

O ABUSO DO DIREITO

Guilherme Valdetaro Mathias¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Nascimento e evolução da teoria do abuso do direito; 2.1.Exclusão necessária; 2.1.1; O direito romano; 2.1.2. A teoria medieval dos atos emulativos; 2.1.3.A teoria das imissões; 2.2. As origens da teoria do abuso do direito; 2.2.1 Igualdade e liberdade; 2.2.2. Uma longa passagem; 3. Teorias Negadoras do abuso do direito; A logomaquia de PLANIOL; 4.1.2. A contrariedade à moral e aos bons costumes; 4.1.3.A gravidade da culpa; 4.1.4. A falta de interesse legítimo; 4.2. Critérios objetivos; 4.2.1. A ruptura do equilíbrio dos interesses em conflito; 4.2.2. O fim econômico e social do direito; 4.2.3. O espírito do direito; 4.3.Multiplicidade de critérios;4.4. O valor e a finalidade da norma e o ordenamento jurídico;5.Natureza Jurídica do Abuso do Direito; 5.1. O abuso do direito como ato lícito; 5.2. O abuso do direito como ato ilícito; 5.3. O abuso do direito como categoria jurídica autônoma;6.Abrangência da teoria do abuso do direito; 8. O abuso do direito no Brasil;8.1.As Ordenações; 8.2.O Código Civil Brasileiro de 1916; 8.3.O Código Civil Brasileiro vigente; 8.4.O Código de Processo Civil; 8.5.O Código de Defesa do Consumidor; 8.6.A Lei das Sociedades Anônimas; 8.7Outros casos de abuso do direito; 8.8.Descaso paradoxal; 9 Referências

Resumo: O presente artigo visa examinar algumas das principais questões que envolvem o abuso do direito, como o seu desenvolvimento histórico, seus critérios identificadores, sua natureza jurídica, seus limites, possibilidades e sua presença no direito brasileiro; tentando sempre mostrar a sua enorme relevância, não como solução definitiva, mas como mais um instrumento para a busca de um direito mais justo, humano e solidário.

Palavras-chave: Abuso do direito, moral, ato ilícito

Abstract: The present article aims to examine some of the main questions about law abuse as its historical development, identifier criteria, legal character, limits possibilities and its presence in Brazilian law; trying always to show its enormous relevance not as definitive solution, but as an instrument in the pursuit of a fairer, humanitarian and solidary law.

Key words: Law abuse, moral, illegal act

1. INTRODUÇÃO

“Já disse o que desejo a Vossa Graça
E já jurei, por tudo o que é sagrado.
Que quero a multa que o contrato indica.
Se ela me for negada, que o perigo
Desça sobre a cidade e suas leis!
Vossa Graça irá me perguntar
Por que prefiro a carne a receber
Três mil ducados — Isso eu não respondo!
(...)
Assim, não dou razão — e nem darei.

¹ Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.

Por esse ódio fixo, essa ojeriza,
Que tenho a Antônio é que levo avante
Essa causa contra ele; eu respondi?”²
(William Shakespeare)

No texto da epígrafe, SHYLOCK, um usurário de Veneza, expõe quais são os motivos pelos quais pretendia receber uma libra de carne, a ser cortada “bem junto ao coração” do devedor, a título de multa, em razão do inadimplemento de um contrato de mútuo de três mil ducados. A postura de SHYLOCK, animada apenas pela ojeriza que tinha a Antônio, atentava claramente contra a moral e os bons costumes — todas as pessoas que tomavam ciência da atitude do agiota dela tinham aversão — e contra a função da cláusula penal — o objetivo da multa é compor os prejuízos causados pelo inadimplemento da obrigação, e não servir de vazão a ódios e caprichos. Entretanto, aquela atitude — ainda que cruel, repugnante e contrária à razão de ser da “multa” — era aceita pelo ordenamento jurídico, dando causa a absurdos, chancelados pela lei. Atualmente, a pretensão de SHYLOCK, imoral, abusiva e disfuncional, não poderia jamais ser reputada jurídica e correta, pois constitui inegavelmente abuso do direito.

Este instituto, que apesar de sua importância e de sua adequação às novas tendências do direito contemporâneo, continua sendo pouco conhecido dos aplicadores do direito, é o objeto deste estudo, que, longe de pretender esgotar esse rico e complexo assunto, visa a examinar algumas de suas principais questões, como o seu desenvolvimento histórico, seus critérios identificadores, sua natureza jurídica, seus limites e possibilidades e sua presença no direito brasileiro; tentando sempre mostrar a sua enorme relevância, não como solução definitiva, mas como mais um instrumento para a busca de um direito mais justo, humano e solidário, pois, como ressalta PEDRO BAPTISTA MARTINS, acolhida a teoria do abuso do direito, “já não haverá lugar para o absolutismo dos direitos subjetivos, o que não deixa de constituir um passo considerável no terreno da evolução jurídica”³. Afinal, como afirma LUIS ANDORNO, “la teoría del denominado 'ejercicio abusivo de los derechos' constituye sin lugar a dudas el triunfo de la ética en el campo jurídico. Se trata de un nuevo enfoque que se aparta de la doctrina tradicional según la cual el ejercicio de un derecho de acuerdo a significación

²SHAKESPEARE, “O mercador de Veneza”, tradução Bárbara Heliodora, Nova Fronteira, Rio de Janeiro, pp. 220/221.

³ PEDRO BAPTISTA MARTINS, “O abuso do direito e o ato ilícito”, 3ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1997,

lógica y literal de la norma no podía acarrear en ningún supuesto responsabilidad alguna; sintetizado en el viejo aforismo: *neminem laedit qui jure utitur*⁴.

2. NASCIMENTO E EVOLUÇÃO DA TEORIA DO ABUSO DO DIREITO

2.1. Exclusão necessária

2.1.1. O direito romano

A discussão acerca da existência no direito romano da proibição do abuso do direito não é tranqüila. Existem inúmeras divergências a respeito do tema. Entre os primeiros defensores da teoria do abuso do direito, a afirmação de que as raízes da proibição do exercício abusivo de direitos se encontra no direito romano é quase uma constante. Em maior ou menor grau, aqueles juristas viam na vedação dos atos emulativos — que entendiam ter origens romanas — não só a semente da hodierna teoria do abuso do direito, como também a prova inabalável de que o direito romano contemplava o instituto aqui estudado.

Com efeito, JOSSERAND, amparando-se em lições de CORNIL e APPELTON, afirma que a teoria do abuso de direito sempre esteve presente no direito romano⁵, afirmando que “suivant l’observation de Georges Cornil, on en relève de nombreuses traces dans les sources du droit romain; comme le remarque cet auteur, il semble que le jurisconsulte Gaius formulait déjà une théorie générale de l’abus des droits quand, pour justifier l’interdiction des prodigues et la défense aux maîtres de maltraiter leurs esclaves, il proclamait que nous ne devons point mésuser de notre droit: ‘*male enim nostro jure uti non debemus*’. Et un autre éminent romaniste, M. Charles Appletton, a pu écrire que la théorie de l’abus ‘est si peu moderne que sur elle repose toute l’evolution du droit romain, allant du droit strict vers l’équité’; l’evolution remonte jusqu’aux XII Tables pour aboutir à la définition fameuse de Celse ‘*Jus est ars boni et aequi*’, ainsi qu’à l’affirmation non moins célèbre de Paul: ‘*non omne quod licet honestum est*’. L’odieuse maxime ‘*Dura lex sed lex*’, qui ne semble pas être vraiment romaine, est, en tout cas, complètement fautive en tant qu’expression du droit romain

p. 177.

⁴LUIS ANDORNO, "Abuso de derecho", Revista de Direito Civil, nº 19, p. 16.

⁵JOSSERAND, “De l’esprit des droits et de leur relativité”, 2ª edição, Librairie Dalloz, 1939, Paris, pp. 3 e 4.

de la bonne époque; elle doit céder le pas à son correctif et à son antagoniste ‘*summum jus summa injuria*’ et le droit prétorien, dans son admirable et harmonieux développement, constitue la plus brillante illustration et comme la marche triomphale de la théorie de l’abus”.

Outra não é a posição de CHARMONT⁶ que, em seu artigo, “L’abus du droit”, afirmou: “ces tendances [o reconhecimento da teoria do abuso do direito] ont donc incontestablement des causes actuelles, des causes propres à notre temps. Il ne faut pas cependant s’y tromper; la doctrine de l’abus du droit n’est pas nouvelle; elle a des origines lointaines. On la retrouve partout et dans toutes les législations. En droit romain, par exemple, elle n’apparaît pas seulement accidentellement dans quelques textes du Digeste; elle explique et détermine le développement d’un grand nombre d’institutions.”

A opinião de JOSSERAND e de CHARMONT é partilhada entre outros por COLIN et CAPITANT⁷, pelos irmãos MAZEAUD⁸, por DEMOGUE, por CAMPION e por PERREAU⁹. Os juristas brasileiros que, pioneiramente, se debruçaram sobre a questão do abuso do direito, como JORGE AMERICANO¹⁰ e JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO¹¹, também afirmam a presença do instituto no direito romano.

Por seu turno, os romanistas tradicionais, como, por exemplo, GLUCK, THIBAUT, WINDSCHEID, MAINZ e DE CRESCENZIO¹², embora não se manifestassem

⁶ CHARMONT, “L’abus du droit”, Revue Trimestrelle de Droit Civil, Tome I, 1902, p.119.

⁷ “Ces solutions fournies à l’occasion du droit le plus étendu, le plus complet que les Romains aient conçu, nous montrent bien quel sens limité ils attachaient à la règle *Neminem laedit qui suo jure utitur*. Ils reconnaissent qu’on peut commettre une faute en exerçant un droit. “ (COLIN et CAPITANT, “Cours élémentaire de droit civil français”, tome II, 5^{ème} édition, Paris, Librairie Dalloz, 1928, p. 382).

⁸ “En réalité, ces formules ne doivent pas être dégagées du contexte; le droit romain ne permettait pas d’exercer abusivement un droit, au moins dans l’intention de nuire à autrui: ‘*Male enim nostro jure uti non debemus*’; ‘*malitiis non est indulgendum*’” (HENRI, LÉON et JEAN MAZEAUD, et FRANÇOIS CHABAS, “Leçons de droit civil”, tome II, 9^{ème} Édition, Montchrestien, 1998, p. 477).

⁹ Estes três últimos citados, entre outros, por ABEL FLEITAS, na obra “El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino”, Sección publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1944, p. 77.

¹⁰ “Mas á proporção que descemos mais detidamente ao estudo de certas instituições, vemos que a noção existia, não tão imprecisa que não permitisse a Cícero proferir o conceito: *summum jus summa injuria* (*De Officiis*, I, 10) O espírito da máxima – *malitiis non est indulgendum* – abrangeu entre os antigos não só os actos realizados fóra da esfera do direito de cada um, mas ainda aquelas que, aparentemente dentro da esfera desse direito, fossem executados com abuso ou excesso.

Da mesma noção está impregnado o conceito de Paulo: *Non omne quod licet honestum est.*” (JORGE AMERICANO, “Do abuso do direito no exercício da demanda”, 2^a ed., Saraiva, São Paulo, 1932, pp. 9 e 10)

¹¹ “Com raízes profundas no direito romano, em que muitos viram suas primitivas formas, a teoria [do abuso do direito] encontrou suas primeiras aplicações no direito de propriedade” (JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO, “Abuso do direito no processo civil”, 2^a edição, Forense, Rio de Janeiro, 1960, p. 21)

¹² ALVINO LIMA, em seu artigo Abuso de Direito, publicado no Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, volume I, amparando-se em lição de SCIALOJA, informa acerca do entendimento doutrinário dos

explicitamente acerca da questão do abuso do direito, entendiam que o direito romano, principalmente o justinianeu¹³, continha regras que coíbiam o abuso do direito, pois, segundo eles, aquele ordenamento jurídico contemplava a proibição dos atos emulativos. Esse posicionamento clássico é acompanhado por EBERT CHAMOUN, que, em suas “Instituições de direito romano”, afirmou ser “certo que já no direito clássico se dizia que o exercício de um direito não deve trazer prejuízo a outrem (*male enim nostro iure uti non debemus*) (*summum ius summa iniuria*) e o direito justiniânico firmara, acerca das relações de vizinhança, o caráter ilícito do exercício do próprio direito com intuito de causar prejuízo a outrem (ato emulativo). Êsses princípios fazem supor que os romanos já tivessem concebido a teoria do abuso do direito”¹⁴.

Essa visão encontra, entretanto, oposição no entendimento de ROTONDI¹⁵, de MARCOVITICH¹⁶, de SCIALOJA¹⁷, de PLANIOL¹⁸, de BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE¹⁹ e de CALVO SOTELO²⁰. Alguns deles, embora vislumbrassem no direito romano algumas máximas e institutos que se aproximavam dos objetivos da teoria do abuso do direito, não conseguiam encontrar naquele ordenamento jurídico a complexa sistematização de tal teoria. Outra não era a posição de PEDRO BAPTISTA MARTINS, que ressaltou que “a despeito da existência dos inúmeros textos referidos no parágrafo anterior, nos quais já se traçaram limitações objetivas ao exercício de certos direitos, acha-se mais ou menos generalizada entre os juristas a convicção de que dominava o direito romano uma concepção rigidamente absolutista dos direitos”²¹. E, acrescenta PEDRO BAPTISTA MARTINS: “É

romanistas acima citados sobre a questão do abuso do direito.

¹³ MARTIN BERNAL, “El abuso del derecho”, Editorial Montecorvo, Madrid, 1982, p. 25, afirma, com base na lição de RICOMBO, que a proibição dos atos emulativos se deve às diversas reformas levadas adiante por JUSTINIANO, todas com notada influência da moral cristã.

¹⁴ EBERT CHAMOUN, “Instituições de direito romano”, 4ª edição, Forense, São Paulo, 1962, p. 108

¹⁵ Cf. CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Abuso del derecho”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 93

¹⁶ “Markovitich dice que ‘el derecho romano no ha conocido el concepto ‘abuso de los derechos’; lo que no quiere significar, sin embargo, que no haya poseído medios para combatir el ejercicio abusivo de los derechos” (ABEL FLEITAS, “El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino”, p. 76)

¹⁷ ALVINO LIMA, “Abuso de direito”, p. 327

¹⁸ Cf. ABEL FLEITAS, “El abuso del derecho em la reforma del Código Civil argentino”, p. 75. Cabe aqui notar que, conquanto o autor argentino afirme que a posição de PLANIOL é no sentido de considerar que “la irresponsabilidad en el ejercicio de los derechos había sido afirmada por los juriconsultos romanos con la más grande claridad”, tem ele o cuidado de afirmar que no tratado escrito por PLANIOL, juntamente com RIPERT, (tomo VI, p. 788) existe uma assertiva conflitante com o acima afirmado.

¹⁹ ABEL FLEITAS, “El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino”, p. 15.

²⁰ ABEL FLEITAS, ob. cit., p. 76.

²¹ PEDRO BAPTISTA MARTINS, “O abuso do direito e o ato ilícito”, p. 12.

sabido que o *jus civile romanorum*, mais acentuadamente ainda que o *jus honorarium*, caracterizava-se por um cunho de pronunciado individualismo”²². Após essas observações, arremata, concluindo que: “Os romanos não construíram uma teoria do abuso do direito. Povo simples e rude, a formação de seu direito obedeceu às necessidades práticas da vida, sendo notório que os jurisconsultos não se preocupavam, em regra, com generalizações”²³.

Como lembrado por ALVINO LIMA²⁴, tanto os doutrinadores partidários da presença do abuso do direito no sistema romano, quanto os que não vislumbram nele o instituto aqui estudado, baseiam suas opiniões em fragmentos, em máximas e na existência de alguns institutos, como a ação pauliana, a *exceptio doli* e as obrigações de bem tratar os filhos e os escravos. Sucede que as máximas normalmente utilizadas para justificar a presença do abuso do direito no ordenamento romano²⁵ não estão sozinhas. Elas encontram oposição²⁶ em diversas outras de igual valor²⁷. Além de contraditórios, tais fragmentos não são suficientes para formar uma teoria do abuso de direito, podendo, no máximo, significar uma suavização do caráter eminentemente absolutista e individualista do direito romano, como defende MARTIN BERNAL²⁸, amparado no ensinamento de ROTONDI. Por mais reveladores e ilustrativos que sejam, os fragmentos acima referidos — pinçados dos textos romanos e

²² Ob. cit., p. cit.

²³ Ob. cit., p. 15.

²⁴ ALVINO LIMA, “Abuso de direito”, p. 326

²⁵ Como lembra ALVINO LIMA (ob. cit. pp. 326 e 327), os trechos mais utilizados pelos defensores da presença da teoria do abuso do direito no direito romano são: “F.38,D., 6,1, CELSO – ‘*neque malitiis indusgendum est, si tectorium puta quod induxerit picturasque corradere velis nihil laturrus nisi ut officias.*’; Inst. I 8,2 – ‘*Expedit enim reipublicae ne quis re sua male utatur*’ (Cfr. GAIO I, 53 – ‘*...(male enim nostro iure uti nom debemus)*’; Fr. 1, § 12, D., 39, 3, ULPINIANO – ‘*et sane non debet habere: si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit*’; Fr. 2, 5, D., 39, 3, PAOLO – ‘*... qui factus (sc. ager) mihi quidem prodesse potest ipsi vero nihil nociturus est; haec aequitas suggerit etsi iure deficiamur*’; Fr. 2, 9, D., 39, 3, PAOLO – ‘*... quae sententia verior est; si modo non hoc animo fecit ut tibi noceat, sed ne sibi noceat*’”.

²⁶ “Entretanto, o Direito Romano nos fornece textos que se contradizem, afirmando uns, o princípio de um absolutismo sem peias no exercício dos direitos; ao passo que outros são a consagração dos princípios modernos da relatividade dos direitos, do seu exercício social” (ALVINO LIMA, ob. cit., p. 326).

