no fato de o desafio à política salarial que Delfim Netto, o todo poderoso Ministro da Fazenda, tenta implementar, de greve em greve, derrota após derrota, desgastar a capacidade de governar e de prever por parte da ditadura, a qual havia sido seu trunfo durante os anos do 'milagre'." Mais adiante, "explicita-se a centralidade da relação CUT-esquerdas, mais particularmente CUT-Partido dos Trabalhadores, e o número de greves cresce exponencialmente. Menos que representar expansão do movimento sindical, é a conjuntura de hiperinflação num quadro de descompressão política que multiplica os episódios grevistas."

⁷⁸⁹ ALVES, op. cit. p. 278.

Evidente que o paradoxo entre um e outro não foi casuístico. No Brasil, a década de 1980, foi considerada, pelos donos do capital, uma década perdida recheada de frustrações e decepções.

Contudo, como dito anteriormente, ainda na década de 1980, ainda que de forma incipiente, os modos de produção e as relações de trabalho no Brasil começaram a sofrer os impactos das diretrizes da lógica toyotista⁷⁹⁰.

A mecanização, a automação das indústrias, a terceirização, e a “instauração de novas estratégias baseadas na racionalização dos custos, desverticalização produtiva, especialização das atividades econômicas, subcontratação e uso de força de trabalho temporária”⁷⁹¹, já eram latentes na organização de trabalho brasileira.

Na década de 1990, com a abertura da economia para os mercados externos e adoção de políticas públicas de caráter neoliberal, a latência eclodiu.

Com os governos de Fernando Collor de Mello e, posteriormente, Fernando Henrique Cardoso, a mundialização do capital se instalou definitivamente em território nacional⁷⁹² e a reestruturação produtiva tornou-se realidade.

Nesse contexto, com a “*captura da subjetividade operária*”⁷⁹³ e a fragmentação da solidariedade de classe, os sindicatos brasileiros, a exemplo do que houve com os europeus ocidentais e os norte-americanos, sentiram os primeiros sinais do declínio e crise. Hodiernamente, a crise é presente.

Enuncia Leôncio Martins Rodrigues que a crise sindical brasileira foi motivada, concorrentemente, pelo que chama de fatores externos aos sindicatos (fatores econômicos e sociais); fatores internos aos sindicatos e pela própria estrutura sindical⁷⁹⁴.

Os fatores internos são muitos e a enumeração de cada um exagera aos limites de análise deste ensaio.

Os fatores externos, para Jorge Matozzo, são fatores de ordem econômica, social, político-institucional, ideológico e religioso⁷⁹⁵, que pela mesma razão do que se afirmou no parágrafo anterior não precisam ser abordados individualmente.

Um fator, no entanto, merece destaque: as práticas anti-sindicais.

⁷⁹⁰ ANTUNES, op. cit. p. 17.

⁷⁹¹ ALVES, op. cit. p. 156.

⁷⁹² Cf. ALVES, op. cit. p. 182-185.

⁷⁹³ Conceito apregoado por ALVES, em obra citada.

⁷⁹⁴ Para estudo mais aprofundado sobre o tema leia-se a citada obra de RODRIGUES, **Destino do Sindicalismo**.

⁷⁹⁵ Cf. MATTOZO, **A Desordem do Trabalho**.

Como se disse, entende-se por atos ou práticas anti-sindicais todas as condutas que tenham por escopo afrontar, restringir, discriminar ou inviabilizar o exercício da liberdade sindical no seu alcance e amplitude.

Em tempos de crise do sindicalismo, essas práticas ganharam múltiplas formas e tornaram-se constantes. Aliás, contextualizadas em momento de reestruturação do mundo do trabalho, com a adoção da lógica toyotista de produção, esses atos se destacaram ainda mais.

A necessária captura da subjetividade operária⁷⁹⁶ pela lógica do capital e a quebra da solidariedade de classe, demandam, dialeticamente, o enfraquecimento da representatividade sindical⁷⁹⁷.

Os atos anti-sindicais, a toda evidência, têm essa finalidade.

Não há, no direito brasileiro, um conceito legal de prática anti-sindical, o que não quer significar, todavia, que não haja normas que a vedam⁷⁹⁸, tornando possível identificar como e quando tais condutas se materializam.

Caberá sempre ao intérprete, no exercício hermenêutico de mediação entre a abstração da norma e a concretude do caso concreto, verificar se a conduta deflagrada por uma dada pessoa tem a intenção, mesmo que velada, de afrontar, fragilizar, inviabilizar ou discriminar o exercício do sindicalismo, caracterizando-a como anti-sindical.

Ao judiciário, quando demandado, caberá o dever de rechaçá-las, respeitando a integridade do comando dos artigos 8º e 9º da CF/88.

A dificuldade de tal exercício empírico-conceitual reside na criatividade e na capacidade daqueles que deflagram os atos que violam a liberdade sindical.

Muitos dos atos anti-sindicais parecem corriqueiros e legais. Não se mostram explicitamente contrários à liberdade sindical, embora tenham um único objetivo: inviabilizá-la.

⁷⁹⁶ Cf. ALVES, op. cit. p. 31. “o potencial heurístico do conceito de toyotismo é limitado à compreensão do surgimento de uma nova lógica de produção de mercadorias, novos princípios de administração da produção capitalista, de gestão da força de trabalho, cujo valor universal é construir uma nova hegemonia do capital na produção, por meio da captura da subjetividade operária pela lógica do capital.”

⁷⁹⁷ Diz-se que a demanda é dialética porque a representatividade sindical genuína não subsiste sem a precedente solidariedade de classe e esta não se mantém se não houver representatividade efetiva. Esta e aquela estão umbilicalmente interligadas e são interdependentes.

⁷⁹⁸ Exemplificativamente citados por MENEZES, op. cit. p. 45-47: art. 8º da CF/88; art. 543, §3º, da CLT; art. 10, II, “a”, do ADCT; art. 165 da CLT; art. 614, §2º, da CLT.

Exemplos dessa velada conduta ilegal, são as dispensas “imotivadas” de empregados sindicalizados; o fomento patronal à criação de entidades sindicais “neocorporativas”⁷⁹⁹ e não representativas, bem como a campanha pela associação de seus empregados a tais organizações em detrimento da criação e/ou manutenção de sindicato genuíno e comprometido com os reais interesses de sua classe⁸⁰⁰; e assim por diante.

E é exatamente essa capacidade do capital de criar incessantes métodos de enfraquecimento das entidades sindicais obreiras, que tem suscitado, em parte da doutrina e da jurisprudência, questionamentos fecundos sobre o real interesse primário deduzido em ações como os interditos proibitórios contra atos de greve, por exemplo.

O tema, aliás, ganhou especial relevo após a Reforma do Judiciário, consagrada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que, dentre outras coisas, alterou substancialmente a competência material da Justiça do Trabalho e restringiu-lhe o Poder Normativo. Explica-se melhor:

Com o advento da reforma constitucional predita, o art. 114 da Carta Magna ganhou nova redação. Enquanto no texto original constava, no *caput* do artigo, que:

Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre **trabalhadores e empregadores**, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados, da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas (sem grifo no original).

Atualmente, consta que:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: **I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II as ações que envolvam exercício do direito de greve; III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e**

⁷⁹⁹ Cf. RODRIGUES, op. cit. p. 200. “(...) o neocorporativismo, que utilizaremos como sinônimo de corporativismo social, indica uma forma de intermediação e representação de interesses profissionais que se exerce no interior de economias capitalistas sob regimes políticos democráticos e pluralistas, mas com forte intervencionismo estatal e grande poder das organizações sindicais. (...)” e que se notabiliza pelas seguintes características “(...) negociação tripartite centralizada, forte intervenção governamental, altos índices de sindicalização e de cooperação entre sociedades patronais e sindicais. (...)”

