

STJ00101465

Inacio de Carvalho Neto

Abuso do Direito

6ª Edição
Revista e Atualizada

Curitiba
Juruá Editora
2015

CONSELHO EDITORIAL:

Thereza Alvim	Fernando Hellmeister Clito Fornaciari
Eduardo Arruda Alvim	Flávia Hellmeister Clito Fornaciari
Angélica Arruda Alvim	Gianfrancesco Genoso
André Brawermann	James José Marins de Souza
André de Castro Rizzi	José Theophilo Fleury
Armando Verri Jr.	Luciano Velasque Rocha
Carolina Xavier da Silveira Moreira	Luiz Sérgio de Souza Rizzi
Clito Fornaciari Jr.	Marcus Vinicius dos Santos Andrade
Everaldo Augusto Cambler	Ricardo Negrão
Fernando Anselmo Rodrigues	Rolando Maria da Luz
Fernando Crespo Queiroz Neves	Tânia Maria Ahuali

ISBN: 978-85-362-5198-1

JURUA
EDITORA

Brasil – Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê – Fone: (41) 4009-3900
Fax: (41) 3252-1311 – CEP: 80.030-475 – Curitiba – Paraná – Brasil

Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Fone: (351) 223 710 600 –
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Editor: José Ermani de Carvalho Pacheco

Carvalho Neto, Inacio de.

C331 Abuso do direito./ Inacio de Carvalho Neto./ 6ª edição./

Curitiba: Juruá, 2015.

280p. (Coleção Biblioteca Arruda Alvim)

1. Direito – Abuso. I. Título.

00018

CDD 340.1

CDU 34.01

Visite nossos sites na internet: www.juruu.com.br e www.editorialjuruu.com
e-mail: editora@juruu.com.br

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
1 – CONCEITO	19
1.1 Dificuldade de Conceituar	19
1.2 Abuso Como Negação do Direito	20
1.3 Definição.....	20
1.4 Finalidade.....	21
1.5 Direito Subjetivo.....	21
1.6 Colocação do Problema	22
2 – NOÇÕES HISTÓRICAS DO ABUSO DO DIREITO	25
2.1 Origens Românicas	25
2.2 <i>A Aemulatio</i>	28
2.3 Direito Canônico e Muçulmano.....	30
2.4 História do Abuso do Direito no Brasil.....	30
2.4.1 Direito pré-codificado	30
2.4.2 Código Civil de 1916	31
2.4.3 Leis posteriores	32
2.4.4 O novo Código Civil.....	33
3 – O ABUSO NO DIREITO ESTRANGEIRO	35
3.1 Direito Francês.....	35
3.2 Direito Italiano.....	38
3.3 Direito Russo	39
3.4 Direito Português	40

3.5	Direito Argentino	42
3.6	Direitos Alemão e Austríaco	44
3.7	Direito Suíço	46
3.8	Outras Legislações	48
4	AFIRMAÇÃO DA TEORIA	51
4.1	Necessidade de Afirmação	51
4.2	Negação do Direito Subjetivo	51
4.2.1	Tese de Duguit	51
4.2.2	Refutação.....	52
4.3	O Abuso do Direito Como Fenômeno Sociológico.....	54
4.3.1	Tese de Rotondi.....	54
4.3.2	Refutação.....	55
4.4	O Abuso do Direito Como Uma Logomaquia.....	56
4.4.1	Tese de Planiol	56
4.4.2	Acolhimento da tese	57
4.4.3	Refutação.....	58
4.5	O Abuso do Direito como um Princípio Geral de Interpretação das Normas Jurídicas	60
4.5.1	Exposição	60
4.5.2	Refutação.....	62
4.6	Distinção Entre Direito Subjetivo e Direito Objetivo	63
4.6.1	Tese de Josserand	63
4.6.2	Refutação.....	64
4.7	Separação Entre Direito e Moral	64
4.7.1	Tese de Esmein.....	64
4.7.2	Refutação.....	65
4.8	Objecções Diversas.....	67
5	CRITÉRIOS PARA A QUALIFICAÇÃO DO ABUSO	69
5.1	Consagração Legislativa	69
5.2	Teorias Subjetivistas	71
5.3	Teorias Objetivistas.....	71
5.4	Teorias Mistas	72
5.5	Limites Externos e Internos dos Direitos	73

5.6	Exercício Contrário ao Fim Socialmente Relevante	75
5.6.1	Tese de Porcherot.....	75
5.6.2	Tese de Josserand.....	75
5.6.3	Refutação	77
5.7	Exercício Contrário ao Interesse.....	78
5.8	Anormalidade do Dano	80
5.8.1	Exposição da tese	80
5.8.2	Refutação	82
5.9	Utilidade Econômica.....	83
5.10	Teoria Finalista	84
6	– NOÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	87
6.1	Justificativa	87
6.2	Diversos Sentidos da Palavra Responsabilidade.....	87
6.2.1	Origem da palavra.....	87
6.2.2	Responsabilidade como aspecto da obrigação	88
6.2.3	Responsabilidade como obrigação de reparar o dano	90
6.3	Histórico.....	91
6.3.1	Introdução	91
6.3.2	Era Primitiva	93
6.3.3	O Talião	94
6.3.4	A composição.....	95
6.3.5	O Direito Romano	96
6.3.6	A <i>Lex Aquilia</i>	96
6.3.7	A Escola Laica do Direito Natural	101
6.3.8	O direito francês.....	101
6.3.9	O direito português.....	102
6.3.10	O direito brasileiro	103
6.4	Definição.....	108
6.4.1	Introdução	108
6.4.2	Definição de responsabilidade no direito romano	109
6.4.3	Definição de responsabilidade civil na França	110
6.4.4	A definição na Alemanha.....	115
6.4.5	A definição na Itália	116
6.4.6	O direito brasileiro	118