²⁷ O mesmo ALVINO LIMA enumera outras máximas que demonstram o caráter individualista do direito romano e dão indício de que aquele ordenamento jurídico não contemplava a figura do abuso do direito, como se pode ver no seguinte trecho: “as máximas fundamentais da concepção individualista do direito estão nos seguintes textos do Digesto : Fr. 55,50, 17 GAIO – ‘*Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*’; Fr. 151, 50, 17, PAOLO – ‘*Nemo damnum facit, nisi quit id fecit quod facere jus non habet*’; Fr. 155, 1, 50, 17, PAOLO – ‘*... Non videtur vim facere qui suo iure utitur*’; Fr. 42 pr., 19, 1, PAOLO – ‘*... an non facit dolo qui iure perpetuo utitur*’; Fr. 3, 52, 43, 29, ULPINIANO – ‘*... Quia dolo malo non videtur habere, qui suo iure utitur*’”.

²⁸ “A partir de un trabajo de Rotondi acerca del tema, puede considerarse definitivamente demostrado que Roma no conoció una verdadera doctrina del abuso del Derecho” (MARTIN BERNAL, “El abuso del derecho”, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1982, p. 25).

retirados do contexto em que se achavam — não podem constituir prova da existência da proibição do abuso do direito no ordenamento jurídico romano.

Da mesma forma, os institutos lembrados pelos defensores da presença da teoria do abuso do direito, como a ação pauliana, as regras de coibição da fraude, de proteção dos filhos e escravos, não são capazes de demonstrar a existência da teoria do abuso de direito. Tais institutos provam, no máximo, que, em certo ponto²⁹, o direito romano, de cunho individualista e absolutista³⁰, sofreu alguns abrandamentos³¹ que não são suficientes para, sozinhos, sustentar a tese do conhecimento da teoria do abuso do direito pelos romanos³².

O direito romano sequer conhecia a noção de direito subjetivo^{33 34}, a qual a teoria do abuso do direito está umbilicalmente ligada^{35 36}. Definitivamente, não há como se encontrar a proibição do abuso do direito no direito romano, até porque, como ressalta MENEZES CORDEIRO³⁷, a natureza daquele direito era manifestamente contrária a “teorizações gerais”, como a teoria ora estudada.

Malgrado tradicional doutrina³⁸, não há, portanto, como se falar na existência da teoria do abuso do direito, ao menos, em seus moldes e conteúdos atuais, no ordenamento romano.

²⁹ Principalmente, no direito romano justiniano.

³⁰ “Le droit romain avait une conception fort absolutiste des droits privés” - JACQUES GHESTIN e GILLES GOUBEAUX, “Traité de droit civil”, “Introduction générale”, 2^{ème} édition, L.G.D.J, Paris, 1982, p. 614.

³¹ Devidos, basicamente, à influência do pensamento cristão do direito romano justiniano

³² “JUSTINIANO *no* pretende una innovación radical al respecto, pero se ahoga ya la vivacidad y flexibilidad del Derecho romano y se aprecian supuestos de diacronía normativa entre sociedad y derecho. De ahí que se encuentren ya en las fuentes casos que prohíben actos, semejantes a los del abuso del Derecho, pero no con carácter general y sí como ‘ius singulare’. Las razones de tales excepciones podrían encontrar-se en la ‘utilitas’, em lo que hoy llamaríamos razones de política legislativa, pelo tales premisas no son suficientes, como ha quedado demostrado, para que la crítica romanística tradicional creyera en una aceptación por Roma de la teoría del abuso del Derecho” (MARTIN BERNAL, “El abuso del derecho”, p. 27)

³³ Cf. MICHEL VILLEY, “La genèse du droit subjective chez Guillaume d’Occam”, “Archives de philosophie du droit”, referido por FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE SÁ (ob. cit., p. 49).

³⁵ A vinculação do abuso do direito ao conceito de direito subjetivo fica muito clara na lição de MENEZES CORDEIRO, que afirma ter sido inútil a formulação da teoria do abuso do direito antes da elaboração de uma teoria de direito subjetivo absoluto e ilimitado, como o contido nas grandes codificações oitocentistas: “A cientificação do abuso do direito — ou de qualquer sucedâneo — foi desnecessária enquanto, do direito subjetivo, não foi elaborado um entendimento científico, conectado com idéias de ilimitação ou absolutidade” (MENEZES CORDEIRO, “Da boa-fé no direito civil”, Almedina, Coimbra, 1997, p. 674).

³⁶ Neste passo, vale frisar que, conquanto seja inegável a íntima ligação entre a teoria do abuso do direito e o conceito de direito subjetivo, não se pode esquecer que, como será demonstrado no capítulo 6 seguinte, outras espécies de direito — e não só o direito subjetivo — podem ser exercidas abusivamente. Aliás, como também aqui se tentará comprovar (capítulo 6), até mesmo as omissões podem constituir abuso do direito.

³⁷ MENEZES CORDEIRO, “Da boa fé no direito civil”, p. 673.

³⁸ É preciso lembrar que os mais ardorosos defensores da tese de que o abuso do direito era de

Neste ponto, cabe lembrar da advertência feita por ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, segundo a qual muitos conceitos jurídicos são reputados antigos por uma visão distorcida da história, que depende “menos das intenções de seus autores do que das expectativas de seus leitores”³⁹ ou, até mesmo, por uma “política implícita da idéia de ‘continuidade’”⁴⁰, já que, conquanto muitos institutos pareçam ser muito antigos, na verdade, não o são, porque “por detrás da continuidade aparente na superfície das palavras está escondida uma descontinuidade radical na profundidade do sentido”⁴¹.

2.1.2. A teoria medieval dos atos emulativos

Muitos doutrinadores vêm na teoria medieval⁴² dos atos emulativos o nascimento da hodierna noção de abuso do direito. MARTIN BERNAL⁴³ chegou a afirmar que “toda la teoría del abuso del derecho tiene tras sus espaldas la teoría de los actos de emulación”, que seria “el precedente más inmediato de la teoría actual del abuso del Derecho”⁴⁴. A teoria medieval⁴⁵ dos atos emulativos, que encontra suas origens na ética cristã⁴⁶, visava a servir de

conhecimento dos romanos foram os pioneiros no estudo do instituto aqui comentado. Tal defesa, muito provavelmente, se deu como forma de evitar o notório misoneísmo, que contaminava — e, ainda hoje, contamina — significativo número dos operadores do direito. A inserção do então novo instituto em um processo de evolução histórica, lento e gradual, o tornava mais palatável ao mundo jurídico.

³⁹ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, “Panorama histórico da cultura jurídica europeia”, Publicações Europa América, Portugal, 1997, p. 25.

⁴⁰ Ob. cit., p. 34.

⁴¹ Ob. cit., p. 19.

⁴² Não se pode deixar de ressaltar que, como afirma MENEZES CORDEIRO (“Da boa-fé no direito civil”, p. 673), conquanto a majoritária doutrina aponte a idade média como origem da teoria dos atos emulativos ou da *aemulatio*, muitos juristas, como RICCOBONO e BARTOSEC, defendiam que o berço de tal teoria seria direito romano.

⁴³ MARTIN BERNAL; “El abuso del derecho”, p. 21.

⁴⁴ Ob. cit., p. 27.

⁴⁵ SAN TIAGO DANTAS (“O conflito de vizinhança e sua composição”, Rio de Janeiro, 1939, pp. 99 e 100) afirma que a teoria dos atos emulativos aparece pela primeira vez na obra de CINO DE PISTOIA, que, em sua “Lectura in Codicem”, lembrara que não se permitia “que alguém edificasse *ad aemulationem*, com o simples propósito de devassar um convento de frades”. Segundo aquele civilista, o princípio defendido por CINO DE PISTOIA, foi recebido e difundido por outros glosadores, como BARTOLO e SALYCETO.

SAN TIAGO DANTAS, socorrendo-se do ensinamento de SCIALOJA, também afirma que a proibição dos atos emulativos era desconhecida dos romanos (ob. cit.; p. 100).

SPOTA (“Tratado de derecho civil”, tomo I, Parte General, Vol. 2, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947, pp. 148 e 149) também afirma ([igualmente defende](#)) que a teoria dos atos emulativos tem a sua origem mais remota nos ensinamentos de CINO DE PISTOIA. Entretanto, o próprio SPOTA consigna que, segundo ALBERICO DE ROSATE, a formulação da teoria dos atos emulativos é devida a BALDO.

⁴⁶ “Influirá, además, [na teoria dos atos emulativos] una interpretación de puro estilo cristiano, partiendo de textos latinos, encerrándose en esta teoría elementos morales y psicológicos que nada tenían que ver con el Derecho romano, pero los autores de la teoría se sienten amparados por una lógica más fuerte que la de los

solução para conflitos de vizinhança⁴⁷. Essa teoria consiste, segundo CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO⁴⁸, na proibição do “ejercicio de un derecho subjetivo con la inconfesable o disimulada intención de causar perjuicio a otra persona o a un bien ajeno”. MARTIN BERNAL, por sua vez, afirma que “por actos de emulación se entiende entonces el ejercicio que se hace de la propiedad sin utilidad del dueño y sólo con la intención de dañar a otro. El acto responde a un ánimo antisocial de perjudicar a sus iguales”⁴⁹.

A aplicação da teoria dos atos emulativos estaria vinculada à existência dos seguintes requisitos: (a) o exercício de um direito; (b) o dano gerado pelo exercício desse direito; (c) a inutilidade do ato para o agente; e, (d) o objetivo exclusivo do agente de causar danos a outrem.⁵⁰

Não obstante as semelhanças entre tal teoria e a vedação do abuso do direito, mister ressaltar que não se pode confundir os institutos de natureza e características diversas. A teoria dos atos emulativos — considerada por muitos como decadente⁵¹ — tem sua aplicação limitada aos casos em que o direito seja exercido sem interesse útil para o agente e com o objetivo de prejudicar terceiros. A natureza subjetiva — base de toda a teoria dos atos emulativos — causa problemas para a sua aplicação, pois impõe ao julgador a “ádua missão de investigar o *animus nocendi*”⁵². Sendo que, como adverte PEDRO BAPTISTA MARTINS⁵³, “a dificuldade dessa prova ainda mais se agrava pela obrigação, a que se achava adstrito o julgador, de averiguar se qualquer outro móvel legítimo teria concorrido com a intenção ilícita, pois a coexistência de motivos legítimos e ilegítimos expurgava o ato da eiva de emulação”.

A teoria dos atos emulativos não pode ser confundida com a atual concepção da proibição do abuso do direito, atada muito mais a critérios objetivos, ligados à função e ao

textos, que es la lógica de los hechos” (MARTIN BERNAL, “El abuso del derecho”, pp. 29 e 30) .

⁴⁷ Como afirma MARTIN BERNAL (ob. cit.; p. 28), as questões de vizinhança que, em Roma são amenizadas em virtude da inexistência de fronteiras entre os terrenos vizinhos, já que “cada terreno de propiedad privada estaba limitada por una tierra de nadie que se llamaba ‘ambitus’ o ‘inter limitare’, que excluía, consiguientemente, los roces, las fricciones, los, contactos”, crescem sobremaneira na idade média, quando não mais existe essa zona limite, criada para evitar conflitos causados pelo uso e pelo abuso do direito de propriedade. Foi, principalmente, para resolver esses conflitos que surgiu a teoria dos atos de emulação.

⁴⁸ CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Abuso del derecho”, p. 99.

⁴⁹ MARTIN BERNAL, “El abuso del derecho”, p. 29.

⁵⁰ PEDRO BAPTISTA MARTINS, “O Abuso do direito e o acto ilícito”, p. 18.

⁵¹ A decadência da teoria dos atos emulativos é proclamada por SAN TIAGO DANTAS (“O conflito de vizinhança e sua composição”, p. 108), amparado nos ensinamentos de MARIO ROTONDI.

⁵² PEDRO BAPTISTA MARTINS, “O abuso do direito e o ato ilícito”, p. 20.

espírito dos direitos. Cabe aqui lembrar da lição de CALVO SOTELO, citada por WARAT, segundo a qual “no cabe confundir el Abuso del Derecho con los llamados actos de emulación, los que se verifican — agrega — eligiendo — para el ejercicio del derecho — aquella de sus formas que más molesta o dañina puede resultar para un tercero”⁵⁴.

2.1.3. A teoria das imissões

Alguns doutrinadores defendem ser a teoria das imissões, que tem suas origens no direito medieval⁵⁵, um elo evolutivo da teoria do abuso do direito. Diferentemente da teoria dos atos emulativos, a teoria das imissões se calcava em elementos objetivos. Ela considerava que o proprietário era responsável pelos danos causados pelas imissões advindas de seu terreno, devendo indenizar os prejuízos por elas originados. MARTIN BERNAL aponta a teoria das imissões como uma evolução daquela dos atos emulativos, já que nela se verifica um abandono do subjetivismo, da necessidade de se perquirir o intuito real do agente, uma vez que “ya no importa la intención, sino el resultado; se examina únicamente si el acto perjudicial procede como efecto necesario de una causa actuada por el vecino dentro de sua esfera de actuación jurídica”⁵⁶.

A teoria das imissões tinha sua abrangência limitada à solução de conflitos de vizinhança, causados por imissões nocivas derivadas do terreno de um dos proprietários dos terrenos limítrofes. Por suas características, a teoria das imissões está muito mais próxima dos direitos de vizinhança e da responsabilidade por danos ambientais do que da teoria do abuso do direito, que, além de mais complexa, possui outro campo de atuação, bem mais vasto.

2.2. As origens da teoria do abuso do direito

2.2.1. Igualdade e liberdade

“É útil conservar tudo quanto não é necessário destruir” (PORTALIS).⁵⁷

⁵³ Ob. cit., p. cit.

⁵⁴ LUIS ALBERTO WARAT, “Abuso del derecho y lagunas de la ley”, p. 45.

⁵⁵ HERNÁNDEZ GIL, citado por MARTIN BERNAL (“El abuso del derecho”, p. 31), defende que a teoria das imissões nasceu da interpretação dos glosadores ao texto do Digesto que determinaria que o proprietário pode fazer o que bem entender no fundo de seu terreno, desde que não provoque imissões nocivas.

⁵⁶ Ob. cit., p. 31.

⁵⁷ PORTALIS, citado por R.C. VAN CAENEGEM (“Uma introdução histórica ao direito privado”,

Ultrapassados os primeiros anos posteriores ao triunfo da Revolução Francesa, nos quais o universo público sobrepujou o privado, a noção de indivíduo e as relações privadas daí decorrentes sofreram uma enorme valorização.

Com a queda do antigo regime e o fim das relações estamentárias, a noção de indivíduo ganhou força. A todo e qualquer sujeito era permitido, dentro dos limites da lei, fazer valer sua vontade — ou sua autonomia na linguagem Kantiana⁵⁸ — principalmente no que concernia ao direito de possuir bens e fazer circular a riqueza. Os ideais revolucionários da igualdade e da liberdade⁵⁹ triunfaram e encontraram, nas grandes Codificações⁶⁰ e, principalmente no Código de Napoleão, sua maior expressão. Como ensina ENZO ROPPO⁶¹, “o *Code Napoléon* é o primeiro grande código da idade moderna, o primeiro dos códigos burgueses. Ele constitui de resto, um produto da vitória histórica obtida pela burguesia com a Revolução de 1789, a cujas conquistas políticas, ideológicas e econômicas dá nos seus artigos força e forma de lei”.

No campo das obrigações, os ideais revolucionários de liberdade e igualdade foram transformados no princípio da autonomia da vontade, pelo qual o indivíduo poderia livremente contratar em igualdade de condições com qualquer outra pessoa, fosse ela nobre, burguês, profissional liberal ou camponês. Sendo que aquilo que fora pactuado pela vontade das partes teria força de lei, não mais podendo ser alterado, salvo por um novo encontro de

Martins Fontes, 1995, p. 8)

⁵⁸ PAULO LUIZ NETO LÔBO (“Contrato e mudança social”, p. 41), ao traçar um perfil deste momento histórico, não deixa de realçar a importância do pensamento kantiano na formação do ideário liberal, como se vê no seguinte trecho: “considere-se, Kant, especialmente na Fundamentação da Metafísica dos Costumes onde distingue o que entende por autonomia de heteronomia. A autonomia é o campo da liberdade, porque os seres humanos podem exercer suas escolhas e estabelecerem as regras para si mesmos, coletivamente ou interindividualmente. A heteronomia, por seu termo, é o campo da natureza cujas regras o homem não pode modificar e está sujeito a elas”.

⁵⁹ Como lembra AGUIRRE Y ALDAZ (“El derecho civil a finales del siglo XX”, Tecnos, Madrid, 1991, p.136), da tríade composta pelos ideais da revolução francesa a fraternidade foi aquela que teve menor influência na era das grandes codificações.

⁶⁰ Cabe aqui lembrar a lição de ROBERTO RUGGIERO (“Instituições de Direito Civil”, vol. I, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 1971, p. 93) que após conceituar o fenômeno de codificação como “a redução à unidade orgânica de todas as normas vigentes em dado momento da vida de um povo, mediante a publicação de corpos de direito ou códigos”, identifica e enumera suas causas: “a necessidade de simplificar e ordenar as diversas regras jurídicas dispersas em diversas leis e contidas em variados usos e costumes, dando assim certeza e estabilidade ao direito; a necessidade de reduzir à unidade e uniformidade nas várias regiões do território de determinado Estado, principalmente quando isso se faça em seguida de um momento de unificação política; ou ainda a necessidade de introduzir reformas radicais no novo estado de coisas de uma sociedade que tenha atravessado uma profunda evolução social”.

⁶¹ ENZO ROPPO, “O contrato”, Almedina, Coimbra, 1988, p. 41

vontades no sentido contrário. “Homens livres só deveriam vincular-se voluntariamente, mas o contrato, uma vez celebrado, vincularia indissolivelmente a vontade”⁶², afinal: “les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites”⁶³.

No que concerne aos direitos reais, o Código de Napoleão adotou o que PORTALIS chamou de a “salvaguarda da propriedade”⁶⁴. Houve um fortalecimento da propriedade e dos direitos do proprietário, que poderia usar a sua coisa da forma mais absoluta possível, ainda que fosse um simples camponês ou um pequeno artesão. Como lembra JOSSERAND, o carvoeiro é o senhor de sua casa⁶⁵.

O terceiro pilar do Código de Napoleão era a família, monogâmica e paternalista, “cuja característica principal é a submissão ao poder do marido e pai”⁶⁶.