⁸⁰⁰ Cf. MENEZES, op. cit. p. 46.

trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; IV os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data , quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; V os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a , e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; **IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.** § 1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. § 2º **Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.** § 3º **Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.** (sem grifo no original).

Interpretando a regra reformada, maior parte da doutrina e da jurisprudência afirmou que o legislador constituinte derivado promoveu verdadeira inversão de paradigma na competência da Justiça do Trabalho, na medida em que atribuiu a esta as ações derivadas das relações de trabalho e não só de emprego.

A distinção reside no fato de que as relações de emprego são espécies do gênero relações de trabalho, como sintetiza e ensina Mozart Victor Russomano ao dizer que: “a relação de emprego, sempre, é relação de trabalho; mas nem toda relação de trabalho é relação de emprego, como ocorre, v.gr., com os trabalhadores autônomos (profissionais liberais, empreitadas, locações de serviços etc.)”⁸⁰¹.

Houve, pois, uma inversão do paradigma que Francisco Rossal de Araújo resumiu com maestria ao fixar a competência material da Justiça do Trabalho “como competência geral, em se tratando de relações de trabalho (em sentido lato), e não mais residual dependente de lei expressa”⁸⁰², como se inferia do texto constitucional genuíno.

Somando-se a isso a competência para processar e julgar as hipóteses previstas em um dos nove incisos da regra constitucional, concluiu-se, definitivamente, que houve um alargamento da competência material da Justiça do Trabalho e uma conseqüente diminuição da competência material da Justiça Comum

⁸⁰¹ RUSSOMANO, **Curso de Direito do Trabalho**. p. 60.

⁸⁰² ARAÚJO, **A natureza jurídica da relação de trabalho**. In COUTINHO; FAVA, **Nova competência da Justiça do Trabalho**. p. 121.

Estadual, já que detentora de competência residual⁸⁰³, na forma do que dispõe o ordenamento jurídico brasileiro.

Dúvidas, no entanto, persistiram, e, não raro, ações que cometiam à Justiça do Trabalho, como, por exemplo, as ações de indenização decorrentes de infortúnio laboral eram aforadas, recebidas e processadas pela Justiça Estadual⁸⁰⁴.

O mesmo acontecia, e ainda acontece, com as ações possessórias decorrentes de conflitos de greve, em especial os interditos proibitórios.

Nos últimos anos – ver-se-á, adiante, por que - os empregadores têm ajuizado um sem número de ações dessa natureza, em face dos sindicatos de trabalhadores, postulando concessão de liminares em decisões mandamentais, buscando impedir a paralisação das atividades produtivas e o fechamento dos estabelecimentos empresariais⁸⁰⁵.

Em sua imensa maioria, as ações são destinadas à Justiça Comum dos Estados⁸⁰⁶.

Ocorre, entretanto, que de acordo com o artigo 114 da Constituição Federal de 1988, comete à Justiça do Trabalho o Poder, Dever, Função de “processar e julgar: **II - as ações que envolvam exercício do direito de greve**”.

Nos casos dos interditos proibitórios, a alegação do justo receio de esbulho ou turbação, **invariavelmente reside na alegação de abuso dos atos de greve**. As partes envolvidas são, ordinariamente, os empregadores e os sindicatos da classe operária.

Assim, por qualquer ângulo que se observe, seja em razão da relação jurídica controvertida, o objeto da lide e as pessoas que são sujeitos da lide⁸⁰⁷, se concluirá

⁸⁰³ A competência material da Justiça Federal e das Justiças Especializadas do Trabalho, Eleitoral e Militar, encontra-se definida, respectivamente, nos artigos 109, 114, 121 e 124, da CF/88. Tudo que não competir à estas esferas, competirá, por exclusão, à Justiça Comum dos Estados.

⁸⁰⁴ Atualmente não há mais dúvida sobre a competência da Justiça do Trabalho, em razão de posição firme neste sentido adotada pelo STF no julgamento do Conflito Negativo de Competência nº 7204-1/2005, em que figuravam o TST e Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.

⁸⁰⁵ Cf. VIANA, **A reforma sindical no âmbito da nova competência trabalhista**. p. 202. “antes da EC n. 45, muitas empresas (em geral, bancos) vinham propondo ações de interditos proibitórios na Justiça Comum, que volta e meia as julgava procedentes, desfazendo piquetes ou até proibindo manifestos. Mesmo com a EC n. 45, alguns autores, como Manoel Antônio Teixeira Filho, sustentam que nada mudou.”

⁸⁰⁶ *Ibid.*

⁸⁰⁷ Cf. CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit. p. 198, a distribuição da competência, dentre outras coisas, leva em consideração os grupos de lides. E para estes autores “o legislador leva em conta o modo como se apresenta em concreto cada um dos três elementos da lide (interesse, bem, sujeitos), valendo-se destes nesse seu trabalho de elaboração de grupos de lides. Assim sendo, encontramos na lei certos dados relevantes para a solução dos problemas da competência, e que se

que a competência para julgar essas ações possessórias é da Justiça do Trabalho, eis que a ela comete o Poder de julgar as ações que envolvam trabalhadores, empregadores, sindicatos e derivem do exercício do direito de greve.

Como a competência da Justiça Comum Estadual é residual, não sobra, salvo melhor juízo, qualquer *medida de jurisdição* que a permita julgar tais demandas.

Essa lição já foi ensinada por Cristóvão Piragibe Tóstes Malta, em célebre obra denominada “Da Competência no Processo Trabalhista”⁸⁰⁸, em que o autor já afirmava, corretamente, a competência da Justiça do Trabalho para julgar ações possessórias que derivassem das relações de emprego.

João Oreste Dalazen, que também se dedicou com profundidade ao estudo da competência da Justiça do Trabalho, também afirma a competência da Justiça do Trabalho ao expor o seguinte: “Estou convencido de que o art. 114 inc. II passou a encartar na competência material da Justiça do Trabalho as **ações possessórias** entre empregado e/ou sindicato e empregador, em face do exercício do direito de greve”⁸⁰⁹.

João Humberto Cesário reforça o coro ao afirmar que

felizmente (...) a disputa já se encontra quase que de todo sepultada atualmente, na medida em que a novel redação do art. 114, II, da CRFB passou a estabelecer a partir de 8.12.04, com tintas fortes que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar, sem exceções, as ações que envolvam o exercício do direito de greve.⁸¹⁰

E Wilson Ramos Filho, no mesmo sentido, asseverou que “a competência (...) para conhecer e para julgar interditos proibitórios é inegavelmente da Justiça do Trabalho”⁸¹¹.

Manoel Antônio Teixeira Filho, por sua vez, adota posição diametralmente oposta e afirma, mesmo após a Reforma Constitucional, a competência da Justiça Comum Estadual.

referem: a) à relação jurídica controvertida (interesse na linguagem carneluttiana); b) ao objeto da lide (bem); c) às pessoas que são sujeitos da lide (partes).”

⁸⁰⁸ MALTA, **Da Competência no Processo Trabalhista**.

⁸⁰⁹ DALAZEN, **A Reforma do Judiciário e os Novos Marcos da Competência Material da Justiça do Trabalho no Brasil**. In COUTINHO; FAVA, op. cit. p. 174.

⁸¹⁰ CESÁRIO, op. cit. p. 296.

