

O abuso do direito: contributos para uma hermenêutica do artigo 334.º do Código Civil português

Daniel Bessa de Melo ()*

Resumo: neste estudo, o Autor pretende decompor analiticamente os vários momentos normativos do art. 334.º do Código Civil, inteligindo o seu concreto significado no ordenamento jurídico português e permitindo a sua mobilização para a resolução de problemas jurídicos bastante diversos.

Sumário: 1. Introdução ao tema do abuso do direito. 2. Evolução histórica do instituto e respetivo tratamento dogmático-jurisprudencial; perspetiva comparatística. 3. O abuso do direito como princípio normativo (CASTANHEIRA NEVES). 4. Limites ao exercício do direito subjetivo; distinção com a falta de direito. 5. A previsão do art. 334.º: a *vis expansiva* do abuso. 5.1 Os bons costumes: terceira modalidade de ilicitude? 5.2 A boa fé. 5.3 O fim social ou económico do direito. 5.3.1 O fim pessoal ou económico do direito. 5.3.2 O fim social do direito; em especial, a função social da propriedade. 6. As consequências do ato abusivo. 7. Aspetos conclusivos.

* Advogado-estagiário – Cerejeira Namora, Marinho Falcão, Sociedade de Advogados.

1. Introdução ao tema do abuso do direito

Propomo-nos a inquirir sobre os limites da atuação humana a coberto de uma autorização legal e, por conseguinte, sobre a função *praeter legem* do juiz de harmonização entre vetores conflituantes – por um lado, o princípio de que o titular de um direito ou liberdade é livre no *se* e no *como* do seu exercício; por outro, o princípio de que a ninguém é lícito causar injustamente um dano a outrem. O problema do abuso do direito, dos mais melindrosos quesitos suscitados perante o jurista na sua tarefa de interpretação e aplicação do Direito, desde os seus primogénitos que despoletou uma abrasada luta doutrinal e jurisprudencial. Se o quisermos definir em termos sumários, sem ainda tomar partido de qualquer posição, arrojamo-nos a tomar gozo das singelas palavras de CARVALHO FERNANDES, para quem a problemática do abuso do direito consistirá em “averiguar se o titular do direito, enquanto se contiver no âmbito dos poderes que lhe estão conferidos e os exercer sobre o bem que constitui o seu objeto, goza de total liberdade no seu exercício”¹. O que nesta sede se questiona é a admissibilidade do exercício de uma faculdade que, não obstante contida na definição formal e abstrata de uma posição jurídica reconhecida e tutelada pela ordem jurídica, ou decorrente até da própria capacidade jurídica para agir, contravenha determinadas valorações acolhidas pelo Direito. Dirão alguns que o ordenamento jurídico não poderá aceitar a injustiça de facto originada por aquele exercício. Nas palavras argutas de MIRANDA BARBOSA, que a nossa modéstia apenas ousará citar, diremos que “é legítimo aventar que, nalguns casos clamorosamente atentatórios do sentido do justo, em que se discirna aquela contradição entre o exercício do direito – qualquer que ele seja, na sua estrutura valorativa ancorada na pessoalidade – e um princípio normativo – de precaução ou prevenção, isto é, de cuidado pelo outro -, chancelada como um abuso do

¹ CARVALHO FERNDANDES, Luís A., *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II: Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica, 5.ª ed., Universidade Católica, Lisboa, 2010, pág. 613. Para PESSOA JORGE, exercer o direito significa “realizar as possibilidades de ação que constituem o conteúdo dele” (*apud.*, BOULOS, Daniel M., *Abuso do direito no novo Código Civil*, Método, São Paulo, 2006, pág. 176).

direito, a força da materialidade suplante a certeza do positivado em termos legislativos”².

A complexidade do assunto agora versado (se é que realmente tem autonomia dogmática, que nem nisto a doutrina é unânime³) reside, sobretudo, na dificuldade técnico-dogmática – isto é, na espinhosa tendência do cultor do Direito de se refugiar nas cláusulas gerais e nas indeterminações de um discurso pomposo⁴ - de captar a essência de um comportamento jurídico *secundum legem*

² MIRANDA BARBOSA, Mafalda, “Um caso de resarcimento de danos puramente patrimoniais – comentário ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Setembro de 2016 (Processo nº1952/13.6.TBPVZ.P1.S1)”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 3, n.º 2, 2017, pp. 472-473.

³ ROTONDI, por exemplo, é da opinião de que o abuso do direito não existe como figura civilística. Do que se poderia falar é, na verdade, de um *ccesso di diritto* [veja-se CARAVAGLIOS, Adelaide, “...*Male Nostro Iure Uti Non Debemus*: Abuso del Diritto o Eccesso di Potere nell’Esercizio di un Diritto?”, in REINOSO BARBERO, Fernando (coord.), *Principios Generales del Derecho. Antecedentes Históricos y Horizonte Actual*, Thomson Reuters, Madrid, 2014, pág. 663, nota 3]. No seu entender, os limites do exercício do direito seriam fornecidos pelo concreto interesse do sujeito pressuposto na atribuição desse poder. Ou seja, se o direito atribui certos poderes para a prossecução de um determinado interesse do seu titular, sempre que esse interesse não fosse prosseguido deixaria de existir um direito, e então defrontar-nos-íamos perante um exercício exorbitante de poderes.

Também é sobejamente conhecida a acusação de logomaquia de PLANIOL, para quem a expressão “abuso do direito” inevitavelmente entroncaria numa contradição: ora, se há abuso, não há direito; e se há direito, não se entende como se poderá abusar do mesmo. Nas suas próprias palavras: “se eu uso o meu direito, o meu acto é lícito; e quando ele é ilícito, é porque ultrapassou o meu direito e ajo sem direito” (*apud.*, COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel, *Do Abuso do Direito: Ensaio de um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais*, Almedina, Coimbra, 1983, pág. 45, nota 92). Mas, como realça entre nós OLIVEIRA ASCENSÃO, “uma coisa é demarcar o conteúdo abstracto do direito, outra é determinar funcionalmente que poderes poderão ser exercidos” (OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, *Direito Civil: Teoria Geral*, Vol. 3: Relações e Situações Jurídicas, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 267). A intrínseca contrariedade da figura também perpassa pelo manuscrito de SACCO. O Autor sustenta que «se l’abuso è una sottocategoria dell’uso, e uso vale esercizio, e l’esercizio del diritto è per definizione il comportamento coperto da una qualificazione e una garanzia di conformità al diritto, è sinceramente difficile concepire un abuso qualificato come illecito» (*apud.*, DI MARZIO, Fabrizio, “Divieto di Abuso e Autonomia Contrattuale d’Impresa”, *Rivista di Diritto Civile*, Ano 57, n.º 4, Wolters Kluwer, Padova, Julho/Agosto de 2011, pág. 493). Porém, conforme argumenta DI MARZIO, facilmente se poderá retorquir que a tal antinomia desaparece ao distinguir o plano do reconhecimento ou da atribuição do direito (o plano abstrato da titularidade) do plano do exercício do direito (o plano concreto). Se é verdade que um direito não pode ser ao mesmo tempo reconhecido e não reconhecido, tal não desmente que um direito reconhecido possa, em concreto, ser exercido para além dos limites da sua atribuição.

⁴ Um breve perscrutar pela jurisprudência portuguesa encontrará quase sempre a referência à monólica frase de VAZ SERRA: “pode dizer-se, de um modo geral, que há abuso do direito quando o direito, legítimo (razoável) em princípio, é exercido, em determinado caso, de maneira a constituir clamorosa ofensa do sentimento jurídico socialmente dominante” (VAZ SERRA,

e, simultaneamente, *contra ius*, ou seja, de arrolar argumentos quer a favor quer contra um suposto *right to do wrong*⁵; algo que, necessariamente, levará o jurista a indagar sobre o verdadeiro sentido da atribuição de direitos subjetivos, faculdades, etc.. Mobilizam-se aqui os conceitos de liberdade e de direito, de responsabilidade e de imunidade, e confronta-se um sistema jurídico orientado num sentido individualista com um modelo organizatório de fundo solidarista⁶.

Para certos autores, como CASTANHEIRA NEVES, tratar-se-ia, e com superação do conceitualismo do Iluminismo e do Liberalismo que encaravam os direitos subjetivos como absolutos (“absolutos porque são pensados como puras idealidades lógicas”⁷), da descoberta da “natureza teleológica e materialmente fundada dos direitos subjetivos”, através da sua compreensão como uma intenção normativa constituída por um específico fundamento axiológico-normativo que delinearia a sua estrutura formal e abstrata⁸. O exercício desrespeitador dessa estrutura, ainda que aparentemente sob a veste da regularidade, seria um exercício abusivo, sindicável pelo juiz no caso concreto. O abuso do direito será então, no entender do douto Autor, um problema metodológico de realização do Direito no caso concreto: “o que aí vemos [no abuso do direito], mais do que uma

Adriano Paes da Silva, "Abuso do Direito (em Matéria de Responsabilidade Civil)", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 85, Lisboa, Abril de 1959, pág. 253.

⁵ Conforme destaca PINO, do que se trata não é de uma simples “imoralidade” do exercício do direito – uma avaliação que é completamente despicienda para o Direito – mas sim de um exercício que a axiologia imanente da ordem jurídica avalie como censurável, porque contrário a certos valores (éticos, sociais, económicos, etc.) normativamente revelados – aquilo que impropriamente e sem grandes preciosismos se poderá nominar de uma “moral jurídica” - e que suplantam e talham as prescrições jurídicas especificadas (PINO, Giorgino, “L'esercizio del Diritto Soggettivo e i suoi Limiti. Note a Margine della Dottrina dell'Abuso del Diritto”, *Ragion Pratica*, n.º 24, 2005, pp. 1-2). Na doutrina italiana afirma-se que “dal momento che se si abusa lo si fa per ottenere risultati e/o finalità non consentite dall'ordinamento giuridico” e que “l'abuso è il risultato (*rectius la conseguenza*) di un uso scorretto del proprio *ius* per ottenere degli effetti che altrimenti sarebbero vietati” (CARAVAGLIOS, *cit.*, pág. 669). Mal esteve, portanto, o Ac. do TRLisboa de 01-10-2009 (BRUTO DA COSTA), quando fala na “moralidade [?] dos actos praticados no exercício de direitos”.

⁶ Neste sentido, GAMBARO, Antonio, “Abuso del Diritto (Diritto Comparato e Straniero)”, in AA.VV., *Enc. giur. Treccani*, I, Istituto della Enciclopedia It, Roma, 1988, pág. 1.

⁷ CASTANHEIRA NEVES, António, *Questão-de-facto - Questão-de-direito*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1967, pág. 515.

⁸ Neste sentido, CASTANHEIRA NEVES, *cit.*, pp. 523-524.

nova figura dogmática de transacção e de transição, é o revelar-se de uma diferente dimensão metodológica exigida por um revisto sentido de juridicidade"⁹, “uma juridicidade que deixou de medir-se por uma validade lógico-ideal de fundamento apenas legal, para se medir por uma validade jurídica concreta de fundamento axiológico-normativo”¹⁰.

A contribuir para a geral incompreensão desta figura avulta ainda o facto de o legislador português ter reconduzido à mesma epígrafe (“Abuso do direito”) uma gama bastante heterogénea de figuras jurídicas, dificilmente se podendo considerar o art. 334.º do Código Civil um corpo normativo unitário¹¹.

⁹ *Idem.*, pág. 527.

¹⁰ *Idem.*, pág. 528. Conforme esclarece MIRANDA BARBOSA, para CASTANHEIRA NEVES o abuso do direito configura-se “como uma contradição entre os dois pólos que entretêm o direito subjectivo. A sua estrutura formal reconhecida pelo ordenamento jurídico e o fundamento normativo que integra esse mesmo direito e lhe confere materialidade devem estar em conformidade. Quando esta não é detectada, ocorre o anunciado abuso. Já não se procuram fundamentos exteriores para a sindicância do exercício do direito [o “sentimento ético-jurídico dominante”, o “sentimento jurídico socialmente dominante”, etc.]. É o próprio conteúdo deste que é sindicável por referência ao seu fundamento axiológico, sem perder de vista a situação concreta em que surge invocado” (MIRANDA BARBOSA, Mafalda, *Liberdade vs. Responsabilidade: a Precaução como Fundamento da Imputação Delitual: Considerações a Propósito dos Cable Cases*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 310-311). Outra via de superação do absolutismo dos direitos subjetivos sonda-se em ORLANDO DE CARVALHO, sintetizada em MIRANDA BARBOSA, *Liberdade*, *cit.*, pp. 312-315. Veja-se, por último, a posição acaudilhada pela Autora em *idem.*, pp. 317 e ss..

Sem prejuízo do justo respeito de que estes Autores são credores, não consignaremos tempo excessivo a estas altercações teóricas. Entortamo-nos para um estudo pragmático, destinado a fornecer mais um guia ao aplicador do Direito do que uma interpelação dogmática ao puritano recôndito no seu estudo. Basta-nos recordar que o Direito, como ciência social, vive da razoabilidade prática, da sua capacidade para nortear comportamentos em vista de um fim (que se diz ser o “justo”) – o instituto do abuso, para nós, é um dos vários móveis do princípio da justiça material, compartilhando com a equidade, neste aspeto, a função de retificação do defeito da lei decorrente da sua universalidade (para quem quiser “começar pelos gregos”, ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 3.ª ed., Quetzal, Lisboa, 2009, pp. 140-142), assegurando que ninguém se possa valer da égide do Direito para a prática de atos “manifestamente” (art. 334.º) contrários aos ditames de uma ordenação justa, proporcional e equilibrada das relações sociais em que, em último caso, se dissolvem as cláusulas da boa fé, dos bons costumes e da finalidade económica ou social dos direitos. “Através do abuso, a ordem jurídica reage aí, como se disse acima, à *injustiça da situação de facto* que se produziria em virtude um comportamento inconsequente” (CARNEIRO DA FRADA, Manuel A., *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 861).

¹¹ Entendendo o art. 334.º como uma norma de acolhimento de realidades juridicamente díspares, CARNEIRO DA FRADA (*Teoria da Confiança*, *cit.*, pág. 840). *In extremis*, OLIVEIRA ASCENSÃO (*Teoria Geral*, *cit.*, pág. 292) defende que não há, na ordem legislada portuguesa, um instituto do

2. Evolução histórica do instituto e respetivo tratamento dogmático-jurisprudencial; perspetiva comparatística.

O “abuso do direito” - assim batizado por LAURENT - conheceu o seu dealbar na jurisprudência francesa da segunda metade do século XIX¹², relativamente ao exercício disfuncional e danoso do direito de propriedade, configurado como o protótipo do direito subjetivo¹³.

abuso do direito, mas sim “um nome, sob o qual se albergam realidades díspares” e cujo único ponto de arrimo é o facto de se traduzirem em limites ao exercício do direito.

¹² Por todos, CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto, *Abuso do Direito*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 51 e ss.. A categorização dogmática do exercício anormal do direito, contudo, remonta ao pensamento jurídico medieval. Uma tal hipótese – o exercício antijurídico de um direito subjetivo – apareceria absurda, invocando-se para o efeito o adágio *che qui iure suo utitur neminem laedit*. “Senza dubbio, astrattamente considerato, l’abuso di diritto è un assurdo, in quanto se esite un diritto, il suo uso è sempre lecito, e se il diritto non esiste si ha un comportamento antigiuridico” (GUALAZZINI, Ugo, “Abuso del Diritto. b) Diritto Intermedio”, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. I, Giuffrè, Milão, 1958, pág. 163). Todavia, o mesmo Autor denota como os autores medievos – em especial, os pós-glosadores (MENEZES CORDEIRO, António, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1997, pág. 673) - lograram um entendimento relativamente coeso sobre o exercício antissocial de uma posição jurídica, que se verificaría sob dois pressupostos cumulativos: (i) a existência de um direito formalmente protegido; e (ii) uma atuação que, embora não vetada pela lei, por ela não completamente ou diretamente aprovada. Estaríamos perante um abuso objetivo de direito, distinto de uma ilegalidade *tout court* (dada pela violação de uma norma vigente). Distinto deste abuso objetivo será o abuso subjetivo, cuja “anomalia” se detetara na finalidade prosseguida pelo titular do direito e na sua desconformidade com a intenção do legislador na atribuição desse direito àquele sujeito (a tutela de interesses reais do titular do direito e não a concessão de um instrumento para arrecadar um dano a outrem). Vedar-se-ia, assim, o exercício fútil de um direito (no sentido de não arrecadar qualquer utilidade para o seu titular que não uma simples satisfação capciosa) dirigido a provocar danos na esfera de outrem. Estava então consagrada, no Direito Intermédio, a teoria da *aemulatio* ou dos atos emulativos. Sobre a *aemulatio*, em especial os seus antecedentes romanísticos, veja-se MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé*, cit., pp. 673 e ss., e CUNHA DE SÁ, cit., pp. 48-49. Sem entrar em grandes detalhes, basta relembrar como para os romanos o *bonum et aequum* era o fim último a que devia tender o *ius* (CARAVAGLIOS, cit., pág. 664, nota 5).

¹³ “A ideia do abuso do direito aparecia como estranha à mundividência individualista da época” (MIRANDA BARBOSA, *Liberdade*, cit., pág. 304). Veja-se os apontamentos históricos de BOULOS, cit., pp. 33-35, de FORTES, Cátia Venina, “As semelhanças e as diferenças entre o artigo 334.º do código civil português e o artigo 187 do código civil brasileiro”, *Revista de Direito Civil*, n.º 0 (2015), Almedina, Lisboa, 2015, pp. 138-139, e de CUNHA DE SÁ, cit., pp. 47-51, este último realçando nitidamente o contexto histórico-social, brotado do triunfo das instituições burguesas e do esfalfamento da propriedade fundiária, em que surgiu a teoria do abuso do direito. Estudiosos como PIRAINO (PIRAINHO, Fabrizio, “Il Divieto di Abuso del Diritto”, *Europa e Diritto Privato*, n.º 1, Giuffrè, Milão, 2013, pp. 78-79) entendem que o abuso do direito surgiu como uma figura contrastante com os valores da igualdade e da liberdade desabrochados da Revolução Francesa, visando reagir ao absolutismo dos direitos e – como seu corolário - ao acentuado formalismo legal (a “idolatria da lei”), na expressão de BARCELLONA, Mario, “L’abuso del Diritto: dalla Funzione

Sendo o Código Napoleónico, de índole marcadamente individualista e patrimonialista, silente a este respeito, questionava-se se todo o exercício de um direito subjetivo era legítimo – precisamente porque *expressão* desse direito – ou se a tutela do Direito deveria ser negada àqueles atos que, embora reconduzindo-se aos limites de um direito, eram tidos pela consciência social como abusivos ou inadmissíveis, dado serem movidos pelo intuito de prejudicar outrem¹⁴. Parte da doutrina advogava a insindicabilidade do exercício jurídico que não tivesse ultrapassado os limites estabelecidos pela lei, entendendo esses juristas que o dano provocado pelo exercício de um direito é “impossível de acontecer”, “aparente”¹⁵ ou, por outro lado, existente quanto juridicamente irrelevante, pois que contido na própria ideia de direito¹⁶. Outra parte da doutrina, provendo-se a colmatar os exageros do individualismo jurídico¹⁷, invocava a insuficiência de uma simples legitimidade formal, embora claudicando-se no propósito de determinar um critério unitário para a determinação das formas abusivas do

Sociale alla Regolazione Teleologicamente Orientata del Traffico Giuridico”, *Rivista di Diritto Civile*, Ano LX, n.º 2, Wolters Kluwer, Milão, 2014, pág. 467).

¹⁴ PATTI, Salvatore, “Abuso del Diritto”, in AA.VV., *Digesto delle Discipline Privatistiche: Sezione Civile*, 4.a ed., UTET, 1998, Torino, pág. 2.

¹⁵ CAZZETTA, Giovanni, “Abuso del Diritto e Forma di Unità del Giuridico”, *Rivista di Diritto Civile*, Ano LXIII, n.º 3, Wolters Kluwer, 2017, Milão, pág. 567.

¹⁶ *Idem.*, pág. 568. Tal ideia – que quem exerce um direito não responde pelos danos causados pelo seu exercício – vertia-se no dispositivo do art.º 13.º do Código de Seabra, o qual dispunha “quem, em conformidade com a lei, exerce o próprio direito, não responde pelos prejuízos que possam resultar d’esse mesmo exercício”. Veiculando o mesmo princípio, dispunha o § 1305 do Código Austríaco de 1811 que “aquele que faz uso do seu direito dentro dos limites jurídicos, não tem de responder pela desvantagem correspondente para com outro” (seguimos a tradução de MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé*, cit., pág. 695). Tributários do princípio *qui iure suo utitur*, entendia-se – não sem uma certa contestação – que “se a ordem jurídica atribui a alguém, em seu benefício exclusivo, um direito para a realização dos seus interesses, o seu titular, ao actuar em conformidade com as faculdades que lhe são reconhecidas, não lesa outrem. E se, eventualmente, causar danos, tal facto não pode ser desfavoravelmente valorado pelo Direito” (CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, cit., pág. 621).

¹⁷ “A ideia era então que os direitos subjectivos eram em princípio absolutos, no sentido de que as faculdades que conferiam eram de exercício inteiramente livre para o seu titular” (CASTRO MENDES, João de, *Direito Civil: Teoria Geral* (colab. Armindo Ribeiro Mendes), Vol. I, 2.a ed., 2.ª reimpr., AADFL, Lisboa, 1997, pág. 356). “Ideário que marcado pela exaltação do homem, e dos seus direitos «naturais e sagrados», assegurava a licitude de todos os seus actos, desde que não proibidos por lei, como se proclama nos arts. 4.º e 5.º da «Declaração dos Direitos” (PENHA-GONÇALVES, Augusto, “O Abuso de Direito (Palestra no Centro de Estudos Judiciários em 27-06-1980)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. II, 1981, pág. 479).

exercício do direito¹⁸. É sabido, contudo, que esta última posição triunfou nos tribunais franceses: primeiro, em 1855, na famigerada decisão do tribunal de 1.º instância de Colmar, sobre a construção de uma chaminé falsa para projetar sombra na casa do vizinho; segundo, em 1913, na decisão do tribunal de 1.º instância de Compiègne, sobre a utilização de varas de ferro com pontas aceradas para perfurar os dirigíveis que saíam do hangar do vizinho¹⁹.