Dessa forma, perfilhando os ideais burgueses, na época reinantes, o Código de Napoleão criou um sistema de proteção absoluta aos direitos subjetivos, resguardando principalmente o direito de propriedade, a família e o contrato — este último tido como a principal forma de circulação de riquezas. Essa realidade fica clara com o exame da lição de ANTÓNIO MANOEL HESPANHA:

“Os cem anos que decorrem entre 1750 e 1850 correspondem ao período de implementação de uma nova ordem política e jurídica, a que se costuma chamar liberalismo. No plano do direito, realizam-se então os seus pressupostos estratégicos — instauração, por meios legislativos, de um novo paradigma de organização política (‘estadualismo liberal’) e de organização social (‘liberalismo proprietário’) que a mesma lei irá desenvolvendo nos seus detalhes institucionais.

No plano dos grandes princípios, o novo direito estabelece a liberdade, a propriedade e a igualdade perante a lei. Mas qualquer destes princípios tinha conseqüências institucionais concretas, que as leis civis e políticas iriam desenvolver.”⁶⁷

(...)

“A garantia da liberdade pessoal e da liberdade de trabalho e indústria tinha conseqüências diretas e indiretas em vários domínios do direito. No domínio do direito constitucional, fundava os direitos políticos e cívicos. No direito das situações reais, constituía a base da construção jurídica da propriedade como direito sagrado e inviolável. No direito dos contratos, promovia o consensualismo e punha termo às limitações éticas e comunitárias ao poder de conformação da vontade sobre os conteúdos contratuais, permitindo a usura, a desproporção das prestações contratuais, a livre fixação dos preços e salários.”⁶⁸

⁶² ORLANDO GOMES, “Transformações gerais do direito das obrigações”, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, São Paulo, 1980, p. 71.

⁶³ Art. 1.134 do Código de Napoleão. Cf. “Code Civil”, Dalloz, Paris, 1996-7, p. 788.

⁶⁴ VAN CAENEGEM, “Uma introdução histórica ao direito privado”, p. 8.

⁶⁵ “Del abuso de los derechos y otros ensayos”, “Relatividad y abuso de los derechos”, Temis, Bogotá, 1982, p. 8.

⁶⁶ VAN CAENEGEM, “Uma introdução histórica ao direito privado”, p. 8.

⁶⁷ ANTÓNIO MANOEL HESPANHA, “Panorama histórico da cultura jurídica europeia”, pp. 169 a 171.

⁶⁸ Ob. cit. p. 171.

Após essas observações, ANTÓNIO MANUEL HESPANHA conclui que:

“A garantia da propriedade — que, como acaba de se ver, é uma extensão da garantia da liberdade — era entendida como o ‘direito sagrado e inviolável [...] de dispor à sua vontade de todos os seus bens, segundo as leis’. A sua constitucionalização correspondia àquilo a que C. B. Macpherson chamou o ‘individualismo possessivo’: a propriedade como um direito natural e absoluto, livremente usufruível (liberdade de indústria) e livremente disponível, ilimitável por direitos dos senhores (direitos de foral), da comunidade (direitos de pastagem, de rotação de culturas, etc.) ou dos parentes (reservas hereditárias, vinculação.)”⁶⁹

Enfim, como afirmado por CLÁUDIO ANTÔNIO SOARES LEVADA⁷⁰, “o Código Civil de Napoleão, construiu um sistema de direitos absolutos, pelo qual o exercício de um direito, ainda que dele decorressem conseqüências funestas para a sociedade, era protegido em toda e qualquer hipótese e jamais poderia configurar abuso”. Admitia-se, pois, como leciona MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, “o dogma do absolutismo dos direitos e o princípio da irresponsabilidade no seu exercício”⁷¹. Os exemplos que melhor revelam essa realidade são as redações do art. 544 do Código de Napoleão, que determinava ser a propriedade o direito de usar uma coisa da maneira mais absoluta, não se admitindo qualquer limitação as faculdades do domínio, e do art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem, que classificou a propriedade como direito sagrado e inviolável.

A era das codificações criou, portanto, um superdimensionamento do indivíduo e de sua vontade (*rectius*: arbítrio), que encontrava na lei o respaldo ao exercício da autonomia de sua vontade, classificada por SAVIGNY⁷², como “uma região de dominação independente”.

Por outro lado, o positivismo científico do século XIX, que considerava o direito como um sistema de conceitos puros, abstratos e meramente racionais, excluindo do mundo jurídico toda e qualquer consideração moral e ética, recrudescer ainda mais essa situação. Segundo FRANÇOIS GÉNY, lembrado por ORLANDO GOMES⁷³, o positivismo científico consistia “no emprego de concepções puras, desenvolvidas mediante lógica inteiramente abstrata, consideradas como instrumentos necessários de fecundação dos textos legais ou de elaboração das idéias jurídicas independentes”.

⁶⁹ Ob. cit. p. cit.

⁷⁰ CLÁUDIO ANTÔNIO SOARES LEVADA, “Responsabilidade civil por abuso de direito”, Revista dos Tribunais, vol. 661, p. 37.

⁷¹ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, “Direito das obrigações”, 4ª edição, Coimbra Editora, 1984, p. 51.

⁷² SAVIGNY, apud JURGEN HABERMAS, “Direito e democracia”, 1ª edição, Editora Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, p. 116, grifou-se.

⁷³ ORLANDO GOMES, “Transformações gerais do direito das obrigações”, p. 3.

Da mesma forma, ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, após afirmar que as diversas formas de positivismo tinham em comum “a recusa de quaisquer formas de subjetivismo ou de moralismo”, ressalta que, para aquela concepção do direito, “o saber jurídico (agora a *ciência* jurídica) deve cultivar métodos objetivos ou verificáveis, do gênero dos cultivados pelas ciências ‘duras’, deles devendo ser excluídas todas as considerações valorativas (políticas, morais). Estes juízos de valor em matéria jurídica teriam, decerto, seu lugar. Mas esse não era o da ciência jurídica, mas sim o da filosofia do direito ou da política do direito”⁷⁴.

Não se pode esquecer de que a completa ruptura com o direito anterior (Antigo Regime), da qual o *Code Civil* é o exemplo maior, fez nascer uma verdadeira adoração pela lei e pelos monumentos legislativos, que sobrepujavam todas as demais fontes do direito. O primado da lei, defendido ardorosamente pela Escola Exegética, sobrepujava doutrina⁷⁵ e jurisprudência⁷⁶, não deixando qualquer espaço para a interpretação ou considerações de cunho não legislativo.

À Escola da Exegese se seguiu a Pandectística — ou jurisprudência dos conceitos —, que, da mesma forma de sua predecessora, não dava lugar para qualquer reflexão de cunho moral. O saber jurídico tinha como objetivo maior o de garantir a cientificidade do direito, considerado como um conjunto de abstrações puras. Essa realidade foi muito bem retratada na formulação de WINDSCHEID, segundo a qual “considerações de carácter ético, político ou econômico não são assuntos dos juristas enquanto tais”⁷⁷.

Essas concepções formalistas e racionalistas, classificadas por MIGUEL REALE como “parnasianismo jurídico”⁷⁸, agravaram — e muito — a natureza absolutista e

⁷⁴ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, “Panorama histórico da cultura jurídica européia”, p. 175.

⁷⁵ A doutrina passa, neste período, a ter um papel secundário. Os juristas se limitam a comentar as determinações legislativas. O seguinte trecho de JOSÉ DIAS FERREIRA, autor do “Código civil português anotado” (1870), transcrito por ANTÓNIO MANUEL HESPANHA (ob. cit.; p. 179 e 180) dá a exata medida desta realidade: “Nós limitamos o nosso propósito a explicar o que está nos artigos, e o modo como deve ser executado e complementado o preceito da lei, conquanto não poucas vezes demos a razão da lei, e emitamos o nosso juízo sobre o modo de a melhorar (...) Quem recorre aos comentários das leis o que deseja principalmente saber é o que está na lei, e como pode ser executada e preenchida a sua provisão; e, quando muito, procura alcançar também a razão da lei. Tudo o mais pode ser útil e conveniente segundo os fins e as circunstâncias; mas é dispensável para quem pretende unicamente conhecer e executar a lei”.

⁷⁶ A jurisprudência também estava irremediavelmente atrelada a lei. O juiz, segundo o famoso pronunciamento de MONTESQUIEU (cf. ANTÓNIO MANUEL HESPANHA - ob. cit., p. 178), deveria ser “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar a força nem o rigor dela”.

⁷⁷ Cf. ANTÓNIO MANUEL HESPANHA - ob. cit., p. 187.

⁷⁸ MIGUEL REALE, “Teoria tridimensional do direito”, 2ª edição, Saraiva, São Paulo, 1979, p. 17.

individualista do direito, dando causa ao que HABERMAS⁷⁹ chamou de “solapamento moral do direito subjetivo”.

2.2.2. Uma longa passagem

Com o crescimento da indústria e com o aparecimento dos problemas sociais dele advindos, o sistema individualista do Código de Napoleão e do positivismo científico que a ele seguiu, plenamente adequado à época em que se desenvolveu, passou a se tornar inconveniente. A possibilidade do exercício irrestrito de direitos começou a conflitar com a própria noção de direito, consoante ensina WARAT, ao afirmar que a faculdade do exercício ilimitado dos direitos “resultó totalmente inadecuada al nuevo medio social surgido del desarrollo industrial técnico y económico, desencadenando los nuevos principios de la solidaridad social y armonía colectiva”⁸⁰.

Na segunda metade do século XIX, iniciou-se a reação contra o “solapamento moral dos direitos subjetivos”, pois, àquela altura, restava clara a impossibilidade de se considerar certo, justo e lícito atos que, embora em aparente conformidade com a lei, se mostravam manifestamente contrários à moral e aos princípios.

Como assevera ORLANDO GOMES⁸¹ “os acontecimentos que desencadearam a crise espiritual dos nossos dias, destruindo parcialmente o sistema de valores a que se condicionava a cultura jurídica determinavam, não apenas a substituição das matrizes filosóficas do Direito Privado, dos seus fundamentos e finalidades, senão, também, de sua dogmática”. Essas “famosas gotas de óleo social”⁸², que, realmente, alteraram toda a dogmática jurídica, geraram e valorizaram diversas categorias jurídicas como, por exemplo, o poder de revisão judicial dos contratos⁸³ e o fortalecimento da responsabilidade civil⁸⁴.

⁷⁹ HABERMAS, “Direito e democracia”, p. 119.

⁸⁰ WARAT, “Abuso del derecho y lagunas de la ley”, p. 37.

⁸¹ ORLANDO GOMES, “Transformações gerais do direito das obrigações”, p. 5.

⁸² Ob. cit., p. 2.

⁸³ Em seus diversos matizes, como a teoria da imprevisão; a teoria da pressuposição típica de PISKO; a teoria da base do negócio, em suas versões subjetivas (OERTMANN) e objetivas (LARENTZ). Isso sem esquecer do instituto de lesão.

⁸⁴ Com a evolução da “culpa ao risco” (a responsabilidade civil antes baseada só e só na noção de culpa, passa a encontrar novos fundamentos, como nos casos de responsabilidade objetiva e de risco administrativo) e, principalmente, com o aumento da esfera de direitos tutelados, que passa a abranger os direitos da personalidade, como direito à própria imagem e a possibilidade de indenização do dano moral e de outros prejuízos cuja

Essa evolução — como acontece costumeiramente — principiou-se no campo jurisprudencial⁸⁵, mormente por intermédio das pioneiras sentenças dos Tribunais de Colmar (1855) e de Lyon (1856), que coibiram os excessos cometidos por proprietários no uso de seus imóveis, trazendo à discussão conceitos revolucionários, como a necessidade de utilizar a coisa com interesse sério e legítimo, sem o intuito de causar danos a outrem.

Conquanto, neste momento, ainda não se possa falar da existência de uma teoria do abuso do direito, é imperioso lembrar da importância dessas decisões judiciais na formação do instituto. A sentença de Colmar, de 02 de maio de 1855, condenou a atitude de um proprietário que construiu uma enorme chaminé em frente à janela de seu vizinho, apenas para criar um obstáculo à recepção de luz, afirmando que “se é de princípio que o direito de propriedade é um direito de algum modo absoluto, autorizando o proprietário a usar e a abusar da coisa, o exercício desse direito, no entanto, como o de qualquer outro, deve ter por limite a satisfação de um interesse sério e legítimo; os princípios da moral e da equidade opõem-se a que a justiça sancione uma acção inspirada pela malquerança, cometida sob o domínio de uma má paixão e provocando um prejuízo grave a outrem”⁸⁶. A Corte determinou a demolição da chaminé e condenou o autor do abuso na obrigação de indenizar.

A sentença de Lyon, prolatada um ano depois da de Colmar, ou seja, 1856, condenou um proprietário que instalou uma bomba no subsolo de seu imóvel para retirar a água de uma fonte, impedindo que o vizinho dela fizesse uso. O réu não dava qualquer utilização à água retirada. Seu objetivo único era causar prejuízo ao proprietário do imóvel limítrofe⁸⁷.

Outra sentença — esta de 12 de novembro de 1912 — que se tornou célebre como marco evolutivo da teoria do abuso do direito, foi a proferida pela Corte de Amiens, no famoso “Caso CLEMENT-BAYARD”⁸⁸. Nessa decisão, o Poder Judiciário condenou o

reparação até então não era cogitada.

⁸⁵ “A criação da figura do abuso de direito é de início, obra da jurisprudência francesa, que dela fez as mais importantes aplicações no domínio do direito da propriedade, das garantias especiais das obrigações, do direito de estar em juízo, dos direitos de família (promessa de casamento, poder paternal, poder marital) dos contratos (recusa de contratar, fase negociatória e decisória, relações dos contratantes entre si e destes com terceiros, nomeadamente credores de uma das partes, cumprimento das obrigações, sociedade, locação, dissolução dos contratos, v.g., mandato, da sociedade, da prestação de serviços ou revogação unilateral), das liberdades individuais e corporativas (liberdade de pensamento, liberdade de comércio, greve, *lock-out*, *mise à l'index*, direito de associação), etc.” — FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE SÁ, “Abuso de direito”, pp. 52 e 53.

⁸⁶ MENEZES CORDEIRO, “Da boa-fé no direito civil”, p. 678.

⁸⁷ CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Abuso del derecho”, p. 111.

⁸⁸ PEDRO BAPTISTA MARTINS, “O Abuso do direito e o ato ilícito”, Forense, 8ª ed., Rio de Janeiro, 1997, p.

proprietário do imóvel vizinho ao hangar de dirigíveis de CLEMENT-BAYARD que levantou duas enormes construções de madeira, dotadas, em seu topo, de lanças de ferro. Essas edificações tinham por fim dificultar a manobra dos balões, compelindo o proprietário do hangar a adquirir o terreno do vizinho, por um preço superior ao real.

A doutrina — amparada nas fontes romanas, nas quais se encontravam, como exceção, regras limitativas do exercício de direitos⁸⁹, e na teoria medieval dos atos emulativos — passou a objetar a concepção individualista do direito, caminhando a passos largos para a criação da teoria do abuso de direito. Inicialmente, com as teses de doutorado de JEAN BOSCH “*essai sur les éléments constitutifs du delit civil*” (UNIVERSIDADE DE MONTPELLIER 1900/1901) e de ERNEST PORCHEROT “*De l’abus du droit*” (UNIVERSIDADE DE DIJON 1901/1902)⁹⁰, as quais se seguiram os artigos de CHARMONT (1902)⁹¹, de JOSSERAND (1905) e de DESSERTAUX (1906)⁹².

No campo legislativo, algumas codificações coíbiam o uso emulativo do direito, proibindo, ainda que de forma tímida e indireta, o exercício irregular do direito, como o Código Civil da Prússia de 1794^{93 94}, que em sua Primeira Parte, Título VI, § 36 e 37, determinava que aquele que exerce seu direito, ainda que dentro de seus próprios limites, está obrigado a reparar o prejuízo que dele provenha para outros, quando resultar claramente das circunstâncias, que, entre vários modos possíveis de exercê-los, se escolhe intencionalmente aquele que causa dano; o Código Civil da Alemanha de 1900 (o BGB), que, em seu § 126⁹⁵, estipula que não se permite o exercício de um direito quando este somente causa prejuízo a outro; o Código Civil suíço, que, em seu art. 2º⁹⁶, dispõe que cada um deve exercer seus direitos e cumprir suas obrigações segundo as regras da boa-fé; e o Código Civil brasileiro de

86.

⁸⁹Principalmente em textos de GAIO, como “*male enim nostro iure uti nom debemus*” (Ins. I, 53). (cf. ALVINO LIMA, “Abuso de Direito” - referência bibliográfica completa no anexo específico).

⁹⁰Citados por CHARMONT, no artigo “L’Abus du Droit”, p. 8.

⁹¹Ob. cit., p. cit.

⁹²M. MARC DESSERTAUX, “Abus de droit ou conflit des droits” Revue Trimestrelle de Droit Civil, Tomo 5, 1906, Librairie de La Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, Paris, p. 119.

⁹³CARLOS FERNANDES SESSAREGO, “Abuso del derecho”, p. 209.

⁹⁴A inserção do Código Civil prussiano de 1794 no rol dos corpos legislativos, que acolhem a teoria do abuso do direito, deve, no entanto, ser vista com restrições, uma vez que, bem examinada aquela norma, verifica-se que ordenamento jurídico prussiano estipulava a proibição de atos emulativos e não a teoria do abuso do direito.

⁹⁵Ob. cit., p. 211.

⁹⁶Ob. cit., p. 214.

1916, cujo art. 160, I, determina que “não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”^{97 98}.

Posteriormente, com o lançamento das obras, “Theorie générale de l’obligation”, de RAYMOND SALEILLES⁹⁹ e “L’esprit des droits et de leur relativité”, de LOUIS DE JOSSERAND (1927)¹⁰⁰, a teoria do abuso do direito avança sobremaneira, atingindo a essência do conceito de direito subjetivo¹⁰¹.