⁸¹¹ RAMOS FILHO, **Direito Coletivo e Sindical na Reforma do Judiciário**. In RAMOS FILHO, Wilson. **Direito Coletivo do Trabalho depois da EC 45/2004**. p. 104.

Segundo este autor, “o conflito ocorre entre uma pessoa jurídica de um lado, e um sindicato de trabalhadores de outro. Ou seja, o conflito ocorre entre duas pessoas jurídicas, não se podendo, pois, cogitar de relação de trabalho”⁸¹².

A jurisprudência, nesse particular, era um tanto confusa. Tramitavam, e ainda tramitam interditos na Justiça do Trabalho e na Justiça Comum dos Estados e ambas vinham se declarando competentes para processar e julgar tais ações⁸¹³.

Ocorre, todavia, que a definição precisa da competência nesses casos, exagera os limites teórico-processuais do direito e alcança a prática diária das relações intersindicais, interferindo diretamente nos rumos das negociações coletivas entre empregados e empregadores, o que realça sua importância.

Por isso, houve pressa em se obter pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a esse respeito.

A Suprema Corte, nos autos de Agravo de Instrumento de nº 630440, em que foi relator do Acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence, assim decidiu:

DECISÃO: Agravo de instrumento de decisão que inadmitiu RE, a, contra acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais que declarou a competência da Justiça Estadual para julgar ação de interdito proibitório proposto entre empregado e empregador, em face do exercício do direito de greve. No caso, os funcionários do agravado, em campanha salarial, impediam o acesso às agências bancárias locais. De acordo com o Tribunal *a quo*, em suma, o interdito proibitório discute tão-somente matéria de natureza possessória, ou seja, trata de questão de direito civil, razão pela qual deve ser apreciada pela Justiça Comum. Alega o RE violação do art. 114, II, da Constituição. Aduz a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento do feito. **Decido.** Tem razão o recorrente. O acórdão recorrido diverge do entendimento do STF: originando-se da relação de emprego, a presente controvérsia deve ser julgada pela Justiça do Trabalho, não importando a circunstância de fundar-se o pedido em regra de direito comum. Assim se decidiu, com efeito, no julgamento plenário do CJ 6.959 (RTJ 134/96), de que fui relator para o acórdão. (...) Provejo o agravo, que converto em recurso extraordinário (art. 544, §§ 3º e 4º, do C.Pr.Civil) e, desde logo, dou provimento a este (art. 557, § 1º-A, do C.Pr.Civil), para reformar o acórdão recorrido e reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento do feito.⁸¹⁴

⁸¹² TEIXEIRA FILHO, **A Justiça do Trabalho e a Emenda Constitucional nº 45/2004**. p. 16.

⁸¹³ É o que se infere, por exemplo, do julgamento do Recurso de Revista nº 6357/2006-035-12-00, julgado pela E. 3ª Turma do C. TST, publicado no Diário da Justiça de 29/02/2008 e também do acórdão prolatado nos autos de conflito de competência nº 2007/0207390-2 (CC 89300 / RJ), da lavra da Segunda Seção do C. STJ, publicado no Diário da Justiça de 22/10/2007, p. 189.

⁸¹⁴ Texto extraído do sítio oficial do Supremo Tribunal Federal, <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=55&dataPublicacaoDj=21/03/2007&numProcesso=630440&siglaClasse=AI&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=6&numMateria=33&codMateria=3>, acessado em 14 de dezembro de 2008.

Em seguida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 579648, em que o recorrente, o Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Belo Horizonte e Região e recorrido o banco HSBC Bank Brasil S/A, postulava a reforma de decisão anterior que declarará a competência da Justiça Estadual para processar ação de interdito contra ato de greve, o STF ratificou sua posição, dando provimento ao apelo para declarar a competência material da Justiça do Trabalho⁸¹⁵.

A decisão, como se disse, não serviu apenas para reforçar a textualidade do art. 114, II, da CF/88, e a competência da Justiça do Trabalho, mas para vedar a remessa de ações cominatórias, breves e historicamente desviadas de suas finalidades para atenderem interesses diversos do que se destinam⁸¹⁶, para foros não habituados às peculiaridades e características das relações coletivas de trabalho, seus princípios e fundamentos, como as comarcas das Justiças Estaduais.

Aliás, como bem lembrou Wilson Ramos Filho:

a mais eficiente medida patronal para impedir ou dificultar o exercício do direito de greve por parte dos trabalhadores consistia no ajuizamento, perante o juízo cível, de interditos proibitórios. Desavisados e pouco familiarizados com as relações coletivas de trabalho, alguns magistrados da Justiça Comum Estadual terminavam por deferir liminarmente pedidos patronais e fixar pesadas multas diárias por descumprimento de ordens judiciais.⁸¹⁷

Adequando-se tal constatação às premissas que orientam esta etapa do trabalho - especialmente, a de que nem toda ação possessória importa prática anti-sindical, mas importa a que objetivamente se desvia de sua finalidade social, econômica e colide com as regras de obrar com honestidade e correção (art. 187 do CCB) - pode-se concluir que as ações ajuizadas em foro incompetente, especialmente após as manifestações do STF, e que, obviamente, não estejam fundadas em prova de risco de violência iminente, são práticas manifestas de atos anti-sindicais, vedadas pelo ordenamento jurídico em vigor.

Não há sequer a necessidade de se perquirir se o autor da ação desejava ou não prejudicar a atividade sindical. Basta, segundo Uriarte⁸¹⁸, que o seu resultado

⁸¹⁵ Notícia que se extraiu do sítio oficial do Supremo Tribunal Federal, <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=178&dataPublicacaoDj=22/09/2008&numProcesso=579648&siglaClasse=RE&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=2&numMateria=22&codMateria=3>, acessado em 14 de dezembro de 2008.

⁸¹⁶ CASTRO FILHO, op. cit. p. 173-174.

⁸¹⁷ RAMOS FILHO, op. cit. p. 103.

⁸¹⁸ URIARTE, op. cit. p. 36.

seja contrário à liberdade consagrada no art. 8º da CF/88, para ser caracterizado como anti-sindical.

Tal ilação torna-se ainda mais transparente quando se observa a nova disposição constitucional dos dissídios coletivos e, conseqüentemente, do Poder Normativo da Justiça do Trabalho.

No período que precedeu à reforma constitucional externada pela EC/45, a interpretação do artigo 114 conduzia à conclusão de que os dissídios coletivos - fossem eles de natureza econômica⁸¹⁹, jurídica⁸²⁰ ou mista⁸²¹ - poderiam ser ajuizados pelos **sindicatos** ou pelas **empresas** – visto que titulares do direito de firmar acordo coletivo de trabalho, na forma do art. 611, § 1º da CLT – sempre que frustrada a negociação, cabendo à Justiça do Trabalho, quando demandada, **estabelecer normas e condições** de trabalho que arregimentariam as relações de emprego pelo período de vigência da sentença normativa.

Era o que se inferia do art. 114, § 2º, que assim dispunha:

Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.

Em razão de tão ampla liberdade, durante longos anos os Tribunais Regionais do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho foram provocados e instados a processar, julgar e executar suas sentenças normativas.

Não raro, o eram pelas empresas ou sindicatos patronais, já que os dissídios mais comuns eram os mistos ou de greve, e os de natureza econômica, em sua imensa maioria, serviam à subtração ao invés de criação de novos direitos, como relembra Wilson Ramos Filho, ao abordar o tema em artigo denominado “Direito Coletivo Sindical na Reforma do Judiciário”:

⁸¹⁹ Que segundo MARTINS FILHO, **Processo Coletivo do Trabalho**. p. 55. São “(...) ações dispositivas, em que a solução do conflito coletivo se dá pela criação de novas regras e condições de trabalho, além daquelas já previstas legalmente. (...)”.