Em ambos os arrestos, é certo, as decisões proferidas fundamentam-se na provada intenção do proprietário de prejudicar outrem (o chamado *animus nocendi*), mas neles também já se diz que “o exercício do direito da propriedade tem por limite a satisfação de um interesse sério e legítimo”²⁰. Pelo caminho desmatado por esta jurisprudência surge uma nova sensibilidade jurídica – de matriz quer católica, quer socialista²¹ - já descrente da mundividência liberal segundo a qual da correspondência entre direito e liberdade²² resultaria inquestionável e insindicável o exercício daquele. Nova sensibilidade que, no

¹⁸ PATTI, *cit.*, pág. 2.

¹⁹ CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, pág. 622, nota 6. Coroando o entendimento oitocentista que realçava o ligame entre pessoa e propriedade (*vide* TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, 40.ª ed., CEDAM, Pádua, 2001, pág. 445, nota 1), o (ainda vigente) Código Napoleónico confere ao direito de propriedade um caráter quase sacrossanto, ao dispor no seu art. 544.º que “*la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue*”. Daí que não se deva subalternizar a importância dos arrestos citados, ao imporem limitações extrínsecas ao *droit de user et de abuser*. A valência do instituto do abuso do direito em temperar o despotismo do proprietário com considerações de ordem social – nomeadamente através da proscrição dos atos emulativos, isto é, dos atos praticados com intuito de prejudicar outrem – foi explicitamente referenciada, entre nós, pelo então Ministro da Justiça ANTUNES VARELA que, versando sobre o recente art. 334.º, disse que o mesmo “constitui, na verdade, um manancial inesgotável de soluções, através das quais a jurisprudência pode cortar cercas muitos abusos, harmonizando os poderes do proprietário com as concepções actuais e futuras acerca da propriedade” (*apud.*, SANTOS, Pedro, “Das Consequências do Abuso de Direito, *Revista de Direito Civil*, n.º 0 (2015), Almedina, Lisboa, 2015, pág. 219).

²⁰ PENHA-GONÇALVES, *cit.*, pág. 482.

²¹ SALVI, Cesare, “Abuso del Diritto. I) Diritto Civile”, in AA.VV., *Enc. giur. Treccani*, I, Istituto della Enciclopedia It, Roma, 1988, pág. 1, e BARCELLONA, *cit.*, pág. 468.

²² “Diritto (più estesamente, il diritto soggettivo) vuol dire libertà garantita all’individuo, o a un gruppo privato, da una norma giuridica: vuol dire potere di volontà ed azione che la norma concede al soggetto, o al gruppo, nei confronti di uno o di più, o di tutti gli altri soggetti dell’ordinamento” (RESCIGNO, *apud.*, CARINGELLA, Francesco, “L’atto Emulativo e L’abuso del Diritto”, in *Studi di Diritto Civile*, Tomo II, Giuffrè, Milão, 2005 pág. 1974, nota 52).

repúdio do “acético formalismo jurídico burguês”²³ próprio da segunda sistemática, postula como requisito de licitude do exercício que o mesmo se desenrole dentro dos escopos éticos e sociais em ordem aos quais o direito foi reconhecido pelo ordenamento jurídico.

Se, numa fase embrionária, o abuso do direito se adstringia às relações de vizinhança²⁴, e a proscrição da conduta abusiva mais não seria senão a proscrição de uma conduta emulativa, o fascínio – e por vezes o desencanto - que amotinou na dogmática contemporânea ampliou a sua vocação ao mesmo tempo que ia tornando progressivamente mais tortuoso um esforço de unificação de condutas “abusivas”. Precisamente por ser uma figura tão intimamente comprometida com os valores imanentes de uma *dada* ordem jurídica, com todas as contingências económicas, sociais e culturais que a quadram²⁵, vemo-nos na necessidade de proceder a um breve relance comparatístico, enunciando os diferentes contornos da receção do abuso do direito nos vários espaços jurídicos:

1. O art. 2.º do Código Civil Suíço, de 1907, que na sua primeira alínea prescreve que “cada um é obrigado a exercer os seus direitos e a executar as suas obrigações segundo as regras da boa fé”, prossegue na alínea seguinte dispondo que “o abuso manifesto dum direito não é protegido pela lei”. No anteprojeto do diploma suíço apenas constava a proibição de exercício do direito de propriedade com o escopo exclusivo de prejudicar outrem. Por opção do autor material do Código, HUBER, procedeu-se à generalização do preceito²⁶, sendo patente o ligame que o legislador teceu

²³ CARINGELLA, *cit.*, pág. 1975.

²⁴ Considerando a propriedade “il primo e principale campo d’applicazione del principio nell’esperienza francese”, princípio esse que serviu inicialmente para mitigar as consequências derivadas “dalle caratteristiche di absolutezza attribuite al diritto di proprietà”, PATTI, *cit.*, pág. 4.

²⁵ “Nesta controvérsia em volta da viabilidade da figura do «abuso do direito» detectam-se evidentes e irreprimíveis factores ideológicos, que naturalmente influem sobre a concepção geral do direito e da sua função numa sociedade organizada” (PENHA-GONÇALVES, *cit.*, pág. 480). Reforçando o caráter histórico, e não conceptual, do abuso do direito, *vide* SALVI, *cit.*, pág. 1.

²⁶ MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé*, *cit.*, pág. 697, nota 159.

entre o abuso e o princípio da boa fé²⁷, privilegiando o entendimento do abuso do direito como exercício não conforme com a boa fé²⁸. Porém, é igualmente notória a abstração do referido normativo: por um lado, não fornece um critério de identificação de um comportamento abusivo; por outro lado, refreou-se de densificar o que se deve entender por abuso “manifesto”. Em consonância com o art. 1.º, que atribui amplos poderes ao juiz, a norma do art. 2.º representa um reenvio ao livre operar do juiz, o qual gozará da possibilidade de decidir – na ausência (sobretudo) de uma disposição legal, mas também de uma norma consuetudinária – segundo a regra que ele próprio adotaria como legislador²⁹. Sublinhe-se, ainda, que a prática do art. 2.º n.º 2 foi, nos tribunais suíços, bastante pueril, e que nas poucas decisões judiciais sobre o assunto não se fazia referência à boa fé³⁰;

2. O legislador italiano³¹, rompendo quer com o projeto do Código Franco-Italiano das Obrigações, quer com o do próprio *Codice Civile* de 1942 (do projeto ministerial constava um artigo segundo o qual “ninguém pode exercer o próprio direito em contradição com o escopo para o qual o

²⁷ COUTINHO DE ABREU, *Do Abuso do Direito*, *cit.*, pág. 50, e PENHA-GONÇALVES, *cit.*, pág. 483.

²⁸ MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé*, *cit.*, pág. 698. Em especial, veja-se SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira, *Responsabilidades por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 536-539. Para a corrente maioritária, as duas alíneas que compõem o art. 2.º conteriam o mesmo pensamento material. A proibição do abuso do direito seria, pois, uma formulação pela negativa do princípio da boa fé – “a ideia seria a mesma, formulada uma vez de forma positiva e depois na negativa, pelo que a al. 2 (abuso do direito) não seria senão um reflexo ou imagem invertida da al. 1 (princípio da boa fé)” (*idem.*, pág. 536). Distinta é a tese capitaneada por MERZ: à proibição do abuso caberia uma função de “correção da norma”, enquanto que ao princípio de atuação segundo a boa fé pertenceria uma função de interpretação e de integração da norma.

²⁹ PATTI, *cit.*, pp. 2-3. Socorrendo-nos da síntese de MENEZES CORDEIRO, “o art. 2/2 exprime uma construção de tipo central, onde a lei, em vez de remeter para quaisquer critérios ou, mais simplesmente, de indicar margens dentro das quais deva ter lugar o exercício não abusivo do direito, utiliza, apenas, a nomenclatura francesa «abuso do direito», a partir da qual devem, depois, ser feitas as derivações competentes” (*Da Boa Fé*, *cit.*, pp. 697-698).

³⁰ MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé*, *cit.*, pág. 699.

³¹ Na literatura portuguesa, por todos, MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé*, *cit.*, pp. 701 e ss.. Na doutrina italiana, remetemos para PATTI, pp. 3 e ss..

direito lhe é reconhecido”³²) não contempla *apertis verbis* o abuso do direito. Isto não tolheu, porém, certos autores de reconstruir o princípio da proibição do abuso a partir dos dados normativos dos arts. 833.º e 1175.º, este prevendo que credor e devedor deverão agir segundo as regras da correção, e aquele, sistematizado sob a alçada do direito de propriedade, proibindo os atos que “*non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri*”³³. Cumpre mencionar que o termo “*scopo*” há muito que tem vindo a ser entendido num sentido subjetivo, equivalente a um *animus nocendi* do proprietário, cuja prova (por vezes diabólica) cabe àquele que reivindica um crédito indemnizatório; como se tem tradicionalmente admitido ser suficiente para salvar a legitimidade do ato a prova, por parte do proprietário, de que obteve um qualquer benefício (*utilità*) com o ato, o valor prático do art. 833.º é bastante coartado³⁴;

3. O legislador alemão, fiel ao contexto jurídico-cultural de onde emerge³⁵, recusou uma transposição acrítica do instituto francês³⁶. Pelo labor da pandectística do século XIX, fascinada ainda pelo direito romano antigo³⁷, as bases para o abuso do direito encontrar-se-iam na *exceptio doli* e na proibição da chicana. Na Parte Geral do BGB (1896), dispõe o seu § 226, sob a epígrafe “proibição de chicana”, que “o exercício de um direito é

³² Desenvolvidamente, SALVATORE ROMANO, “Abuso del Diritto. c) Diritto Attuale”, in AA.VV., *Enciclopedia del Diritto*, Vol. I, Giuffrè, Milão, 1958, pp. 166 e ss., BARCELLONA, *cit.*, pp. 478 e ss., e CARAVAGLIOS, *cit.*, pp. 667 e ss..

³³ Em sentido contrário, entendendo ser particularmente difícil a reconstrução teórica do abuso do direito no ordenamento italiano, PATTI, *cit.*, pág. 4.

³⁴ Vide PATTI, *cit.*, pp. 5-6, e CARINGELLA, *cit.*, pp. 1961 e ss.. Certa doutrina, porém, na tentativa de insuflar o art. 833.º de alguma utilidade prática, tem interpretado a expressão “*scopo*” num sentido objetivo, dispensando a prova do *animus nocendi*. Voltaremos *infra* à questão.

³⁵ A realidade social da Alemanha no início do séc. XX não era muito distinta da realidade francesa. Em particular, o direito de propriedade gozava do mesmo atributo de intangibilidade (“*assoluzza*”) que o Código Napoleónico lhe adjudicava, além de representar, como vimos, o modelo típico dos direitos subjetivos (PATTI, *cit.*, pág. 3).

³⁶ Assim, FORTES, *cit.*, pág. 141.

³⁷ MIRANDA BARBOSA, *Liberdade*, *cit.*, pág. 307.

inadmissível quando só possa ter o escopo de provocar danos a outrem”³⁸.

Os termos em que a disposição foi construída não lhe franquearam grande aplicação prática. Desde logo, ao exigir que o exercício inadmissível “só possa ter” por desígnio infligir danos, o seu campo de aplicação sofre uma evidente mutilação³⁹. Fracassando o § 226 “sobre a ruína prática e teórica da proibição da chicana”⁴⁰, a teoria da proibição do exercício inadmissível de direitos procurou na cláusula dos bons costumes o seu ponto de arrimo normativo. Falamos, pois, do § 826: “aquele que, de uma forma que atente contra os bons costumes, inflija dolosamente um dano a outrem, fica obrigado à indemnização do dano”. Paulatinamente, a doutrina alemã apresenta o § 826 como uma disposição para colmatar as lacunas da proibição da chicana, eventualmente perecendo o § 226 como solução jurídica relevante. Porém, também o § 826 conhece as suas limitações⁴¹: por um lado, ao exigir uma intenção dolosa, caiem fora da sua alçada as condutas negligentes; por outro, nem sempre a obrigação de indemnizar é um paliativo adequado para a correção de um exercício abusivo, reclamando-se também a sua anulação. Isto sem prejuízo da própria volatilidade do conceito dos bons costumes... “Nas insuficiências do §826, 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, indemnizações, e objectivo, por ignorar elementos atinentes ao agente, como o dolo ou a negligência”⁴². Tal disposição, na

³⁸ Do projeto do BGB constava apenas uma proibição do exercício do direito de propriedade com o escopo de prejudicar outrem (§887.º n.º 2: “um exercício da propriedade, que só possa ter o escopo de provocar um dano a um outro é inadmissível”). Em especial, veja-se MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé, cit.*, pp. 687 e ss..

³⁹ *Idem.*, pág. 690.

⁴⁰ *Idem.*, pág. 693.

⁴¹ *Idem.*, pág. 694.

⁴² *Idem.*, pág. 694.

última estação da “emigração” do tratamento científico desta matéria⁴³, foi encontrada no § 242, consagradora do princípio da boa fé: “o devedor está obrigado a executar a prestação tal como o exige a boa fé, com consideração dos costumes do tráfego”. Não surpreende, então, que, à semelhança do que ocorre no espaço jurídico helvético, “no direito alemão, o comportamento abusivo [seja] muito generalizadamente tratado como uma manifestação particular da conduta contrária à boa fé, e a respectiva teoria jurídica exposta a propósito do § 242, constituindo o abuso do direito um grupo de casos no âmbito desta norma”⁴⁴;

4. Por fim, o Código Civil grego de 1940⁴⁵ preceitua no seu monolítico art. 281.º, inspirador do nosso art. 334.^º⁴⁶, que “o exercício do direito é proibido se excede manifestamente os limites impostos quer pela boa fé e pelos bons costumes, quer pelo fim social e económico do mesmo direito”. Neste normativo, e confrontado com o dispositivo homólogo do código suíço, denota-se um alargamento considerável da previsão do abuso, relacionando-a não só com a boa fé mas também com os bons costumes e, por influxo do vanguardista legislador soviético⁴⁷, com o fim social e económico do direito⁴⁸.

⁴³ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade*, cit., pág. 541.

⁴⁴ *Idem.*, pág. 540.

⁴⁵ Seguimos CUNHA DE SÁ, cit., pp. 76 e ss..

⁴⁶ Isto não obstante o autor do anteprojeto em momento algum conter qualquer referência a legislação ou a jurisprudência estrangeira. Sobre a evolução histórica da consagração, entre nós, do abuso do direito, veja-se PENHA-GONÇALVES, cit., pp. 486 e ss..

⁴⁷ O art. 1.º do Código Civil de 1922 da República Federativa Socialista da Rússia dispunha que “os direitos são protegidos pela lei, salvo nos casos em que sejam exercidos em sentido contrário à sua destinação social e económica”. Conforme refere CUNHA DE SÁ, este e outros preceitos (como aquele do art. 4.º, em que a capacidade jurídica aparece dirigida ao “desenvolvimento das forças produtivas do país”), “não só autorizariam, como impunham, a análise social e económica de cada acto jurídico para apurar da sua conformidade ou desconformidade com a estrutura socialista do Estado e, só na primeira hipótese, lhe reconhecer a validade e garantir a protecção” (cit., pág. 69).

⁴⁸ Assim, PENHA-GONÇALVEZ, cit., pág. 483.

3. O abuso do direito como princípio normativo (CASTANHEIRA NEVES)

O reconhecimento do abuso do direito não se deve, contudo, deixar confundir com a sua positivação; e da sua eventual positivação na lei civil não se deverá inferir que o seu âmbito de aplicação não extravasa o direito privado comum⁴⁹. CASTANHEIRA NEVES, escarpelizando no direito subjetivo um postulado de intenção normativa que perpassa pela sua estrutura, ministra que “o «abuso do direito» apenas pode ter sentido (e foi determinado) pelo reconhecimento de princípios e exigências axiológico-jurídicas que vigoram acima e independentemente da «lei» - do seu conteúdo formal”⁵⁰. Detetando no princípio normativo que o abuso do direito se propõe exprimir uma afloração dos princípios do “direito justo”, emanções da própria “Ideia de Direito” que sobressaem à latitude (por vezes rarefeita) do direito positivo, o arguto jurista entronca numa conclusão que parece inevitável: que “a contradição entre o cumprimento da estrutura formalmente definidora de um direito e a violação concreta do fundamento que material-normativamente constitui esse mesmo direito” (assim define o abuso do direito⁵¹) é captável pelo juiz no caso concreto independentemente de uma prescrição positiva que lhe ordene essa confrontação entre forma e substância; é uma consequência, se quisermos, da própria função judicativa de aplicação do Direito no caso concreto num sistema jurídico que há muito superou as clássicas operações lógico-subsuntivas⁵². “Se assim é, se o abuso

⁴⁹ “De facto, e exemplificativamente, bastará pensar no significativo desenvolvimento em torno da categorização específica das deliberações sociais abusivas, na expansão e desenvolvimento específico da actuação abusiva no quadro jurídico-tributário, no reconhecimento de consequências juslaborais específicas da actuação abusiva no exercício de certas faculdades vinculadas, ou ainda no âmbito do direito processual, onde o abuso do direito de acção constitui também terreno fértil de discussão e aplicação do instituto” (GUERRA DE ALMEIDA, Tatiana, “Anotação ao art. 334.º”, in CARVALHO FERNANDES, Luís e BRANDÃO PROENÇA, José (coord.), *Comentário ao Código Civil: Parte Geral*, Universidade Católica, Lisboa, 2014, pág. 785).

⁵⁰ CASTANHEIRA NEVES, *cit.*, pág. 528.

⁵¹ CASTANHEIRA NEVES, *cit.*, pp. 524-525.

⁵² O Código Civil italiano de 1942 não contempla na sua literalidade o abuso do direito. Aparecem apenas “indícios” da sua existência, como a proibição de atos emulativos (art. 833.º). Todavia, para autores como SALVI, atenta a presença de normas que, versando sobre a propriedade, sobre as

do direito decorre do próprio entendimento normativo hodierno, então parece ter mais uma vez razão CASTANHEIRA NEVES quando diz que não temos de ficar presos às formulações legais que, com recurso a cláusulas gerais, aliás também elas denotadoras da superação de um pensamento positivista, pretendem resolver o problema. Não teremos, pois, de ficar presos ao artigo 334.º” – conclui MIRANDA BARBOSA⁵³.

4. Limites ao exercício do direito subjetivo; distinção com a falta de direito

Por regra, o direito pode exercer-se em todo o seu alcance. Como refere VON TUHR, os limites do direito são também os limites do seu exercício⁵⁴. Ainda como vetor genérico, o qual deverá nortear o discurso do aplicador do Direito, podemos dizer que no exercício de um direito próprio não é exigível ao seu titular que contrapese interesses alheios, visto que a lei, ao conceder o direito, reconheceu que os interesses do seu titular devem prevalecer sobre os interesses de terceiros⁵⁵ – o abuso é a exceção perante a regra geral da imunidade do exercício. As limitações decorrentes da lei estrita certamente abrirão exceção a esse princípio, mas, como nos parece evidente, daí não decorrerá uma limitação

relações obrigacionais e sobre a autonomia privada, consentem a sindicância do exercício de direitos com base em critérios não formais de valoração, é possível deduzir a vigência de um princípio geral de proibição do abuso (*cit.*, pág. 2). “La mancata sanzione del principio nel codice del 1942 – escreve o Autor – è apparsa quindi superata dalla presenza di norme espresse, per ciascuno dei grandi campi del diritto privato patrimoniale, che prevedono un controllo degli atti dei privati, non alla stregua dello «stretto diritto», ma in relazione a più ampi criteri di giudizio” (*loc. cit.*).

⁵³ MIRANDA BARBOSA, *Liberdade*, *cit.*, pág. 320.

⁵⁴ VON TUHR, A., *Teoria General del Derecho Civil Alemán* (tradução Tito Ravá), Vol. III, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 509.

⁵⁵ VON TUHR, *cit.*, pág. 511. “O direito subjetivo não é mais do que a situação de poder a que estruturalmente se reduz a situação de prevalência de um interesse sobre outro que foi conseguida na composição dos interesses. Abstraindo-se, ao nível da RJ [relação jurídica, abreviada pelo Autor] como conceito estrutural, o que nos resta dessa situação de prevalência é uma posição ou situação de poder em confronto da pessoa cujo interesse se sacrifica e que se coloca, portanto, numa posição de dever ou de sofrer” (ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, coord. Francisco Liberal Fernandes/Maria Raquel Guimarães/Maria Regina Redinha, 3.a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 101-102).

extrínseca ao direito, mas sim uma constrição à sua morfologia abstrata (uma limitação intrínseca, portanto).

A distinção entre limites intrínsecos (ou internos) e limites extrínsecos (ou externos) ao exercício dos direitos – com a inevitável consequência de que não existem “direitos absolutos”⁵⁶ – é conhecida da doutrina portuguesa. Ensina CASTRO MENDES que limites intrínsecos ao exercício dos direitos “são os que resultam da extensão do seu objeto ou do seu conteúdo”⁵⁷, ao passo que os limites extrínsecos acantonam-se em três sub-espécies: a) a não colisão com direito a que devem ceder; b) o respeito por ordens normativas e valores primariamente não jurídicos, mas recebidos pelo Direito; c) a adequação ao fim para o qual o direito foi concebido⁵⁸. Adianta CARVALHO FERNANDES que o apuramento dos limites intrínsecos, porque reconduzível à definição da extensão das faculdades que cabem ao seu titular, em consonância com o objeto e conteúdo do direito, implica uma tarefa de interpretação da lei⁵⁹. Diferentemente, a demarcação dos limites extrínsecos exigirá do aplicador do Direito a realização de uma concordância prática entre os valores da certeza jurídica, expressos na atribuição daquele direito àquela pessoa, e os valores (por vezes difusos e imperscrutáveis) de justiça material.

Estamos, então, em condições de distinguir o abuso do direito da falta do direito⁶⁰. Pressuposto para a verificação de um comportamento abusivo é o de

⁵⁶ Assim, CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, *cit.*, pág. 613.

⁵⁷ “Por conteúdo do direito subjectivo entende-se, genericamente, o conjunto de faculdades que a ordem jurídica põe à disposição do seu titular para realização do interesse a que o direito se dirige” (CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 6.a ed., Almedina, Lisboa, 2009, pág. 199).

⁵⁸ CASTRO MENDES, *cit.*, pp. 353-354. Segundo uma outra perspetiva, como aquela de PESSOA JORGE (veja-se, criticamente, CUNHA DE SÁ, *cit.*, pp. 110-112), pode-se distinguir entre os limites do direito e os limites do exercício. Os limites do direito são os que decorrem da definição do direito subjetivo, isto é, das faculdades que integram o seu conteúdo – são limitações específicas ao direito. Já os limites do exercício decorrem das instruções sobre o modo de exercício do direito, instruções essas que são genéricas, aplicáveis ao exercício de todo e qualquer direito.