Defendem esses autores que todos os direitos possuem um “espírito”, uma função social, que deve ser respeitada por quem os exerce. Neste sentido afirmou JOSSERAND que “cette discipline n’est autre que celle de la finalité des droits, de leur relativité en considération et en fonction de leur but”, asseverando ainda que: Ils [os direitos subjetivos] doivent demeurer dans le plan de la fonction à laquelle ils correspondent, sinon leur titulaire commet un détournement, un abus de droit; l’acte abusif est l’acte contraire au but de l’institution, à son esprit et à sa finalité”¹⁰². Desta forma, JOSSERAND chega ao critério finalista do abuso do direito, ensinando que: “nous arrivons ainsi au dernier et véritable critère de l’abus, celui qui est tiré du détournement du droit par rapport à sa fonction sociale, quelle qu’elle soit, économique ou morale, égoïste ou désintéressée.”¹⁰³

O desenvolvimento da teoria do abuso do direito não foi, todavia, tranqüilo. Além das conhecidas posições de PLANIOL E DUGUIT¹⁰⁴, a teoria do abuso do direito, como qualquer outra que proporcionasse um pouco mais de liberdade ao jurista em relação ao texto

⁹⁷ Numa interpretação a *contrario sensu*: são atos ilícitos os praticados no exercício irregular, ou seja abusivo, de um direito.

⁹⁸ O art. 160, I, não era o único do Código Civil brasileiro de 1916 a amparar a teoria do abuso de direito. Existiam outros que, embora de modo tópico, abraçam a teoria, como, por exemplo, o art. 1531, que profliga o abuso na cobrança judicial de débitos.

⁹⁹ SALEILLES, “Étude sur la théorie générale de l’obligation”, 8ª edição, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudencie, 1925.

¹⁰⁰ JOSSERAND, “De l’esprit des droits et de leur relativité”, Dalloz, 2ª ed., Paris, 1939.

¹⁰¹ “Pero indudablemente, en el plano doctrinário la aparición de las obras de Saleilles y de Jossierand, a fines del siglo pasado en cuanto señalaron en forma contundente el necesario carácter relativo de los derechos subjetivos atribuidos por el ordenamiento jurídico a los hombres, significó un valioso aporte para la elaboración de la teoría del abuso del derecho. En modo especial el segundo de los juristas mencionados concibió al acto abusivo como aquel contrario ‘al fin de la institución, a sua espíritu y a su finalidad’; LUIS ANDORNO, “Abuso del derecho”, p. 17.

¹⁰² “De l’esprit des droits et de leur relativité”, pp. 394 e 395.

¹⁰³ Ob. cit., p. 393.

¹⁰⁴ Tais concepções serão posteriormente tratadas no capítulo 3, seguinte.

legislativo, encontrou severa oposição e desconfiança, como ressalta ANTÓNIO MANUEL HESPANHA:

“Mas esta desconfiança perante a outorga ao juiz de autonomia de apreciação do caso concreto prejudicou também a aceitação pela doutrina dominante de novas figuras da dogmática do direito privado que, justamente, remetiam para o juiz a apreciação da justeza da solução concreta ou uma tarefa de concretização ‘activa’ dos princípios gerais. Era o que se passava com a doutrina do ‘abuso de direito’, com a teoria da imprevisão ou com a admissão da relevância jurídica de cláusulas gerais (como, v. g., a boa-fé)”¹⁰⁵

Tal oposição não conseguiu breçar o desenvolvimento da teoria do abuso do direito, que se fez refletir nas variadas fontes do direito, sendo sentida na doutrina, na jurisprudência, e na lei. Diversos ordenamentos jurídicos passaram a incorporar a teoria do abuso do direito, não apenas da forma tímida e oblíqua como costumeiramente se dava, mas de modo expresso e direto. Exemplos dessa realidade são o Código Civil do Peru — o primeiro a usar a expressão abuso de direito — que, no art. 2º de seu Título Preliminar, afirma que “La ley no ampara el abuso del derecho”¹⁰⁶; da Grécia de 1941; de Portugal de 1967, que, em seu art. 334, reputa ilegítimo o exercício de um direito que exceda seus limites, impostos pela boa-fé, pelos bons costumes, ou por sua finalidade econômica ou social¹⁰⁷; e da Argentina, cujo art. 1.071 dispõe que “el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal, al que contraría los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos, o al que exceda los limites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”¹⁰⁸.

Também o novo Código Civil brasileiro perfilha a teoria do abuso do direito, ao determinar, em seu art. 187, que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede os limites impostos por seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Resta, assim, muito evidente que, hoje em dia, após longo período evolutivo, a teoria do abuso do direito encontra-se bastante desenvolvida, sendo acolhida pela mais abalizada doutrina, pela maioria das legislações e pela jurisprudência.

¹⁰⁵ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, “Panorama histórico da cultura jurídica européia”, p. 218.

¹⁰⁶ CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Abuso del derecho”, p. 289.

¹⁰⁷ Ob. cit., p. 244.

2.2.3 Fraternidade

A teoria do abuso do direito unida pelo princípio da boa-fé a diversos outros institutos como, por exemplo, a lesão, as novas teorias da responsabilidade civil, e a proteção dos direitos coletivos¹⁰⁹ vêm, na verdade, adequar o sistema jurídico às reclamações da sociedade hodierna, cujos problemas não mais conseguem ser resolvidos pelos antigos dogmas do direito civil, rígidos e monolíticos. A teoria do abuso do direito, ao pregar a relatividade e a funcionalidade dos direitos, se encaixa com maior facilidade aos paradigmas e aos problemas da sociedade de massas. O assustador crescimento das relações interpessoais, cada vez mais complexas e instantâneas, e o constante entrecruzamento de deveres e de faculdades jurídicas, tornam cada vez mais difícil a aplicação das teorias clássicas das obrigações, baseadas em normas e direitos rígidos e ilimitados. A melhor forma para conciliar os inevitáveis conflitos existentes entre direitos, deveres e liberdades é a flexibilização dos direitos, através da saneadora utilização da teoria do abuso do direito.

Nesse sentido, leciona PEDRO BAPTISTA MARTINS¹¹⁰, afirmando que: “à medida, porém, que os deveres de solidariedade humana e o fato da interdependência econômica vão agravando a complexidade das relações sociais, a personalidade jurídica do indivíduo, sobrecarregada por novos e crescentes deveres, tende a transpor as raias do plano contratual em que a princípio se confinava a sua atividade, para mover-se numa região de mais extensas liberdades e, por isso mesmo, de mais extensas responsabilidades. O problema da responsabilidade jurídica consiste, por isso, na aguda observação de Emmanuel Lévy, na conciliação dos direitos e das liberdades em conflito: ‘c’est ce conflit des libertés et des droits qui constitue aujourd’hui le problème de la responsabilité juridique.’ Este problema, que não encontra solução adequada na teoria clássica da responsabilidade, só poderá ser hoje resolvido pela doutrina do abuso de direito”.

A utilidade da teoria do abuso do direito para solucionar os novos e complexos conflitos de liberdades é tão manifesta que FRANZ WIEACKER, em sua “História do Direito

¹⁰⁸ Ob. cit., p. 264.

¹⁰⁹ CARRASCO PEREIRA defende que a inaptidão do direito civil para cuidar dos direitos coletivos e transindividuais seria “el tapón mal encajado por donde se vacia el agua del Derecho civil” (cf. AGUIRRE Y ALDAZ, “El derecho civil a finales del siglo XX”, p. 145).

Privado Moderno”, não hesitou em colocá-la como um dos mais importantes resultados da evolução do Direito neste século¹¹¹.

A teoria do abuso de direito, além de se encaixar aos paradigmas da nova sociedade de massas, é ainda, na expressão de ALVINO LIMA¹¹², “a manifestação concreta de um movimento amplo, que ao invés de denominarmos, comumente, socializador do direito, chamaríamos de individualismo da igualdade e da fraternidade na liberdade”. Ela se coaduna com perfeição aos novos ideais do solidarismo, de uma visão mais fraternal do direito, que vê no indivíduo não um ser isolado. Mas sim, um sujeito de direitos, inserto em uma determinada comunidade, e com direitos e deveres para com ela e para com os seus semelhantes.

É ela, pois, uma forma de contraposição ao individualismo, que, como ressalta AGUIRRE Y ALDAZ, peca terrivelmente porque “parte de una dimensión parcial, y por ello limitada, de la naturaleza humana, que atiende únicamente a su individualidad, pero no a su sociabilidad, (...) prescinde, por tanto, de que la dimensión social del hombre pertenece a la naturaleza humana (al principio de personalidad), tanto como la dimensión individual...”¹¹³.

Consoante afirma CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, em sua obra “Abuso del Derecho”, “la atormentada y discutida elaboración dogmática del instituto del abuso del derecho respondió, en su origen, a un reclamo comunitario de raíz ético-moral, a una presión social que derivó en un nuevo modo de concebir el derecho. La aceptación del instituto por la doctrina jurídica se concilia, a su vez, con las exigencias de una nueva visión filosófica acorde con los tiempos, en la cual el ser humano ocupa una posición cimera en toda la construcción dogmático-jurídica. La admisión del abuso del derecho refleja, también, una más intensa vivencia, un arraigo mayor en la vida social, del supremo valor de la solidaridad”. Mais adiante, conclui o jurista peruano, “por todo ello, el abuso del derecho representa, en la actualidad, un instituto indispensable para la convivencia humana, de suma importancia para edificar una sociedad más justa, solidaria y segura”¹¹⁴.

Dessa forma, está a teoria do abuso do direito em consonância com as tendências do solidarismo e da “despatrimonialização” do direito civil que, mais do que um aumento do quantitativo das situações jurídicas protegidas, é, como afirma PERLINGIERI, “uma tutela

¹¹⁰ PEDRO BAPTISTA MARTINS, “O abuso de direito e o ato ilícito”, p. 24.

¹¹¹ FRANZ WIEACKER, “História do direito privado moderno”, p. 593.

¹¹² ALVINO LIMA, “Abuso de direito” - Repertório enciclopédico do direito brasileiro, p. 347.

¹¹³ AGUIRRE Y ALDAZ, “El derecho civil a finales del siglo XX”, p. 137.

qualitativamente diversa”¹¹⁵, já que ela parte da subordinação das instituições e dos valores de índole patrimonial aos da pessoa humana.

3. TEORIAS NEGADORAS DO ABUSO DO DIREITO

A evolução da teoria do abuso do direito não foi absolutamente tranqüila. Ela sempre encontrou resistência na opinião de vários juristas que, pelos motivos mais variados, se negavam peremptoriamente a acolhê-la. Dentre os diversos defensores da inexistência e da inutilidade da teoria do abuso do direito, avultam as teses de MARCEL PLANIOL e de LÉON DUGUIT, que, por sua importância, mais do que simplesmente histórica, serão analisadas nos parágrafos seguintes.

3.1. A logomaquia de PLANIOL

MARCEL PLANIOL foi certamente o mais agudo crítico da teoria do abuso do direito. Para ele, a teoria do abuso do direito nada mais era do que um jogo de palavras, uma logomaquia. Cabe aqui, por extremamente oportuno, transcrever o famoso trecho no qual Planiol defende o seu entendimento:

“Cette nouvelle doctrine repose tout entière sur un langage insuffisamment étudié; sa formule ‘usage abusif des droits’ est une logomachie, car si j’use de mon droit, mon acte est *licite*; et, quand il est *illicite*, c’est que je dépasse mon droit et j’agis sans droit, injuria, comme disait la loi Aquilia”¹¹⁶.

PLANIOL defendia que os atos jurídicos só poderiam ser lícitos ou ilícitos. Portanto, na visão do civilista francês, se alguém se limitasse a utilizar o seu direito regularmente atuaria de forma lícita, não podendo sofrer qualquer censura ou restrição. Entretanto, se o exercício do direito fosse contrário às normas jurídicas, constituiria ele um ato ilícito puro e

¹¹⁴ CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Abuso del derecho”, p. 3.

¹¹⁵ PIETRO PERLINGIERI, “Perfis do direito civil”, Renovar, Rio de Janeiro, p. 34.

¹¹⁶ MARCEL PLANIOL, “Traité élémentaire de droit civil”, Tomo II, 3ª ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1905, p. 284 – itálico no original.

simples, e como tal deveria ser tratado, na forma determinada pela lei, afinal “*le droit cesse où l’abus commence*”¹¹⁷

Na postura dualista de PLANIOL, não há o menor espaço para a teoria do abuso do direito, que não seria mais do que um silogismo pueril ou um truque de palavras (logomaquia), já que não se poderia conceber um ato que fosse, ao mesmo tempo, de acordo e contrário ao direito.

JOSSERAND¹¹⁸ se insurgiu contra a crítica de PLANIOL, afirmando que ela é fruto de uma confusão entre os sentidos da palavra direito, que ora pode significar o ordenamento jurídico como um todo, ora pode se referir a uma prerrogativa específica. Para JOSSERAND, feita essa distinção desapareceria a ilogicidade denunciada por PLANIOL, pois o ato abusivo seria praticado em consonância com uma situação pontual, mas contrária ao sistema jurídico.

Embora arguta, a defesa de JOSSERAND não é suficiente, já que ela não conseguiu explicar, ao menos de forma convincente, como o uso de uma prerrogativa legal pode ser reputada contrária ao direito como um todo, e, muito menos, demonstrar a necessidade da teoria do abuso do direito, uma vez que considerado o ato abusivo como sendo um ilícito puro e simples, a vedação de abuso do direito perde seu sentido e sua razão de ser, pois a teoria tradicional da responsabilidade civil já apresentava solução para a sanção do ato ilícito.

A solução para o problema levantado por PLANIOL passa obrigatoriamente por outro caminho. A teoria do abuso do direito, principalmente nas legislações mais recentes e na doutrina atual, não está aprisionada à classificação dos atos jurídicos apenas como lícitos ou ilícitos. A proibição dos atos abusivos deve ser, na verdade, uma categoria jurídica autônoma, com peculiaridades e características próprias, cujo objetivo primordial é exatamente suprir a lacuna lógica deixada pela dogmática tradicional, que atada aos conceitos de lícito e ilícito e baseada na averiguação da culpa e dolo, não se mostra suficiente à explicação e à regulamentação do ato abusivo. Essa realidade foi analisada de forma arguta por FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE SÁ, em trecho cuja transcrição se torna imperiosa:

“A contrariedade, apontada por Planiol, ao facto de o mesmo acto ser simultaneamente conforme ao direito e contrário ao direito, isto é, proibido e permitido, desfaz-se, pois, quando se afaste previamente o dogma de que entre o ‘permitido’, como sinónimo de lícito, e o ‘proibido’, como sinónimo de ilícito, não

¹¹⁷ Ob. cit., p. cit. – itálico no original.

¹¹⁸ “De l’esprit des droits et de leur relativité”, p. 333.

pode haver juridicamente um terceiro termo. Só há contraditoriedade lógica numa asserção quando se afirma e se nega, simultaneamente, a mesma coisa *sob o mesmo aspecto* (*esse et non esse simul et eodem respectu, non potest esse*). Ora, a figura do abuso do direito apareceu, exactamente, como a noção reveladora da imperfeição da lógica tradicional que não vê outra alternativa entre as categorias da licitude e da ilicitude, afirmando precisamente, a existência do acto abusivo entre os actos proibidos, no sentido técnico de actos ilícitos, e os actos permitidos, no sentido técnico de actos lícitos, isto é como um acto juridicamente proibido ao lado do acto ilícito”.¹¹⁹

Dessa forma, as afirmações de PLANIOL, apesar de aparentemente inexpugnáveis, são completamente destruídas quando se atenta para o fato de que, na doutrina atual, o abuso do direito é visto como um instituto autônomo: o ato abusivo, que, assim como (e não, por ser) o ato ilícito, é coibido pelo ordenamento jurídico.

3.2. A crítica de DUGUIT

Outro pertinaz defensor da tese da inexistência do abuso do direito foi LÉON DUGUIT. Ele se dedicou ao estudo do abuso do direito, pois entendia que sua existência era a prova cabal da contradição e da insuficiência do conceito de direito subjetivo.

No primeiro parágrafo dedicado ao exame da teoria do abuso do direito, em seu “*Traité de Droit Constitutionnel*”, DUGUIT deixa essa realidade muito clara ao expor que: “*la doctrine traditionnelle, qui consiste à voir dans l’exercice de la liberté et de la propriété l’exercice d’un droit subjectif, a conduit à une doctrine contradictoire en soi, qui est par elle-même la meilleure preuve de la fausseté du principe. Je veux parle de la doctrine dite de l’abus du droit, qui, pendant quelque temps, a eu grande vogue.*”¹²⁰

Mais adiante, DUGUIT deixa muito evidente que sua contrariedade à teoria do abuso do direito se dá por ser ela uma consequência do conceito de direito subjetivo, desenvolvido pelas grandes codificações oitocentistas. Afirma o controvertido constitucionalista que “*les législateurs comme les juristes, qui ont parlé de l’abus du droit, ont eu l’esprit dominé par cette conception artificielle et absorbante du droit subjectif*”.¹²¹

¹¹⁹ FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE SÁ, “Abuso do direito”, p. 332.

¹²⁰ LÉON DUGUIT, “*Traité de droit constitutionnel*”, 3ª edição, tomo I, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Éditeurs E. de Boccard, Successeur, Paris, 1927, p. 266 – itálico no original.

Na verdade, a crítica de DUGUIT se volta contra o conceito de direito subjetivo, que a seu ver é artificial, uma verdadeira “herança da teologia”¹²². Para ele, existiria apenas o direito objetivo, jamais direitos subjetivos. Desta forma, ao agir licitamente o cidadão não estaria fazendo uso de direito do qual é titular, mas atuando conforme o direito objetivo. Igualmente, se o cidadão atuasse de forma ilícita não estaria extrapolando os limites do direito subjetivo, mas apenas violando as normas do direito objetivo:

“La vérité toute simple, c’est qu’agir conformément au droit, ce n’est point exercer un droit subjectif, que faire un acte dont l’objet n’est pas en soi contraire au droit, mais dont le but est illicite, c’est violer le droit objectif et qu’alors, par conséquent, apparaitront toutes les conséquences qui se rattachent à la violation de la loi. Qu’on écarte le mot et l’idée de droit subjectif, on écarte du même coup toutes les controverses et subtilités qu’on a comme à plaisir accumulées sans raison et sans profit”.¹²³

A contrariedade de DUGUIT à teoria do abuso do direito possui duas falhas intransponíveis. A primeira delas é o fato de que na sociedade atual, construída sob as bases do sistema capitalista de produção, não há como se prescindir do conceito de direito subjetivo e da proteção às prerrogativas individuais dele decorrentes. Trata-se de um conceito básico sobre o qual se sustenta todo o sistema do direito civil moderno.