⁸²⁰ Que conforme PINTO, op. cit. p. 381. São aqueles que se tem “por pretensão (...) a interpretação de norma criada por sentença proferida em dissídio” de natureza econômica, acordo ou convenção coletiva de trabalho.

⁸²¹ Cf. MENDONÇA, **Os dissídios coletivos e o poder normativo da Justiça do Trabalho segundo a nova ordem constitucional**. In VILLATORE; HASSON; ALMEIDA, **Direito Constitucional do Trabalho vinte anos depois**. p. 733. São “ações que podem ter por objeto a pretensão de ver declarada a abusividade de um movimento paredista e, cumulativamente, a criação de normas e condições de trabalho”

(...) pelo menos nos últimos dez anos, mercê de reiterada jurisprudência em nossos TRTs e no TST as empresas e os sindicatos patronais sempre **ameaçavam** as entidades obreiras com eventual ajuizamento de dissídios coletivos por se sentirem seguros de que os julgamentos seriam vantajosos aos interesses patronais. A chantagem patronal obtinha êxito em muitas ocasiões, pois: a) não raras vezes os dissídios coletivos ajuizados por entidades obreiras eram extintos sem julgamento de mérito por preliminares, criadas por Orientações Jurisprudenciais da SDC/TST e não por lei; b) caso fossem superadas as preliminares – o que não se mostrou muito freqüente – nos julgamentos era prática comum e retirada de direitos historicamente consolidados; c) nos julgamentos de dissídios coletivos raramente direitos novos eram criados em benefício dos trabalhadores, inclusive com respaldo em decisões do STF e, d) nos dissídios coletivos de natureza jurídica (sic) para declaração de abusividade de greves, quase sempre os empregadores obtinham sucesso em seu intento, o que era absolutamente gravoso aos trabalhadores já que a teor da OJ 10 da SDC/TST a ‘Greve abusiva não gera efeitos’⁸²². (...),⁸²³.

Vale dizer, antes da reforma, havia uma latente e inegável desconformidade sistêmica, uma vez que o exercício amplo do direito de ação coletiva, nos termos do art. 114, servia como instrumento efetivo de frustração de outros direitos coletivos não menos importantes e constitucionalmente garantidos, tais como a já citada autonomia, consagrada no art. 7º, XXVI, e o direito de greve, consagrado no art. 9º.

Com a reforma e a nova redação dos §§ 2º e 3º do art. 114 da CF/88, houve uma melhor sistematização dos dissídios coletivos que como se verá determinou o fim do uso indiscriminado dessas ações como ferramenta de fragmentação da negociação coletiva, em flagrante conduta anti-sindical.

Da norma constitucional, infere-se, atualmente, que os dissídios coletivos de natureza econômica **só podem ser ajuizados de comum acordo, pelos sindicatos ou pelas empresas**, cabendo ao Poder Judiciário **decidir** o conflito nos exatos **limites da lide** e de acordo com as **normas convencionais pretéritas** e as **condições mínimas legais de proteção ao trabalho**.

Importa salientar: primeiro, os dissídios coletivos de natureza econômica, para serem ajuizados, além de apresentarem as condições da ação consagradas no art. 267, VI, do CPC, demandam outra condição específica: **o acordo das partes**.

Segundo, se outrora o Poder Judiciário, quando instado a processar e julgar os dissídios de natureza econômica, podia **criar normas jurídicas** que estabelecessem novos direitos e deveres para empregados e empregadores ou ainda **subtrair direitos convencionalmente** consagrados ao longo dos anos, atualmente, está

⁸²² Discorda, ainda que parcialmente, de tais conclusões PINTO JUNIOR, **O Poder Normativo da Justiça do Trabalho e a EC 45/2004**. In RAMOS FILHO, op. cit. p. 133-135.

⁸²³ RAMOS FILHO, op. cit. p. 97.

adstrito a *decidir o conflito*, nos termos e segundo os limites da lide (art. 128 do CPC).

Sendo assim, não há mais como se abusar do referido direito de ação, tampouco ameaçar a contraparte no curso da negociação coletiva.

Da mesma maneira, se antes da reforma as empresas ou os sindicatos patronais eram legítimos a ajuizar dissídio de greve postulando a declaração de abusividade do movimento paredista, sempre que vislumbrasse violação ao disposto no art. 9º da CF/88 ou nos artigos da Lei 7.783/89. Atualmente, segundo o § 3º do art. 114 da CF/88, o único ente legítimo a ajuizar tais dissídios é o **Ministério Público do Trabalho**, e ainda assim, na hipótese exclusiva **de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público**.

É o que se infere, por exemplo, das ilações de Manoel Antônio Teixeira Filho, para quem exceto nos casos enquadrados no § 3º do art. 114 da CF/88, “nem o Ministério Público do Trabalho, nem as categorias em conflito poderão promover ação coletiva”⁸²⁴.

Wilson Ramos Filho, no mesmo diapasão, afirma que

salvo nos casos em que o MPT detém com exclusividade a prerrogativa de ajuizar dissídios coletivos, não serão mais admitidos dissídios unilaterais (...) objetivando a mera declaração de abusividade ou não-abusividade de greve, o que deve contribuir como estímulo ao processo de negociação direta entre as partes⁸²⁵.

Diante da impossibilidade de ajuizamento de dissídios coletivos, os empregadores precisavam de outro instrumento processual que permitisse, ainda que por via oblíqua, enfraquecer ou anular o movimento paredista.

E é nesse contexto que o abuso do direito das ações possessórias se insere: como solução breve e eficaz do problema, ainda que não haja risco de violência iminente de esbulho ou turbação.

Desse modo, partindo, uma vez mais, das premissas que orientam esta etapa do trabalho, pode-se concluir que as demandas possessórias que visam à abstenção de atos de greve e o afastamento dos “piqueteiros” **sem que haja risco real de esbulho ou turbação**, presumem-se não ter como interesse primário a salvaguarda da posse, mas sim o enfraquecimento e a anulação absoluta do direito

⁸²⁴ TEIXEIRA FILHO, op. cit. p. 21.

⁸²⁵ RAMOS FILHO, op. cit. p. 95.

constitucional de greve, visto que desviam o fim do processo, desarmonizando-o das demais regras do direito.

Certamente, não é por meio de ação possessória que se demanda declaração de abuso dos atos de greve, especialmente, quando a ação é ajuizada em foro absolutamente incompetente para tal.

Há também abuso do direito de ação possessória e conseqüente prática anti-sindical, quando o referido direito subjetivo é exercido ilicitamente por empresas terceirizadas que prestam serviços para - e dentro dos estabelecimentos de - grandes conglomerados, demandando a salvaguarda da “posse” dos bens destes.

Além da ilegitimidade, que embora pareça evidente ante a ausência de posse, na medida em que a relação, nesses casos, é de mera detenção (art. 1.198)⁸²⁶, não há também qualquer interesse em agir, já que evidente o desinteresse em proteger a posse que não se tem.

Nesses casos, a ação tem uma única finalidade: impedir o exercício do direito de greve.

Como já se disse, pouco importará investigar se o agente o fez por vontade própria ou a mando do efetivo possuidor. A prática anti-sindical estará comprovada, ante a finalidade lesiva do ato.

Estará configurada a hipótese de “desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem”, já que com o abuso do direito de ação possessória há a atuação de direitos com lesão intolerável de outras pessoas e o exercício jus subjetivo sem consideração por situações especiais⁸²⁷.