⁵⁹ CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, *cit.*, pág. 613.

⁶⁰ CUNHA DE SÁ esboça três hipóteses de comportamento do titular de certo direito subjetivo: a) “tal comportamento conforma-se quer com a estrutura do direito subjectivo exercido, isto é, com a sua forma, quer com o valor normativo que lhe está inerente”; b) “o comportamento do titular é,

que o legislador não tenha já previsto *a priori* todas as modalidades materiais em que a posição de vantagem se pode manifestar. Se, pelo contrário, tiver sido prevista uma disciplina específica sobre os formatos que o exercício do direito pode revestir e o titular violar um desses formatos, não há abuso do direito, mas sim falta do direito⁶¹. Segundo GIORGINO PINO, “a operatividade da doutrina do abuso do direito é neutralizada na presença de uma disciplina normativa pontual e caprichosa”⁶². Se, atendendo ao objeto ou ao conteúdo do direito (o mesmo é dizer, aos seus limites intrínsecos, definidos quer legal, quer convencionalmente), não houver uma estrutura formal-conceitual de um poder jurídico a que se possa subsumir um dado comportamento humano (na ausência, portanto, de uma situação juridicamente reconhecida e tutelada⁶³), então o que temos é, verdadeiramente, uma situação de falta de direito – categoria jurídica que se traduz numa ausência completa de poder jurídico⁶⁴.

logo em si mesmo, contrário ou disforme da própria estrutura jurídico-formal do direito subjectivo em causa”; c) “o comportamento preenche na sua materialidade, *in actu*, a forma do direito subjectivo que se pretende exercer, mas, do mesmo passo, rebela-se contra o sentido normativo interno de tal direito, isto é, contra o valor que lhe serve de fundamento jurídico” (*cit.*, pp. 465-466). Só no primeiro caso enunciado, porque contido na estrutura formal do direito e respeitador do valor que juridicamente funda o sentido desse direito, é que se pode falar num ato regular de exercício desse mesmo direito. A segunda hipótese – prossegue CUNHA DE SÁ com inteira propriedade – revela um comportamento que posterga o direito na sua configuração jurídico-formal, de modo tal que o agente atua sem direito; fala-se num excesso, numa falta ou numa carência de direito. A última hipótese divisada pelo Autor – aquela em que “o comportamento do titular [preenche] a estrutura do direito subjectivo, mas que, pelos precisos termos em que aparece ou pela exacta situação em que surge, a sua realidade material não [cumpre] aquele mesmo valor normativo que é o fundamento jurídico de tal direito subjectivo” (*idem.*, pág. 467) – é a única que configura um exercício abusivo de um direito. Para o Autor, nas duas últimas hipóteses deparamo-nos com uma atuação fora do direito, “porque se ultrapassaram os limites que a ordem jurídica assinala ao mesmo direito”; o que as distingue é que na primeira “foram excedidos os limites lógico-formais do direito”, ao passo que na última subespécie “são os limites axiológico-materiais do mesmo direito que a situação concreta desrespeita” (*idem.*, pág. 468). Esta diferença estruturante – de um lado, um ilícito formal; do outro, uma “ilegitimidade” material – autonomiza científica e dogmaticamente o fenómeno abusivo perante o ilícito *tout court*. Só com subversão desta realidade, realidade essa olvidada por PLANIOL, se poderá dizer que o abuso do direito encerra numa “logomaquia” (*idem.*, pp. 469-471).

⁶¹ Seguimos fielmente PINO, *cit.*, pág. 8.

⁶² *Loc. cit.*

⁶³ GUERRA DE ALMEIDA, *cit.*, pág. 786.

⁶⁴ CARINGELLA, embora usando a expressão *eccesso del diritto*, distingue-o do abuso do direito através de um critério de percepção (*cit.*, pp. 1975-1976). No excesso (ou na falta de direito, que é dizer o mesmo), a ilicitude do *ager* é facilmente perceptível, dado não se registar a aparência de

Esta distinção entre falta e abuso parece estar presente na contraposição entre a representação sem poderes (art. 268.º) e o abuso de representação (art. 269.º). Conforme explica a nossa jurisprudência, enquanto a representação sem poderes “implica que o representante atue em representação de outrem sem dele possuir quaisquer poderes”, já o abuso de representação “pressupõe a existência de poderes que, em concreto, sejam usados em desconformidade com a vontade do representado”⁶⁵. Neste último caso, o representante, embora atue formalmente dentro do perímetro dos poderes que lhe foram outorgados, utiliza conscientemente esses poderes em sentido contrário ao seu fim ou às indicações do representado⁶⁶.

Se – outro exemplo, ainda mais claro – o proprietário de um terreno erguer um muro no terreno do seu vizinho, não há naturalmente abuso do direito de propriedade, mas sim (evidentemente!) falta de direito. Como bem nos diz OLIVEIRA ASCENSÃO, «quem “exerce” um direito sem o ter não abusa do direito, porque não tem direito de que abusar»⁶⁷. Note-se que a preocupação em se estabelecer esta distinção não é exortada por um puritanismo científico; pelo contrário, as consequências da falta do direito e do abuso do direito – ainda que, no caso concreto, o possam ser – não serão ontologicamente as mesmas. Poderá acontecer que o efeito prático pretendido pelo titular do direito se produza mas que, sopesados os interesses conflituantes e concluindo-se que o sujeito que encabeça o direito exerce-o no caso concreto de forma abusiva, seja reclamada a supressão ou mitigação dos seus efeitos lesivos (“emulativos”, “chicaneiros”,

conformidade do comportamento com o conteúdo do direito – o transvasar dos limites definidos pelo legislador é manifesto, inequívoco e é indiferente (porque não depende destas) a valorações ético-axiológicas. Essa aparência com o programa legislativo, pelo contrário, seria a pedra de toque da conduta abusiva. Imprescindível para o controle do abuso do direito é, portanto, a interposição do juiz que, “*conocedor del particularismo, del detalle*” (SOTELO, *apud.*, IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, Rafael, *El Abuso del Derecho y el Fraude de Ley en el Derecho del Trabajo*, Colex, Madri, 1989, pág. 22, nota 21), sopesará os vários valores em jogo.

⁶⁵ Ac. do TRLisboa de 17-05-2016 (ROSA RIBEIRO COELHO).

⁶⁶ Ac. do TRLisboa de 09-10-2003 (ARAÚJO BARROS).

⁶⁷ OLIVEIRA ASCENSÃO, «O “Abuso do Direito” e o Artigo 334.º do Código Civil: uma recepção transviada», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano – no Centenário do seu Nascimento*, Vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2006, pág. 610.

“antissociais”, “iníquos”, “desproporcionais”), o que poderá conduzir a uma inabilitação parcial das suas consequências (v.g., admite-se o desvio do curso natural das águas para proveito próprio, mas impõe-se a obrigação de indemnizar o vizinho pelos danos causados à sua colheita a jusante) ou, no caso mais extremo, quando se entenda que o único móbil que presidiu à atuação do agente foi a intenção de prejudicar outrem, a eliminação *in integrum* do exercício^{68/69} (v.g., se o desvio do curso natural das águas apenas tiver em vista prejudicar a colheita do vizinho, a sanção adequada, sem prejuízo da indemnização pelos danos sofridos, será a restituição do curso original).

VAZ SERRA leciona: “os direitos podem ser concedidos pela lei apenas em vista de certos fins e, então, se são exercidos para fins diferentes desses, não pode dizer-se que se trata de verdadeiro exercício de um direito, mas de falta de direito”⁷⁰. Esses direitos de que o solerte Mestre do Direito fala serão, desde logo

⁶⁸ Como auxílio de raciocínio, perscrutemos o exemplo de MANUEL DE ANDRADE (encontrado em COUTINHO DE ABREU, *cit.*, pág. 20, nota 23): o dono de um terreno impróprio para cultura abre nele um poço, motivado unicamente pela intenção de prejudicar a agricultura do seu vizinho a jusante. Duas sanções para este comportamento abusivo são abstratamente configuráveis: ou o proprietário é mandado a entulhar o poço, e tudo se passaria como se o poder de abrir o poço não integrasse as faculdades do direito de propriedade sobre aquele terreno (e, então, a consequência, a que pode acrescer a obrigação de ressarcir os danos causados, é a mesma que a da falta de direito), ou o proprietário apenas incorre na obrigação de ressarcir o dono do prédio vizinho pelo prejuízo causado (e aqui o abuso logra autonomia em relação à falta do direito). Neste último caso, não há uma exclusão ou negação do direito de que se abusou – e que redundaria na mesma consequência que a carência de direito, equivalente a um ilícito *tout court* -, mas a “remoção ou neutralização dos efeitos [lesivos, ressalvamos], jurídicos ou práticos, decorrentes do abuso” (PENHA-GONÇALVES, *cit.*, pág. 20), neste caso através da cominação de um débito indemnizatório. Defendendo a autonomia do ato abusivo perante o ato formalmente ilegal, cfr. CUNHA DE SÁ, *cit.*, pp. 109 e 496 e ss.

⁶⁹ Claro que no exemplo pressuposto idealizamos apenas a modalidade de abuso por violação da finalidade económica do direito (*in casu*, de propriedade). Corolário também da falta de unidade deste instituto, as considerações a que procedemos não são aplicáveis às demais formas de abuso mencionadas pelo legislador de 1966, pois que nelas inexistiria um direito *propriu sensu* de que se abuse. O que desvendamos em tais casos são apenas atuações reconduzíveis a simples liberdades ou faculdades, geradoras de uma injustiça de facto – divergência insanável com os bons costumes ou a boa fé - com a qual o Direito não pode comorar. Por exemplo, na responsabilidade pela confiança tem-se vindo a entender que “a estratégia jurídica mais adequada [é] a de sancionar o abuso do direito mediante a paralisação ou inibição do efeito jurídico que a conduta contrária à *fides se destinava a produzir*” (BAPTISTA MACHADO, João, «Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”», *in Obra Dispersa*, Vol. I, Scientia Iuridica, Braga, 1991, pág. 403).

⁷⁰ VAZ SERRA, *cit.*, pág. 257.

e necessariamente, os poderes-deveres ou poderes funcionais. O que caracteriza esses direitos é o facto de serem predispostos para a satisfação dos interesses de alguém que não o seu titular, sendo portanto residual o espaço de autodeterminação deste último⁷¹. Essa consignação às necessidades de outrem implicará que a pessoa investida no poder-dever não é livre nem no *quando* do exercício - terá de o exercer sempre que o interesse titulado pelo poder funcional o exigir - nem no *quid* do exercício - terá (em vez de “poderá”) de atuar de um certo modo, de forma a satisfazer o supradito interesse⁷². É a função desses direitos que os define, determinando o seu conteúdo⁷³. Se houver uma desconformidade ou desfalque entre as coordenadas finalísticas incrustadas na estrutura do poder-dever e o concreto exercício (ou omissão), não há abuso do direito, mas sim, no caso de uma conduta positiva disfuncional, falta de direito, e,

⁷¹ Distinguindo os direitos subjetivos dos poderes-deveres, MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.a ed. (António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 179.

⁷² Interessante é o paralelismo que se tem feito com o desvio de poder (*vide*, por todos, CUNHA SÁ, *cit.*, pp. 536 e ss.), vício da atividade administrativa que ocorre sempre que os poderes discricionários atribuídos legalmente à Administração Pública para a prossecução do interesse público concreto “são usados pelo órgão competente com fim diverso daquele para que a lei os conferiu ou por motivos determinantes que não condigam com o fim visado pela lei que conferiu tais poderes” (MARCELLO CAETANO, *apud*. COUTINHO DE ABREU, *cit.*, pág. 80). A aproximação entre, por um lado, os poderes-dever e, por outro, os poderes discricionários da Administração ancorar-se-ia no facto de, em ambos os casos, as prerrogativas em que estão investidos os respetivos sujeitos se terem de conformar, ao nível da atuação concreta, com o fim a que estão destinados. Paralelismo, contudo, que não deve levar a uma equiparação transdisciplinar entre os poderes deveres e os poderes em que a Administração Pública está investida para a prossecução do interesse público. Entre eles, ensina ORLANDO DE CARVALHO, apenas existem “semelhanças de superfície” (*cit.*, pág. 132). Para o Professor de Coimbra, a tensão existente – e suposta pela lei – entre a esfera de interesses do agente administrativo e a esfera do interesse público não se espelha nem se equipara à natural compenetração dos interesses implicados nos poderes deveres (o interesse do seu titular e o interesse alheio), dado o invólucro afetivo pressuposto nessa figura civilística (*idem.*, 133-134).

⁷³ PEREIRA COELHO, Francisco, e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 5.a ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, pág. 180. Mesmo que se descubra nos direitos subjetivos propriamente ditos uma função ou intenção normativa específica, ela nunca poderá ser equiparada à dos poderes funcionais. A vinculação destes a um certo fim é tão intensa e visceral que, além da sua finalidade determinar o seu conteúdo, ela também condiciona a disponibilidade que o titular tem sobre os mesmos (são características dos poderes-deveres a irrenunciabilidade, a inalienabilidade, a impenhorabilidade, a ligação a certos estados da pessoa, a sua natureza estatutária, etc.). Sobre as responsabilidades parentais em particular, onde todas se poderão identificar todas essas características, cfr. DUARTE PINHEIRO, Jorge, *O Direito da Família Contemporâneo*, 6.a ed., 1.ª reimpr., AAFDL, Lisboa, 2019, pp. 215 e ss..

no caso de uma inação, uma violação do dever de agir. É concebível o exercício abusivo de um poder-dever (imaginemos a escolha de um nome injurioso para o filho, ao abrigo da faculdade do art. 1875.º, n.º 2), mas, como o abuso opera como uma *ultima ratio* em relação às regras de agir juridicamente válidas⁷⁴, o seu espaço de atuação será necessariamente bastante residual⁷⁵.

5. A previsão do art. 334.º: a *vis expansiva* do abuso

Distinguindo os limites intrínsecos do exercício do direito dos seus limites extrínsecos, o controlo do abuso do direito encontrar-se-á nestes⁷⁶. O art.º 334.º dispõe 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 económico desse direito”⁷⁷. Já demos conta da heterogeneidade da sua

⁷⁴ CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança*, *cit.*, pág. 855.

⁷⁵ VAZ SERRA, volvida uma página da última citação, parece contradizer-se: “A lei pode atribuir um direito apenas para a satisfação de determinados interesses, sendo, por isso, ilegítimo o exercício dele para satisfação de outros interesses” (*cit.*, pág. 258). Pois bem, se esses “determinados interesses” forem interesses de terceiros graduados acima do interesse do titular, caímos sob a copa dos poderes-dever, pelo que, havendo usurpação da finalidade imanente desses poderes funcionais, em princípio haverá falta do direito. Caso contrário, se os interesses de terceiro concorrerem com os interesses do titular do direito, debruçamo-nos sobre a função do direito subjetivo e os limites que ela erguerá ao exercício das faculdades que compõem o direito, o que na verdade é a nossa intrespassável *vexata quaestio*... Ora, mesmo que se identifique tal função ou intuito normativo, ela não revogará o espaço de autodeterminação que é reconhecido e protegido ao titular de um direito subjetivo. “A vinculação não pode suplantar-se à liberdade – diz-nos HÖRSTER (HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, reimpr. de 2000, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 279) –, pela simples razão de isto significar um resultado contrário à ideia justificativa do direito subjetivo”. “O que existe – prossegue o douto Professor – são apenas formas e intensidades diferentes de vinculações dos vários direitos subjetivos que, nesta medida, e apenas nesta, constituem, todos eles, direitos de certo modo vinculados” (*loc. cit.*). Se essas vinculações forem de modo a incidir sobre o próprio conteúdo do direito, orientando-o para um certo sentido, o abuso do direito não terá grande autonomia, como dissemos. Se essas vinculações (HÖRSTER fala em “vinculações sociais que resultam do facto de haver também direitos subjetivos dos outros particulares ou da comunidade em geral” (*idem.*, pp. 279-280), ecoando valores de outra ordem embora acolhidos pelo Direito (valores morais, sociais, de solidariedade económica, etc.), forem desrespeitados, aí podemos falar em ilegitimidade do exercício.

⁷⁶ Por todos, CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, *cit.*, pp. 621 e ss..

⁷⁷ A fonte normativa imediata do art. 334.º é, conforme apontamos, o art. 281.º do Código Civil grego (não querendo transformar este estudo numa longa viagem comparatística, veja-se, por todos, CUNHA SÁ, *cit.*, pp. 76 e ss.). Por sua vez, da letra do nosso artigo bebeu o legislador brasileiro do Código Civil de 2002, lendo-se no art. 187.º desse diploma – desprovido, porém, de

previsão, apinhada de cláusulas gerais bastantes vezes invocadas indiscriminadamente pelos nossos tribunais, “numa clara ausência de esforço para discernir os singulares critérios do abuso e inteligir o seu fundamento”⁷⁸; mas também a sua consequência – a “ilegitimidade” da conduta abusiva – é uma anomalia⁷⁹.

A sinuosidade do normativo passa logo pelo facto de apenas se referir ao “exercício de um direito”, em sintonia com a epígrafe “Abuso do direito”. Efetivamente, tem-se entendido que não é só de um direito (subjetivo) de que se pode abusar. GIORGINO PINO, por exemplo, parte de uma noção minimalista (ou melhor, latíssima) de “direito subjetivo”, definindo-a como toda a pretensão garantida pelo ordenamento jurídico⁸⁰. Mas é uma visão reducionista. FERRER CORREIA e LOBO XAVIER, por sua vez, escrevem – numa escrita que acompanhamos – que “a razão do sancionamento da conduta abusiva quando esta se apresenta como o exercício de um direito subjectivo verdadeiro e próprio tem seguramente cabimento no caso do exercício de quaisquer «prerrogativas privadas» - sejam ou não de configurar tecnicamente como direitos”⁸¹. No encalço da doutrina dos autores, o art. 334.º não poderia entender-se nos termos restritivos em que vem formulado. Pelo contrário, explanam os autores que a *ratio legis* do instituto autorizará o entendimento de que a norma do art. 334.º vale para um qualquer “comportamento *material*” de um sujeito jurídico⁸², podendo-se convocar quer um argumento de maioria de razão, como fazem os

epígrafe (FORTES, *cit.*, pp. 148-149) e, assim, sem uma menção expressa ao instituto (TARTUCE, Flávio, “A Construção do Abuso de Direito nos Dez Anos do Código Civil Brasileiro de 2002, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 1, n.º 6, Lisboa, 2015, pág. 449) - que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim económico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

⁷⁸ MIRANDA BARBOSA, *Liberdade*, *cit.*, pág. 327.

⁷⁹ Estes aspetos são particularmente salientados em OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral*, *cit.*, pp. 267 e 292-293. O Autor fala mesmo numa malograda “tentativa de unificação [...] de várias realidades «abusivas»” (*idem.*, pág. 292).

⁸⁰ PINO, pág. 6.

⁸¹ FERRER CORREIA, A. e LOBO XAVIER, Vasco, “Efeito Externo das Obrigações, Abuso do Direito, Concorrência Desleal (a Propósito de uma Hipótese Típica)”, *Revista de Direito e Economia*, n.º 5 (36), Universidade de Coimbra, Janeiro/Junho de 1979, pág. 12.

⁸² *Loc. cit.*

autores⁸³, quer um argumento extraído da configuração do abuso do direito como princípio geral de Direito dotado de um fundamento axiológico profundo⁸⁴. Assim, o conteúdo normativo extraível do art. 334.º dever-se-á entender aplicável não só a direitos subjetivos, nem somente a posições jurídicas, mas também a simples liberdades genéricas de agir⁸⁵ - o mesmo é dizer, *a toda e qualquer*

⁸³ “Se um comportamento contrário à boa-fé e aos bons costumes merece sofrer a censura da ordem jurídica, mesmo quando é formalmente configurável como exercício de um direito, com mais forte motivo a sofrerá quando não lhe quadre aquela qualificação formal. Pois neste último caso deixa justamente de existir a dificuldade que tradicionalmente se deparava ao sancionamento da conduta abusiva: o facto de o autor desta se mover formalmente dentro do quadro das normas legais (mais exactamente, das normas legais que concedem direitos subjetivos)” (*loc. cit.*). Este parecer merece ser sufragado com as devidas cautelas, em obséquio à distinção – que consideramos ancilar para a compreensão deste tópico – entre abuso do direito e falta de direito. Abstraindo-nos da liberdade genérica de ação - por se tratar de uma decorrência do atributo da capacidade jurídica e, portanto, de uma “prerrogativa que pode ser exercida em todas as direcções” (PENHA-GONÇALVES, *cit.*, pág. 496), não havendo uma simétrica posição de desvantagem sobre uma contraparte a que classicamente se reconduz o dever jurídico ou o estado de sujeição -, um “comportamento *material*” que não refletia uma posição de vantagem ou a uma pretensão juridicamente tutelada, isto é, a pura e simples falta de uma estrutura formal que conceda ao seu titular um poder jurídico – independentemente dos caprichos e reservas que se possam levantar quanto à sua qualificação técnica (direito subjetivo, faculdade genérica, poderes-dever, expetativas jurídicas, poder potestativo, etc.) -, isto mais não será que uma carência de direito (e, como já sabemos, esta atuação *estritamente fora do direito* não se confunde com o exercício abusivo do direito). Defendendo a formulação “abuso do direito” como uma epígrafe inadequada para designar o exercício disfuncional de posições jurídicas, cfr. FORTES, *cit.*, pág. 137. Mesmo assim, também a expressão “exercício disfuncional de posições jurídicas”, não obstante ter feito carreira, coarta a aspiração da proibição do abuso, no que se refere em específico aos comportamentos (“manifestamente”, no *dictum* da lei) ofensivos dos bons costumes, a cláusula delitual geral destinada à tutela subsidiária de danos independentes da violação de direitos subjetivos ou de interesses legalmente protegidos. Denotamos, pois, que a *vis expansiva* da cláusula do abuso (veja-se MIRANDA BARBOSA, *Liberdade*, *cit.*, pp. 320-321), nos termos em que foi inscrita na legislação portuguesa, permite não só um controlo do exercício de direitos, mas também o sancionamento de comportamentos danosos ofensivos do mínimo ético-jurídico.