Por outro lado, mesmo se excluindo o conceito de direito subjetivo, como defendido por DUGUIT, o problema permanece, pois os atos continuariam a ser classificados como lícitos, ou de acordo com o direito objetivo, e ilícitos, ou em desacordo com o direito objetivo. Ainda aqui faltaria um elemento que explicasse e regulasse os atos que, conquanto compatíveis com o direito objetivo, fossem exercidos de forma contrária a ele e a seus fins.

4. CRITÉRIOS IDENTIFICADORES DO ABUSO DO DIREITO

¹²¹ Ob. cit., p. 268

¹²² “La notion de droit subjectif n’est qu’un développement de la notion d’âme. L’activité de cette âme, quand elle est socialement protégée, apparait avec un caractère particulier que l’on a aussi *substantialisé*, comme on a *substantialisé* les divers attributs que l’on prête à la divinité en faisant des hypostases divines” (ob. cit., p. 273 - itálico no original).

¹²³ Ob. cit., p. 270/271.

MARKOVITCH, citado por ALVINO LIMA¹²⁴, lembra que a jurisprudência e as legislações apresentam variados critérios de identificação do abuso do direito que vão desde a intenção puramente emulativa até a falta de interesse sério que justifique o ato tido como abusivo, passando, nesse caminho, por alguns outros como, por exemplo, a escolha, dentre os possíveis, do meio mais prejudicial à realização do ato e a contrariedade aos princípios da lealdade e da boa-fé. Cabe aqui, por relevante, transcrever este elucidativo trecho:

“L'étude de la jurisprudence et de la législation comparées permet de dresser une liste de ces sous-directives ou des ces critères concrets: 1° Intention de nuire; 2° Défaut d'intérêt; 3° Fait de choisir, entre plusieurs manières d'exercer son droit, celle qui est dommageable à autrui; 4° Anormalité ou excessivité du préjudice; 5° Manière d'agir qui choque les bonnes moeurs; 6° Manière d'agir déraisonnable contraire à la loyauté et la confiance réciproque, inopportune, etc...”

Essa disparidade de critérios, apontada, por uns, como vantagem, e, por outros, como uma das maiores falhas da teoria do abuso do direito¹²⁵, é separada pela doutrina em dois grandes grupos: os critérios subjetivos e os objetivos. Os critérios subjetivos são aqueles que privilegiam a vontade, o ânimo do agente, que não deve atuar de forma emulativa, sob pena de caracterizar o abuso do direito. Já os característicos objetivos são aqueles que se ligam à estrutura do direito, analisando se o seu exercício se deu de acordo com a sua finalidade.

4.1. Critérios subjetivos

Os critérios subjetivos são aqueles vinculados à vontade do agente, que não pode obrar com objetivo de causar danos a terceiro, sob pena de que sua atuação seja reputada contrária ao direito. Os identificadores de índole subjetiva enunciados pelas diversas legislações, pela doutrina e pela jurisprudência são: (a) a intenção de prejudicar; (b) a contrariedade do ato à moral e aos bons costumes; (c) a gravidade da culpa; e (d) a falta de interesse legítimo.

4.1.1. A intenção de prejudicar

¹²⁴ ALVINO LIMA, “Abuso de direito”, p. 340.

¹²⁵ Os problemas e os benefícios da pluralidade de critérios, indicados pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência, como identificadores do abuso do direito, serão abordados no item 4.3 a seguir.

A intenção de prejudicar, ou, como chamado por JOSSERAND¹²⁶, critério intencional, é um dos identificadores mais tradicionais¹²⁷ e mais lembrados pela doutrina e pela jurisprudência. Segundo esse critério, consistiria ato abusivo todo aquele realizado com a intenção de prejudicar terceiro.

Tal critério — de índole marcadamente subjetivista —, embora tradicional e reconhecido, é insuficiente. Em primeiro lugar, porque sua verificação impõe ao julgador a árdua, quando não impossível, tarefa de buscar a caracterização do abuso do direito na vontade do agente, compelindo o juiz a percorrer um caminho, mais das vezes obscuro e inglório, necessário à realização de tal tarefa. Isso sem lembrar as dificuldades de se produzir a prova — que, normalmente, incumbe à vítima — da verdadeira intenção do agente, que pode estar encoberta por versões e manobras bem engendradas.

Não se pode, ainda, esquecer que a maioria das legislações¹²⁸ e decisões jurisprudencias, que acolhem esse critério, fazem a exigência de que a intenção de gerar prejuízo a outrem seja o móvel único que anima o agente. Tal concepção abre sempre ao autor do ato abusivo a possibilidade de criar, até mesmo posteriormente à consecução do ato, outras escusas, diversas da mera vontade de prejudicar, que ocultem ou justifiquem sua atuação, impossibilitando a salutar aplicação da vedação do abuso do direito.

Essa crítica, comumente feita ao critério intencional, é, no entanto, contestada por GEORGES RIPERT, que afirma não ser a impugnação relativa à dificuldade de se verificar a intenção do agente elemento suficiente ao descarte desse critério que, ressalte-se, é por ele defendido como o ideal. Na defesa do critério intencional, RIPERT lembra que a busca da intenção das partes é atividade comum no dia-a-dia dos juízes que, normalmente, são levados a perquirir a real vontade dos jurisdicionados, quando, por exemplo, analisam atos fraudulentos ou a ocorrência da boa-fé, por isso, afirma o civilista francês que “c’est chimère que de vouloir créer un droit civil purement objectif et de juger les faits sans s’occuper des intentions”¹²⁹.

¹²⁶ JOSSERAND, “De l’esprit des droits et de leur relativité”, p. 366.

¹²⁷ JOSSERAND afirmou que: “L’intention de nuire représente, traditionnellement, la forme typique, l’aliment normal de l’abus de droits ...” - “De l’esprit des droits et de leur relativité”, p. 366.

¹²⁸ Como, por exemplo, o art. 226 do BGB.

¹²⁹ GEORGE RIPERT, “La règle morale dans les obligations civiles”, 4^a édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949, p. 167.

Não obstante a defesa de RIPERT, o certo é que a adoção de critérios objetivos de identificação, que prescindam do exame da intenção das partes, facilita e incrementa a aplicação de qualquer instituto jurídico. Isso sem falar na atual tendência do direito no sentido de que a caracterização de um fenômeno jurídico deva se basear em critérios objetivos, como se dá na evolução da responsabilidade civil, que a cada dia está mais longe do subjetivo conceito de culpa e mais próxima do objetivo conceito de risco.

Afora os senões acima referidos, o critério intencional encerra ainda outra falha, certamente, de maior monta. A identificação do abuso do direito apenas em função da vontade do agente de causar prejuízos a outrem está vinculada à falsa idéia — que adiante será objeto de comentários mais detidos — de que o abuso do direito seria um ato lícito, mas que, em virtude da amoralidade da conduta de seu autor, geraria conseqüências censuráveis.

Dessa forma, seria o abuso do direito nada mais nada menos do que uma forma de se corrigir atos moralmente — e não juridicamente — criticáveis. Estaria, pois, a teoria do abuso do direito aprisionada no campo da moral e da equidade, e, por via de conseqüência, fora dos domínios da juridicidade. Em suma: seria o ato abusivo objetivamente lícito, pois o agente haveria atuado conforme o direito, e seria subjetivamente censurável em razão da amoralidade de seu exercício. Haveria uma cisão no ordenamento, de modo a se encontrar de um lado o ordenamento jurídico, e de outro o moral que, embora não se misturasse ao primeiro, teria ingerência sobre ele para tornar exprobrável o exercício abusivo do direito.

4.1.2. A contrariedade à moral e aos bons costumes

Outro identificador bastante presente nas legislações, na doutrina e nas decisões judiciais é a contrariedade do exercício do direito à moral e aos bons costumes. Esse critério, também de índole indisputadamente subjetiva, é alvo de críticas semelhantes àquelas endereçadas ao abordado no item anterior — a intenção de prejudicar. Assim como a averiguação pura e simples da intenção emulativa do agente, este identificador — a contrariedade à moral e aos bons costumes — está assentado sob base teórica insuficiente e incapaz de explicar de modo adequado a teoria do abuso do direito.

Tal critério tem como pressuposto o enquadramento do abuso do direito apenas como um recurso à moralidade e à equidade, buscando sanar eventuais falhas éticas decorrentes da

aplicação das normas jurídicas, quando o abuso do direito, consoante aqui já se defendeu, deve ser encarado dentro de uma perspectiva essencialmente jurídica.

Por outro lado, a ligação da teoria do abuso do direito à moral e aos bons costumes vincularia a identificação do abuso do direito à difícil análise dos valores morais e éticos, que permeiam a sociedade. Estaria, portanto, a verificação do abuso presa a dados extremamente mutáveis, que variam no tempo e no espaço, obrigando o julgador a difícil missão de descobrir, quais são os reais valores que, em sua região e em seu tempo, dão corpo ao maleável conceito de ato conforme a moral e os bons costumes.

Não se pode esquecer que o julgador não é um autômato, a mera boca da lei. Sua atuação e sua atividade, ainda que inconscientemente, estarão sempre emprenhadas por seus valores pessoais que, nem sempre, corresponderão aos da sociedade, na qual ele se insere.

4.1.3. A gravidade da culpa

Outro critério subjetivo abordado pela doutrina é o da gravidade da culpa, apelidado por JOSSERAND de critério técnico¹³⁰. Segundo os defensores deste característico, para que um ato seja reputado abusivo bastaria que o agente tivesse atuado na hipótese com culpa de certa gravidade. Esse critério nasceu da tentativa de juristas de adequar a teoria do abuso de direito aos arts. 1.382 e 1.383 do Código Civil Francês^{131 132}, vinculando-o ao ordenamento jurídico positivo vigente, de modo a tornar menos difícil sua aceitação.

Para os defensores dessa tese, o que contava na apreciação do ato abusivo era o grau de culpabilidade com que teria atuado o agente, isto é, segundo os apologistas do critério técnico, “para que se verifique abuso de direito, é necessário que concorra no exercício de uma faculdade negligência ou imprudência de certa gravidade. A questão é puramente de grau de quantidade: por uma maior ou menor gravidade da culpa o ato é abusivo ou perfeitamente jurídico¹³³”.

¹³⁰ Ob. cit., p. 379.

¹³¹ Cf. ABEL FLEITAS, “El abuso del derecho en la reforma do Código Civil Argentino”, p. 34.

¹³² Art. 1382 do Código Civil Francês: “Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.” Art. 1.383 do Código Civil Francês: “Chacun est responsable du dommage qu’il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par sa imprudence”.

¹³³ EVERARDO DA CUNHA LUNA, “Abuso de direito”, 2ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1988, p. 87 e 88.

Esse critério é equivocado. Ele se limita a postergar o problema, substituindo a noção do abuso pela de culpa. Ocorre que essa simples permuta em nada colabora com a melhor sistematização do abuso do direito, se cingindo a troca de uma incógnita por outra. Mais grave, ao invés de apresentar soluções, a substituição acima referida cria problemas maiores, pois traz para a discussão do abuso do direito um elemento — a culpa — que lhe é estranho. Mais uma vez, vale recorrer aos ensinamentos de MARKOVITCH, lembrados por ABEL FLEITAS, que aponta os problemas dessa concepção :

“Este último autor [MARKOVITCH] considera que, relacionando la concepción del abuso con la de la culpa, no se explica claramente la primera, pues hasta ahora no se ha dado respuesta satisfactoria a la cuestión de saber que es la culpa. ‘Por consiguiente — agrega Markovitch — se explica una incógnita por otra incógnita. El solo motivo de la substitución de la segunda de esas incógnitas pela primera, es que la noción de la culpa, aunque ligera y fugaz, tiene su lugar tradicional en el vocabulario jurídico y, especialmente, en el sistema clásico de la responsabilidad, mientras que la del abuso, mucho más joven que la primera, es as veces considerada como un vagabundo, un intruso que viene a transtornar la armonía lógica del sistema jurídico, construído de conceptos que tienen un pasado varias veces secular”¹³⁴.

Além de não explicar a teoria do abuso do direito, o dito critério técnico peca ainda pela enorme vagueza de seus conceitos. Não se pode considerar um ato jurídico regular ou abusivo apenas porque foi maior ou menor o grau da culpa, dado impreciso e insatisfatório. Como bem lembrado por EVERARDO DA CUNHA LUNA¹³⁵, “o abuso de direito (...) tem limites certos e determinados, nunca porém com referência ao grau da culpabilidade”.

4.1.4. A falta de interesse legítimo

A falta de interesse legítimo é também um característico subjetivo bastante difundido na doutrina e na jurisprudência. Esse critério, fruto da evolução de seus predecessores e da influência do pensamento de IHERING, que conceituava o direito subjetivo como o interesse juridicamente protegido¹³⁶, considerava que configuraria abuso de direito o exercício “de son droit sans utilité pour soi et d’une manière nuisible pour autrui”¹³⁷, ou seja, a utilização de um direito de modo a gerar prejuízos a terceiros, sem que, no entanto, traga proveitos ao agente.

¹³⁴ ABEL FLEITAS, “El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino”, p. 37.

¹³⁵ EVERARDO DA CUNHA LUNA, “Abuso de direito”, p. 88.

¹³⁶ JOSSERAND, “Des l’esprit des droits et de leur relativité”, p. 388.

Nesse sentido, era, por exemplo, a lição de DEMOGUE, segundo a qual “... dès qu’un acte objectivement apparaît comme présentant pour son auteur un intérêt sérieux et licite, cet acte n’est pas un abus de droit, jusqu’à preuve d’une action accomplie uniquement pour nuire”¹³⁸

Tal critério, entretanto, não se mostra bastante à caracterização do ato abusivo, porque, ainda aqui, é necessário empreender a árdua tarefa de penetrar na esfera subjetiva do agente, para identificar quais foram os motivos que animaram a sua conduta.

4.2. Critérios objetivos

Em virtude da deficiência e da insuficiência dos critérios subjetivos, sempre ligados à intenção ou ao interesse do agente, grande parte da doutrina, principalmente a de maior atualidade, defende que, para a caracterização do abuso do direito, é preciso fazer uso de critérios objetivos. Dentre esses critérios ditos objetivos, ou finalistas, os mais difundidos são: (a) a ruptura do equilíbrio dos interesses em conflito; (b) o fim econômico e social do direito; e (c) o exercício do direito contrário ao seu espírito.

4.2.1. A ruptura do equilíbrio dos interesses em conflito

Tentando conjugar variados critérios objetivos e subjetivos, CAMPION defende que um ato deve ser reputado abusivo se ele der causa à ruptura do equilíbrio dos interesses em conflito, trazendo excessivas vantagens ao autor do ato abusivo e graves prejuízos à vítima. ABEL FLEITAS, em poucas palavras, consegue fazer uma elucidativa síntese do pensamento daquele civilista belga acerca da questão aqui examinada:

“Resumiendo opiniones ajenas y buscando hacer la síntesis de la jurisprudencia de los tribunales europeos, Campion hace notar que tres criterios distintos fueron propuestos y aplicados para la investigación del abuso del derecho: la intención de perjudicar, la ausencia de interés legítimo, y el ejercicio del derecho contrariando sus fines. Sostiene que esos criterios se confunden en uno solo y verdadero, que es de la ruptura del equilibrio de los intereses en presencia. Explicando a éste, el autor belga dice que dos intereses están en presencia: el del sujeto del derecho y el de la víctima del ejercicio del derecho”.¹³⁹

¹³⁷ PARDESSUS, “Traité des servitudes”, 8ª ed., p. 51, apud. JOSSERAND, ob. cit., p. 389.

¹³⁸ DEMOGUE, “Traité des obligations”, tomo IV, nº 682, apud. JOSSERAND, ob. cit., pp. 389 e 390.

¹³⁹ ABEL FLEITAS, “El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino”, p. 44.

Tal critério, conquanto não sofra dos males dos característicos subjetivistas, tem o defeito de não possibilitar a explicação e a individualização do instituto do abuso do direito. Ao invés de tornar mais fácil a conceituação do ato abusivo, esse critério, ao se basear na ruptura do equilíbrio da relação jurídica, contribui para o estabelecimento de uma confusão entre o abuso do direito e diversas outras figuras jurídicas baseadas nesse elemento, como, por exemplo, a lesão e a teoria da base do negócio. Some-se, ainda, que a ruptura do equilíbrio do negócio não é um critério distintivo do abuso do direito. Diversos outros fatores, inclusive alguns completamente estranhos à vontade e à atuação das partes envolvidas, podem dar causa à aludida quebra do equilíbrio, sem que isso constitua qualquer abuso do direito.

4.2.2. O fim econômico e social do direito

SALEILLES, em seu “Etude sur la théorie générale de l’obligation”, defendeu que o fim econômico e social do direito seria o critério ideal para a averiguação do abuso do direito¹⁴⁰¹⁴¹. Dessa forma, para SALEILLES, a correta fórmula para a configuração do abuso do direito “serait celle qui verrait l’abus du droit dans l’exercice anormal du droit, exercee contraire à la destination économique ou sociale du droit subjetif, exercee réprouvé par la conscience publique et dépassant par conséquent le contenu du droit, puisque tout droit, au point de vue social, est relatif, et qu’il n’y a pas de droits absolus, pas même la propriété”¹⁴². Assim, configuraria abuso o exercício de um direito contrário ao seu propósito econômico e social ou reprovado pela consciência coletiva. Essa tese criada por SALEILLES é também defendida por CHARMONT, que considera “la détermination du but économique, social du droit exercé peut être un meilleur critérium”.¹⁴³

JOSSERAND, em seu “De l’esprit des droits et de leur relativité” afirma que o critério defendido por SALEILLES, por ele identificado como critério econômico¹⁴⁴, não seria

¹⁴⁰ ALVINO LIMA, “Abuso de direito”, p. 321.