6.5	Responsabilidade Penal e Responsabilidade Civil	121
6.5.1	Ausência de distinção	121
6.5.2	Ilícito civil e ilícito penal.....	121
6.5.3	Distinção clássica	122
6.5.4	Críticas à doutrina clássica	123
6.5.5	Distinção moderna.....	124
6.6	Responsabilidade Contratual e Extracontratual.....	125
6.6.1	Ilícito contratual e extracontratual.....	125
6.6.2	Distinção.....	127
6.6.3	Disciplina conjunta ou separada	128
6.7	Responsabilidade Objetiva e Subjetiva	130
6.7.1	Distinção.....	130
6.7.2	Coexistência das teorias	132
6.7.3	Regra geral da responsabilidade civil.....	133
6.8	Pressupostos da Obrigação de Reparar o Dano.....	136
6.8.1	Generalidades	136
6.8.2	Ação ou omissão do agente	138
6.8.3	Dolo ou culpa do agente	138
6.8.4	Dano	144
6.8.5	Relação de causalidade.....	151
6.9	Da Não Configuração da Responsabilidade.....	156
6.9.1	Introdução.....	156
6.9.2	Estado de necessidade	157
6.9.3	Legítima defesa	159
6.9.4	Estrito cumprimento do dever legal.....	161
6.9.5	Exercício regular de um direito	162
6.9.6	Culpa exclusiva da vítima	163
6.9.7	Culpa concorrente da vítima.....	164
6.9.8	Caso fortuito e força maior.....	166
6.9.9	Fato de terceiro.....	170
6.9.10	Cláusula de não indenizar.....	171
6.9.11	Prescrição	172
6.9.12	Renúncia.....	172
6.9.13	Erro.....	173
6.9.14	Consentimento do ofendido.....	174

6.10	Liquidação do Dano.....	174
7	AUTONOMIA DOGMÁTICA DO ABUSO DO DIREITO	183
7.1	Esclarecimentos Preliminares	183
7.2	Ato Ilícito e Ato Ilegal	184
7.3	A Confusão Entre Ilicitude e Abuso do Direito	186
7.4	Ato Ilícito.....	188
7.5	Refutação da Assemelhação.....	189
7.6	Outras Distinções	192
7.7	Autonomia	193
8	SANÇÕES DO ATO ABUSIVO.....	195
8.1	Tipos de Sanção	195
8.2	Sanção Direta.....	195
8.3	Sanção Indireta.....	198
8.4	Sanção Penal	200
9	ABUSO DO DIREITO E REALIDADES EPISTEMOLÓGICAS	
	AFINS.....	201
9.1	Necessidade da Distinção.....	201
9.2	Abuso do Direito e Fraude à Lei	202
9.2.1	Afinidades	202
9.2.2	Confusão dos conceitos.....	202
9.2.3	Razão da confusão.....	204
9.2.4	Distinção pelos efeitos	204
9.2.5	Distinção pela natureza	205
9.3	Abuso do Direito e Desvio de Poder.....	208
9.3.1	Confusão dos conceitos.....	208
9.3.2	Distinção	209
9.4	Colisão de Direitos.....	210
10	APLICAÇÃO DA TEORIA.....	213
10.1	Generalidades.....	213
10.2	Direitos Suscetíveis de Abuso.....	214
10.2.1	Direitos insindicáveis.....	214
10.2.2	Refutação	217

10.3	O Abuso do Direito no Campo Contratual	219
10.3.1	Pré-contrato	219
10.3.2	Contratos de adesão	222
10.3.3	Execução do contrato	224
10.3.4	Outras hipóteses	225
10.4	O Abuso nas Relações de Consumo	227
10.5	O Abuso no Direito de Propriedade e nas Relações de Vizinhaça	228
10.6	O Abuso no Direito de Família	229
10.6.1	Introito	229
10.6.2	Escolha do domicílio conjugal	229
10.6.3	Direito de visita aos avós	231
10.6.4	Mudança de domicílio do cônjuge separado ou divorciado	233
10.6.5	Pedido de divórcio	235
10.6.6	Direito de impedir o casamento dos filhos menores	236
10.6.7	Prodigalidade	237
10.6.8	Uso do nome	238
10.7	O Abuso nas Relações de Trabalho	238
10.7.1	Direito de greve	238
10.7.2	Direito de dispensa arbitrária	239
10.8	Abuso nas Relações Societárias	241
10.9	O Abuso no Exercício da Demanda	246
10.10	O Abuso no Direito Penal	254
	CONCLUSÕES	255
	REFERÊNCIAS	259
	ÍNDICE ALFABÉTICO	267