⁸⁴ “Não temos de nos ater à fórmula direitos subjetivos, podendo, pelo contrário, sindicar o exercício de uma mera faculdade ou de uma liberdade. Por maioria de razão, parece-nos que não pode ser de outro modo. Na verdade, se em causa está, afinal, o controle do exercício de um direito quando ele formalmente existe na medida em que é uma manifestação da liberdade pessoal, entendida nos moldes definidos há pouco, parece-nos do mais elementar rigor considerar que o exercício de uma mera liberdade, não conformada como direito subjetivo, possa passar pelo mesmo crivo que o ordenamento disponibiliza” (MIRANDA BARBOSA, *Liberdade*, *cit.*, pp. 320-321).

⁸⁵ Mediante o alargamento do *tatbestand* do art. 334.º sobrepujamos a crítica metodológica de CARNEIRO DA FRADA quanto à insuficiência da proibição do abuso – porque, à partida, exigindo o exercício de uma posição jurídica de vantagem - para preencher uma lacuna de proteção existente no sistema delitual português, cuja “pequena cláusula delitual” e consequente restritividade na concessão de uma pretensão indemnizatória deixariam desamparados os danos puramente patrimoniais sempre que não existisse uma norma de proteção preordenada para a sua

*atuação humana*⁸⁶. O art. 334.º é uma regra de máxima generalidade. Esta é, de todo o modo, a opinião sufragada por VAZ SERRA: “a palavra direito é de entender em sentido muito lato, abrangendo a liberdade de contratar”⁸⁷. Ao nível do Direito comparado, esta solução não repugna⁸⁸ e, pelo contrário, parece ter consagração legal. Basta sondar o art. 421.º do Código Civil Brasileiro de 2002, que refere que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” – devendo-se, não obstante a expressão *liberdade de contratar*, entender que a limitação se dirige ao conteúdo dos negócios⁸⁹.

Uma rápida sondagem da letra do artigo 334.º, inquinada por uma hipertrofia de cláusulas gerais, revela três fontes de “ilegitimidade” do exercício de um “direito” (interpretado latamente, como vimos): a) boa fé, b) bons

tutela (CARNEIRO DA FRADA, Manuel A., *Uma Terceira Via no Direito da Responsabilidade Civil: o Problema da Imputação dos Danos Causados a Terceiros por Auditores de Sociedades*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 61 e ss., em especial): admitindo, é certo, a necessidade de se encontrar nos meandros do Direito uma “proibição genérica de condutas danosas contrárias aos bons costumes” que fundamentaria uma pretensão resarcitória, o Autor duvida “de que se possa retirar da proibição do abuso uma norma de imputação delitual por danos causados ao abrigo, não apenas de um direito subjetivo ou de uma outra posição jurídica específica conferida pelo ordenamento, mas de uma *liberdade genérica de agir*” (*idem.*, pág. 61). Num outro estudo, o Autor argumenta que “é também possível desentranhar para o sistema vigente, sem auxílio do abuso do direito, uma proibição destinada a assegurar o mínimo ético-jurídico no relacionamento entre os membros da comunidade jurídica” (*apud.*, MIRANDA BARBOSA, “Um caso de”, *cit.*, pp. 470-471, nota 29). Todavia, contesta SINDE MONTEIRO (“Rudimentos da Responsabilidade Civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 367, nota 82), cujo raciocínio acompanhamos, que “não temos no sistema jurídico português uma outra norma a que recorrer para cunhar com a mácula da ilicitude aqueles comportamentos”. De todo o modo, ainda que por trilhos diferentes, o resultado prático é o mesmo.

⁸⁶ CARVALHO FERNANDES, partindo da construção de FERRER CORREIA/LOBO XAVIER, admite que caia sob a armadura do art. 334.º o “abuso de situações passivas” (*Teoria Geral*, *cit.*, pág. 631). OLIVEIRA ASCENSÃO amplia a previsão da regra do art. 334.º a atos omissivos, dando um exemplo: seria abusivo não apagar um fogo no próprio prédio para que se propagasse ao prédio vizinho (*Teoria Geral*, *cit.*, pág. 277). Considerando que o legislador do Código Civil abriu uma ampla possibilidade de utilização delitual da teoria do abuso do direito, SINDE MONTEIRO, “Danos puramente patrimoniais. A propósito do caso ACP v. Casa da Música / Porto 2001, S.A.”, *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, Vol. I, n.º 9, 2017, pág. 197.

⁸⁷ “Anotação ao Acórdão de 17 de Junho de 1969 do STJ”, *apud.*, MIRANDA BARBOSA, “Um caso de”, pág. 471, nota 29.

⁸⁸ De facto, a doutrina italiana tem identificado, para além do abuso do direito subjetivo, outras formas “di incarnazione del divieto di abuso”, entre as quais o “abuso di libertà” (*vide* PIRAINO, *cit.*, pág. 84, nota 19). Sobre o art. 187.º do Código Civil brasileiro, e com extensas referências bibliográficas, BOULOS, *cit.*, pp. 151 e ss..

⁸⁹ TARTUCE, *cit.*, pág. 452, nota 17.

costumes, e c) fim social ou económico do direito. Justamente por se tratar de três hipóteses normativas⁹⁰ reconduzíveis a vetores da dogmática jurídica tão díspares, quadradas por finalidades e consequências próprias, é que nos vemos na necessidade de proceder a uma análise individualizada e segregada de cada uma dessas hipóteses, na tentativa de franquear ao instituto do abuso (tal como recebido pelo legislador português) um ou mastro ou tronco comum que substitua o casuísmo em que o mesmo tem, especialmente em sede jurisprudencial, quedado. Tendo o nosso legislador optado por uma formulação do abuso do direito em termos amplos, devolvendo para o espartilho de uma mesma norma um conjunto bastante poligonal de problemas jurídicos, propomos para a adequada interpretação do art. 334.º um estudo segmentado.

5.1. Os bons costumes: terceira modalidade de ilicitude?

A jurisprudência alemã define os bons costumes como “o sentido de decência de todos os que pensam équa e justamente”⁹¹. Assinala-se-lhes uma pretensão de validade supra-individual, mediante a prescrição de comportamentos que os sujeitos deverão observar no indiferenciado relacionamento social⁹², traduzindo a imposição de um mínimo ético-jurídico imprescindível ao Direito, e que, por isso, deve ser exigível a todos os membros da comunidade. Dito de outra forma, os bons costumes representam o *minimum deontológico*, reproduzível na não adoção de condutas danosas de posições

⁹⁰ Para PAIS DE VASCONCELOS, “o Código Civil proscreve o exercício desonesto (contrário à boa fé), o exercício imoral (contrário aos bons costumes) e o exercício disfuncional (contrário ao fim social e económico do direito subjectivo” (PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.a ed., Almedina, Coimbra, 2019, pág. 276). Assinalando que basta que se exceda qualquer um dos limites do art. 334.º para haver abuso, BOULOS, *cit.*, pág. 178.

⁹¹ CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança*, *cit.*, pág. 843.

⁹² Os bons costumes não se confundem com a ordem pública. Sem prejuízo da fluidez que intercede as figuras, os bons costumes “apresentam uma acentuada coloração ética, em contraste com a dimensão colectiva e organizatória da vida social que impregna a ordem pública” (*idem.*, pág. 844), que por sua vez “apela a *valorações essenciais imanentes ao direito constituído e a princípios injuntivos que se decantam das suas proposições*” (*idem.*, pág. 844, nota 939). Detalhadamente, sobre esta distinção, veja-se ainda ROPPO, Enzo, *O Contrato*, trad. Ana Coimbra, M. Januário C. Gomes, Almedina, Coimbra, 1988, pp. 179-187.

alheias (*neminem laedere*, se quisermos evocar a fórmula latina), por que na ausência de prescrições de comportamento específicas os atores no palco jurídico se devem orientar.

Ultrapassamos a vetusta querela entre a conceção sociológica e a conceção religiosa dos bons costumes⁹³, tanto mais que a recondução dos bons costumes aos simples ditames de uma moral social dominante – além de se munir do subterfúgio da remissão para conceitos ainda mais rarefeitos – ignora singelamente que lidamos com um conceito normativo, ao qual assistem valorações específicas da ordem jurídica⁹⁴. Pelo contrário, e no encalço de LARENZ/CANARIS, na densificação deste conceito devemo-nos sempre socorrer dos critérios e dos princípios de justiça material que insuflam os parâmetros de uma “ordem jurídica extralegal”⁹⁵. A lição de MANUEL DE ANDRADE define os bons costumes como “o *conjunto das regras morais aceites pela consciência social*”, as quais não se devem diluir nas convicções pessoais do aplicador de Direito, antes deverão corresponder “ao sentido ético imperante na comunidade social”⁹⁶. É uma posição que, pelas razões expostas, temos dificuldade em acompanhar. ROPPO vê nos bons costumes “aqueelas regras não escritas de comportamento, cuja observância corresponde à consciência ética difundida na generalidade dos cidadãos e cuja violação é, portanto, considerada moralmente reprovável”⁹⁷. De novo, uma posição que peca pela indevida miscigenação entre a Moral e o Direito – não podemos identificar na contrariedade aos bons costumes uma simples censura ética, mas sim um juízo *proprio sensu* de reprovação jurídica, isto é, um conteúdo de ilícito qualificado.

No nosso entender, a doutrina precipita-se a fazer uma imprudente conexão entre os “bons costumes” do art. 334.º e os “bons costumes” a que o art.

⁹³ Por todos, CUNHA DE SÁ, *cit.*, pp. 189-190.

⁹⁴ CARNEIRO DA FRADA, *Uma Terceira Via*, *cit.*, pág. 56.

⁹⁵ MENEZES LEITÃO, Adelaide, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, tese de doutoramento em Ciências Jurídico (Direito das Obrigações), apresentada à Universidade de Lisboa através da Faculdade de Direito, 2008, pág. 532.

⁹⁶ *Apud.*, COUTINHO DE ABREU, *cit.*, pp. 63-64.

⁹⁷ ROPPO, *cit.*, pág. 185.

280.º n.º 2 faz referência. Ainda que participem da mesma semântica, não nos parece que sejam fórmulas inteiramente homogéneas⁹⁸. Pelo contrário, a sua distinta inserção sistemática – no art. 334.º, o controlo do exercício de uma posição jurídica, no art. 280.º, n.º 2 o controlo da licitude do objeto negocial – inculca-nos a autonomizá-las, ou, pelo menos, a vocacioná-las para realidades diferentes. Se assim não fosse, a proscrição (por via da sanção da nulidade) de um objeto negocial “imoral” pelo art. 280.º, n.º 2, em nada acrescentaria ao que já resultaria do controle do abuso do direito. Aquele artigo⁹⁹ quedaria consumido pela previsão mais lata do art. 334.º: a própria liberdade contratual (que, como referimos, integrará a aceção ampla de “direito”), manifestada através da celebração de negócios jurídicos, já de *per si* se deveria ater aos *boni mores* imperantes, logo, por simples dedução, esses mesmos negócios já estariam feridos de ilicitude, não se justificando a previsão autónoma do art. 280.º, n.º 2. Contudo, não parece ser este o caminho que o legislador traçou para o intérprete, nem devemos ofuscar estes pequenos indícios semânticos, por mais inofensivos que possam aparentar ao olho nu¹⁰⁰...

⁹⁸ Contra, entendendo que “ao conceito de bons costumes parece dever ser atribuído o mesmo conteúdo quando utilizado em outros sectores da ordem jurídica (em especial nos arts. 280 e 281)”, SINDE MONTEIRO, “Rudimentos”, *cit.*, pág. 368. Em sentido símil, MENEZES CORDEIRO que, sem discernir o abuso do direito do princípio da boa fé, tende a relegar os bons costumes para um plano secundário: “Os bons costumes remetem para regras de comportamento sexual e familiar que, por tradição, não são explicitadas pelo Direito civil, mas que este reconhece como próprias. E eles remetem, também, para certos códigos deontológicos reconhecidos pelo Direito. Nestes termos, os bons costumes traduzem regras que, tal como muitas outras, delimitam o exercício dos direitos e que são perfeitamente capazes de uma formulação genérica. *Não há, aqui, qualquer especificidade*” (MENEZES CORDEIRO, António, “Do Abuso do Direito: Estado das Questões e Perspectivas”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65, Vol. II, 2005, sublinhado nosso).

⁹⁹ E o mesmo se diga sobre o art. 271.º n.º 2, para além de todos os demais preceitos contidos fora da Parte Geral do Código.

¹⁰⁰ Os tribunais helénicos, que laboram sob um enquadramento legal semelhante ao nosso, definem ato contrário aos bons costumes como “todo o acto que não reúna o mínimo de condições exigidas pela moral concebida e praticada nos quadros da sociedade contemporânea, do estatuto económico legal e do regime social estabelecido” (CUNHA DE SÁ, *cit.*, pág. 81). O art. 179.º do código helénico diz serem nulos por contrariedade aos bons costumes os atos que restringem excessivamente a liberdade da pessoa – *v. g.*, proibindo para sempre o exercício de certa profissão - ou que, explorando a inexperiência ou a leviandade de alguém, divisem um programa contratual manifestamente desequilibrado. Conforme é nosso parecer, a estes atos

Notamos, inclusive, que a doutrina e a jurisprudência têm reconduzido esta sub-espécie do art. 334.º ao foro dos comportamentos económicos ofensivos dos padrões elementares de conduta social passíveis de constituir o sujeito na obrigação de ressarcir os danos causados pela sua atuação¹⁰¹. Não se trata aqui, no âmbito do exercício de direitos ou de simples liberdades, de cominar com a sanção da nulidade (art. 280.º, n.º 2) o opróbrio social da prostituição ou o *tabu* do sadomasoquismo e das práticas sexuais “degradantes”. Não são estas “regras de comportamentos no domínio de relações familiares e sexuais (logo, de moral social)”¹⁰² que deverão presidir à densificação deste segundo momento normativo do art. 334.º. O legislador, é certo, apela a “critérios éticos supra legais” e às

ofensivos dos bons costumes – entendendo-se esta expressão corretamente, em razão da sua localização conceitual – não deve ser reservada a qualificação legal de atos abusivos. São, pura e simplesmente, atos nulos por aplicação dos arts. 280.º, n.º 2 (quando prevejam uma restrição inadmissível de liberdades individuais – neste sentido, CUNHA DE SÁ, *cit.*, pág. 195), e 282.º (quando seja evidente a desproporção entre as prestações, isto é, quando se trate de um negócio usurário).

¹⁰¹ O banqueiro que concede crédito a uma empresa, prolongando artificialmente a sua existência e defraudando os credores que, incautos, acreditaram na sua viabilidade financeira (SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade*, *cit.*, pág. 555, nota 347, com indicações bibliográficas), o terceiro que contribui decisivamente para o incumprimento contratual de uma relação creditícia alheia (por todos, e com observações críticas, SANTOS JÚNIOR, Eduardo, *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 518 e ss.), o credor social que, integrando os corpos diretivos da sociedade de que é credor, delibera e representa esse ente em assuntos dos seus interesses particulares [Ac. do TRPorto de 27-06-2018 (JOAQUIM CORREIA GOMES)]. Para outros exemplos, como os de informação errada acerca da tendência para alta das ações de uma determinada sociedade ou dos cortes negligentes de um cabo de condução de energia elétrica, SINDE MONTEIRO, “Danos”, *cit.*, pp. 199-201, e CARNEIRO DA FRADA/M. PESTANA DE VASCONCELOS, “Danos Económicos Puros – Ilustração de uma Problemática”, Sep. de: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 159 e ss.

Na doutrina alemã, sob a peneira do § 826, EMMERICH enuncia uma miríade de situações típicas subsumíveis àquele parágrafo (seguimos A. MENEZES LEITÃO, *cit.*, pág. 531): i) a venda de um veículo furtado, recorrendo ao engano do comprador no que concerne à proveniência do mesmo; ii) a lesão de um dos credores de um devedor solidário mediante a exigência de garantias camufladas ou de manobras dilatórias; iii) as informações de um conselheiro fiscal ou de um auditor financeiro sobre os aparentes lucros obtidos por uma empresa nos atos preparatórios da venda; iv) o parecer emitido por um perito de forma negligente, por exemplo, em matéria de avaliação patrimonial de um imóvel; v) a fraude perpetrada contra um investidor sobre as possibilidades de ganhos financeiros aquando da opção por uma venda de mercadorias; vi) a obtenção fraudulenta de uma adjudicação no âmbito de uma licitação; vii) a celebração fraudulenta de um casamento com o objetivo de obtenção do poder paternal sobre uma criança.

¹⁰² CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, *cit.*, pág. 626.

“coordenadas éticas regentes na sociedade”¹⁰³ cuja concretização, além de não se escamotear ao inexpurgável subjetivismo do intérprete, recebe da evolução da sociedade e do afrouxamento dos “velhos valores” a característica da volatilidade. Porém, já descortinamos o papel (verdadeiramente perene) que esta segunda parte do art. 334.º executa no nosso sistema de responsabilidade civil: a tutela de danos causados sem preterição de posições absolutamente protegidas¹⁰⁴, homónima da cláusula delitual residual do § 826. Tendo isso em mente, e sem olvidar que na circunferência desta fórmula somente caberão aqueles “princípios de boa ordenação de uma sociedade” que desabrocham do mínimo ético-jurídico, e não os caprichos e veleidades de uma moral ainda que “dominante”, dever-se-ão reconduzir ao conceito de bons costumes os deveres (deontológicos) fundamentais das diversas profissões¹⁰⁵ e os usos honestos do comércio. Conquanto avizinhando-se do § 826 BGB¹⁰⁶, a lei portuguesa não exige como requisito que a ofensa dos bons costumes proceda de uma conduta dolosa, em princípio sendo suficiente para desencadear responsabilidade uma lesão negligente¹⁰⁷. No entanto, onde o legislador dispensa o requisito do dolo faz crescer a exigência da “manifesta” contrariedade aos bons costumes, o que inculca que a conduta do agente deverá consubstanciar uma “modalidade particular de ilicitude” que não “se identifica pura e simplesmente com a culpa enquanto comportamento censurável”¹⁰⁸. Também o modo e as circunstâncias do comportamento do lesante não são despiciendas para a formação do juízo de ilicitude, não sendo de excluir que uma leviandade ou incúria por parte do agente

¹⁰³ PAIS DE VASCONCELOS, *cit.*, pág. 280.

¹⁰⁴ Função que nem a boa fé objetiva – porque requerendo ordinariamente que entre os sujeitos interceda uma relação especial da qual emergem deveres laterais de proteção, informação e lealdade - nem o fim económico ou social do direito – dada a dificuldade em aceitar uma “funcionalização” de uma liberdade geral de agir - poderiam desempenhar: SINDE MONTEIRO, “Rudimentos”, *cit.*, pág. 366, e CARNEIRO DA FRADA, *Uma Terceira Via*, *cit.*, pp. 51-55.

¹⁰⁵ Neste sentido, SINDE MONTEIRO, “Rudimentos”, *cit.*, pág. 368, e CARNEIRO DA FRADA, *Uma Terceira Via*, *cit.*, pág. 58.

¹⁰⁶ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2018 pág. 295.

¹⁰⁷ CARNEIRO DA FRADA, *Uma Terceira Via*, *cit.*, pág. 55.

¹⁰⁸ *Idem.*, pág. 56.

possa ser suficiente para a valoração da sua conduta como contrária aos bons costumes, especialmente quando o lesante “tenha revelado uma *insensibilidade especialmente grave e incorrecta*, ponderadas essas circunstâncias, em face do risco de dano a que terceiros ficavam sujeitos”¹⁰⁹.

Embora tenhamos deslocado o plano dos bons costumes para a dimensão económica ou profissional, não negamos que o mesmo possa espalhar-se para outros campos. Sem prejuízo das observações que fizemos acerca do perigo de reencaminhar a definição dos bons costumes para o zelo das religiões ou das moralidades, isso não prejudica a identificação nesse conceito de um conjunto de opções morais básicas universalmente aceites. Assim, citando ORLANDO DE CARVALHO, haverá abuso do direito por violação dos bons costumes (ainda que o Autor encare o abuso do direito restritivamente, e portanto separe o abuso do direito da violação dos bons costumes) quando ocorra “a invocação da validade de um negócio feito com reserva mental inocente não conhecida do declaratório mas com o intuito exclusivo de o dissuadir de um projecto ruinoso (suicídio, por ex.)”¹¹⁰.

Sem prejuízo, será na possibilidade de afirmar a ilicitude de um ato para além da violação de posições absolutamente tuteladas ou de normas jurídicas destinadas à tutela de interesses alheios – as duas formas gerais de ilicitude (e, dir-se-ia, as únicas) previstas no art. 483.º, n.º 1 - que reside a utilidade desta referência aos bons costumes. Trata-se de uma via preferível – esta de descortinar na proibição dos comportamentos manifestamente contrários aos bons costumes uma situação típica de ilícito civil¹¹¹ - para assegurar uma tutela delitual efetiva (independente de norma de proteção ou de previsão delitual específica que os

¹⁰⁹ *Idem.*, pág. 58.

¹¹⁰ ORLANDO DE CARVALHO, *cit.*, pág. 116.

¹¹¹ Sugestivamente, num estudo recente ALBUQUERQUE MATOS afirma que o abuso do direito constitui a “última *ratio* de sindicância da ilicitude” (ALBUQUERQUE MATOS, “Ilicitude Extracontratual (Umas Breves Notas)”, *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, CEJ, Lisboa, 2018, pág. 17. Já HÖRSTER, temendo que o art. 334.º se torne num preceito elástico, não crê ser possível recorrer a tal preceito para fundamentar obrigações de indemnização para o setor de danos puramente patrimoniais (*cit.*, pág. 288).

contemple) de danos patrimoniais puros do que aquela de construir fantasiosos direitos subjetivos que protejam esses interesses económicos (o direito à empresa, o direito sobre o património, etc.)¹¹². “Em regra, só perante a violação de um direito absoluto ou de interesses legalmente protegidos nasce uma obrigação de indemnização a ser suportada pelo agente do facto danoso, desde que os restantes pressupostos do instituto se verifiquem em concreto. Se assim é, não ocorrendo nenhuma das situações típicas verificadas, tem de haver um tal desvalor da conduta que justifique a imposição obrigacional. O abuso do direito constitui esse *quid* acrescido”¹¹³.