¹⁴¹ Muitos alegam que SALEILLES, defensor da teoria de que o abuso do direito caracteriza-se pelo exercício contrário ao fim social e econômico do direito, posteriormente teria mudado de opinião, tendo, na discussão do projeto do Código Civil francês, se vergado ao critério subjetivista. Ocorre que, como lembra ALVINO LIMA (“Abuso de direito”, p. 322), esta afirmação não parece ser a mais adequada, pois, em momento posterior, mais especificadamente, quando da publicação de seu curso de direito comparado, SALEILLES voltou a defender a identificação do instituto pelo exercício contrário ao fim econômico e social do direito.

¹⁴² SALEILLES, apud. CHARMONT, “L’abus du droit”, p. 123.

¹⁴³ Ob. cit., p. 124.

¹⁴⁴ JOSSERAND, “De l’esprit des droits et de leur relativité”, p. 388.

suficiente para açambarcar todas as hipóteses de abusos. Afirma JOSSERAND que existem duas espécies de direito: (a) os de fundamento egoísta, que são aqueles exercidos em proveito de seu titular, como, por exemplo, o direito de propriedade; e, (b) os de fundamentos altruístas, que devem ser usados em benefício de um terceiro, como, por exemplo, os poderes parentais. Nestes últimos, mais importante do que o interesse do agente são os deveres correspondentes à função por ele ocupada. Para JOSSERAND, nesses últimos direitos não haveria como se identificar o interesse do agente, porque esse interesse seria suplantado pelo do terceiro protegido pela norma. Segundo o mestre de LYON, tampouco se poderia vislumbrar nos direitos de cunho altruísta um conteúdo econômico bem definido, motivo pelo qual eles escapariam do controle da abusividade, caso fosse adotado o critério por ele chamado de econômico. Cabe aqui transcrever trecho de JOSSERAND, no qual ele analisa a questão, buscando demonstrar a insuficiência do dito critério econômico:

“Nous la [a concepção econômica] jugeons cependant insuffisante, inégale au problème qu'elle prétend résoudre et dont elle ne présente pas toute l'ampleur: spécieuse et pertinente pour les droits à fondement égoïste, tels que la propriété, elle cesse de valoir pour les facultés altruiste, telles que les puissances familiales ou le droit d'extérioriser sa pensée, pour lesquelles l'egoïsme du titulaire n'est plus sauveur, mais bien dirimant; car c'est précisément lorsque le père de famille exerce ses pouvoirs dans son intérêt personnel qu'il en abuse, et de même pour le critique qui doit prendre en considération les intérêts du public et non son bénéfice immédiat, qui doit se conformer à l'esprit de la profession plutôt qu'à son égoïsme individuel: *l'intérêt* ne peut servir de pierre de touche pour l'exercice des facultés *désintéressées*, des droits qui sont inhérents à la fonction et qui, comme tels, se doublent de devoirs correspondants”.¹⁴⁵

Mais adiante arremata, o mestre francês:

“La notion de l'intérêt, purement économique, purement matérialiste, ne cadre pas avec tous les droits; elle se trouve déplacée, depaysée lorsqu'on veut l'appliquer aux prérogatives à ressort altruiste et aux fonctions; au lieu que tout droit, quel qu'il soit, public ou privé, à ressort égoïste ou à base altruiste, correspond à une finalité, à un but, dont le titulaire ne saurait s'écarter sans commettre un détournement, un abus.”¹⁴⁶

Segundo JOSSERAND, embora o critério econômico fosse suficiente para identificar e explicar o abuso de direitos egoístas, e, portanto, com uma natureza econômica bastante

¹⁴⁵ Ob. cit., p. 392.

¹⁴⁶ Ob. cit., p. 393.

visível, não seria capaz de se prestar a caracterização do abuso de direitos altruístas, cujo conteúdo, mais das vezes, não se consegue precisar em termos monetários.

A concepção de SALEILLES, ao contrário do que afirma JOSSERAND, não se limita ao interesse meramente econômico. Para SALEILLES, é considerado abusivo todo exercício de um direito contrário ao seu fim econômico ou social. Por óbvio, os direitos de fundamento altruístas podem ser exercidos contra o seu fim social e de forma repugnante à consciência coletiva. Da mesma forma, não há como se afirmar que a noção de interesse retiraria a possibilidade de aplicação da teoria de SALEILLES aos direitos de natureza altruísta. Mesmo nessa espécie de direitos existe o interesse do agente, só que esse deve sempre se vergar ao do beneficiário da situação jurídica subjetiva específica.

O problema da aplicação do dito critério econômico, no entanto, reside no fato de que tal concepção não aponta nem como, nem onde, seriam encontrados ou identificados os fins econômicos e sociais que norteiam o direito específico sob exame, o que pode levar o julgador a buscar em seus ideais subjetivos os valores que dariam substrato à noção de função econômica e social da norma.

4.2.3. O espírito do direito

“...pas plus que la loi ne saurait être appliquée au rebours de son esprit, pas plus qu’un fleuve ne saurait modifier le cours naturel de ses eaux, nos droits ne peuvent se réaliser à l’encontre et au mépris de leur mission sociale” (JOSSERAND)¹⁴⁷

Após comentar diversos dos critérios caracterizadores do abuso do direito, JOSSERAND defende a aplicação do critério por ele chamado de funcional ou finalista. Todo direito tem uma finalidade, um espírito, uma função que lhe é dada pela sociedade. O exercício de qualquer direito, de qualquer natureza, egoísta ou altruísta, público ou privado, fora de sua função, deve ser considerado abusivo, como adverte o próprio JOSSERAND:

“Cette discipline n’est autre que celle de la finalité des droits, de leur relativité en considération et en fonction de leur but. Toute prérogative, tout pouvoir juridique sont sociaux dans leur origine, dans leur essence et jusque dans la mission qu’ils sont destinés à remplir; comment pourrait-il en être autrement, puisque le droit objectif pris dans son ensemble, la ‘juridicité’, n’est autre chose que la règle sociale obligatoire? La

¹⁴⁷

Ob. cit., p. 10.

partie ne saurait être d'une autre nature que le tout; l'élément participe de l'essence même de l'organisme au fonctionnement duquel il apporte sa part contributive.”¹⁴⁸

O critério finalista, embora seja mais desenvolvido e abrangente que os anteriores, não está livre de críticas. Ele é acusado de ser excessivamente perigoso, por dar muitos poderes ao arbítrio do juiz e por deslocar a solução dos conflitos do campo jurídico para a esfera política, como se pode ver na lição dos irmãos MAZEAUD, lembrada por ABEL FLEITAS, que abaixo se transcreve:

“El juez, obligado a responder, deberá salir del dominio del derecho; caerá en el de la política. He ahí el peligro del criterio: ¿un socialista se hace la misma concepción del fin en virtud del cual es conferido el derecho de propiedad o el de asociación que un adversario de la doctrina de Carlos Marx? Evidentemente no. Por cierto, defender la doctrina del fin social de los derechos, no es ninguna manera caer en el socialismo, pero es obligar a los jueces a considerar el problema de la responsabilidad bajo el ángulo de la política. Es indispensable, por consiguiente, proveer a los jueces un criterio más preciso, bajo pena de ser obligado a replegarse bajo la intención de perjudicar”.¹⁴⁹

Mesmo o critério funcionalista de JOSSERAND peca por não indicar a fonte a qual o juiz deve recorrer para encontrar os elementos necessários para preencher o conceito de função ou de espírito do direito exercido. Essa relevante ausência, além de tornar o critério fluido e muito vago, pode levar o juiz, como na advertência dos irmãos MAZEAUD, a buscar os fundamentos necessários à formação de tais conceitos em posições extremamente subjetivas, de ordem política ou mesmo de cunho moral.

4.3. Multiplicidade de critérios

Como se notou nos itens anteriores, muitos são os critérios de identificação do abuso do direito¹⁵⁰, cada um deles ligado a uma teoria que tenta explicar e distinguir o instituto aqui examinado. Essa variedade de concepções faz com que o conceito do abuso do direito se torne, como afirma BORDA, elástico¹⁵¹. O autor¹⁵², após constatar essa natureza elástica do conceito do abuso do direito, defende que, em função dessa multiplicidade de critérios, o juiz,

¹⁴⁸ Ob. cit., p. 394.

¹⁴⁹ ABEL FLEITAS, “El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino”, pp. 48 e 49.

¹⁵⁰ Existem diversos outros critérios e concepções acerca da teoria do abuso do direito, como, por exemplo, as de FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE SÁ, de CASTANHEIRA NEVES, de SALVATORE ROMANO e de GIORGIANI. Entretanto, a análise destas variadas teorias refoge ao limitado âmbito desta dissertação.

¹⁵¹ BORDA, “Tratado de derecho civil”, vol., p. 52.

ao se deparar com uma situação de possível abuso do direito, deve examinar e identificar: (a) a intenção de causar danos; (b) a ausência de interesse sério e legítimo; (c) se, diante de diversas maneiras de exercer um direito, o agente adotou aquela que se mostrava prejudicial a terceiros; (d) se o prejuízo causado foi normal ou excessivo; (e) se a conduta ou a forma de atuar é contrária aos bons costumes; (f) se o exercício do direito foi contrário à lealdade e à confiança recíproca. Em outras palavras, o jurista argentino defende que, diante da variedade de critérios de identificação do abuso do direito, o juiz deve fazer uso do somatório deles.

CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO concorda com a lição de BORDA, fazendo uma única ressalva. Para o jurista peruano, a lista de critérios identificadores elaborada por BORDA deveria conter ainda um critério objetivo, ou seja, o julgador deveria, ainda, analisar se o comportamento do agente se deu de modo contrário à finalidade econômica e social do direito por ele exercido.¹⁵³ Diversos autores defendem que a adoção de uma pluralidade de critérios para a verificação do exercício abusivo dos direitos é a solução mais adequada. Para tais juristas, todos os critérios anteriormente examinados são válidos, mas apresentariam insuficiências. Dessa forma, nada mais adequado do que a utilização do somatório de tais critérios para dar ao juiz elementos sólidos e suficientes para a identificação e punição do abuso do direito.

Essa elasticidade de seu conceito e a multiplicidade de elementos identificadores chega a ser tida por alguns, como, por exemplo, CAPITANT¹⁵⁴, como uma das maiores virtudes da teoria do abuso do direito, que se converteria, assim, em forte instrumento de controle judicial do exercício dos atos jurídicos. Diante da presença de qualquer dos identificadores aceitos pela doutrina e pela jurisprudência, o juiz poderia reputar o ato abusivo, impondo as sanções cabíveis e necessárias.

Ocorre que, se a flexibilidade da noção de abuso do direito é tida para alguns doutrinadores como uma de suas grandes virtudes, para outros autores, entretanto, essa maleabilidade de conceitos é apontada como a grande falha da teoria. MENEZES

¹⁵² Ob. cit., p. cit.

¹⁵³ CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Abuso del derecho”, p. 135

¹⁵⁴ “Le système de la jurisprudence est peut-être celui qui convient le mieux à un concept aussi délicat que celui de l’abus du droit. Ses formules souples et nuancées sont peut-être préférables à un critère trop général, dont l’application aux multiples situations de fait serait fort délicate. Il y a longtemps qu’on a dit et avec raison qu’il ne faut pas mettre trop de logique dans la recherche de la solution des problèmes du droit.” HENRY CAPITANT, “Sur l’abus des droits”, Revue Trimestrelle de Droit Civil, t. 27, Paris, 1928.

CORDEIRO, por exemplo, defende que a falta de uma sintetização da teoria do abuso do direito seria sua maior fraqueza e a causa de sua suposta decadência¹⁵⁵. É indisputável que o excesso e a disparidade das teorias explicativas do abuso do direito, algumas delas, inclusive, colocando o instituto fora da realidade estritamente jurídica, ou seja, como um fenômeno metajurídico — como é o caso das concepções defendidas por DABIN, RIPERT e WARAT — são causas de dúvidas e de perplexidades para o aplicador do direito, que se vê diante de um emaranhado de teorias, muitas delas contrapostas, contraditórias e inconciliáveis.

Dessa forma, a síntese de que fala MENEZES CORDEIRO é extremamente necessária. É preciso buscar uma visão mais unitária do instituto, colocando-o dentro de um campo estritamente jurídico. O abuso do direito, conquanto tenha um forte conteúdo moral e ético, não é — e nem pode ser — um corretivo de moralidade que a legalidade postula e, muito menos, uma forma de suprir lacunas do direito com regras metajurídicas. Deve ele ser encarado como o controle do exercício anormal do direito, considerado esse como contrário aos valores e princípios, que norteiam a norma específica e o direito como um todo.

4.4. O valor e a finalidade da norma e o ordenamento jurídico

Do exame dos critérios de identificação do abuso do direito acima realizado verifica-se que a diferença entre o critério econômico de SALEILLES e o finalista de JOSSERAND não é por demais acentuada. Em última análise, ambos fincam suas bases na função do direito. Essa semelhança da essência dos critérios acima referidos já foi anteriormente notada por PEDRO BAPTISTA MARTINS, ao afirmar que: “todos esses critérios, exceção daqueles que se distinguem por um cunho acentuadamente psicológico, têm, contudo, um traço em comum que os identifica: o reconhecimento da natureza teleológica da norma jurídica. Os direitos subjetivos, reconhecidos pela lei, não constituem um fim em si mesmos, nem são um instrumento de gozo ou de satisfação de apetites inferiores. Eles têm uma função eminentemente social, que não pode ser esquecida pelo titular no momento em que procura extrair deles rendimentos e utilidades. O exercício anormal, a falta de interesse legítimo, o

¹⁵⁵ MENEZES CORDEIRO, “Da boa-fé no direito civil”, p. 697.

exercício antifuncional, a confiança legítima enganada, tudo isso conflui para o mesmo estuário objetivista, reduzindo-se as divergências aparentes a um simples verbalismo”.¹⁵⁶

Os dois principais critérios objetivistas, na verdade, se confluem em um único caminho: o respeito à função social do direito, que nada mais é do que a observância dos valores, que instruem e que completam a norma. Afinal, como lembra MIGUEL REALE: “A norma jurídica, assim, como todos os modelos jurídicos, não pode ser interpretada com abstração dos fatos e dos valores que condicionaram o seu advento, nem dos fatos e valores supervenientes, assim como da totalidade do ordenamento em que ela se insere, o que torna superados os esquemas lógicos tradicionais de compreensão do direito (elasticidade normativa e semântica jurídica)”.¹⁵⁷ Dessa forma, o ato abusivo seria aquele cujo exercício se deu contrariamente a sua função e aos valores que dão corpo a essa noção (de função).

O problema, então, se resume à difícil tarefa de encontrar e de identificar esses valores de modo objetivo, sob pena de, também aqui, se dar vez — e com muita razão — às críticas dos irmãos MAZEAUD à tese de JOSSERAND.¹⁵⁸ Sem que se indique, específica e objetivamente, a fonte na qual devam ser encontrados os dados que preencham o conceito de valor e, conseqüentemente, de função da norma jurídica, a teoria do abuso do direito sempre ficará inerme à crítica, muito correta, de que o juiz poderá recorrer a vários elementos para suprir tal lacuna, como, por exemplo, idéias políticas, crenças religiosas, critérios morais e, até mesmo, a sua experiência pessoal de vida. Essa multiplicidade de fontes das quais brotam o elemento valorativo, agride a certeza e a segurança jurídica, objetivos que, embora não sejam absolutos, são de extrema importância para a normatização da vida social.

Imperioso, portanto, que se encontrem meios objetivos de alcançar esses dados, que darão corpo aos conceitos de valor e função da norma. A melhor — se não única — forma de se resolver esse complexo problema é o recurso ao dado normativo. PERLINGIERI¹⁵⁹, após examinar a variedade dos aspectos da busca do valor da norma e das dificuldades de se encontrar uma síntese de tais aspectos, defende que, para o jurista, afora a adoção desta síntese, que ele reconhece ser uma “solução problemática”¹⁶⁰, “existe somente um critério ao

¹⁵⁶ PEDRO BAPTISTA MARTINS, “O abuso do direito e o ato ilícito”, p. 37.

¹⁵⁷ MIGUEL REALE, “Teoria tridimensional do direito”, p. 62.

¹⁵⁹ PERLINGIERI, “Perfis do direito civil”, p. 30.

¹⁶⁰ Ob. cit., p. cit.

qual o jurista pode e deve fazer referência: o dado normativo, expressão e síntese da multiplicidade de critérios que tende a uniformizar a realidade”.¹⁶¹

E, prossegue o jurista italiano, concluindo que: “somente a norma, como expressão de um sistema que possa, efetivamente, ser definido como vinculante, se apresenta, na confusão de perspectivas unilaterais e parciais, como critério que tende a uniformizar a realidade”¹⁶².

É, portanto, o dado normativo, ou seja, os elementos extraídos do próprio ordenamento jurídico, a melhor — senão a única — forma de se preencherem os conceitos de valor e de função do direito. Importante notar que a busca de tais elementos no ordenamento jurídico, que, no passado, significaria uma tarefa árdua e complexa, hoje é bem mais simples e direta, pois a evolução da técnica legislativa aponta no sentido de adoção de cláusulas gerais — principalmente no âmbito constitucional — que, impregnadas de valor, constituem a objetivação dos princípios que norteiam o ordenamento jurídico. São exatamente essas cláusulas gerais e esses princípios que devem constituir o manancial donde se retiram os elementos necessários à colmatação dos conceitos de valor e função da norma que, por sua vez, guiarão à identificação do ato abusivo.

Em suma: será abusivo o exercício de um direito contrário à sua função e aos valores que lhe instruem, devendo estes dados serem pinçados de elementos fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico.

Cumpre, ainda, lembrar que a adoção desse critério objetivo não exclui os atos emulativos do controle da abusividade. Considerando que o direito brasileiro, como a maioria dos ordenamentos jurídicos, acolhe os princípios da boa-fé e da solidariedade, não se pode seriamente afirmar que um exercício de um direito com o objetivo de causar dano a outrem seria compatível com a função do direito em questão, seja ele qual for. A intenção de prejudicar é simplesmente incompatível com os princípios da boa-fé e da solidariedade, que norteiam e influenciam todo o ordenamento jurídico nacional, sem qualquer exceção. Destarte, acolhido o critério finalista ou funcionalista, por via de consequência, estar-se-á vedando a conduta meramente emulativa que, desta forma, se torna uma das muitas espécies de atos abusivos.