Não se nega que aos sindicatos é vedado o abuso do direito de greve, nos termos do art. 14 da Lei 7.783/89 e 187 do CCB. Mas certamente não são os interditos proibitórios os mecanismos processuais adequados à rechaçar eventuais abusos, tão pouco a via capaz de fazer as vezes dos dissídios coletivos de natureza jurídica, antes da reforma constitucional.

Pensar de maneira distinta significa violar o “direito social fundamental à negociação coletiva”⁸²⁸.

⁸²⁶ Art. 1.198. Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.

⁸²⁷ CORDEIRO, op. cit. p. 857.

⁸²⁸ CESÁRIO, op. cit. p. 290.

Diz Amauri Mascaro Nascimento, que “negociação coletiva e greve são dois componentes que integram o mesmo procedimento na medida em que a greve é o meio de pressão facultado aos trabalhadores para que possam forçar o poder econômico a admitir a discussão de suas reivindicações”⁸²⁹.

Sendo assim, “a greve e a negociação coletiva são direitos fundamentais dos trabalhadores, sendo consagrados no plano externo pelos regramentos jurídicos internacionais e no interno pela Constituição da República”⁸³⁰, em seus arts. 9º e 7º, XXVI, respectivamente.

Permitir a fragmentação e até mesmo a aniquilação de um e/ou do outro, acarreta prejuízo irreparável à classe operária, e, por óbvio, à própria sociedade, que observará a acumulação desenfreada de capital, em detrimento da imensa maioria da população.

Cabe, pois, ao Estado, por meio dos mecanismos processuais e materiais que dispõe, rechaçar com veemência o abuso do direito das ações possessórias que materializam práticas anti-sindicais, mantendo a paz social e o estado natural do ordenamento jurídico como um todo.

Como disse Josserand, as ações “são armas que convêm manejar com prudência e precaução, sobretudo com boa-fé. Não devem colocar-se ao serviço da injustiça”⁸³¹.

A ação é o meio pelo qual o cidadão pede ao Estado que lhe conceda um provimento apto a garantir-lhe a efetividade do direito de que se julga titular e, em caso positivo, seja capaz de lhe entregar o bem da vida que fundamentou a pretensão.

É, pois, nos termos dos arts. 2º e 262 do CPC, o ato que inicia o processo, que, por seu turno, é o instrumento pelo qual o Estado exerce a Jurisdição. Jurisdição que pressupõe o restabelecimento da ordem jurídica violada. Vale dizer: há que haver necessidade e utilidade no provimento vindicado.

E quando o cidadão, por meio transversal, desvia este fim do processo, retira-lhe a finalidade social a que se destina: a manutenção da paz. Igualmente, o desvia de seu fim econômico, eis que além de acarretar prejuízo injustificado à contraparte,

⁸²⁹ NASCIMENTO, op. cit. p. 49.

⁸³⁰ CESÁRIO, op. cit. p. 291.

⁸³¹ JOSSERAND, op. cit. p. 13. Tradução livre para: “las vías de derecho son armas que conviene manejar con prudencia y precaución, sobre todo con buena fe: no deben ponerse al servicio de la injusticia”.

imputa custo desnecessário ao Estado que movimenta todo o seu aparato desnecessariamente, o que demonstra que o indivíduo não obra com honestidade e retidão.

Portanto, nas hipóteses em que o patronato **abusar** do direito de ação possessória, caberá ao Estado punir-lhe.

Punir-lhe com o indeferimento do direito de ação, com base no art. 267, VI, do CPC, nos casos em que demonstrada carência de tal direito.

Punir-lhe também nos outros casos em que, embora preenchidas as condições da ação, ficar demonstrado o desvio de finalidade do interesse juridicamente protegido, indeferindo-lhe a liminar pretendida, a pretensão, e obrigando a reparar os danos causados à contraparte, nos termos do que dispõem os artigos 927 e 944 do CCB.

Há que se cominar, por óbvio, indenização capaz de reparar o dano causado e coibir o abuso.

Era o que propunham Josserand⁸³², Jorge Americano⁸³³, Pedro Baptista Martins⁸³⁴, e que, contemporaneamente defendem Jorge W. Peyrano⁸³⁵, Cléber Lúcio de Almeida⁸³⁶ e Helena Najjar Abdo⁸³⁷.

Cléber Lúcio de Almeida, aliás, assevera que tais punições devem ser aplicadas de ofício e independem do requerimento da parte contrária. Segundo este autor, “deparando-se com o abuso do direito de ação, o juiz está autorizado a agir de ofício, conforme se infere dos arts. 18, 125, 129 e 601 do CPC, e 9º e 765 da CLT”⁸³⁸.

⁸³² JOSSERAND, op. cit. p. 13. Tradução livre para: “la jurisprudencia francesa condena diariamente a indemnización de perjuicios al litigante que obra ‘por malicia o por espíritu de vejación, o hasta por un error grosero equivalente ao dolo”.

⁸³³ AMERICANO, op. cit. p. 143. “O efeito do abuso do direito no exercício da demanda, como modalidade de ato ilícito, é sujeitar o seu autor a indenizar o dano ao ofendido”.

⁸³⁴ MARTINS, op. cit. p. 71. “Por isso, a parte que intenta ação vexatória incorre em responsabilidade, porque abusa do seu direito”.

⁸³⁵ PEYRANO, op. cit. p. 75. “la circunstancia del ejercicio de una pretension o de la realización de un acto procesal abusivo que en definitiva causa un perjuicio, genera responsabilidad, independientemente de que, entre el pedido del responsable y la realización del acto, exista una resolución judicial intermedia”.

⁸³⁶ ALMEIDA, op. cit. p. 41. “não diferindo o direito de ação perante o Judiciário Trabalhista do exercitável em outros Juízos, não há como deixar de concluir que o abuso no seu exercício atrai responsabilidade para quem por ele opta”.

⁸³⁷ ABDO, op. cit. p. 229. “A justificativa para a reparabilidade dos danos (materiais e morais) causados por condutas processuais abusivas é a mesma que se aplica aos casos de responsabilidade civil extracontratual: o restabelecimento do *equilíbrio* destruído pelo dano, recolocando a vítima na situação em que se encontrava antes da ocorrência do citado dano”.

⁸³⁸ ALMEIDA, op. cit. p. 47.

Parece, todavia, que ao menos no que diz respeito ao dever de reparação, deverá a contraparte contra-atacar, valendo-se de reconvenção ou de ação autônoma, eis que, infelizmente, não se trata da hipótese do art. 923 do CPC.

De toda maneira, deve o Estado reagir ao abuso, especialmente o processual, já que o direito de ação é público e lhe interessa, da mesma maneira que interessa às partes.

Deve coibi-lo sempre que necessário, eis que seu dever e sua função.

E é o que se espera do Direito e do Estado, especialmente para que se dê vazão às necessárias políticas públicas de emprego e renda que são tão caras à sociedade.

5 CONCLUSÃO

Algumas importantes conclusões derivam da interdisciplinar investigação que se fez ao longo do trabalho. O estudo que envolveu teorias advindas do direito civil, do direito processual (civil e do trabalho) e do direito sindical, permitiu definir, com a generalidade típica dos conceitos jurídicos, o que se concebe por abuso do direito das ações possessórias como ato anti-sindical.

Tal concepção, porém, não foi casuística, mas fruto de observações do abuso do direito, das ações possessórias e dos atos anti-sindicais, à luz dos dizeres dos teóricos que se propuseram a explorá-las.