De um caso de ilicitude por violação dos bons costumes foi o Supremo Tribunal de Justiça chamado a pronunciar-se em 2016¹¹⁴. Os réus, através da obstrução de um terreno, impediram a circulação de camiões para uma obra que o autor, pretendente de um crédito indemnizatório, tinha em curso. Não se tendo dado como provada a posse do terreno, o STJ qualificou os danos em causa como danos puramente patrimoniais. Conforme já dissemos, estes danos só são resarcíveis em duas circunstâncias: quando a lei os proteja especificamente, mediante norma de proteção ou previsão delitual específica (cfr., por exemplo, o art. 485.º do CC ou o art. 8.º do Decreto-Lei n.º 147/2008), ou quando o lesante incorra em abuso do direito. Em anotação ao arresto, MIRANDA BARBOSA explica que “o Supremo Tribunal de Justiça acabou por considerar que, no caso *sub iudice*, ocorreu um abuso de uma liberdade genérica para agir que, podendo ser configurada como um abuso do direito em sentido estrito, permite desvelar a ilicitude do comportamento do sujeito”¹¹⁵. A razão de ser da restitutividade da concessão de uma indemnização por estes danos, quer entre nós quer na prática comparada, funda-se sobretudo nos chamados *floodgate arguments* – o mesmo é

¹¹² A. MENEZES LEITÃO, *cit.*, pág. 542.

¹¹³ MIRANDA BARBOSA, *Liberdade*, *cit.*, pág. 321. Admitindo o abuso do direito como terceira forma de ilicitude, veja-se ALBUQUERQUE MATOS, “Ilicitude Extracontratual”, *cit.*, pág. 11. Admitindo ser possível extraír do art. 334.º “uma situação básica de responsabilidade civil aquiliana”, CARNEIRO DA FRADA/M. PESTANA DE VASCONCELOS, *cit.*, pág. 158.

¹¹⁴ Ac. do STJ de 08-09-2016 (MARIA DA GRAÇA TRIGO).

¹¹⁵ MIRANDA BARBOSA, “Um caso de”, *cit.*, pág. 454.

dizer, na necessidade de numa sociedade de risco como a nossa se evitar um alargamento desmesurado da responsabilidade civil que poderia desencorajar (ou mesmo dissuadir) a livre iniciativa económica¹¹⁶. Se o investidor, que certamente não possui o dom da clarividência, não for capaz de prever o perímetro máximo da responsabilidade emergente da sua atividade, e portanto se vir na impossibilidade de ponderar cabalmente o lucro que pretende auferir com o risco a que se exporá, optará as mais das vezes pela decisão mais conservadora e sapiente de não investir. Diz-se então que uma responsabilidade *ad infinitum*, dilacerando qualquer preocupação com a certeza e segurança jurídicas¹¹⁷ (*foreseeability*), entorpecerá o tráfego económico, tornando-o refém de um número virtualmente ilimitado de credores e de danos. As estruturas de imputação de danos não deverão ser indiferentes à “manutenção de níveis aceitáveis de zonas de acção isentas de risco da suportação de danos”¹¹⁸, onde a liberdade humana encontrará o seu afloramento predileto. Para MIRANDA BARBOSA, “se a responsabilização do agente se impõe em nome de uma ideia mais densa de responsabilidade que, fazendo apelo à pessoalidade livre, reclama a reparação dos danos causados aos outros, ela não pode ultrapassar um certo limite que nos encaminhe para o excesso de responsabilidade”¹¹⁹. Estes argumentos sem dúvida invocam um perigo bastante tangível, justificando uma aproximação frugal e cautelosa a este tipo de danos. Argumentamos que, nestes casos, a concessão de uma pretensão indemnizatória apenas deverá ter lugar como situação excepcional¹²⁰, e o chamamento da cláusula do abuso para agir

¹¹⁶ Seguimos MIRANDA BARBOSA, “Um caso de”, *cit.*, pp. 458 e ss.. Para outros fundamentos da não atendibilidade de princípio dos interesses puramente patrimoniais, CARNEIRO DE FRADA, Manuel A., *Contrato e Deveres de Protecção*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994, pp. 176 e ss..

¹¹⁷ Sobre a responsabilidade civil enquanto garante de uma ordem de estabilidade imprescindível à convivência social, CARNEIRO DA FRADA, *Contrato*, pp. 118-123.

¹¹⁸ CARNEIRO DA FRADA, *Contrato*, *cit.*, pág. 129.

¹¹⁹ MIRANDA BARBOSA, “Um caso de”, *cit.*, pág. 461.

¹²⁰ Na ótica de CARNEIRO DA FRADA, a indemnizabilidade dos interesses patrimoniais puros no campo delitual apresenta-se assaz mais restrita do que na responsabilidade contratual. Numa formulação que complana com a que propugnamos, o Autor considera que a indemnização

como sucedâneo de supostas lacunas na lei (zonas normativamente desprotegidas) só será legítimo quando a conduta que polariza o nexo de causalidade com o dano for “manifestamente” (assim exige o art. 334.º, denotando uma preocupação com a objetividade do juízo de ilicitude) atentatória do mínimo ético-jurídico e do dever de solidariedade enquanto obrigação de não lesar interesses alheios e de agir com precaução¹²¹. Pressuposto do dever de reparação do dano ao abrigo desta cláusula é, em termos conclusivos, uma clamorosa ofensa das exigências cívicas pressupostas na instituição de uma comunidade jurídica, em especial do princípio kantiano da recíproca consideração e respeito¹²².

5.2. A boa fé

Entre nós uma sedimentada tradição doutrinal e jurisprudencial tem reconduzido o essencial da proibição abuso à regra de atuação segundo a boa fé¹²³ – fala-se, a este propósito, de uma “*intermutabilidade*”¹²⁴. Quer emulando os

deverá ter lugar “somente a título residual, quando a ofensa a esses interesses representar um atentando àquele mínimo ético-jurídico cuja relevância aquiliana é uma indeclinável exigência para o Direito” («*Vinho Novo em Odres Velhos?*» A responsabilidade civil das «operadores de Internet» e a doutrina comum da imputação de danos”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 59, II, Lisboa, 1999, pág. 671).

¹²¹ “O fundamento desta liberdade é o princípio da autonomia da pessoa humana, visto como princípio normativo. A ser assim, não nos podemos esquecer que é correlativa a esta autonomia uma ideia de responsabilidade. O que implica que ninguém possa lesar interesses alheios intencionalmente, porque ao fazê-lo está a atuar em contradição com aquele fundo de autonomia que o sistema de juridicidade lhe reconhece. Mas vai-se mais longe e sustenta-se que a autonomia implica deveres de solidariedade para com os demais, ultrapassada que está a conceção da liberdade em termos estritamente negativos” (MIRANDA BARBOSA, “Um caso de”, *cit.*, pág. 471). Do mesmo estudo, veja-se ainda pp. 472-473.

¹²² Sobre estes aspectos de fundo, CARNEIRO DA FRADA, *Contrato*, *cit.*, pp. 127 e ss..

¹²³ Neste seu sentido objetivo, entendido como princípio normativo, a regra da boa fé impõe aos sujeitos entre os quais medeie uma relação específica um modo de agir qualificado correspondente ao padrão objetivo de comportamento exigível a um sujeito leal, honesto e correto (sobre o princípio da boa fé, veja-se, de entre a lauta bibliografia disponível, COUTINHO DE ABREU, *Do Abuso do Direito*, *cit.*, pp. 55 e ss.). “A avaliação da boa-fé – reproduzindo as palavras de PENHA-GONÇALVES, *cit.*, pp. 498-499 – [postula] a reconstrução e assunção de um padrão objetivamente qualificável como «conduta correcta», à base do qual terá depois de decidir se o exercício, em concreto, de um certo direito, está ou não de acordo com os ditames de boa-fé”.

¹²⁴ CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança*, *cit.*, pág. 850. Sintomático desta doutrina é, como sabemos, MENEZES CORDEIRO, cujo legado doutrinal ainda escoa pela bibliografia mais recente. Senão vejamos a frequência – e isto num seu curto ensaio, pois que nos dispensamos de maior labuta – com que as expressões aparecem, como que em relação de filiação: “Todos eles traduzem

passos da doutrina suíça no seu esforço de compreensão do art. 2.º, quer retrilhando o caminho da ciência jurídica alemã, também a doutrina lusitana tem perfilado a proscrição do abuso como uma formulação pela negativa do princípio da boa fé, importando acriticamente do tratamento dogmático alemão um conjunto de “grupos típicos de condutas abusivas”¹²⁵. Importação de doutrina estrangeira que, quanto a nós, descodifica-se pouco consentânea com o cuidado que o legislador português prestou à matéria.

De facto, não se entende como se poderá mirar na proibição do abuso “um alcance mais reduzido do princípio da boa fé”¹²⁶ quando é o próprio legislador nacional, e ao contrário do legislador helvético¹²⁷, que enuncia outras fontes de ilegitimidade do exercício jurídico (a sindicância dos bons costumes e do fim social e económico do direito). Também não se identificam na nossa lei as contingências que instigaram a doutrina alemã a encontrar no § 242 o reduto do abuso do direito: por um lado, entre nós o abuso é objetivo, independente de um

concretizações de uma ideia tradicional: a da proibição do abuso do direito. Finalmente: todos apelam ao adensamento de um princípio clássico: a boa fé”; “A inerente análise mostra que, no abuso do direito, há efectivas limitações ao exercício de posições jurídico-subjetivas. Só que tais limitações (...) — equivalem, em termos jurídico-positivos, a uma regra de conduta segundo a boa fé”; “No Direito português, a base jurídico-positiva do abuso do direito reside no artigo 334.º e, dentro deste, na boa fé” (“Do Abuso do Direito”, *cit.*). Curiosamente, o próprio Autor reconhece que “os grupos típicos de actuação abusiva usualmente referidos e os próprios princípios mediates de concretização da boa fé não esgotam as possibilidades criativas do sistema nem, consequentemente, as possibilidades de abuso do direito” (*idem.*); não deixa de estranhar como essa “criatividade” se tem de conter no perímetro da boa fé... Numa articulação bastante dúbia, PEDRO SANTOS afirma que “em Portugal, a base de sustentação do abuso do direito (...) encontra-se no princípio da boa fé objectiva” (SANTOS, Pedro, “Das Consequências do Abuso de Direito, *in Revista de Direito Civil*, n.º 0 (2015), Almedina, Lisboa, 2015, pág. 216).

¹²⁵ COUTINHO DE ABREU, *Do Abuso do Direito*, *cit.*, pág. 59. “O abuso do direito apresenta-se, afinal, como uma constelação de situações típicas em que o Direito, por exigência do sistema, entende deter uma actuação que, em princípio, se apresentaria como legítima” (MENEZES CORDEIRO, “Do Abuso do Direito”, *cit.*).

¹²⁶ Assim o diz PATTI, *cit.*, pág. 3

¹²⁷ Como sabemos, esta aceção do abuso como conduta contrária à boa ou de qualquer modo lesiva da boa fé de outrem foi recebida pela doutrina germânica, em especial pela pena de LEHMANN e ENNECCERUS/NIPPERDEY. Conforme refere ROMANO, “molta materia di abuso è stata esaminata sotto questo profilo in dipendenza della nota formula della inammissibilità del *venire contra factum proprium*” (*cit.*, pp. 168-169).

juízo de culpa¹²⁸, ao passo que o § 226 exige que o ato tenha por *fim exclusivo* causar prejuízos a outrem¹²⁹ e o § 826 somente se contenta com uma atuação dolosa; por outro lado, conforme aprofundaremos *infra*, a sanção que o Código Civil prevê para o abuso não é (somente) a obrigação de indemnização.

Além do mais, «se a proibição do comportamento abusivo constituísse efectivamente um mero *reflexo* da regra da conduta de boa fé, não se perceberia a razão pela qual o art. 334.º requer que o titular exceda “manifestamente”, no exercício do direito, os limites impostos pela boa fé», devendo ser bastante “um qualquer desrespeito desses limites, por pequeno que fosse”¹³⁰.

Confrontando o princípio da boa fé com o da atuação segundo os bons costumes, de que falamos no ponto anterior, evidencia-se assertivamente que o abuso não é uma formulação pela negativa daquele primeiro princípio. Ao passo que as “exigências qualificadas de comportamento” pressupostas pela boa fé “apenas vigoram para certos sujeitos em virtude das relações que entretiveram com outros”¹³¹, os bons costumes formam, se nos for consentido esta alegoria gráfica, uma camada normativa difusa dispensadora desse requisito de proximidade ou de contacto, subjetivamente mais ampla mas objetivamente mais afunilada. Nesta destrinça, vemos que onde quer que entre dois (ou mais) sujeitos presida uma relação especial, nomeadamente de fonte contratual, a boa fé consistirá num *plus* em relação ao menos exigente princípio de atuação segundo os bons costumes que, projetando-se por cima deste, ofusca a relevância autónoma deste último parâmetro de comportamento¹³². Porém, na ausência de

¹²⁸ A doutrina brasileira também tem propugnado que a responsabilidade emergente do abuso do direito prescinde de um juízo de censura (por todos, TARTUCE, *cit.*, pp. 458 e ss.).

¹²⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, «O “Abuso do Direito”», *cit.*, pág. 609.

¹³⁰ CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança*, *cit.*, pág. 853.

¹³¹ *Idem.*, pág. 847. Veja-se, a este respeito, os arts. 227.º, n.º 1, 275.º, n.º 1, 475.º e 762.º, n.º 2. ALBUQUERQUE MATOS fala em “relações de interferência intersubjectiva” (“Ilicitude Extracontratual”, *cit.*, pág. 14).

¹³² «Nem todas as violações desta última regra [a regra da conduta de boa fé] consubstanciam um atentado aos bons costumes; embora uma ofensa da boa fé no âmbito de uma relação particular possa significar uma ofensa aos bons costumes, uma vez que o padrão de comportamento que

tal relação, no “anonimato” do quotidiano e na indistinção entre semblantes, nomes e figuras, a ordem jurídica contenta-se – e não poderia deixar de ser de outra forma, pois que a imposição de zelar pelos interesses legítimos de todos os outros importaria o completo entrave da vida social¹³³ – com a prescrição genérica do *neminem ladere*, ainda que não seja indiferente a qualidade profissional dos sujeitos passivos dessa obrigação (os deveres deontológicos que impendem sobre um banqueiro de renome certamente não serão os mesmos que haverão de quadrar a atuação de um pequeno comerciante). Podemos dizer, então, que “aí onde não há nenhuma forma de inter-relacionamento entre os sujeitos, a ordem jurídica se contenta apenas com a necessidade de uma conduta que não ultrapasse as fronteiras básicas e gerais que ergue à actividade humana, mas afina as exigências de comportamento logo que os sujeitos constroem entre eles relações específicas, pois a estas corresponderão também vínculos especiais”¹³⁴. Assim, quer ao nível do seu alcance subjetivo, quer ao nível da densidade do padrão de comportamento exigível, a boa fé e os bons costumes distinguem-se. Têm, ademais, um escopo distinto: no esgardo pelo mínimo ético-jurídico decifra-se uma baliza à autonomia dos sujeitos e, concomitantemente, uma forma de ilicitude delitual destinada, desde logo, à tutela das *pure economic losses*; já na boa fé descontina-se a emergência de deveres particulares resultantes do exercício dessa mesma autonomia.

Neste ponto, interessa-nos sobretudo a responsabilidade pela confiança, que autores como BAPTISTA MACHADO têm entendido ser uma concretização do princípio da boa fé¹³⁵. É consabido que deste princípio surge *ex lege* um

estes representam também se aplica no sector das “relações especiais”» (CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança*, cit., pág. 849).

¹³³ Afloramento desta ideia encontrámo-lo no acrescido requisito de assunção prévia de posição de garante para funcionamento da responsabilidade por omissão (art. 486.º).

¹³⁴ *Idem.*, pág. 848.

¹³⁵ BAPTISTA MACHADO, cit., pág. 396. Para BAPTISTA MACHADO, são exigências elementares de convivência e de interação – “poder confiar é uma condição básica de toda a convivência pacífica e da cooperação entre os homens” (*idem.*, pág. 352) –, das quais o Direito não se pode alhear, que predicam ao binómio comunicação/responsabilidade; isto é, “um «responder» pelas pretensões de verdade, de rectitude ou de autenticidade inerentes à mensagem que essa conduta

conjunto indeterminável de deveres laterais ou acessórios que, quer na antecâmara da génese negocial (art. 227.º)¹³⁶, quer na execução do programa contratual divisado (art.º 762.º, n.º 2), quer até num momento posterior ao seu término, deverão conformar a atuação dos sujeitos para além dos deveres primários ou secundários de prestação a que se vincularam. Porém, tais deveres de lealdade, de proteção e de informação não são chamados a este respeito – decorrem de outros artigos e não do art. 334.º. Uma recensão aos manuais sobre a matéria revela nitidamente que o que está em causa nesta primeira modalidade de abuso é tão-somente a responsabilidade pela confiança¹³⁷. Uma atuação em desconformidade com os ditames da boa fé, para efeitos do art. 334.º, é, portanto, um exercício defraudatório das legítimas expectativas da contraparte na continuação do sentido percutível de comportamentos anteriores de um sujeito com quem interage. Ao passo que a violação de deveres acessórios impostos pela boa-fé é uma conduta ilícita¹³⁸, na responsabilidade pela confiança a imputação de danos não exige um ilícito culposo¹³⁹. Daí que, segundo aquele que pensamos ser o melhor entendimento, os casos de rutura de negociações não configuram uma hipótese de *culpa in contrahendo* (art. 227.º), dado que a boa fé não é constitutiva *per si* de um dever de contratar, logo quem encerra um

transmiter” (*idem.*, pág. 351), uma vinculação a condutas prévias livremente assumidas às quais não poderá deixar de assistir uma pretensão de verdade ou de autenticidade, e com cuja coerência com comportamentos futuros do declarante as contrapartes não podem deixar de contar. Conforme explica o douto Autor, “toda a conduta, todo o agir ou interagir comunicativo, além de carrear uma pretensão de verdade ou de autenticidade (de fidelidade à própria identidade pessoal), desperta nos outros *expectativas* quanto à futura conduta do agente” (*idem.*, pág. 353).

¹³⁶ Num estudo bastante recente, COSTA GONÇALVES, Diogo, Anotação ao art. 227.º, in AA.VV., *Novo Coronavírus e Crise Contratual – Anotações ao Código Civil*, AAFDL, Lisboa, 2020, pp. 7 e ss.. Ver também MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *cit.*, pp. 355 e ss..

¹³⁷ COUTINHO DE ABREU, *Do Abuso do Direito*, *cit.*, pp. 55-63, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral*, *cit.*, pp. 288-292, PAIS DE VASCONCELOS, *cit.*, pp. 277-280. Expressivamente, lê-se em ANTUNES VARELA que “a fórmula do *manifesto excesso* dos limites impostos pela *boa fé* abrange, por seu turno, de modo especial, os casos que a doutrina e a jurisprudência condenam sob a rubrica do *venire contra factum proprium*” (ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2000, pág. 547).

¹³⁸ CARNEIRO DA FRADA, *Contrato*, *cit.*, pág. 43, e MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *cit.*, pág. 358.

¹³⁹ COSTA GONÇALVES, *cit.*, pp. 12-13.

procedimento negocial, ainda que frustrando as expectativas da contraparte, não comete uma ilicitude. Fazendo do parecer de COSTA GONÇALVES o nosso, “a violação de deveres da boa-fé *in contrahendo* não se confunde, contudo, com os casos de ruptura de negociações *propriu sensu*. Nestes, o que está em causa é a imputação do *dano de confiança* resultante da não celebração de um negócio por aquele que suscitou na outra parte a legítima expectativa da sua conclusão. Em causa não está um ilícito culposo – já que *não contratar* não é ilícito¹⁴⁰ – mas sim a imputação de um concreto investimento de confiança àquele que lhe deu origem”¹⁴¹.

Na loquaz lição de BAPTISTA MACHADO, são pressupostos da responsabilidade pela confiança¹⁴²:

1. Uma situação objetiva de confiança: “uma anterior conduta de um sujeito jurídico¹⁴³ que, objectivamente considerada, é de molde a despertar

¹⁴⁰ Coerentemente, a indemnização tem em vista colocar o lesado-defraudado na posição em que estaria se não tivesse acreditado no empenho da contraparte em levar as negociações a termo. Como não se constitui nenhum direito de crédito, não poderá o lesado reivindicar uma indemnização que o coloque na posição em que estaria se o contrato tivesse sido celebrado (o denominado interesse contratual positivo), apenas podendo peticionar uma indemnização pelo interesse contratual negativo. Neste sentido, ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Almedina, Lisboa, 2009, pág. 310, e MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *cit.*, pp. 360-361.

¹⁴¹ COSTA GONÇALVES, *cit.*, pág. 15. Em sentido contrário, entendendo a rutura das negociações como um ilícito pré-contratual, e, portanto, sujeito ao regime do art. 227.º, o Ac. do STJ de 06-12-2018 (ILÍDIO SACARRÃO MARTINS). Esse acórdão ainda cita uma outra decisão do mesmo Tribunal, de 31-03-2011, na qual se escreveu que a razão de ser do art. 227.º “está na tutela da confiança e da expectativa criada entre as partes, na fase pré-contratual de um negócio, assegurada pela imposição de comportamentos que devem ser conformes à boa-fé”. Não podemos deixar de discordar com o razoar transcrito, pois que de nenhum contacto negocial emerge, por via da boa fé, um dever (juridicamente imposto) de levar as negociações a bom termo, cuja violação consubstanciará um caso de responsabilidade *in contrahendo*. Para CARNEIRO DA FRADA, “o art. 334.º desenvolve uma eficácia sindicante do exercício de um direito, mas a regra de conduta segundo a boa fé tem um alcance (...) mais vasto: funda deveres, haja ou não o exercício de um direito” [«Os Deveres (Ditos) “Acessórios” e o Arrendamento”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, I, Lisboa, 2013, pág. 271]. Assim, estes casos de rutura de negociações não são ocorrências de violação de deveres de lealdade, mas sim hipóteses típicas de frustração da confiança - sujeitas não ao art. 227.º, mas ao dispositivo do art. 334.º - que, embora lícitas, fundam uma pretensão indemnizatória.

¹⁴² BAPTISTA MACHADO, *cit.*, pp. 416 e ss..