¹⁶¹ Ob. cit., p. cit.

¹⁶² Ob. cit., p. cit.

5. NATUREZA JURÍDICA DO ABUSO DO DIREITO

Analisados os critérios identificadores do abuso do direito, surge uma outra questão, tão instigante, quanto complexa, consistente no exame da natureza jurídica do abuso do direito. Também aqui, são muitas as correntes e as teses acerca da matéria, classificando o abuso do direito como atos lícitos, como ilícitos comuns, como ilícitos *sui generis*, ou ainda uma categoria jurídica autônoma. Os pontos seguintes pretendem analisar estas variadas concepções, mostrando suas peculiaridades e seus fundamentos, de modo a se tentar identificar o enquadramento jurídico correto do abuso do direito.

5.1. O abuso do direito como ato lícito

Ao iniciar a discussão acerca da natureza jurídica do abuso do direito, MARTIN BERNAL¹⁶³ afirma que muito se tem discutido acerca da classificação do ato abusivo, sendo que muitos doutrinadores apontam o ato abusivo como lícito, em razão de sua originária ou aparente consonância com o ordenamento jurídico, ou seja, muitos juristas consideram o ato abusivo como lícito, uma vez que o direito exercido, pelo menos em um primeiro momento, é protegido pelo ordenamento jurídico.

A defesa do ato abusivo como um ato lícito ou como um ato aparentemente lícito é inquestionavelmente fruto da noção de que o abuso do direito é o resultado de um ato que, embora estivesse, em sua origem, em consonância com o ordenamento jurídico, por excessos de seu agente ou pela imoralidade de seu exercício, tomou feições de ilícito e deu causa à obrigação de indenizar. Essa visão está estreitamente ligada às concepções subjetivas do abuso do direito, que encontram a caracterização do ato abusivo na intenção de prejudicar; na contrariedade à moral e aos bons costumes; na gravidade da culpa; e na falta de interesse sério e legítimo.

Ocorre que, sem quebrar a visão dicotômica e rígida entre lícito e ilícito, permitido e proibido, não é possível considerar que um ato seja lícito, isto é, conforme o direito e, ao

¹⁶³ MARTIN BERNAL, “El abuso del derecho”, p 137.

mesmo tempo, contrário ao direito e, por isso, gerador de responsabilidade. Não se pode afirmar dois enunciados contraditórios a um só tempo. Portanto, dentro de uma ótica dualista, é inviável a qualificação de um ato jurídico como sendo em um único momento lícito e ilícito.

Por outro lado, essa conceituação do abuso do direito como ato lícito, mais das vezes se encontra vinculada à alegação de que a teoria do abuso do direito seria o caminho que daria oportunidade de aplicação de regras morais ou metajurídicas, como defende, por exemplo, WARAT, ao afirmar que “el abuso de derecho, constituye así una forma de canalización de esa vigencia social, traduciéndose así de esa manera en un acto concreto las vibrantes aspiraciones de las nuevas reglas de acción”¹⁶⁴.

Nesta linha de raciocínio, o doutrinador argentino acima referido conceitua o abuso do direito como “el acto licito a nivel jurídico, pero que el juez considera que debe ser alterado en su ejercicio en virtud de una prohibición emergente de las reglas de acción con plena vigencia social”¹⁶⁵, ou seja, seria a vedação do abuso do direito não seria a teoria da flexibilização ou do funcionalismo dos direitos, mas apenas uma porta aberta por intermédio da qual normas metajurídicas ou “regras de ação com plena vigência social” entrariam no mundo do direito e suplantariam as regras lá fixadas e positivadas.

Essa concepção desborda dos reais contornos da teoria do abuso do direito e retira dela toda sua juridicidade, transformando-a na brecha, criada no direito positivo, pela qual as regras de direito natural invadiriam e sobrepujariam as normas do direito positivo. Essa, todavia, não é a função da teoria do abuso do direito, que visa apenas a evitar o exercício abusivo dos direitos, considerado este como todo aquele contrário ao espírito e a função da norma garantidora do direito específico. E essa função e esse espírito devem ser procurados e identificados segundo dados jurídicos como, por exemplo, os princípios gerais e constitucionais, que inspiram e norteiam todo o ordenamento.

Desta forma, parece que a concepção do abuso do direito como ato lícito padece de falhas de ordem lógica que não permitem sua aceitação.

5.2. O abuso do direito como ato ilícito

¹⁶⁴ LUIS ALBERTO WARAT, “Abuso del derecho y lagunas de la ley”, p. 66.

¹⁶⁵ Ob. cit., p. 69.

Diversos doutrinadores apontam o abuso do direito como sendo um ato ilícito propriamente dito, estando no mesmo conjunto das condutas expressamente vedadas pelo ordenamento jurídico. Neste sentido, é o entendimento, por exemplo, de JEAN DABIN¹⁶⁶, de BORDA¹⁶⁷ e de MARTIN BERNAL¹⁶⁸.

Essa concepção é comumente defendida sob o argumento de que os códigos civis atuais, em sua grande maioria, possuem dispositivos que profligam o abuso do direito, o que faz com que as condutas abusivas sejam reputadas ilícitas por regras legais expressas. Muitos doutrinadores defendem, ainda, a tese de que esta ilicitude do ato abusivo existe mesmo diante de ordenamentos jurídicos que não contenham regras explícitas de vedação ao exercício abusivo do direito, porque diversos destes ordenamentos, principalmente aqueles que adotam o princípio da boa-fé, acolhem implicitamente a proibição do abuso do direito, recepcionando a referida teoria, de modo que, também nestas hipóteses, o exercício abusivo deve ser tomado como ato ilícito. Essa é a posição de CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, para quem o “el acto abusivo es ilícito por transgredir la concreta norma jurídica que aloja el principio general que no ampara el abuso del derecho, como ocurre en determinados ordenamientos contemporáneos y, en ausencia de dicha específica norma, es ilícito por violar algún otro principio general del derecho, como es el caso de la buena fe o de las buenas costumbres, principios de raíz moral de los que se nutre la conciencia jurídica colectiva.”¹⁶⁹.

Ocorre que, sendo o abuso do direito um ato ilícito puro e simples, como quer DABIN e os demais defensores deste entendimento, toda a teoria fica esvaziada e sem sentido, porque

¹⁶⁶ “...l’acte est *illégal* purement et simplement. Peu importe, à cet égard, les *termes* employés: ainsi quand le Code civil dispose, dans l’art. 618, que ‘l’usufruit peut aussi cesser par *l’abus* que l’usufruitier fait de sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faute d’entretien’, les dégradations ou le défaut d’entretien condamnés comme ‘abus’ de jouissance sont constitutifs, non d’abus du droit de l’usufruitier, mais d’actes formellement illégaux, par dépassement des limites du droit de l’usufruitier.” (JEAN DABIN, “Le droit subjectif”, pp. 271 e 272).

¹⁶⁷ “El abuso del derecho es un acto ilícito y produce las consecuencias propias de tales actos” (BORDA, “Tratado de derecho civil”, tomo I, p. 53)

¹⁶⁸ “En el plano concreto de la teoría del abuso del Derecho y la tipicidad bajo la cual hemos venido examinando los anteriores supuestos de ilicitud no llevarán a la necesaria conclusión sin embargo, de que no existe entre ambas modalidades de lo antijurídico diferencia esencial alguna, dando-se, por el contrario, un casi total afinidad: la de que ambas clases de actos, los ilícitos propriamente dichos y los abusivos, aparecen contrarios al Derecho” (MARTIN BERNAL, “El abuso del derecho”, p. 139)

¹⁶⁹ CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Abuso del derecho”, p. 152.

considerado o abuso de direito como um ilícito comum, inegavelmente deve ele ser tratado como tal, isto é, de acordo com as regras, princípios e critérios da responsabilidade civil tradicional, não existindo assim motivos ou razões que imponham a necessidade da existência de uma concepção nova. Entendido o abuso de direito como ilícito típico, sua presença deverá ser identificada com os velhos critérios de culpa e dolo e sancionada de acordo com as vetustas normas da responsabilidade civil.

Acolhendo-se o entendimento de que o abuso do direito seria um ato lícito, ou um ato ilícito puro e simples, seria necessário se vergar à antiga, mas arguta, crítica de PLANIOL, no sentido de que a teoria do abuso do direito seria uma logomaquia, um palavreado inútil. Encerrada no dualismo estrito que considera que ato lícito eqüivale ao ato em consonância com o direito, ou seja, permitido; e o ilícito aquele que é contrário ao direito, isto é não permitido, a teoria do abuso do direito se reduz, realmente, a um mero jogo de palavras, inócuo e incapaz de fazer prova de seu mister, ou porque ela esbarrará em um óbice lógico intransponível (caso se repute lícito o ato abusivo), ou porque será de flagrante inutilidade (na hipótese de se considerar ilícito puro e simples um ato abusivo).

Essa realidade não escapou a PEDRO BAPTISTA MARTINS, que não hesitou em afirmar que: “essa doutrina [a identificação do abuso do direito como ilícito civil], entretanto, importa, no fundo, na eliminação, por inútil da teoria do [abuso do] direito. O dano sofrido, desde que se relacionasse com o ato abusivo seria reparável em virtude dos princípios gerais da culpa, sendo, por conseguinte, perfeitamente inócua a distinção entre o ato abusivo e o ato culposo. Ou melhor, a distinção passaria a ter um valor puramente especulativo.”¹⁷⁰

Cientes e sabedores desta dificuldade, muitos dos defensores da identificação do ato abusivo como ilícito defendem, como CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO¹⁷¹, que o abuso do direito não seria um ato ilícito comum, mas um ilícito *sui generis*. Outros, como MARTIN BERNAL¹⁷², defendem a existência de gradações de ilicitude, e, ainda, outros como CLAUDIO ANTÔNIO SOARES LEVADA¹⁷³ se põem a fazer diferenciações entre atos ilícitos e ilegais. Existem ainda autores que defendem a inserção do abuso do direito em uma zona cinzenta localizada entre o lícito e o ilícito, como é o caso de RUBIO CORREA, que

¹⁷⁰ PEDRO BAPTISTA MATINS, “Abuso do direito e o ato ilicito”, p. 163.

¹⁷¹ CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Abuso del derecho”, p. 155 e ss.

¹⁷² MARTIN BERNAL, “El abuso del derecho”, p. 138 e ss.

¹⁷³ CLAUDIO ANTÔNIO SOARES LEVADA, “Anotações sobre abuso de direito”, p. 48.

defende ter o abuso de direito “un lugar intermedio entre las conductas lícitas y expresamente ilícitas”¹⁷⁴.

Todos esses autores, no entanto, são uníssonos em afirmar que, conquanto o abuso do direito, para eles, seja um ato ilícito, ele apresenta suas especificidades e suas características que são completamente distintas das dos atos ilícitos e não se prendem aos tradicionais conceitos da responsabilidade civil. Nenhuma destas posições é, no entanto, satisfatória. A teoria do abuso do direito que, como já se realçou, tem contornos, características e regras próprias, somente pode ser compreendida como um categoria jurídica autônoma e independente.

5.3. O abuso do direito como categoria jurídica autônoma

Como aqui já se teve a oportunidade de afirmar, o abuso do direito não pode ser reduzido aos critérios e normas que regem os atos ilícitos propriamente ditos, e muito menos trancafiados nos estreitos limites da responsabilidade civil¹⁷⁵, baseados nos angustos conceitos de culpa e de dolo. Sua essência, umbilicalmente ligada ao espírito (função) do direito e aos valores nele insertos, não se coaduna com os lindes da culpa aquiliana, como asseverou SPOTA, ao defender que “toda desviación, toda tergiversación del poder jurídico del individuo con respecto a su fin social o económico, nos pone en presencia de un abuso del derecho. Ni la culpa o el dolo son siempre requisitos necesarios — *sine qua non* — para que promedie un acto abusivo, ni el mismo implica, por sí, un supuesto de responsabilidad aquiliana. Lo decisivo está dado por la desviación del derecho subjetivo com respecto a su finalidad. De ahí que la doctrina del abuso del derecho ha de regirse por principios propios”¹⁷⁶.

A teoria do abuso do direito deve ser encarada, portanto, como um instituto autônomo, que possui especificidade dogmática própria. Desta forma, dentro da classificação dos atos não permitidos pelo ordenamento e, portanto, não protegidos e sujeitos à sanção, caso venham

¹⁷⁴ Apud. CARLOS FERNADEZ SESSAREGO; “Abuso del derecho”, p. 139.

¹⁷⁵ Atualmente, mais alargados pelo triunfo das teorias do risco e da responsabilidade objetiva.

¹⁷⁶ ALBERTO SPOTA, “Tratado de derecho civil”, Tomo I, volume 2, Editorial Depalma, Buenos Aires, p. 319.

a ocasionar danos a terceiros, devem existir duas espécies diferentes e inconfundíveis: (a) os atos ilícitos e (b) os atos abusivos, sendo os primeiros aqueles diretamente contrários às normas objetivas que regulam o direito subjetivo em questão, e os últimos os que, embora aparentemente adequados às normas jurídicas incidentes sob a espécie, são exercidos em dissonância com suas funções e seus fins.

Estes últimos, os atos abusivos, por possuírem tipicidade própria, devem ser identificados de acordo com os critérios próprios do abuso do direito, reconhecidos pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência específicas, e jamais por intermédio dos característicos do delito civil.

A abusividade não atinge, nem interfere, no direito em si, que sempre permanecerá lícito. Ela (a abusividade) se refere, exclusivamente, ao exercício do direito. É ele (o exercício) — e somente ele — que será abusivo e, conseqüentemente, antijurídico.¹⁷⁷

A configuração do ato abusivo como categoria autônoma encontra problemas em alguns textos legislativos como, por exemplo, o Código Civil brasileiro que, em seu art. 187, configura o abuso de direito como ato ilícito, puro e simples. Tal fato, contudo, não é suficiente para transmutar a natureza jurídica do abuso do direito. Obviamente, o real objetivo do dispositivo em exame não é resolver a questão acerca da natureza jurídica do abuso do direito, estipulando que o ato abusivo deve ser considerado como ilícito puro e simples, mas simplesmente determinar que o ato abusivo não é permitido pelo direito brasileiro.

6. ABRANGÊNCIA DA TEORIA DO ABUSO DO DIREITO

Diversos autores limitam a aplicabilidade da teoria do abuso do direito, afirmando que ela não incidiria em determinadas hipóteses. JEAN DABIN, por exemplo, divide os direitos em duas espécies distintas: os direitos-função, que são aqueles que devem ser exercidos em serviço de outrem, como o pátrio-poder e os poderes de um dirigente de uma sociedade

¹⁷⁷ Diante dessa realidade, muitos autores, como, por exemplo, LUCIO FLAVIO DE VASCONCELLO NAVES (“Abuso no exercício do direito”, Forense, Rio de Janeiro, 1999) preferem a expressão exercício abusivo de direito ou abuso no exercício do direito.

anônima; e os direitos de espírito egoísta, aqueles que são utilizados em benefício de seu titular, como, por exemplo, a propriedade.

Para DABIN, a necessidade de exercer os direitos-função em consonância com seu espírito decorreria diretamente da lei. Dessa forma, “tout mauvais usage met le titulaire de fonction *en marge* de son droit, exactement comme s’il avait transgressé une disposition formelle de la loi”¹⁷⁸. Portanto, o exercício anormal dos direitos-função constituiria um ato ilegal puro e simples, pois violaria diretamente a norma legal reguladora do direito específico, não sendo o caso de se falar em abuso do direito, mas em ilegalidade. O abuso do direito estaria, pois, restrito aos direitos de cunho egoísticos, que, para DABIN, não poderiam ser exercidos imoralmente.

A distinção de DABIN não pode ser acolhida. A teoria do abuso do direito é aplicável aos direitos de natureza egoísta e aos direitos-função ou de cunho altruísta, na expressão de JOSSERAND. Como aqui já se teve a oportunidade de apontar, a abusividade difere qualitativamente da ilicitude. Na ilicitude, existe o descumprimento direto de uma ou mais normas do ordenamento jurídico. Enquanto a abusividade decorre do exercício de um direito garantido pelas leis em desarmonia com sua finalidade. Dessa forma, a utilização disfuncional de um direito, seja ele de cunho egoístico, seja ele altruísta, configurará abuso do direito.

Por outro lado, não se pode esquecer que, hoje, todos os direitos, inclusive aqueles anteriormente classificados como egoísticos, devem ser exercidos segundo a sua função. A prova disto é que o direito de propriedade, antes tido como o mais absoluto, atualmente se encontra indissolúvelmente ligado a sua função social, como determina o art. 5º, XXIII, da Constituição Federal. Portanto, não há como se cogitar, para efeito da aplicação da teoria do abuso do direito, em diferenciação entre direitos-função e direitos de cunho egoístico.

Outra questão digna de nota é o fato de que, embora o nascimento e a evolução da teoria do abuso do direito estejam umbilicalmente ligados ao conceito de direito subjetivo, como aqui já se teve a oportunidade de afirmar, a aplicação da proibição do exercício abusivo dos direitos não se restringe aos direitos subjetivos. Todas as espécies de direito podem ser objeto de incidência da teoria do abuso do direito, inclusive os potestativos, que se caracterizam pelo estado de sujeição da contraparte, não podem ser exercidos abusivamente,

¹⁷⁸ JEAN DABIN, “Le droit subjectif”, p. 269.

em desarmonia com a função que lhes é destinada pelo ordenamento jurídico. Lembre-se que um dos campos mais férteis de aplicação da teoria do abuso do direito¹⁷⁹ é o direito de ação, no qual se busca evitar o exercício abusivo do direito de demandar e de defesa, profligando-se tanto a lide temerária e emulativa, quanto à chicana forense.

Por outro lado, diversos autores, como o próprio JOSSERAND¹⁸⁰, afirmam que existem certos direitos absolutos, que escapariam do controle do abuso do direito e, conseqüentemente, poderiam ser exercidos impunemente. Entre esses direitos estariam o direito dos ascendentes de se oporem ao casamento dos descendentes; o direito da mulher de renunciar à tutela; o direito do proprietário de cortar os ramos e raízes que invadam a sua propriedade; e o direito do condômino de requerer a dissolução do condomínio.^{181 182}.