E foi a partir das lições doutrinárias de que:

- a) a lei brasileira optou por consagrar o abuso do direito como “exercício de um direito que excede manifestamente os limites impostos na lei, pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes, decorrente de ato comissivo ou omissivo”⁸³⁹ do agente;
- b) o art. 187 do Código Civil Brasileiro consagra definitivamente a teoria finalista do abuso do direito – apregoadas pela jurisprudência alemã e francesa, e sintetizadas, doutrinariamente, por Josserand e Saleilles - como o norte a ser seguido pelos operadores da lei, inclusive no âmbito processual;
- c) são quatro os limites para o exercício legítimo dos direitos subjetivos: o respeito à finalidade econômica; à finalidade social; à boa-fé e aos bons costumes;
- d)

O critério da função econômica é aquele que impõe ao ato ou negócio jurídico a satisfação de necessidades de forma equilibrada. Assim, por exemplo, afastam-se da função econômica do contrato todos os atos ou cláusulas que possam conduzir à ruína de uma das partes contratantes ou que tendam à espoliação⁸⁴⁰;

- e) A função social de um direito está atrelada não ao direito em si, mas à sua manifestação, ao seu exercício e que restará cumprida quando o titular do

⁸³⁹ MEIRELES, op. cit. p. 22.

⁸⁴⁰ Ibid. p. 84.

direito subjetivo o exercitar conforme os seus interesses e os interesses da coletividade, mantendo incólume o sistema jurídico como um todo;

f)

os bons costumes dizem respeito àquelas regras não escritas de comportamento, cuja observância corresponde à consciência ética difundida na generalidade dos cidadãos e cuja violação é, portanto, considerada moralmente reprovável⁸⁴¹;

g)

ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como *regra de conduta* fundada na honestidade, na retidão, na lealdade, e, principalmente, *na consideração para com os interesses do 'alter'*, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado⁸⁴²,

e que é este o conceito consagrado no art. 187 do CCB eis que é prescindível à configuração do abuso do direito a investigação da intenção do agente e do próprio dano, importando o fim do exercício do interesse juridicamente protegido;

h) sempre caberá ao Juiz, casuisticamente, definir quando, no exercício do direito, houve abuso dos limites morais e legais daquele;

i) contemporaneamente se concebe o direito de ação como o direito público, subjetivo, abstrato, autônomo e instrumental, de que dispõe o cidadão para exigir que o Estado lhe proveja, se titular, uma dada pretensão, garantindo-lhe a efetividade da tutela e entrega do bem da vida postulado por todos os meios executivos previstos em lei;

j) dentro deste conceito se encaixam um feixe particular de ações denominadas possessórias, as quais têm por finalidade a tutela da posse que cumpre a função social; é justa e de boa-fé;

k) três são as ações possessórias típicas: manutenção de posse, reintegração de posse e interdito proibitório;

l) na ação de manutenção de posse, só cabe tutela, especialmente a antecipada, quando houver demonstração cabal de efetiva turbação, que conforme Pontes de Miranda “não é só perturbar, ou conturbar, é praticar

⁸⁴¹ BOULOS, op. cit. p. 186-188.

⁸⁴² MARTINS-COSTA, op. cit. p. 412.

qualquer ato, ou deixar que ocorra qualquer fato, que retire à posse a extensão, ou interesse ou a eficiência ou a tranquilidade⁸⁴³, na medida em que, o processo, antes de tudo, é o meio pelo qual o Estado exerce um Poder e não pode ser levemente utilizado se não houver qualquer utilidade e necessidade no provimento vindicado;

m) na ação de reintegração, o possuidor tem direito de ser reintegrado na posse apenas no caso de esbulho, o que, segundo a doutrina, quer significar “a injusta e total privação da posse, sofrida por alguém que a vinha exercendo”⁸⁴⁴, manifesta por meio de “violência, clandestinidade ou precariedade”⁸⁴⁵;

n) na ação de interdito proibitório, só cabe a tutela, especialmente a antecipada, quando comprovado o “justo receio de ser molestado na posse”, mediante violência iminente, o que, segundo a doutrina, “importa em temor fundado, e não em mera possibilidade, especulação ou ilação do possuidor”⁸⁴⁶, mas “seriedade da ameaça, sua credibilidade, sua aptidão para infundir num espírito normal o estado de receio”⁸⁴⁷, sob pena de carência de ação ou abuso do direito;

o) se presume, de toda maneira, que “O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado”, e que, se preenchidas os requisitos da tutela da posse, as condições da ação, e os preceitos do art. 187 do CCB, o titular poderá exigir do Estado um provimento jurisdicional breve e efetivo que lhe garanta a pretensão;

p) basta, para tanto, que seja possível ao juiz inferir da prova dos autos, objetivamente e segundo o senso comum que instrui a boa-fé, a intenção deliberada do réu de turbar – e “**não é só perturbar, ou conturbar**”⁸⁴⁸, como leciona Pontes de Miranda – ou de esbulhar – que é “a injusta e total privação

⁸⁴³ MIRANDA, op. cit., p. 222.

⁸⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, op. cit. p. 142.

⁸⁴⁵ PEREIRA, op. cit. p. 51.

⁸⁴⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, op. cit. p. 278.

⁸⁴⁷ MARCATO, op. cit. p. 88.

⁸⁴⁸ MIRANDA, loc. cit.

- da posse, sofrida por alguém que a vinha exercendo”⁸⁴⁹, manifesta por meio de “violência, clandestinidade ou precariedade”⁸⁵⁰, para prover a pretensão;
- q) se da prova dos autos, especialmente nos casos de ações possessórias em razão de movimentos de greve, se observar que os réus se valem de meios lícitos e pacíficos para manifestar suas insatisfações e reivindicações, tendendo, inclusive, a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve, conclui-se que há desvio da finalidade econômica ou social a que se presta o processo possessório, eis que o interesse primário a que se visa a tutelar não é a posse, caracterizando a expressa violação à regra da boa-fé;
- r) haverá abuso no exercício das ações possessórias, cujo interesse primário deduzido em lide é a posse, e cujo interesse secundário é a necessidade de proteção possessória, **quando aquele não for a posse; quando for mais amplo do que a lei concede ou quando servir desnecessariamente para satisfazer interesses, que embora lícitos, poderiam sê-lo por um procedimento adequado, mais simples e menos oneroso;**
- s) **a proteção contra os atos ou práticas anti-sindicais, inclui toda medida tendente a evitar, reparar ou sancionar qualquer ato que prejudique indevidamente o trabalhador ou as organizações sindicais, no exercício da atividade sindical ou a causa desta ou que lhes negue injustificadamente as facilidades ou prerrogativas necessárias para o normal desenvolvimento da ação coletiva**⁸⁵¹;
- t) o objeto da teoria da proteção contra atos anti-sindicais é a liberdade sindical, manifesta, dentre outras maneiras, pelo direito à negociação coletiva e à greve;
- u) o elemento subjetivo da conduta do agente não é elemento caracterizador da prática anti-sindical, bastando a investigação objetiva da finalidade do ato por ele deflagrado.

Foi possível concluir que: se não houver prova cabal da intenção dos trabalhadores grevistas em turbar - e “**não é só perturbar, ou conturbar**”⁸⁵², o que lhes é lícito e inerente ao exercício do direito de greve - ou esbulhar a posse do

⁸⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, op. cit. p. 142.

⁸⁵⁰ PEREIRA, op. cit. p. 51.

⁸⁵¹ URIARTE, op. cit. p. 17.

⁸⁵² MIRANDA, op. cit., p. 222.

empregador - isto é, tomar a posse mediante “violência, clandestinidade ou precariedade” - haverá indícios objetivos de desvio da finalidade processual, manifesto na dedução de pretensão alheia ao que permite a lei.