¹⁴³ Esse sujeito jurídico, adiante-se, deverá dispor das normais faculdades mentais, psíquicas ou anímicas que lhe permitam apreender o significado que as suas condutas exteriorizam perante os terceiros que com eles contactam (para BAPTISTA MACHADO, tal autor deverá ser uma “pessoa

noutrem a convicção de que ele também no futuro se comportará, coerentemente, de determinada maneira”¹⁴⁴, conduta essa que, podendo-se exteriorizar de múltiplas formas, poderá em certos casos até consistir num *non facere*;

2. Um investimento na confiança que seja irreversível: requer-se, por um lado, que a “contraparte, com base na situação de confiança criada, [tome] disposições ou [organize] planos de vida de que lhe surgirão danos, se a sua confiança legítima vier a ser frustrada”¹⁴⁵, e, por outro lado, de que esse investimento se revele irreversível no sentido de não haver um outro meio jurídico capaz de remover de forma satisfatória o dano adviniente da conduta violadora da *fides* (requisito de subsidiariedade);

3. A boa-fé (subjetiva) da contraparte que confiou: desconhecimento, por parte do lesado, da divergência entre a intenção real do responsável pela confiança e a intenção aparente que um sujeito cuidadoso e precavido depreenderia do seu padrão de comportamento¹⁴⁶.

Tais pressupostos, que não conhecem uma formulação única¹⁴⁷, apenas nos fornecem as coordenadas comuns das várias situações típicas de abuso do direito por contrariedade aos “limites impostos pela boa fé”. Retraçamos que o emprego da expressão “boa fé”, nesta sede, não tem um significado equivalente à regra de

com capacidade de planeamento e auto-organização da vida” – *idem.*, pág. 354). Sem nos querermos alongar, do que se trata é da observância de uma “capacidade de se autovincular mediante uma conduta comunicativa” (*idem.*, pág. 355) que, presente em todos os adultos sãos e lúcidos, não preside a uma criança de tenra idade, por sua natureza errática e imprevisível.

¹⁴⁴ *Idem.*, pág. 416.

¹⁴⁵ *Idem.*, pág. 417.

¹⁴⁶ “Acrescente-se que o cuidado e as precauções a exigir dessa contraparte que reivindica a protecção da sua boa-fé serão tanto maiores quanto mais vultosos forem os «investimentos» (iniciativas, actos de disposição, decisões) feitos com base na confiança. Sobretudo quando circunstâncias particulares façam suscitar dúvidas sobre a verdade da situação aparente” (*idem.*, pp. 418-419).

¹⁴⁷ Para MENEZES CORDEIRO (“Do Abuso do Direito”, *cit.*), são cinco os pressupostos: a) uma situação de confiança; b) uma justificação para essa confiança; c) um investimento de confiança; d) imputação da situação de confiança.

conduta segundo a “boa fé” dos arts. 227.º e 762.º, n.º 2¹⁴⁸. Se em ambos os casos o legislador convoca para o paradigma do jurídico considerações socialmente relevantes de probidade, lealdade, respeito e consideração mútua, sendo incontroverso que “a relação obrigacional é hoje um complexo múltiplo de elementos jurídicos, uma realidade heterogénea, composta por múltiplos elementos orientados para a realização contratual almejada pelas partes”¹⁴⁹, enquanto os dois últimos normativos impõem verdadeiros deveres às partes de uma relação obrigacional, por sua vez o art. 334.º tem em mente dar guarida jurídico-positiva ao princípio da tutela da confiança¹⁵⁰. A relevância desta diferença não pode ser subalternizada: ao passo que é o sujeito que se quer prevalecer dos deveres acessórios de conduta que tem de provar a sua vigência no caso concreto¹⁵¹, as situações típicas de frustração da confiança acalentada, porque configuram casos de abuso do direito e não de violação de deveres

¹⁴⁸ Contra, vendo no desrespeito pelo art. 762.º, n.º 2, um exemplo de abuso do direito, HÖRSTER, *cit.*, pág. 287.

¹⁴⁹ GIL VALENTE MAIA, “Boa fé e responsabilidade civil decorrente da violação de deveres acessórios de conduta: o critério do «perímetro contratual» na delimitação do regime de responsabilidade aplicável”, *Julgarg Online*, Janeiro de 2020, Lisboa, pág. 4. Ver ainda CARNEIRO DA FRADA, *Contrato*, *cit.*, pp. 36 e ss..

¹⁵⁰ Em abono da nossa posição, o Ac. do STJ de 12-11-2013 (NUNO CAMEIRA), em cujas passagens se pode ler que “o princípio da confiança é um princípio ético fundamental de que a ordem jurídica em momento algum se alheia; está presente, desde logo, na norma do art. 334.º do CC, que, ao falar nos limites impostos pela boa fé ao exercício dos direitos, pretende por essa via assegurar a protecção da confiança legítima que o comportamento contraditório do titular do direito possa ter gerado na contraparte”. No mesmo sentido, o Ac. do TRLisboa de 11-07-2019 (CARLA MENDES).

¹⁵¹ “Ao contrário do que acontece com os deveres de prestar, que são determinados *ex ante* pelo acordo contratual inicial (ou pelas suas modificações), é a cada uma das partes que cabe em cada momento a tarefa de (saber) interpretar e concretizar a consideração que deve à outra (para a observar). Mas, em caso de litígio, será o juiz quem derradeiramente pondera e avalia, perante as circunstâncias, as respectivas exigências, fixando o conteúdo dos deveres de consideração (quer esclarecendo o que eles implicavam no passado, quer perante certas situações futuras mas antecipáveis (...)). Decorre do exposto que o juízo de determinação dos deveres de consideração, se bem que requeira a averiguação (e a comprovação) de um suposto de facto, constitui, em si mesma, uma questão-de-Direito. O ónus da argumentação no que toca à sua pertinência, na situação concreta e face ao direito objectivo, cabe a quem deles se queira prevalecer” (CARNEIRO DA FRADA, “Os Deveres (Ditos) Acessórios”, *cit.*, pp. 274-275).

laterais, são de conhecimento oficioso – assim já o disse a nossa jurisprudência em múltiplas ocasiões¹⁵².

São hipóteses-tipo¹⁵³ de abuso do direito por violação dos limites impostos pela boa fé – o mesmo é dizer, violações do princípio da confiança - o *venire contra factum proprium*, a inalegabilidade formal, a *supressio* e o *tu quoque*. Por já haver uma casuística rica e uma bibliografia vasta sobre estas figuras, não nos vemos na necessidade de as escalpelizar neste estudo.

5.3. O fim social ou económico do direito

Perscrutemos agora a terceira e última fonte de ilegitimidade do exercício prevista no art. 334.º. Prosseguindo no nosso esforço de decomposição analítica da fórmula do supramencionado artigo, não podemos deixar de assinalar uma dissimilitude entre este último segmento da norma e as demais partes suas: por um lado, enquanto que os bons costumes e a boa fé são limites gerais ao exercício de um direito, já o fim económico ou social diz respeito a cada direito individualmente considerado¹⁵⁴; por outro, ao passo que a sindicância dos bons costumes e da boa fé aplica-se ao exercício de qualquer prerrogativa privada, já este último limite tem em vista sobretudo os direitos subjetivos.

Primeiramente, notemos como o legislador adota o vocábulo *disjuntivo ou em vez de um e*¹⁵⁵. Dado devermos pressupor que o legislador se mune das melhores fórmulas escritas para exprimir o seu intento, conforme comanda o art.

¹⁵² “A proibição do comportamento contraditório configura actualmente um instituto jurídico autonomizado, que se enquadra, justamente, na proibição do abuso do direito, nessa medida sendo de conhecimento oficioso” [Ac. do STJ de 12-11-2013 (NUNO CAMEIRA)]. Cfr. ainda, da mesma instância, os Acs. de 11-12-2012 (FERNANDES DO VALE) e de 12-07-2018 (ROSA RIBEIRO COELHO).

¹⁵³ PAIS DE VASCONCELOS, *cit.*, pp. 282 e ss., CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, *cit.*, pp. 626 e ss., ainda que, por não discernirem na formulação do art. 334.º três sub-espécies normativas autonomizáveis e inconfundíveis, antes reconduzindo o essencial do abuso do direito à boa fé, apresentem uma tipologia diferente, no encalço da sistematização de MENEZES CORDEIRO. Sistematização próxima é da OLIVEIRA ASCENSÃO (*Teoria Geral*, *cit.*, pp. 288 e ss.), que apenas exclui a desproporção objetiva, que o Autor considera ser um princípio autónomo. Numa perspetiva germânica, CUNHA DE SÁ, *cit.*, pp. 64-66.

¹⁵⁴ BOULOS, *cit.*, pp. 179 e 188.

¹⁵⁵ Destacando igualmente esta diferença, COUTINHO DE ABREU, *cit.*, pág. 67.

9.º, n.º 3, inclinamo-nos para a conclusão de que o fim social do direito não se confunde com o seu fim económico. Ainda que na literatura seja recorrente a expressão “finalidade económico-social” e equivalentes¹⁵⁶, em bom rigor defrontamo-nos com duas hipóteses normativas distintas, cujo perímetro teremos adiante oportunidade de delimitar.

Ora, se para o legislador pode haver um verdadeiro “sequestro” da finalidade social ou económica do direito¹⁵⁷, então é porque o legislador secunda a corrente doutrinal e jurisprudencial segundo a qual os direitos se encontram adstritos a uma certa finalidade¹⁵⁸ - dir-se-ia que o legislador “atende a uma concepção finalista do direito como situação jurídica funcional”¹⁵⁹. Tributários desta corrente são, por exemplo, SANTORO-PASSARELLI, para quem cada direito só é elaborado ou tutelado pela ordem jurídica para a prossecução de certo interesse, ou JOSSERAND, que assevera que ao exercício do direito deverá presidir sempre um certo fim socialmente relevante¹⁶⁰. Neste aspeto, porém, ORLANDO DE CARVALHO é incisivo e contundente: “não deixa de ser surpreendente que ninguém tenha pesquisado até hoje (...) qual o interesse, o fim social ou o valor que preside, já não dizemos a cada direito subjectivo, mas, pelo menos, a cada grande instituição em que assenta o sistema de direito”¹⁶¹. Retemos que dificilmente se poderá conotar a cada direito um específico papel funcional, quer porque certos direitos estão *ex natura* aparentemente desprovidos de uma

¹⁵⁶ Por exemplo, em PRATA, Ana, “Anotação ao art. 334.º”, in ANA PRATA (coord.), *Código Civil Anotado*, Vol. I, Almedina, Lisboa, 2017, pág. 408, lê-se que “o fim económico dos meios de produção impõe que eles sejam usados para a realização das suas funções específicas, constituindo o seu abandono um comportamento abusivo, ofensivo da função social da propriedade” (itálico nosso). Em BOULOS, *cit.*, pág. 268, lê-se “a função econômico-social, ao contrário, diz respeito ao direito de propriedade isoladamente identificado em relação aos outros direitos garantidos pelo ordenamento jurídico” (itálico nosso).

¹⁵⁷ O art. 334.º, numa tentativa de se subtrair ao debate sobre a função social dos direitos, não fala em função, mas em fim. Todavia, as expressões devem-se ter por equivalentes. “Tem-se em vista a função que é atribuída a um direito e que o agente contrariaria com a sua actuação” (OLIVEIRA ASCENSÃO, «O “Abuso do Direito”», *cit.*, pág. 612).

¹⁵⁸ Com observações críticas, veja-se ORLANDO DE CARVALHO, *cit.*, pp. 109-111.

¹⁵⁹ CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, *cit.*, pág. 624.

¹⁶⁰ Sobre a posição de JOSSERAND, veja-se, por todos, COUTINHO DE ABREU, *cit.*, pp. 16 e ss..

¹⁶¹ ORLANDO DE CARVALHO, *cit.*, pág. 110.

“affectação substancial, funcional ou teleológica”¹⁶², quer porque essa adstrição, a existir, em muitos casos não estaria dependente apenas da morfologia abstrata-legal do direito, mas também do seu concreto objeto – o direito de propriedade sobre imóveis não tem o mesmo valor económico-social do que o direito de propriedade sobre bens consumíveis ou de diminuto valor venal, ou sobre meios de produção, ou sobre bens imateriais e com relevo cultural, etc¹⁶³. Na verdade, uma excessiva funcionalização dos direitos (característica das ordens jurídicas coletivistas¹⁶⁴) ofuscaria a fonte primaz de todas as relações jurídicas de Direito Privado, que é a autonomia privada¹⁶⁵: o privado não pode ser visto como uma *longa manus* do público. Na verdade, garante da existência de uma verdadeira ordenação espontânea – e não heterónoma e autoritária – dos interesses privados das pessoas só pode ser a não obrigatoriedade destes de colmatar as brechas deixadas pelo Estado social¹⁶⁶.

Se para nós afirmar que cada direito deverá seguir as precisas didascálias e instruções do sistema jurídico é um manifesto exagero, quando não uma verdadeira quimera inconformável com um ordenamento jurídico ainda marcado pelo estigma do liberal e do individual, não podemos negar que o legislador, ao atribuir ou reconhecer direitos, fá-lo com um propósito¹⁶⁷. É indesmentível que a

¹⁶² A expressão é de ANTUNES VARELA, *cit.*, pág. 544. Assim, *v. g.*, não sabemos que tipo de função económica ou social poderá impregnar, em termos de se poder falar num “abuso” de tais posições jurídicas por “exercício reprovável” (*idem.*, pág. 546), o direito de remitir uma obrigação – art. 863.º -, de adquirir o direito de propriedade por via da acessão natural – arts. 1327.º e ss. -, de exigir a divisão de coisa comum – art. 1412.º -, de ser informado sobre o modo de exercício das responsabilidades parentais – art. 1906.º, n.º 6 – ou o direito de aceitar ou repudiar a herança.

¹⁶³ Com uma formulação convergente, veja-se COUTINHO DE ABREU, *Do Abuso do Direito*, *cit.*, pág. 40.

¹⁶⁴ HÖRSTER, *cit.*, pág. 279.

¹⁶⁵ Sobre o princípio da autonomia privada no direito civil, MOTA PINTO, *cit.*, pp. 102 e ss..

¹⁶⁶ «Fazer depender o direito subjectivo de uma função acabaria por substituí-lo pela própria função, obtendo-se assim um “ofício” que caberia ao indivíduo desempenhar na sociedade» (HÖRSTER, *cit.*, pág. 279).

¹⁶⁷ A ideia de fim, na verdade, perpassa por vários setores do direito privado, conforme evidencia CUNHA DE SÁ (*cit.*, pp. 210 e ss.). Manifesta-se, desde logo, no que diz respeito à capacidade jurídica das pessoas coletivas, delimitada como sabemos pelo princípio da especialidade (art. 160.º: “abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins”). Mas é também a ideia de que “cada negócio tem uma função instrumental própria” que justifica a nulidade do negócio simulado (art. 240.º) ou do negócio celebrado com reserva mental

atribuição de um direito corresponde a uma escolha do ordenamento jurídico entre interesses incompatíveis¹⁶⁸, e que, portanto, os direitos ainda se encontram cunhados por ideias do socialmente justo¹⁶⁹. Em Itália, para se sinalizar esta pré-decisão do legislador, generalizou-se a expressão “programação normativa”¹⁷⁰. Como a atribuição de um direito implica sempre a prefiguração de um conflito e uma escolha que culmina na prevalência do interesse do sujeito que intitula o direito sobre os demais interesses contrapostos, pode o aplicador do direito no caso concreto entender – ou evocando valores de outra ordem (ética, política, social, etc.), ou apelando aos mesmos cânones de racionalidade que presidiu à eleição de um interesse em detrimento dos demais – que a solução prática a que se chega no caso concreto não se coaduna com aquela que foi a intenção do legislador¹⁷¹. Aqui mesmo reside tradicionalmente o cerne do abuso do direito:

conhecida do declaratório (art. 244.º). Também é a lei que expressamente distingue o exercício normal de um direito do seu exercício anormal, prevendo que o exercício normal (e só ele) não constitui coação (art. 255.º, n.º 3). Nas palavras de CUNHA DE SÁ, “a ameaça de fazer exercer um direito pode entender-se como normal sempre que seja conforme à faculdade que a lei reconhece ao respectivo titular de recorrer aos meios de tutela legalmente fixados para proteção e realização do seu direito” (*idem.*, pág. 215). O Autor dá como exemplos a ameaça do credor munido de título executivo de penhorar os bens do devedor na medida suficiente para a realização do crédito ou a ameaça do proprietário de murar a sua propriedade a fim de obstar à passagem indevida dos vizinhos. Por conseguinte, já se detetará um exercício irregular quando o credor pretenda forçar ou constranger o devedor a celebrar um negócio particularmente ruinoso ou a aceitar uma dação em cumprimento que tenha um valor consideravelmente superior à prestação devida. Manifestações da ideia geral de abuso também sondamos na figura da prescrição (art. 298.º) e na extinção de direitos (imprescritíveis) pelo seu não uso (v. g., arts. 1476.º, n.º 1, e 1490.º, relativos ao usufruto e ao direito de uso e habitação). Voltando a tomar gozo da escrita de CUNHA DE SÁ, “seria exactamente porque a ordem jurídica não pode tolerar o não exercício prolongado de um direito (ou, dito por outras palavras, não pode tolerar que se abuse da omissão do *ius utendi* encerrado no próprio direito) que lhe determina a extinção por prescrição ou por não uso” (*idem.*, pp. 220-221).

¹⁶⁸ Assim, PATTI, *cit.*, pág. 1.

¹⁶⁹ “Apesar de representarem, como o próprio nome indica, uma vantagem para o seu titular, os direitos subjetivos devem ser considerados no contexto social, pois além de encontrarem o seu fundamento na sociedade (que, por meio das normas jurídicas, os define e os garante) é nela que o seu exercício se dá e é só nela que eles têm valor e razão de ser” (BOULOS, *cit.*, pág. 36).

¹⁷⁰ Por todos, BARCELLONA, *cit.*, pp. 472 e ss.

¹⁷¹ Seguimos BARCELLONA, *cit.*, pág. 473. Poder-se-á contra-argumentar que, se o “fallimento della programmazione normativa” se exprime numa lacuna do ordenamento, antes de usar o instituto do abuso como artifício legal para colmatar tal lacuna, é preciso provar que ela mesmo existe. Nas palavras do autor citado, “in tanto si può dire che c’è una lacuna (a colmare la quale giovi il principio dell’abuso), in quanto si assuma che l’ordinamento «esige» che l’esercizio di un

saber se nos devemos manter fiéis à escolha do legislador ou se devemos, ainda que a título excepcional¹⁷², admitir a interferência de certos corretivos no caso concreto¹⁷³.

Esta conflituosidade, à qual a ordem jurídica é chamada a pôr termo, é imanente a qualquer cenário de escassez de recursos. Será do interesse do legislador resolver tal conflito no sentido da otimização da alocação dos recursos disponíveis, mesmo que tal implique que uma das partes deva arcar com um dano na sua esfera jurídica. Daí que os remédios aquilianos não valham para todos e quaisquer danos sofridos – em certos casos, a interferência virtual de uma esfera jurídica noutra, mesmo que prejudicial para esta última, corresponde à vontade do sistema jurídico, pois que permite obter uma “produtividade sistémica” (o exemplo clássico é a competição concorrencial em vista à melhor alocação de recursos)¹⁷⁴. No parecer de ANTUNES VARELA, “a atribuição do direito [traduz] deliberadamente a supremacia de certos interesses sobre outros interesses com eles conflituantes”¹⁷⁵. Em tais casos, porque já se dirimiu a nível legal um disputa entre interesses incompatíveis, o abuso em princípio não pode ser chamado à colação: o exercício do direito, ainda que “danoso” (isto é, desvantajoso para o sujeito passivo da relação jurídica), é um exercício regular. Contudo, pode acontecer que a interferência prevista (e querida) pelo ordenamento assuma “modalidades contrafinalísticas” relativamente às razões que levaram o ordenamento a consentir tal interferência. Esta incompatibilidade

potere sia controllato” (*loc. cit.*). Porém, no caso do ordenamento jurídico português, é o próprio legislador – no art. 334.º – que admite a necessidade de em certos casos a sua própria autoridade formal ter de ser derogada. Não é preciso transcorrer pelas entrelinhas do sistema normativo para encontrar o abuso do direito, pois que ele mesmo resulta da lei.

¹⁷² “Entendemos que o julgador deve aplicar o regime do abuso do direito com as cautelas devidas a um instrumento jurídico de rara utilização, que funciona como uma válvula de escape do sistema, quando todos os mecanismos de equilíbrio que o compõem falharam” [(Ac. do TRLisboa de 01-10-2009 (BRUTO DA COSTA))].

¹⁷³ PATTI, *cit.*, pág. 1.

¹⁷⁴ A este respeito, são valiosas as considerações de BARCELLONA, *cit.*, pág. 494.

¹⁷⁵ ANTUNES VARELA, *cit.*, pág. 545. No mesmo sentido, BOULOS, *cit.*, pp. 102-106.

modal é, por conseguinte, “o âmbito da responsabilidade [aquiliana] onde propriamente se revela o paradigma do abuso”¹⁷⁶.

5.3.1. O fim pessoal ou económico do direito

Importa agora ver como é que estas considerações nos podem ajudar a compreender o disposto no art. 334.º. Alguma doutrina parece usar as expressões fim pessoal e fim económico em sinónímia, por contraposição ao fim social¹⁷⁷. Por exemplo, CARVALHO FERNANDES escreve que “no *plano pessoal*, a funcionalidade do direito significa que é criado pela ordem jurídica, não como um fim em si mesmo, mas dirigido à realização de certos interesses da pessoa a quem é atribuído, mediante o reconhecimento de uma posição de vantagem no aproveitamento da utilidade de certo bem”, tendo-se por abusivo o exercício de

¹⁷⁶ BARCELLONA, *cit.*, pág. 495. O legislador italiano, embora refreando-se na consagração do abuso como figura geral, previu nos arts. 833.º e 1337.º as hipóteses mais comuns desses *conflitti modali* (seguimos fielmente *idem.*, pág. 496). No caso do art. 833.º, a iniciativa do proprietário laborioso prevalece sobre a instância conservadora do proprietário limítrofe, o qual é obrigado a suportar os eventuais danos que resultem de tal iniciativa – isto por força da consideração sistémica de que o sacrifício deste simplesmente constitui o custo necessário para o pleno desenvolvimento da *ratio utilitaristica* que rege a plenitude dos poderes do proprietário; daí que esse custo se tenha por sistematicamente irrazoável quando a iniciativa do proprietário *non abbi altro scopo che quello di nuocere o arrecare molestia*. Na hipótese regida pelo art. 1337.º, a faculdade de uma parte contratual de interromper o processo de negociação, não obstante os prejuízos que daí poderão emergir para a outra parte, constitui o custo necessário para a melhor alocação de recursos a que a liberdade de não celebrar o contrato é sistematicamente preordenada; daí que este custo se tenha por sistematicamente irrazoável quando uma atuação de acordo com os ditames da boa fé pudesse ter evitado a não celebração do contrato. Segundo o Autor citado, este esquema funcional-teleológico de tratamento dos conflitos aquilianos deve ser adotado sempre que o legislador confira a alguém um poder especial de interferência na esfera de outrem.