O empregador possuidor não pretenderá, nesses casos, defender a posse, visto que não corre risco justificado de perdê-la ou vê-la reduzida em sua funcionalidade. Ao contrário, pretenderá anular os efeitos da greve, valendo-se, para tanto, de instrumento eficaz sob o ponto de vista prático, ainda que a lei não lhe destine tal finalidade.

Assim, se a resposta do Poder Judiciário for “automática”⁸⁵³, isto é, em desconsideração à prova cabal dos requisitos preditos, o abuso estará consumado e o **fim ilícito e desproporcional** alcançado.

Todavia, como as ações, inclusive as possessórias, “são armas que convêm manejar com prudência e precaução, sobretudo com boa-fé, não devendo colocar-se ao serviço da injustiça”⁸⁵⁴, sempre que a conduta for contrária a essa premissa, ainda que aparentemente lícita, merecerá punição, especialmente quando representar manifesta conduta anti-sindical.

Aliás, em tempos em que “tendem a se desenvolver, com vigor, estratégias sindicais neocorporativas, que são expressões de debilitação da solidariedade de classe, intrínsecas à fragmentação das negociações coletivas, provocadas pela nova ofensiva do capital na produção”⁸⁵⁵, a ação estatal contra as práticas anti-sindicais ganha relevância ainda maior.

Não se olvide que “a greve e a negociação coletiva são direitos fundamentais dos trabalhadores, sendo consagrados no plano externo pelos regramentos jurídicos internacionais e no interno pela Constituição da República”, em seus arts. 9º e 7º, XXVI, respectivamente.

Permitir, portanto, a fragmentação e até mesmo a aniquilação de um e/ou do outro, acarreta prejuízo irreparável à classe operária, e, por óbvio, à própria sociedade, que observará a acumulação desenfreada de capital, em detrimento da imensa maioria da população.

⁸⁵³ MIRANDA, op. cit. p. 247.

⁸⁵⁴ JOSSERAND, op. cit. p. 13. Tradução livre para: “las vías de derecho son armas que conviene manejar con prudencia y precaución, sobre todo con buena fe: no deben ponerse al servicio de la injusticia”.

⁸⁵⁵ ALVES, op. cit. p. 9.

Cabe, pois, ao Estado, por meio dos mecanismos processuais e materiais que dispõe, rechaçar com veemência **o abuso do direito** das ações possessórias que materializam práticas anti-sindicais, mantendo a paz social e o estado natural do ordenamento jurídico como um todo.

REFERÊNCIAS

ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

ALMEIDA, Cléber de Lúcio de. **Abuso do direito no processo do trabalho**. Belo Horizonte: Ed. Inédita, 1999.

ALVES, Giovanni. **O novo (e precário) mundo do trabalho**. São Paulo: Ed. Boitempo, 2005.

ALVIM, Arruda. **“Manual de direito processual civil – Vol. 1”**. 9ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. São Paulo: Acadêmica, 1932.

ANTUNES, Ricardo. **A Era da Informatização e a época da informalização**. In ANTUNES, Ricardo (org). **Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2006.

_____. **Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho**. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A natureza jurídica da relação de trabalho**. In COUTINHO, Grijalbo Fernandes. FAVA, Marcos Neves (orgs.). **Nova competência da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr/ANAMATRA, 2005.

_____. **A boa-fé no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.

BAPTISTA MARTINS, Pedro. **O abuso do direito e o ato ilícito**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

BARASSI. **Diritti Reali e Possesso**. 1952, nº 217. *Apud*, ESPÍNOLA, Eduardo. **Posse, Propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais**. Campinas: Bookseller, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Abuso do direito**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil – Porto Alegre : Síntese, v. 1, n. 1, set/out. 1999.

_____. **Temas de Direito Processual**. Primeira série. São Paulo : Ed. Saraiva, 2ª Edição, 1998.

BARROS, Alice Monteiro de. **Condutas anti-sindicais – procedimento**. Resumo da Exposição feita no III Congresso Brasileiro de Processo Civil e

Trabalhista, realizado em Natal (RN), de 24 a 26.09.98 e promovido pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

BATISTA DA SILVA, Ovídio. A. “**Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1**”. 5ª Ed., Rev. e At. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BERNAL, Martin. *Apud* SESSAREGO, Carlos Fernández. **Abuso del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 1992.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas, SP: RED Livros, 2001.

BOLTANSKI, Luc. CHIAPELLO, Ève. **El nuevo espíritu del capitalismo**. Madri: Espanha, Ed. Akal, 2002.

BORDA, Alejandro. **La teoria de los actos propios**. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 2000.

BOULOS, Daniel M. **Abuso do Direito no novo Código Civil**. São Paulo: Ed. Métodos, 2006.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL, Código Civil Brasileiro de 1916.

BRASIL, Código Civil Brasileiro de 2002.

BRASIL, Código de Processo Civil Brasileiro de 1973.

BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho de 1943.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-America, 1973.

CASCONI, Francisco Antonio. **Tutela antecipada nas ações possessórias**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2001.

CASTAN, Vítor Manoel. **Abuso do direito sindical**. São Paulo: Ed. LTr, 2008.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 10ª ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2007.

CASTILHO, Santiago Perez del. **Introducion al derecho de las relaciones colectivas de trabajo**. Uruguai: Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1995.

_____. **O direito de greve**. São Paulo: LTr, 1994.

CASTRO FILHO, José Olympio de. **Abuso do direito no processo civil**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

CATHARINO, José Martins. **Tratado elementar de direito sindical**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 1982.

CAZZETTA, Giovanni. **Scienza Giuridica e Trasnformazioni Sociali – Diritto e Lavoro in Itália tra Otto e Novecento**, in *“Per La Storia del Pensiero Giuridico Moderno – Vol. 74”*. Milão : Ed. Giuffrè.

CESÁRIO, João Humberto. **“O Direito Constitucional Fundamental de Greve e a Função Social da Posse – Um novo olhar sobre os interditos possessórios na Justiça do Trabalho brasileira.”** Revista LTr. 72-03, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. **“A ação no sistema de direitos”**. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Ed. Líder: Belo Horizonte, 2003.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil: as relações processuais, a relação processual ordinária de cognição**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998. 3 v.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. **Proteção processual da posse**. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **“Teoria Geral do Processo”**. 6ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: v. 2**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

COSTA, Coqueijo. **Direito processual do trabalho**. 3ª Ed. Rio de Janeiro, 1986.

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3 ed. Buenos Aires: Depalma, 1978.

_____. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Konfino, s/d.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do Direito**. Lisboa: Petrony, 1973.

DALAZEN, João Oreste. **A Reforma do Judiciário e os Novos Marcos da Competência Material da Justiça do Trabalho no Brasil**. In COUTINHO, Grijalbo Fernandes. e FAVA, Marcos Neves. **Nova Competência da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr/ANAMATRA, 2005.

DUGUIT, Leon. *apud* PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. São Paulo: Renovar, 2002.

_____. **Fundamentos do direito.** *Apud* MEIRELES, Edilton. **Abuso do Direito na Relação de Emprego.** São Paulo: LTr, 2004.

ESCOBAR, Maria Fernanda Ekdahl. **La doctrina de los actos propios : El deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas.** Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Posse, Propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais.** Campinas: Bookseller, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Posse e ações possessórias: fundamentos da posse.** Curitiba: Juruá, 1994.

FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias: vol. I.** 9ª Ed. rev. e atualizada por DIAS, José de Aguiar. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

FURTADO, Sebastião Antunes. **Liberdade Sindical: o retorno ao debate na EC 45/2004.** *In* RAMOS FILHO, Wilson (coord.). **Direito Coletivo do Trabalho.** Curitiba: Ed. Genesis, 2005.

GARCIA, Yolanda Valdeolivas. **Antisindicalidad y relaciones de trabajo (un estudio de la conducta antisindical en la empresa).** Madrid : Ediciones de La Universidad Autonoma, 1994, p. 26. *Apud* BARROS, Alice Monteiro de. **Condutas anti-sindicais – procedimento.** Resumo da Exposição feita no III Congresso Brasileiro de Processo Civil e Trabalhista, realizado em Natal (RN), de 24 a 26.09.98 e promovido pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GOULARTI FILHO, Alcides. **As restrições ao crescimento da economia brasileira nos anos 80.** Artigo publicado no sítio: http://www.puc-campinas.edu.br/centros/cea/sites/revista/conteudo/pdf/vol11_n1_Restricoes.pdf, acessado em 13 de agosto de 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro.** 3º vol. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995.

HIRONAKA, Giselda. **A função social do contrato.** Revista de Direito Civil (Imobiliário, Agrário e Empresarial). São Paulo, a. 12, nº 45, julho/setembro de 1988. *Apud* PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais.** São Paulo: Renovar, 2002.

IHERING, Rudolf Von. *Apud* BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil.** Campinas, SP: RED Livros, 2001.

_____. *Apud* MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil.**

_____. **Teoria Simplificada da Posse.** Tradução de ZANI, Marcos. São Paulo: JG Editor, 2003.

JOSSERAND, Louis. **Del abuso de los derechos y otros ensayos.** Santa Fé de Bogotá, Colômbia: Ed. Temis S.A., 1999.

_____. **De l'esprit des droits et de leur relativité.** Paris: Dalloz, 1927.

KAUFMANN, Marcus de Oliveira. **Das práticas anti-sindicais às práticas anti-representativas.** São Paulo: Ed. LTr, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **“Estudos sobre o processo civil brasileiro”.** São Paulo: Ed. Saraiva, 1947.

_____. **Manual de derecho procesal civil.** Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1980.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco.** 2. ed. rev. e atual. por SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos Especiais.** 4ª Ed. rev. e ampliada. São Paulo: RT, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito.** Disponível no sítio <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>, acessado em 15 de dezembro de 2008.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil.** São Paulo: Saraiva, 1974.

MARTINS FILHO, Ives. Gandra. da Silva. **Processo Coletivo do Trabalho.** 2ª Ed. revista e ampliada. São Paulo: Ed. LTr, 1996.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado.** São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1999.

MARX, Karl. **Salário, preço e lucro.** São Paulo: Ed. Expressão Popular, 2006.

MATTOZO, Jorge. **A Desordem do Trabalho.** Campinas: Ed. Scrita, 1995.

MEIRELES, Edilton. **Abuso do Direito na Relação de Emprego.** São Paulo: LTr, 2004.

MENDONÇA, Ricardo Nunes de. **“Os dissídios coletivos e o poder normativo da Justiça do Trabalho segundo a nova ordem constitucional.** In VILLATORE, Marco Antônio. HASSON, Roland (coord.). ALMEIDA, Ronald Silka de (org.). **Direito Constitucional do Trabalho vinte anos depois.** Curitiba: Ed. Juruá, 2008.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil.** Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. **Proteção contra condutas anti-sindicais (atos anti-sindicais, controle contra discriminação e procedimentos anti-sindicais).** In *Revista do TST*. Brasília, vol. 71, nº 2, maio/ago 2005.

MONTESQUIEU, **O Espírito das Leis.** Coleção “Os pensadores”. 1ªed. São Paulo: Abril, 1973.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Comentários à lei de greve.** São Paulo: Ed. LTr, 1989.

NETO, Inácio de Carvalho. **Abuso do direito:** totalmente atualizado de acordo com o novo Código Civil. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.

OLIVEIRA, Francisco de. **Quem canta de novo *l’Internationale?*** In SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Trabalhar o mundo: os caminhos do novo internacionalismo operário.** Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Vol. IV.** 15ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.

PEYRANO, Jorge W. **Abuso del proceso y conducta procesal abusiva.** In *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, nº 16, Fevereiro, 1998.

PINHEIRO, Rosalice Fidlago. **O abuso do direito e as relações contratuais.** São Paulo: Renovar, 2002.

PINTO JUNIOR, Dirceu. **O Poder Normativo da Justiça do Trabalho e a EC 45/2004.** In RAMOS FILHO, Wilson (coord). **Direito Coletivo do Trabalho depois da EC 45/2004.** Curitiba: Gênese, 2005.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Direito sindical e coletivo do trabalho.** 2ª Ed. São Paulo: Ed. LTr, 2002.

PLANIOL, Marcel. **Traite élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultes de droit.** *Apud* BOULOS, Daniel M. **Abuso do Direito.** São Paulo: Ed. Métodos, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil – Tomo XIII**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

_____. **Tratado das Ações**. Campinas: Bookseller, 1998.

POULANTZAS, Nicos. **Estado, Poder e Socialismo**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 2000.

RAMOS FILHO, Wilson Ramos. **Direito Coletivo e Sindical na Reforma do Judiciário**. In RAMOS FILHO, Wilson. **Direito Coletivo do Trabalho depois da EC 45/2004**. Curitiba: Gênese, 2005.

RICCOBONO, Salvatore. *Apud*, LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

RODRIGUES, Leôncio Martins. **Destino do Sindicalismo**. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo: Fapesp, 2002.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Ed. Almedina, 1988. P. 7. *Apud* SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **A função social do contrato, a solidariedade e o pilar da modernidade nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

_____. **O contrato**. Coimbra: Ed. Almedina, 1988. P. 7. *Apud* PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. São Paulo: Renovar, 2002.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **“Curso de Direito do Trabalho”**. 7ª. Edição. Curitiba: Ed. Juruá, 1999.

SANTANA DE MELO, Marcelo Augusto. **Breves anotações sobre o registro de imóveis**. Disponível no site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5669>, acesso em 20, dez. 2008.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **A função social do contrato, a solidariedade e o pilar da modernidade nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

SESSAREGO, Carlos Fernández. **Abuso del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 1992.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. **Intervenção e Autonomia nas relações coletivas de trabalho no Brasil**. In **Intervencion y Autonomia en las relaciones colectivas de trabajo**. URIARTE, Oscar Ermida (coord.). Montevideu: Ed. Fundación de cultura universitaria, 1993.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A Justiça do Trabalho e a Emenda Constitucional nº 45/2004**. São Paulo: Revista LTr 69-01, janeiro de 2005.

_____. **As ações cautelares no processo do trabalho**. São Paulo : LTr., 4ª Edição, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil, vol. III**. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Curso de direito processual civil**. V. I. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse – um confronto em torno da função social**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

TOSTES MALTA, Cristóvão Piragibe. **Da Competência no Processo Trabalhista**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1ª Ed., 1960.

URIARTE, Oscar Ermida. **A proteção contra atos anti-sindicais**. Tradução de Irany Ferrari. São Paulo: Ed. LTr. 1989.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIANA, Márcio Túlio. **A reforma sindical no âmbito da nova competência trabalhista**. VIANA, Márcio. Túlio. (coord.). Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

VISSER, Jelle. *Apud* RODRIGUES, Leôncio Martins. **Destino do Sindicalismo**. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo: Fapesp, 2002.

WARAT, Luis Alberto. **A definição jurídica**. Porto Alegre: Atrium, 1977.

_____. **Abuso del derecho y lagunas de la ley**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)