¹⁷⁷ “Além do fim pessoal inherente ao direito subjetivo, o próprio direito de propriedade cumpre uma função social” (RUI JANUÁRIO et al., *Direito das Coisas*, Petrony, Lisboa, 2018, pág. 614). Diferentemente, PAIS DE VASCONCELOS advoga que o fim pessoal do direito subjetivo não consta do dispositivo do art. 334.º, mas nem por isso deixa de ser relevante. Nas suas palavras, «a própria subjetividade do direito subjetivo, que ressalta no seu confronto com o direito objetivo, é significativa do seu caráter eminentemente pessoal. Por isso, a letra do artigo 334º deve ser entendida com uma referência ao fim “também” social ou económico do direito, à relevância social ou económica que o direito subjetivo possa assumir conjuntamente com a sua natureza pessoal. O direito subjetivo tem sempre um fim pessoal com o qual pode coexistir um fim social ou económico» (*cit.*, pág. 276). Também OLIVEIRA ASCENSÃO considera que “os desvios da função pessoal, que representam a origem do abuso do direito (...), não estão afinal, pelo menos à primeira vista, cobertos pela previsão do abuso do direito no art. 334.º!” (*Teoria Geral, cit.*, pág. 270).

um direito “que não corresponda a um interesse atendível do seu titular (actos *chicaneiros*) ou de que resulte a lesão de outrem (actos *emulativos*)”¹⁷⁸. Conquanto concordamos que a função económica do direito se complana e identifica com a função pessoal, na medida em que os direitos permitem ao seu titular a obtenção de um incremento patrimonial ou a manutenção de uma posição de vantagem¹⁷⁹, esta abordagem não se nos afigura inteiramente correta. O exercício de um direito não necessita de se traduzir num benefício para o seu titular; conforme resulta do princípio de autodeterminação da pessoa humana, uma atuação descuidada, inútil ou até mesmo pródiga, se não interferir com a esfera de outrem, é juridicamente irrelevante¹⁸⁰. Além do mais, não é porque do exercício de um direito resulta a lesão dos interesses de outrem que nos deparamos com um exercício abusivo. Como vimos acima, para o legislador há danos “justos” e danos “injustos”¹⁸¹, no sentido de que em muitos casos é justo que seja a esfera jurídica atingida com o dano que o deve suportar¹⁸² - para além daqueles danos que resultam do risco natural da vida, há danos que são a consequência normal (leia-se: regular) do exercício de direitos (v. g., o direito do exequente de penhorar os bens do executado, que poderá deixar este último

¹⁷⁸ CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, cit., pág. 625.

¹⁷⁹ O Código de Seabra definia o direito de propriedade como “a faculdade que o homem tem de aplicar à conservação da sua existência, e ao melhoramento da sua condição, tudo quanto para esse fim legitimamente adquiriu e de que, portanto, pode dispor livremente” (art. 2167.º). O fim pessoal encontra-se no segmento em itálico. Cfr. PAIS DE VASCONCELOS, cit., pp. 281-282.

¹⁸⁰ Conforme escreve ORLANDO DE CARVALHO, “se a utilização de um direito sem interesse (...) não tem reflexos sensíveis na esfera de interesses de outrem ou em ponderosos interesses da colectividade no seu todo, o abuso que comporta e até a incúria que revele, no que concerne à gestão da órbita de interesses do agente, não são mais do que o mínimo de preço a pagar pela autonomia imprescindível à autodeterminação de cada um. A pura e simples negação de interesses tem de haver-se por isso como juridicamente irrelevante” (cit., pág. 121). No mesmo sentido, COUTINHO DE ABREU, *Do Abuso do Direito*, cit., pág. 43: “a simples não actuação ou mesmo negação de interesses próprios pelo sujeito de um direito é juridicamente irrelevante enquanto se não projectar na esfera de interesses de outrem”.

¹⁸¹ Por exemplo, o art. 214.º, n.º 6, do Código das Sociedades Comerciais dispõe que “o sócio que utilize as informações obtidas de modo a prejudicar *injustamente* a sociedade ou outros sócios é responsável, nos termos gerais, pelos prejuízos que lhes causar e fica sujeito a exclusão” (itálico nosso). Assim, o legislador admite que o exercício do direito à informação do sócio possa ser prejudicial para a sociedade, mas apenas em certos casos é que esses prejuízos são atendíveis.

¹⁸² Recordamos o brocado inglês *the loss lies where it falls*.

numa situação bastante penosa¹⁸³) e que portanto são inatendíveis ao nível aquiliano¹⁸⁴. A transferência do dano da esfera atingida para outrem apenas ocorrerá se se verificar uma das modalidade de imputação de danos¹⁸⁵. Pois bem, reza o já citado *qui suo iure utitur* que se alguém tem um direito subjetivo e o exerce não deve responder pelos danos advinientes do seu exercício¹⁸⁶. Como veremos, esta causa de exclusão de ilicitude deve ser interpretada de forma restritiva, de modo a apenas abranger o exercício regular do direito.

Seguindo a abordagem que nos parece mais sagaz, “a função pessoal [= económica] significaria que os direitos são atribuídos aos sujeitos para finalidades próprias da realização desses sujeitos”¹⁸⁷. Por conseguinte, há desvio da função pessoal quando o direito é exercido em vista não de proveito próprio para o seu titular – ou eventualmente de terceiro –, mas com a intenção de prejudicar outrem¹⁸⁸. Nisto consistem os atos emulativos, de que já nos referimos múltiplas vezes em relação ao art. 833.º do *Codice Civile*¹⁸⁹, mas que também encontram arrimo no § 226 do BGB. A nosso ver, os direitos são instrumentos concedidos pelo ordenamento jurídico para o ganho económico¹⁹⁰ e não para a lesão dolosa de outrem; o mesmo é dizer, uma permissão normativa de aproveitamento e

¹⁸³ “Afirmar, neste contexto, que existe abuso do direito arrasta consigo a consequência de que um contrato (em que o devedor é uma parte débil e o credor uma parte forte) não deve ser cumprido; o credor abastado não pode pedir a condenação do devedor indigente no pagamento de uma quantia contratualmente fixada. Da mesma forma, as ações de despejo nos casos de arrendamento para habitação seriam sempre decididas a favor do inquilino com base no argumento que o recorrente invoca” [Ac. do TRÉvora de 08-09-2016 (PAULO AMARAL)].

¹⁸⁴ Assim, expressões como o “exercício danoso do direito” (que se encontra, por exemplo, em PAIS DE VASCONCELOS, *cit.*, pág. 286) devem ser lidas *cum grano salis*.

¹⁸⁵ Sobre o princípio do resarcimento dos danos e o fenómeno da imputação de danos, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *cit.*, pp. 49 e ss..

¹⁸⁶ *Idem.*, pág. 302.

¹⁸⁷ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral*, *cit.*, pág. 268.

¹⁸⁸ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral*, *cit.*, pág. 269, e CASTRO MENDES, *cit.*, pág. 360.

¹⁸⁹ Não obstante a letra da lei apenas se referir ao exercício do direito de propriedade, a doutrina tem pacificamente estendido a latide da norma a outros direitos reais, como a compropriedade, o usufruto e a servidão (CARINGELLA, *cit.*, pág. 1963).

¹⁹⁰ Diz-nos TRABUCCHI que “il diritto soggettivo è costituito da un potere, attribuito alla volontà del soggetto e garantito dall’ordinamento giuridico, *per conseguire il sodisfacimento dei propri interessi*” (*cit.*, pág. 54, itálico nosso).

fruição económica de uma coisa ou prestação e não um motor de agressão¹⁹¹. Se o titular de um direito o exerce com o intuito único de prejudicar outrem, sem daí retirar qualquer utilidade atendível pelo ordenamento, age “fora do domínio de permissão jurídica”¹⁹², e responderá pelos danos causados¹⁹³. Um ato fútil e danoso, sob pena de auto-rutura da programação normativa, não pode ser acautelado pela ordem jurídica. Essa é a “situação radical”. Porém, em lado algum a nossa lei exige que haja uma intenção exclusiva de prejudicar outrem ou uma ausência de benefício próprio. A este propósito, escreve OLIVEIRA ASCENSÃO que “a questão está em apurar se no Direito português se pode superar a fórmula do Direito alemão e considerar que há abuso do direito desde que a conduta do titular seja *fundamentalmente* prosseguida para causar dano a outrem – não necessitando de o ser *exclusivamente*”¹⁹⁴. O Autor é favorável a essa extensão¹⁹⁵, mas nós devemos ser particularmente timoratos na sua aceitação. Não descartamos que também possa haver uma falha na programação normativa mesmo quando o titular do direito obtenha um benefício económico com o exercício da posição jurídica, desde que o sacrifício que é imposto a outrem seja manifesta ou grosseiramente desproporcional¹⁹⁶.

De facto, devido aos mecanismos processuais do ónus da prova, é mais fácil provar em juízo a ausência de benefício próprio do que a intencionalidade

¹⁹¹ Não podemos deixar de identificar no art. 1344.º, n.º 2 - que exige do proprietário que pretenda proibir atos de terceiros “um interesse actual, concretizável e materializável, e não meramente abstracto ou conjectural” [Ac. do STJ de 14-02-2013 (SERRA BAPTISTA)] -, um afloramento do fim pessoal do direito. Já o Ac. do TRCoimbra de 18-01-2005 (FERREIRA DE BARROS) entende que o referido preceito é uma concretização do fim social do direito de propriedade, posição que temos dificuldade em acompanhar.

¹⁹² A bastante loquaz expressão é de ANA PRATA, *cit.*, pág. 408.

¹⁹³ Veja-se, por exemplo, o caso do art. 1356.º, que atribui ao proprietário o direito de tapagem (retiramos este exemplo de CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, *cit.*, pág. 625). Entende o douto Autor que se o proprietário erguer um muro excessivamente alto, com o escopo de ensombrar um prédio vizinho ou de tirar as vistas, sem que daí advenha qualquer benefício atendível, então o seu comportamento constitui um ato abusivo.

¹⁹⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, « O “Abuso do Direito” », *cit.*, pág. 626.

¹⁹⁵ *Idem.*, pág. 627.

¹⁹⁶ Trata-se dos casos intuitivamente apelidados de desproporção no exercício: “é abusivo o exercício do direito sempre que a vantagem dele resultante para o titular é mínima e desproporcionada com um sacrifício severo de outrem” (PAIS DE VASCONCELOS, *cit.*, pág. 286).

do dano¹⁹⁷. Neste sentido, abandonar o critério da intencionalidade, além de ser consentâneo com a ideia de que entre nós o abuso é objetivo - não sendo elemento da factispécie do art. 334.º a consciência do transvasar dos limites impostos ao exercício do direito¹⁹⁸ -, permite uma maior tutela da posição do lesado. Para se esquivar a esta *probatio diabolica* – que as mais das vezes esvazia a lei escrita da sua relevância *in practice* -, parte da doutrina italiana tem propugnado uma reinterpretação do art. 833.º, no sentido de que o “escopo” de que o legislador latino fala não se refere ao proprietário, mas ao ato em si – não à intenção subjetiva e psicológico do autor do ato (ainda que se entenda, como OLIVEIRA ASCENSÃO, que essa intenção não tem de ser exclusiva), mas aos efeitos objetivos do ato¹⁹⁹. Mais que um juízo de censura do comportamento do titular do direito, apela-se, em primeira linha, a critérios económicos inspirados pelo ótimo de PARETO. Ou seja, e em extrema síntese, quem piora a situação de um outro sujeito sem com isso melhorar a sua própria situação age abusivamente²⁰⁰. Esta corrente, ainda que possa agradar aos mais analíticos e pragmáticos, não está isenta de dificuldades. Para além de não haver fórmulas matemáticas a que o jurista possa habilmente recorrer, haverá sempre uma discricionariedade na escolha dos critérios que poderão integrar o cálculo custo/benefício²⁰¹. Têm-se também articulados critérios teleológicos, mas também eles acabam por ser bastante heterogéneos. Chamar à colação a

¹⁹⁷ Neste sentido, PINO, *cit.*, pág. 10, e BOULOS, *cit.*, pp. 40-41.

¹⁹⁸ Sobre a conceção subjetiva e objetiva do abuso do direito e a consagração, entre nós, desta última, veja-se CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, *cit.*, pp. 623-624. No direito brasileiro, BOULOS, *cit.*, pp. 135 e ss.: “não é necessária a comprovação da intenção e sequer da consciência do agente de que está ultrapassando os limites impostos pela lei. Não há que se falar, nesta sede, quer em dolo, quer em culpa *stricto sensu* em qualquer das suas modalidades” (*idem.*, pág. 138).

¹⁹⁹ PINO, *cit.*, pág. 11.

²⁰⁰ Seguimos PINO, *cit.*, pp. 11-12. Para esta corrente, reconhece-se a legitimidade daqueles comportamentos que, embora egoísticos, fúteis ou idiossincráticos, têm em vista a maximização da utilidade individual, mas já se catalogam como abusivas aquelas hipóteses em que o proprietário impõe sobre terceiros os custos da sua própria atividade fora de um esquema contratual.

²⁰¹ *Idem.*, pág. 12.

“racionalidade”, a “finalidade própria do direito subjectivo”²⁰² ou o “uso normal” dos institutos – as expressões podem variar, mas a indeterminação permanece petrificada – apenas amplia a discricionariedade do intérprete num setor já bastante volátil, com o único limite sendo aquele de não atribuir ao instituto um escopo absurdo²⁰³.

Estes critérios conhecem as suas debilidades, mas podem sempre ser usados cumulativamente pelo aplicador do Direito no seu esforço de argumentação. Será certamente abusivo um ato praticado com a intenção (exclusiva ou principal) de lesar outrem²⁰⁴, cujo benefício para o titular (se é que existe) seja ofuscado pelo prejuízo imposto a um terceiro²⁰⁵, e que consubstancie um exercício anormal ou disfuncional do direito, atendendo aos parâmetros sociais e jurídicos dominantes. Devemos ainda articular estes critérios com um princípio verdadeiramente ancilar do programa normativo do legislador – o princípio do mínimo dano, segundo o qual “o exercício do direito deve ser feito

²⁰² BOULOS, *cit.*, pág. 41. Na doutrina italiana, GALGANO, Francesco, *Trattato di Diritto Civile*, Vol. I, 2.a ed., CEDAM, Pádua, 2010, pp. 330-331.

²⁰³ PINO, *cit.*, pág. 16.

²⁰⁴ Note-se: não é porque a averiguação do *animus nocendi* não é facto constitutivo da conduta abusiva que ele se torna despiciendo [neste sentido, ANTUNES VARELA, *cit.*, pág. 546, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral*, *cit.*, pág. 277, e o Ac. do TRGuimarães de 01-02-2018 (ANTÓNIO BARROCA PENHA)]; pelo contrário, a alegação e prova de que o móbil do exercício foi tão-somente o intuito danoso poderá ser suficiente para inquirir o exercício.

²⁰⁵ Foi este o critério que pontificou no Ac. do TRCoimbra de 09-01-2017 (LUÍS CRAVO): «é um facto notório haver uma “desproporção grave” entre a vantagem substancial que o A. obteria com a demolição de parte da parede poente da casa dos Ios RR. – recuperar 1 a 2 m² do seu terreno, na confinância com o prédio dos Ios RR., isto numa freguesia rústica do interior do País, donde, terá valor nunca superior a €100, área essa com utilidade mínima para o A., o qual na questão parece ter basicamente interesses de ordem estética (...) – quando no confronto com o sacrifício imposto aos ditos Ios RR. – a demolição da parede poente em causa, ainda que só de parte da mesma, afetaria naturalmente a estrutura resistente da casa, refletindo-se naquele alçado que tem 2 pisos, implicando a destruição e subsequente construção alterada/corrigida, na medida do necessário, de um prédio de habitação finalizado (...), donde ascendendo sempre a alguns milhares de euros, para além de um sacrifício pessoal para os ditos Ios RR., pelos incómodos, despesas e trabalhos acrescidos que tal demolição sempre implicaria». Usando o mesmo critério, o Ac. do STJ de 16-03-1995: “ao procederem a um nivelamento do seu terreno, alteando-o na parte como confina com o imóvel dos autores em 1,50 metros, e em seguida construindo um muro com a altura total de 2,80 metros (...), os réus abusaram do seu direito de propriedade porque, de modo excessivo e manifesto afetaram a luminosidade e o calor que a casa dos autores antes recebia do sol, obtendo um benefício para si mas à custa da perda de comodidades e com sacrifício do bem estar dos autores” (*apud.*, RUI JANUÁRIO, *cit.*, pág. 616).

de modo a causar o mínimo dano a outrem”²⁰⁶. Também não devemos ser indiferentes ao concreto contexto social em que os direitos são exercidos, ou seja, ao que é legítimo uma pessoa suportar *naquela* posição ou *naquele* lugar²⁰⁷.

Desvio do fim pessoal/económico do direito haverá nos atos emulativos²⁰⁸ ou no exercício desproporcional, mas não só. É esse desvio que está na base do instituto societário da desconsideração da personalidade jurídica, pois também aí o ordenamento jurídico reage ao exercício inadmissível da personalidade societária²⁰⁹. Para o STJ, “o princípio da atribuição da personalidade jurídica às

²⁰⁶ PAIS DE VASCONCELOS, *cit.*, pág. 286. Em certos casos é o próprio legislador que, atento à desproporção entre a vantagem auferida e o sacrifício imposto a outrem, impõe alguns travões ao exercício de posições jurídicas (seguimos OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral*, *cit.*, pp. 286-287): o credor não pode resolver o contrato se o não cumprimento parcial tiver escassa importância (art. 802.º, n.º 2); a indemnização é fixada em dinheiro sempre que a reconstituição natural seja excessivamente onerosa para o devedor (566.º, n.º 1); havendo violação do dever de prestação de facto negativo, o credor dessa prestação não pode exigir a demolição da obra se o prejuízo da demolição para o devedor for consideravelmente superior ao prejuízo sofrido pelo credor (art. 829.º, n.º 2).

²⁰⁷ Dirimindo um desentendimento tipicamente rural (e caricato), explicou o STJ que “se é certo que a vivência nos meios rurais, impõe que nas relações de vizinhança seja de tolerar os ruídos provocados pelos animais domésticos legitimamente criados nos quintais das residências, tais como galinhas e galos, e a suportar algumas contrariedades e incomodidades daí advinientes, certo é também que essa tolerância e limitação deverá apenas ocorrer na medida adequada e proporcionada à satisfação dos interesses tutelados pelo direito dominante, para que todos possam continuar a viver em sociedade no ambiente rural que escolheram” [(Ac. do STJ de 03-10-2019 (MARIA ROSA TCHING)].

²⁰⁸ Estranhamente, BOULOS entende que os atos emulativos consubstanciam um transvasar dos limites impostos pela boa fé (pág. 268).

²⁰⁹ Assim, ARMANDO TRIUNFANTE/LUÍS TRIUNFANTE, “Desconsideração da Personalidade Jurídica – Sinopse Doutrinária e Jurisprudencial”, *Revista JULGAR*, n.º 9, Lisboa, 2009, pág. 131. Na definição de COUTINHO DE ABREU, a desconsideração da personalidade jurídica consiste na “*derrogação ou não observância da autonomia jurídico-subjetiva e/ou patrimonial das sociedades em face dos respetivos sócios*” (*Curso de Direito Comercial*, Vol. II: Das Sociedades, 6.a ed., Lisboa, Almedina, 2019, pág. 172). O Autor distingue dois grupos de casos de levantamento da personalidade: os casos de imputação – em que determinados conhecimentos, qualidades ou comportamentos são imputados à sociedade e vice-versa – e os casos de responsabilidade – em que a regra da responsabilidade limitada é quebrada. “Se, além da perspetiva *substancialista* da personalidade coletiva, o operador *interpretação teleológica* domina no grupo de casos de imputação, já no grupo de casos de responsabilidade é dominante o *abuso do direito*” (*idem.*, pág. 174). Se os casos de imputação se resolvem através de uma adequada interpretação das normas jurídicas e do seu alcance subjetivo, é nos casos de responsabilidade – aqueles que nos importam – que pontifica como critério de solução o abuso do direito. Os sócios deverão perder o benefício da responsabilidade limitada quando utilizarem o instituto da separação jurídico-patrimonial “*não (ou não tanto) para satisfazer interesses de que ele é instrumento, mas para desrespeitar interesses dos credores da sociedade*” (*loc. cit.*).

sociedades e da separação de patrimónios, ficção jurídica que é, não pode ser encarado, em si, como um valor absoluto e não pode ter a natureza de um manto ou véu de protecção de práticas ilícitas ou abusivas – contrárias à ordem jurídica –, censuráveis e com prejuízo de terceiros²¹⁰. O legislador confere às pessoas singulares o direito de participar no comércio sob a veste de um novo centro de imputação de direitos e obrigações com o intuito de, através da limitação da responsabilidade a um património autónomo, fomentar a atividade económica e permitir um adequado controlo do risco da atividade comercial. Não deseja o legislador – dito de outra forma, não é consentâneo com a sua programação normativa – que a personalidade societária seja usada como um ardil para prejudicar os credores sociais²¹¹. O levantamento desse “véu”, através da responsabilização pessoal dos sócios pelas obrigações assumidas pela sociedade, ainda que implique o abandono do princípio matricial do direito societário (a separação jurídico-patrimonial entre a pessoa coletiva e os seus membros), é o único remédio para sancionar esse exercício abusivo²¹².

²¹⁰ Ac. do STJ de 07-11-2017 (ALEXANDRE REIS).

²¹¹ Ou até mesmo os sócios da própria sociedade, como no caso descrito no Ac. do STJ de 19-06-2018 (GRAÇA AMARAL), em que a falta de liquidez da sociedade devido a transferências entre o património desta e o património de um dos sócios impossibilitou-a de entregar os lucros distribuídos. Nas palavras de COUTINHO DE ABREU, «para limitar a aversão ao risco e promover investimentos, a ordem jurídica atribui o benefício da “responsabilidade limitada” aos sujeitos que queiram exercer atividade económica por intermédio de sociedade. Mas não lhes permite a utilização da sociedade como instrumento de inflação de danos aos credores» (*Curso de Direito Comercial, cit.*, pág. 177).

²¹² “A desconsideração da personalidade jurídica, também designada por levantamento da personalidade colectiva das sociedades comerciais, tem, na sua base, o abuso do direito da personalidade colectiva, ou seja, o instituto deve ser usado, se e quando, a coberto do manto da personalidade colectiva, a sociedade ou sócios, dolosamente, utilizarem a autonomia societária para exercerem direitos de forma que violam os fins para que a personalidade colectiva foi atribuída em conformidade com o princípio da especialidade, assim almejando um resultado contrário a uma recta actuação” [(Ac. do STJ de 09-05-2019 (ILÍDIO SACARRÃO MARTINS)]. Abuso do direito por desvio da função económica da personalidade societária, e não por violação do princípio da boa fé – errado esteve, pois, o supramencionado Ac. de 07-11-2017. Em sentido igualmente incorreto, o Ac. do STJ de 30-11-2010 (FONSECA RAMOS), no qual se considera que “a desconsideração, como instituto assente no abuso do direito (...), tem em si abrangida a violação das regras da boa fé no interagir com terceiros”. Acertadamente, situando estes casos de exercício inadmissível de posições jurídicas na parte final da norma do art. 334.º, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial, cit.*, pág. 178.

Tal como nos casos de desconsideração da personalidade jurídica se levanta o véu da pessoalidade social, também nos demais casos de desvio do fim pessoal do direito se levanta o véu de uma conduta formalmente legítima em nome da manifesta ilegitimidade material do exercício abusivo. Dissipando-se o véu da atuação sob a estrutura do direito e a causa de exclusão da ilicitude que a acompanha, apenas restará uma conduta danosa²¹³.

5.3.2. O fim social do direito; em especial, a função social da propriedade

Como já se deve ter depreendido pelas hipóteses expostas, a menção ao fim económico do direito tem em vista estes cenários em que se pode identificar um (ou mais) sujeito(s) lesado(s), seja porque foi-lhe projetada sombra no seu edifício, porque se ergueu um muro com o único propósito de cerrar uma vista panorâmica²¹⁴, porque a montante desviou-se o curso natural das águas, etc. A esta típica bilateralidade e identificabilidade (lesante/lesado) contrapõe-se o esquema poligonal e difuso do fim social. Agora não podemos identificar nenhum sujeito imediatamente prejudicado pela atuação abusiva, mas tão-somente um prejuízo assumido pela comunidade no seu todo: o desfalque já não se dá entre o interesse do titular do direito e o interesse doutrem, mas sim entre aquele e o interesse coletivo. Almejando aligeirar a exposição, podemos dizer que para além de ser vedado ao titular de um direito exercê-lo de forma emulativa e farisaica, também não lhe assiste a liberdade de o exercer em antónimia com a sua “utilidade social”²¹⁵. Objeto do nosso estudo será apenas a função social do direito de propriedade.

Se há unanimidade na proscrição do exercício danoso, a consagração da função social da propriedade, nem sempre emancipável da viés política, tem

²¹³ “O facto praticado no exercício *regular* de um direito considera-se justificado e, em consequência, lícito” (STJ 15-05-2013, LUCAS COELHO). No mesmo sentido, ALMEIDA COSTA, *cit.*, pág. 568.

²¹⁴ GALGANO, *cit.*, pág. 330.

²¹⁵ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral*, *cit.*, pág. 270.

historicamente gerado as suas quezílias²¹⁶. O Código Civil de 1867, típica materialização do pensamento liberal, nada dispunha a este respeito²¹⁷: naquele que seria o “embrião de uma *concepção finalista* da propriedade”²¹⁸, à propriedade era só cometida a função (pessoal/económica) de conservação da existência e de melhoramento da condição do seu titular. Mudança de rumo deu-se com a Constituição Política de 1933, que, fiel ao modelo corporativo, dispunha no seu art. 35.º que a propriedade, o capital e o trabalho desempenham uma função social (cfr. ainda o art. 13.º do Estatuto do Trabalho Nacional, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 23048, de 23 de setembro²¹⁹). Já o Código Civil de 1966, no razoar de MENEZES LEITÃO, representou um retrocesso em relação à consagração da função social da propriedade²²⁰. Findo o regime autoritário, a Constituição democrática²²¹ sofreu desde a sua incepção em 1976 uma notável alteração ideológica no que respeita à propriedade: se na sua primeira versão, de exortação marxista, os direitos reais privados eram tolerados até se reunirem as condições para a transição para uma sociedade socialista, já com a Revisão de 1982 o setor privado passa a ser objeto de garantia constitucional. Não obstante, a Constituição de 1976 em momento algum se refere à função social da propriedade – coube à doutrina, analisando algumas disposições constitucionais²²², inferir o

²¹⁶ A conceção tradicional, de índole romanística, e que influenciara o art. 544.º do Código Napoleónico, proclamava o caráter ilimitado da propriedade. Pormenorizadamente, BONIFÁCIO RAMOS, José Luís, *Manual de Direitos Reais*, AAFDL, Lisboa, 2017, pp. 291 e ss., MENEZES LEITÃO, Luís Manuel, *Direitos Reais*, 6.ª ed., Almedina, Lisboa, 2017, pp. 161 e ss., e CARVALHO FERNANDES, *Direitos Reais*, cit., pp. 203 e ss..

²¹⁷ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais*, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pág. 193.

²¹⁸ CARVALHO FERNANDES, *Reais*, cit., pág. 204.

²¹⁹ “O exercício dos poderes do proprietário é garantido quando em harmonia com a natureza das coisas, o interesse individual e a utilidade social expressa nas leis, podendo estas sujeitá-lo às restrições que sejam exigidas pelo interesse público e pelo equilíbrio e conservação da colectividade”.

²²⁰ MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, cit., pág. 162. Diferente é a opinião de CARVALHO FERNANDES, para quem “a clara referência [contida no art. 1305.º] aos limites da lei, e à necessidade de observância das restrições por ela impostas, legitima o entendimento de a condicionante da *função social* se ter mantido” (*Direitos Reais*, cit., pág. 205).

²²¹ Seguimos, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Reais*, cit., pp. 194-196.

²²² Falamos do art. 61.º, n.º 1, que dispõe que a iniciativa económica privada exerce-se tendo em conta o interesse geral, e do art. 88.º, relativo às consequências da colocação em abandono dos meios de produção.

todo a partir das suas partes. Atualmente, a existência da função social do direito de propriedade é corroborada pela esmagadora maioria da doutrina portuguesa (MENEZES LEITÃO²²³, BONIFÁCIO RAMOS²²⁴, OLIVEIRA ASCENSÃO²²⁵, RUI JANUÁRIO²²⁶, etc.). Contudo, não deixam de salientar esses mesmos autores que o reconhecimento da função social não pode decair numa funcionalização absoluta dos poderes do proprietário²²⁷, sob pena de anularmos por completo o espaço de autodeterminação que é apanágio de todo o direito privado²²⁸. De facto, não quedou obsoleta a vetusta conceção de que a propriedade se traduz no modelo básico de afirmação da liberdade individual²²⁹; o que se testemunhou nos últimos decénios foi simplesmente a necessidade de coadunar esse modelo, permeável a abusos e a iniquidades, com exigências de ordem social. Na síntese bastante elucidativa de RUI JANUÁRIO, “não se afigura correto o estabelecimento de uma oposição irredutível entre uma conceção de propriedade assente na liberdade, e uma adoção teórica de propriedade assente no dever para com a comunidade. Pelo contrário, a propriedade é, sempre, a tensão entre a

²²³ MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, *cit.*, pág. 163.

²²⁴ BONIFÁCIO RAMOS, *cit.*, pp. 310-311, embora considere que a função social não se dissolve no abuso do direito, antes constitui um “*plus dissidente*” em relação a ele, aduzindo em sua defesa a panóplia de restrições (ambientais, urbanísticas, de proteção do património, etc.) do direito de propriedade para além daquelas que emergem do instituto do abuso.

²²⁵ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Reais*, *cit.*, pp. 190 e ss..

²²⁶ RUI JANUÁRIO, *cit.*, pp. 614 e ss..

²²⁷ Seguidor desta corrente radical era DUGUIT, que advogava que a propriedade deixara de ser um direito do indivíduo para passar a ser um instrumento ao serviço do fim coletivo (BONIFÁCIO RAMOS, *cit.*, pp. 306-307). De facto, sempre se poderá argumentar que a “função” corresponde a uma situação antitética ao direito, logo a propriedade não poderia ser ao mesmo tempo uma função – diga-se, um poder reconhecido a um sujeito para satisfazer um interesse alheio – e um direito. Porém, para GALGANO, esta contradição pode-se superar se admitirmos que a função social da propriedade (que em Itália tem expressa consagração constitucional) não diz respeito “alla proprietà privata come diritto sulle cose, ma piuttosto alle cose oggetto di proprietà privata” (GALGANO, *cit.*, pág. 334). Neste sentido, “la funzione sociale si ripresenta così come un vincolo esterno al diritto di proprietà e, a questo modo, lascia impregiudicata la sua natura di diritto soggettivo, riconosciuto e garantito solo nell’interesse del proprietario” (pp. 334-335).

²²⁸ No dizer de BOULOS, “a função social da propriedade não há de ser confundida com a socialização da propriedade privada” (*cit.*, pág. 91).

²²⁹ Cfr. RUI JANUÁRIO, *cit.*, pp. 192-193. Explica TRABUCCHI que “la libertà, essenziale alla persona umana, richiede nella sua concreta attuazione una certa sfera esteriore dove l'uomo possa esplicare la sua attività anche per assicurarsi i mezzi necessaria alla vita, senza dipendere continuamente da altri” (*cit.*, pág. 445).

liberdade do indivíduo, como ponto de partida, e a obrigação para com a comunidade”²³⁰. Nenhum estudo sobre a propriedade privada poderá olvidar a sua aura simultaneamente individual, porque adstrita à satisfação dos interesses egoísticos do proprietário, e social, dado ser uma criação vital do ordenamento jurídico e não uma espontaneidade a-histórica²³¹ – a propriedade só existe por causa do Direito, e existe para o indivíduo e para a comunidade. O Direito protege a propriedade privada (art. 62.º da CRP), e escuda-a inclusive da própria sociedade. Mas também é o Direito que obriga o proprietário a gozar e fruir dos seus bens em moldes socialmente aceitáveis. Se quisermos, podemos destacar uma afetação *imediata e necessária* dos bens aos interesses do proprietário e uma afetação *mediata e eventual* aos interesses da sociedade. Afetação primária porque “a garantia da autonomia pessoal é, logicamente, o objecto primário da atribuição dos bens em termos reais”²³², e necessária pois que ela é inerente a toda a propriedade; afetação secundária dado que as intervenções em nome da função social – decorram elas da lei ou do abuso do direito – se deverão governar pela prudência e parcimónia, e só em casos excepcionais se deverão impor à vontade do titular do direito, e eventuais por não estarem presentes em toda a propriedade, mas apenas naquela que contenda com interesses comunitários relevantes (bens imóveis, meios de produção, bens culturais e artísticos, etc.).

Encerrada esta breve exposição, vejamos então em que hipóteses²³³ se pode convocar a função social do direito para afirmar o exercício abusivo. Para OLIVEIRA ASCENSÃO, “o princípio da função social tem uma incidência máxima

²³⁰ RUI JANUÁRIO, *cit.*, pág. 197. GALGANO entende que é através da limitação do conteúdo do direito de propriedade e da imposição de obrigações ao proprietário que se consegue um ponto de equilíbrio entre, por um lado, o interesse do proprietário em gozar e dispor da coisa a seu talante e em seu benefício e, por outro, o interesse da coletividade em assegurar o emprego do bem ao interesse público ou, pelo menos, em assegurar que o exercício do direito não arrecada prejuízos para a coletividade (*cit.*, pág. 329).

²³¹ Neste sentido, RUI JANUÁRIO, *cit.*, pág. 198.

²³² OLIVEIRA ASCENSÃO, *Reais*, *cit.*, pág. 201.

²³³ Hipóteses em que o art. 334.º releva, isto é. Como vimos, manifestações da função social da propriedade espraiam-se um pouco por todo o ordenamento jurídico, com particular incidência no Direito Urbanístico e do Ambiente. Estas regulamentações de Direito Público furtam-se ao escopo deste estudo, pelo que não serão consideradas.

em matéria de bens de produção”²³⁴, sendo abusiva – para além do desrespeito pelas normas de concorrência - a cláusula inscrita num contrato celebrado entre duas empresas pela qual uma delas se obriga a reduzir a sua capacidade produtiva, igual qualificação merecendo a cláusula contratual pela qual uma empresa monopolista obriga um agricultor a não plantar num terreno fértil durante certo período de tempo. Mais exemplos apenas teriam figurinos diferentes... A grande maioria das situações de abuso – pensemos, por exemplo, no abandono de terrenos ou de meios de produção, bem como na destruição de artefactos ou obras de arte – são objeto de legislação especial, pelo que não são reconduzíveis à previsão subsidiária do art. 334.º.

6. As consequências do ato abusivo

“É ilegítimo”, profere cripticamente o art. 334.º. Como se tem feito notar, a noção de “ilegitimidade” é um conceito técnico-jurídico que nada tem a ver com este tipo de situações²³⁵. A vaguidade da expressão foi propositada, desejando o legislador que o intérprete tivesse não só a discricionariedade de determinar quando é que há abuso, mas também a discricionariedade de determinar as consequências do ato abusivo. É certo que os trabalhos preparatórios de VAZ SERRA associavam o abuso a uma forma de ilicitude, pelo que as consequências do ato abusivo dar-se-iam, em primeira linha, ao nível da responsabilidade civil. Concomitantemente, a fórmula “ilegitimidade” é comumente equiparada a ilicitude ou antijuridicidade²³⁶. Porém, de acordo com aquele que é nosso entender o abuso não é necessariamente uma forma de ilicitude: o ato abusivo

²³⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral*, cit., pág. 272.

²³⁵ ANA PRATA, cit., pág. 409, e GUERRA DE ALMEIDA, cit., pág. 786.

²³⁶ “A lei utiliza *ilegítimo* na acepção de *antijurídico*” (OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral*, cit., pág. 278). Ao nível do Direito comparado, o art. 187.º do Código Civil brasileiro optou por uma formulação diferente: “Também comete ato ilícito (...).” A diferente redação explica-se pelo facto de o citado artigo se situar num Título dedicado aos atos ilícitos, diferentemente do que acontece no código pátrio, em que os atos ilícitos estão disciplinados no Livro II e a previsão do abuso se encontra na Parte Geral (BOULOS, cit., pág. 159).

tanto pode ser ilícito, como pode não o ser²³⁷. Haverá ilicitude nos casos de abuso por excesso dos limites impostos pelos bons costumes e pelo fim económico ou social do direito – no primeiro caso, porque se incorre numa forma qualificada de ilicitude; no segundo, porque a intervenção danosa não se poderá socorrer da causa de exclusão de ilicitude consistente no exercício regular do direito. Já o transvasar dos limites impostos pelo princípio da boa fé não é uma forma de ilicitude, visto não haver um dever jurídico (a não ser se convencionalmente imposto, mas em tal caso já não se convocaria o instituto do abuso, mas sim o regime da responsabilidade contratual) de corresponder às legítimas expetativas acalentadas na contraparte. Isto mesmo justifica que as consequências do ato abusivo não se confinem ao plano da responsabilidade aquiliana²³⁸, mesmo que se admita que tal constitua o seu “núcleo essencial”²³⁹. Para PEDRO SANTOS, “a obrigação de indemnizar continua a ser uma das principais consequências do abuso do direito, contudo, esta não será a indicada para todos os casos e, muito menos, poderá decorrer de toda e qualquer situação”²⁴⁰. Pode-se mesmo dizer que a generalidade da previsão é congénere da generalidade da estatuição²⁴¹. Mesmo não discriminando as consequências do ato abusivo, das considerações que temos tecido ao longo deste estudo parece certa qual a intenção do legislador: “a existência de uma situação de abuso terá de determinar desde logo uma paralisação – ou, no limite e se se preferir, uma destruição – dos efeitos de

²³⁷ É certo que a noção de ilicitude é bastante volúvel e conhece várias formulações nem sempre sobreponíveis. Para BOULOS, que segue o estudo GIUSEPPE TAMBURINO, “o ilícito é caracterizado pela violação da norma que protege determinado interesse” (*idem.*, pág. 100). Mesmo que se entenda que o ato abusivo é uma forma de ilicitude, o *iter* percorrido pelo aplicador do Direito não é o mesmo do que o do ilícito comum - questão prejudicial à aplicação do art. 334.º é o reconhecimento da titularidade de uma posição jurídica (neste sentido, BOULOS, *cit.*, pág. 47).

²³⁸ Isso mesmo decorre da propositada inserção sistemática do art. 334.º na Parte Geral e não, por exemplo, num capítulo dedicado à responsabilidade civil (neste sentido, CUNHA DE SÁ, *cit.*, pág. 637).

²³⁹ SANTOS, *cit.*, pág. 221

²⁴⁰ *Idem.*, pág. 222.

²⁴¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral*, *cit.*, pág. 279.

tal actuação”²⁴², expurgando a conduta abusiva da sua presuntiva eficácia e regularidade jurídica.

Para além do reconhecimento de uma pretensão indemnizatória, a nossa jurisprudência tem aventado outras soluções – que sempre poderão ser manuseadas cumulativamente – para suprimir a injustiça do ato abusivo, tais como a própria supressão de um direito e cessação do concreto exercício abusivo²⁴³, a inoponibilidade de vícios de forma²⁴⁴, o alargamento dos prazos de prescrição e de caducidade²⁴⁵, entre outras²⁴⁶.

7. Aspectos conclusivos

De forma alguma procuramos encerrar qualquer discussão sobre o abuso do direito. Enquanto figura geral de Direito que dificilmente esgotará a sua potencialidade, tem expressão em todos os cantos do ordenamento jurídico, desde o Civil ao Comercial, passando pelo Fiscal e pelo Processual, e não sendo de todo estranho ao Direito Público. Focamo-nos apenas no art. 334.º, naquele dispositivo que pode ser considerado a sua fonte primaz e imediata, porém o instituto do abuso tem um alcance maior: onde quer que se detete uma desconformidade entre forma e substância ou uma tensão entre Direito estrito e princípios de Direito, o abuso poderá ser chamado como critério de resolução. Chamamento que – como já tivemos oportunidade de mencionar – se deverá marcar pela parcimónia e pela excepcionalidade, que não deverá minar a essência do ordenamento jurídico como criação do legislador democraticamente

²⁴² GUERREIRA DE ALMEIDA, *cit.*, pág. 788.

²⁴³ Esta mesma será a solução adequada para os casos de desvio do fim pessoal do direito. Essa supressão pode ser total – solução idónea para os atos emulativos – como pode ser parcial. No primeiro caso “o próprio direito é expurgado da esfera jurídica do exercente” (SANTOS, *cit.*, pág. 225), ao passo que a supressão parcial terá em vista os casos de exercício desproporcionado: os efeitos danosos do exercício deverão ser coartados (caberá ao juiz, no seu empreendimento criativo, decidir como) de modo a permitir um maior equilíbrio (ou, pelo menos, um desequilíbrio que não ofenda clamorosamente o sentido jurídico dominante) entre a esfera interferente e a esfera interferida.

²⁴⁴ SANTOS, *cit.*, pp. 228-230.

²⁴⁵ SANTOS, *cit.*, pp. 231-233.

²⁴⁶ Detalhadamente, CUNHA DE SÁ, *cit.*, pp. 647-650, e BOULOS, *cit.*, pp. 192 e ss..

legitimado em favor de um *rule by judges* inevitavelmente arbitrário. Seria prejudicial para a interação societária – além de ser mais um eflúvio de litígios para um sistema judiciário já sobrecarregado – que, numa reevocação do direito pretoriano, cada atributo jurídico pudesse e devesse ser escalpelizado pelo juiz à luz de valorações poucas vezes transparentes e objetivas; em tal caso, indesejado resultado de uma hipertrofia da atividade judicativa, a lei geral e abstrata apenas se tornaria num indício de juridicidade carente de ser infirmada ou corroborada pelo aplicador do Direito. Não é este o sentido do instituto do abuso – não se pretende cometer ao juiz, para além da tradicional função jurisdicional, uma espécie de para-função ética (no que respeita aos bons costumes e à boa fé) e política (no que diz respeito à função económica ou social dos direitos). Ao exigir que o excesso seja “manifesto”²⁴⁷, o legislador sapientemente introduziu várias cautelas: a segurança jurídica – ela mesma condição para o exercício da autonomia privada – só poderá ceder perante exigências de justiça material quando a injustiça proveniente do exercício for clamorosa, indeclinável e evidente, ou seja, quando bulir com a axiologia imanente do sistema jurídico e não com o zelo pessoal do juiz; a autoridade formal do legislador apenas deverá ser levantada naqueles casos atentatórios da própria razão de ser da sua autoridade. Ao contrário do que alguns possam achar, não há uma verdadeira oposição entre Direito e Ética, mas sim uma contenda entre a generalidade e abstração dos comandos jurídicos, por um lado, e os próprios cânones sistemáticos do ordenamento jurídico, por outro²⁴⁸. Aceitar o exercício abusivo

²⁴⁷ Vide, por todos, BOULOS, *cit.*, pp. 162 e ss..

²⁴⁸ “O direito subjectivo parece não poder mais entender-se como pura categoria formal e abstracta em termos absolutos, onde só os limites que para ele resultam da sua estrutura tenham uma palavra a dizer sobre o que é possível ou permitido ao seu titular. A qualificação do comportamento concreto do sujeito em termos de direito subjectivo não se entende como podendo prescindir do fundamento próprio desse direito, fundamento que é simultâneamente de ordem valorativa e material, porque o comportamento do sujeito se situa *hic et nunc*, em determinado caso concreto e em determinados termos igualmente concretos. Não basta, pois, que a estrutura do comportamento material do sujeito seja, formalmente, a estrutura do que é juridicamente possível ou admissível em termos de certo direito subjectivo; há que fazer coincidir a materialidade de tal comportamento ou situação com o fundamento axiológico-jurídico do

seria então como que fingir que do silêncio do legislador – que não previu ou não pôde prever tal atuação – emergiria a sua cumplicidade com tal exercício.

(julho de 2020)

direito subjectivo em causa, exactamente da mesma maneira por que forma ou estrutura e valor constituem e integram uma única intenção normativa” (CUNHA DE SÁ, *cit.*, pp. 455-456).