Entretanto, até mesmo esses direitos discricionários, na expressão de GHESTIN, ou absolutos, na de JOSSERAND, podem ser reputados abusivos. É certo que, pela enorme carga de discricionariedade desses direitos, o controle da abusividade opera em um espaço mais restrito. Contudo, no direito atual não se pode conceber que mesmo esses direitos sejam exercidos contrariamente a sua função ou com o objetivo de causar prejuízos a terceiro. Desta forma, a poda abusiva e inoportuna dos ramos da árvore que invadiu os limites do terreno vizinho e o requerimento exclusivamente emulativo de dissolução do condomínio, certamente, poderão ser tomados como abusivos e, conseqüentemente, como não permitidos pelo ordenamento jurídico.

Assim, resta claro que a teoria do abuso do direito pode ser aplicada ao exercício de todo e qualquer direito, seja qual for a sua natureza e o seu fim. E mais, o controle dos abusos não se cinge aos atos. Também as omissões podem ser consideradas como abusivas e

¹⁷⁹ Confiram-se RT 150/672, 160/245, 172/542 e 618/74; e RF 85/691 e 277/212.

¹⁸⁰ JOSSERAND, "Del abuso de los derechos y otros ensayos", "Relatividad y abuso de los derechos", Editorial Temis, Bogotá, 1982, p. 17.

¹⁸¹ As observações de JOSSERAND são feitas levando em conta o ordenamento jurídico francês como ele mesmo adverte (cf. ob. cit., p. cit.). No direito civil brasileiro algumas destas situações têm tratamento diferenciado do dispensado pela legislação francesa. Por exemplo, a denegação do consentimento para o matrimônio pelos pais, se injusta, pode ser suprida por decisão judicial (CC., art. 1.519)

¹⁸² Observações semelhantes são feitas por JACQUES GHESTIN e GILLES GOUBAUX, que, após classificarem os direitos insuscetíveis de controle pela teoria do abuso do direito como direitos discricionários, apontam um lista de tais direitos, tendo como base a legislação francesa ("Traité de droit civil", vol I, p. 625"). Some-se que os civilistas franceses acima referidos têm o cuidado de afirmar que a existência de uma categoria de direitos discricionários, imune ao controle relativo à abusividade de seu exercício, é discutível (ob. cit., p. 628).

contrárias ao direito. Consoante assevera ANDORNO, “la omisión puede también llegar a constituir un abuso de derecho, aún cuando no exista deber legal de actuar. Vale decir que la libertad de abstenerse, también puede ser abusiva”¹⁸³. JOSSERAND, por seu turno, também lembra que a postura de um comerciante que abusivamente se recusa a vender seus produtos a determinadas pessoas — ou seja, que abusa do direito negativo de não contratar — constitui abuso do direito. Afirma o jurista que “Comete él [o comerciante] un acto ilícito, abusa del derecho que le pertenece — aunque no le pertenece del todo — de escoger sus clientes; será responsable de daños y perjuicios en provecho de la víctima del rechazo”¹⁸⁴.

Da mesma forma, não só a oposição, mas a recusa emulativa ou disfuncional do cônjuge em consentir com a alienação ou com a oneração de bens imóveis (CCB., art. 1.647, I), constitui ato contrário ao direito, podendo a omissão abusiva ser suprida por provimento jurisdicional (CCB., art. 1.648). Igualmente, a não indicação ao juiz do local onde se encontram os bens sujeitos à execução (CPCB., art. 600, IV) é ato abusivo e obriga o litigante de má-fé ao pagamento da multa de que cuida o art. 601 do Código de Processo Civil brasileiro. É, portanto, possível afirmar que todos os direitos e condutas, egoísticos ou altruístas, subjetivos ou potestativos, comissivos ou omissivos, podem ser objeto do controle da teoria do abuso do direito.

8. O ABUSO DO DIREITO NO BRASIL

8.1. As Ordenações

JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO¹⁸⁵ defendeu a presença da teoria do abuso do direito nas Ordenações Filipinas e Manuelinas, que vigoraram no Brasil antes da vigência do atual Código Civil. O exame das normas citadas pelo processualista como demonstração da existência do abuso do direito nas ordenações portuguesas anteriores à codificação não autoriza essa conclusão. O que se vê naquelas regras é a mera coibição de hipótese pontuais e específicas de litigância de má-fé, como cobranças de dívidas não vencidas ou já pagas,

¹⁸³ ANDORNO, “Abuso del derecho”, p. 23.

¹⁸⁴ JOSSERAND, “Del abuso de los derechos y otros ensayos”, “Relatividad y abuso de los derechos”, p. 16.

¹⁸⁵ JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO, “Abuso de direito no processo civil”, 2ª edição, Forense,

procrastinação do processo e rediscussão de questões já cobertas por preclusão. Estes casos de chicana processual ou de litigância temerária, embora sejam condutas manifestamente abusivas, não são suficientes para permitir a alegação de que as Ordenações conheciam e acolhiam a teoria do abuso do direito, mesmo que se restrinja essa recepção ao campo do direito processual.

Como aqui já se defendeu, a teoria do abuso do direito é um fenômeno jurídico que, conquanto tenha raízes no século XIX, se desenvolveu no século XX, tanto na Europa, quanto nos demais países do mundo.

8.2. O Código Civil Brasileiro de 1916

Tanto a doutrina — nacional e estrangeira —, quanto à jurisprudência afirmam que Código Civil brasileiro de 1916 acolheu a teoria do abuso do direito¹⁸⁶. A doutrina majoritária defende que o art. 160, I, do Código Civil, ao afirmar que “não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa, ou no exercício regular de um direito reconhecido”, estipula, em uma interpretação, a *contrario sensu*, que o exercício irregular de um direito, ou seja, o exercício abusivo constituiria ato ilícito, isto é, não permitido pelo ordenamento jurídico. Essa interpretação, dada ao art. 160, I, é anterior à publicação do Código Civil. Já nos estudos da Comissão Especial do Código Civil, o Deputado MELLO FRANCO defendeu esse entendimento, afirmando que a regra do citado art. 160, I, do Código Civil de 1916 acolhia a teoria do abuso do direito no ordenamento brasileiro. Por sua relevância, vale transcrever trecho daquele discurso, que cuida especificamente da questão:

“Na segunda espécie de actos licitos [os praticados no exercício regular de um direito reconhecido – art. 160, I, do Código Civil] é que se contém a debatida questão do *abuso do direito*, estando hoje apresentado na doutrina que o exercício do direito deve limitar-se em harmonia *com os interesses*, a que elle respeita e com as normas da moral social, considerando-se, pois, illicitos todos os actos pelos quais se use de um direito só com o intuito de causar um prejuízo, e *sem proveito*, ou necessidade para *os interesses* a que o mencionado direito se destina a tutellar.”¹⁸⁷

Rio de Janeiro, 1960, pp. 73 e ss.

¹⁸⁷ Discurso do voto do Deputado MELLO FRANCO na Comissão Especial do Código Civil, publicado no Diário do Congresso de 21 de novembro de 1915.

Essa interpretação é historicamente perfilhada pela maior parte da doutrina nacional, sendo referendada pelo próprio CLOVIS BEVILAQUA, que, em seus comentários a esse dispositivo legal, afirma que “estatui o art. 160, I, que não constitui acto ilícito o praticado *no exercício regular de um direito reconhecido*. A *contrario sensu*, o praticado em exercício não regular de um direito, é ilícito. Eis ahí a condennação do abuso do direito, como bem notou o deputado Mello Franco (*Diário do Congresso*, de 21 de novembro de 1915)”¹⁸⁸. CLOVIS BEVILAQUA asseverou, ainda, que o Código, no citado art. 160, I, adotou a teoria de SALEILLES, de cunho objetivo e baseada na anormalidade do exercício. “O [código] brasileiro, art. 160, I, — afirmou BEVILAQUA — refere-se ao exercício irregular do direito. É a doutrina de Saleilles. O exercício anormal do direito é abusivo. A consciência pública reprovava o exercício do direito do indivíduo, quando contrário ao destino econômico e social do direito, em geral.”¹⁸⁹

Posto que amplamente majoritária, essa concepção não é pacífica. LÚCIO FLÁVIO DE VASCONCELLOS NAVES¹⁹⁰, após fazer variadas digressões de ordem lógica acerca do argumento a *contrario sensu*, defende que “não constitui o art. 160, inciso I, uma proposição a que se possa aplicar a interpretação ‘*contrario sensu*’, por melhor que sejam as intenções do intérprete”¹⁹¹. E conclui o jurista mineiro afirmando que “a interpretação indiretamente extraída do art. 160, inciso I (segunda parte), da Lei Civil, pode impressionar à primeira vista mas é logicamente ‘falsa’”¹⁹².

Ocorre que, se é exato que a identificação do art. 160, I, do Código Civil de 1916 como a porta de entrada da teoria do abuso do direito no ordenamento civil brasileiro, não é completamente livre de problemas de ordem lógica e hermenêutica, constituindo, na verdade, muito mais uma construção doutrinária e jurisprudencial do que uma interpretação direta e literal¹⁹³, também é certo que essa construção se encontra, há muito, incorporada e aceita no direito brasileiro. Tradicionalmente, o abuso do direito é relacionado à regra do citado art.

¹⁸⁸ CLOVIS BEVILAQUA, “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil”, 2ª tiragem, Editora Rio, Rio de Janeiro, 1976, p. 431.

¹⁸⁹ Ob. cit., pp. 433 e 434.

¹⁹⁰ LÚCIO FLÁVIO DE VASCONCELLOS NAVES, “Abuso do exercício do direito”, Forense, Rio de Janeiro, 1999. pp. 238 e ss.

¹⁹¹ Ob. cit., p. 239.

¹⁹² Ob. cit., p. 240.

¹⁹³ Não se pode deixar de lembrar que a interpretação literal não é considerada a melhor. Deve ela ceder lugar à demais formas de interpretação, muito mais completas e precisas. Sobre a questão confira-se CARLOS MAXIMINIANO, “Hermenêutica e aplicação do direito”, p. 151 e ss.

160, I, do Código Civil de 1916. Cumpre ressaltar que nenhum dos juristas participantes desta discussão ousa defender que o direito brasileiro, quando da vigência do Código Civil de 1916, não contemplava a teoria do abuso de direito. Essa questão é pacífica. Até porque, como aqui já se teve a oportunidade de salientar, a recepção da vedação do exercício abusivo do direito prescinde de uma regra expressa e genérica que a perfilhe¹⁹⁴.

8.3. O Código Civil Brasileiro vigente

O Código Civil vigente, embora não traga as modificações esperadas por muitos, tem uma grande vantagem sobre o Código Civil de 1916: nele se vê, mais nitidamente uma orientação social. MIGUEL REALE lembra que “o ‘sentido social’ é uma das características mais marcantes” daquele diploma, principalmente em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código Civil de 1916¹⁹⁵, elaborado em um momento histórico muito diverso do atual, antes do fenômeno por ele apelidado de “triunfo da socialidade”.¹⁹⁶

Obviamente um corpo legislativo, fundado nos princípios da socialidade e de uma eticidade fundamental, não poderia deixar de acolher a teoria do abuso do direito, que, como aqui já se disse, está intimamente ligada a esses valores. Com efeito, o art. 187 do Código Civil atual perfilha a teoria do abuso do direito ao estipular que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede os limites impostos por seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

O citado art. 187, entretanto, não está livre de críticas. Mistura critérios objetivos — o fim econômico e social do direito — e subjetivos — a boa-fé e os bons costumes — de identificação do ato abusivo. O art. 187 é uma inegável evolução em relação ao texto do art. 160, I, do Código Civil anterior. A enunciação direta do novo art. 187 é muito superior à discutível construção do art. 160, I. Entretanto, o mencionado art. 187 ainda contém alguns problemas. A inclusão de critérios subjetivos, ainda que em conjunto com os objetivos, pode ser fonte de confusão conceitual e justificativa para o retrógrado entendimento de que a intenção do agente de prejudicar a outrem é condição essencial à caracterização do abuso. E,

¹⁹⁴ O ordenamento jurídico francês, que acolhe a teoria do abuso do direito sem que exista qualquer dispositivo legal que a discipline de forma ampla e geral, é a prova desta realidade.

¹⁹⁵ MIGUEL REALE, “Visão geral do Projeto do Código Civil”, Página do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul na Internet, p. 1.

¹⁹⁶ Ob. cit., p. cit.

principalmente, a configuração do ato abusivo como ato ilícito prejudicando — mas não impedindo, como já ressaltado — a consagração do ato abusivo como categoria autônoma.

Melhor seria a adoção de uma fórmula semelhante a dos códigos de Portugal, Espanha, Argentina e Peru, que se limitam a dizer que a lei não ampara o ato abusivo, ou que o exercício anormal de direitos é ilegítimo, sem classificar, equivocadamente o abuso do direito como um ilícito.

8.4. O Código de Processo Civil

A teoria do abuso do direito também é recebida por grande parte da legislação extravagante brasileira, que apresenta inúmeros casos de aplicação da proibição de atos abusivos em questões específicas. ALFREDO BUZAID, na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, iniciou os comentários às inovações constantes do Livro I, afirmando que, por “razões ético-jurídicas”, naquele diploma legal foram definidas e coibidas diversas condutas consideradas como litigância de má-fé. Segundo BUZAID, “posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever, da verdade, agindo com deslealdade e empregando meios fraudulentos; porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para a atuação do direito e a realização da justiça”¹⁹⁷.

Neste espírito, o art. 17 do Código de Processo Civil proibindo abuso do direito de demandar e de se defender, dispõe que, “reputa-se litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos; III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI – provocar incidentes manifestamente infundados; e, VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”. E o art. 18 determina que aquele que estiver inserto em um dos tipos acima transcritos será condenado a pagar multa não superior a 1% do valor da causa e a indenizar os prejuízos sofridos pela outra parte em função dos atos de má-fé.

¹⁹⁷ ALFREDO BUZAID, “Exposição de motivos do Código de Processo Civil”, Código de Processo Civil,

A reforma do Código de Processo Civil de 1994 trouxe uma valiosa modificação: a antecipação de tutela. Tal instituto processual tem como objetivo a “outorga adiantada da proteção que se busca no processo de conhecimento”¹⁹⁸, possibilitando uma entrega mais célere da prestação jurisdicional evidente, servindo, ainda, para coibir o abuso do direito de defesa, uma vez que, verossimilhante o direito do autor e caracterizado o abuso de defesa ou o propósito protelatório do réu, está o juiz autorizado a antecipar a tutela jurisdicional.

Os art. 599, 600 e 601 do Código de Processo Civil também dispõem acerca de casos de abuso do direito de defesa. São as hipóteses específicas de litigância de má-fé no processo de execução. A lei considera posturas abusivas e passíveis de serem apenadas com advertência e multa: a fraude, a oposição maliciosa à execução, com o emprego de ardis e meios artificiosos, a resistência injustificada às ordens judiciais e a não indicação ao juiz do local onde se encontram os bens sujeitos à execução. Existem, pois, diversas regras no Código de Processo Civil coibidoras de posturas abusivas.¹⁹⁹

8.5. O Código de Defesa do Consumidor

Outras regras que proíbem o abuso do direito são achadas no Código de Defesa do Consumidor. Neste diploma legal, são encontradas, por exemplo, normas que vedam a propaganda abusiva (arts. 6º, IV, 37 e 67), considerada esta, na forma do art. 37, § 2º, “a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.”

O art. 28 do Código de Defesa do Consumidor traz regra, que tem como objetivo evitar abuso de fornecedores de bens e serviços no uso de pessoas jurídicas.^{200 201 202} Estipula

Revista dos Tribunais, 4ª edição, São Paulo, 1998, p. 93.

¹⁹⁸ SERGIO BERMUDEZ, “A reforma do Código de Processo Civil”, 2ª edição, Saraiva, São Paulo, 1996, p. 28.

¹⁹⁹ Acerca do abuso do direito de demandar, vejam-se, as obras de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Responsabilidade das partes por dano processual” (Revista de Direito Público, nº 10, p. 15); JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO, “O abuso de direito no Código de Processo Civil”; de JORGE AMERICANO “Do abuso do direito no exercício da demanda”; e de ALCIDES MENDONÇA LIMA “O abuso do direito de demandar” (Revista de Processo, vol. 19, p. 57). Veja-se, ainda, a recentíssima obra “Abuso dos direitos processuais”, coordenada por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (Forense, Rio de Janeiro, 2000)

²⁰⁰ Sobre a questão do abuso do direito e a desconsideração de pessoa jurídica, veja-se o artigo de RUBENS REQUIÃO “O abuso de direito e fraude através de personalidade jurídica”, Revista dos Tribunais, nº 40, pp. 12 e

o citado art. 28 que “o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando em detrimento do consumidor, houver abuso do direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

O Código de Defesa do Consumidor também possui normas que visam a evitar o abuso em cobrança de débitos, como é o caso do art. 42, segundo o qual o consumidor não pode ser exposto ao ridículo ou submetido a constrangimento e ameaça, e do seu parágrafo único que dá ao consumidor, cobrado por quantia indevida, o direito de repetir o indébito, por valor equivalente ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de juros e correção monetária. A cobrança abusiva é ainda reputada, pelo art. 71 do Código de defesa do Consumidor, crime, cuja pena varia de três meses a um ano de detenção.

Entretanto, o mais relevante dos controles da abusividade no Código de Defesa do Consumidor é o referente à cláusula abusiva que, para JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA, é aquela que se “constitui num *abuso de direito* (o predisponente das cláusulas contratuais, num contrato de adesão, tem o direito de redigi-las previamente; mas comete *abuso* se, ao redigi-las o faz de forma a causar dano ao aderente)”. E prossegue afirmando que “também será considerada *abusiva* se fere a *boa-fé objetiva*, pois, segundo a expectativa geral, de todas e quaisquer pessoas, há de haver equivalência em todas as trocas”. E, por fim, conclui: “presumir-se-á também *abusiva* a cláusula contratual quando ocorrer afronta aos *bons costumes*, ou quando ela se desviar do *fim social ou econômico* que lhe fixa o direito”²⁰³.

ss. e FÁBIO ULHOA COELHO “Desconsideração da pessoa jurídica”.

²⁰¹ Acerca do tema, verifique-se o acórdão do recuso especial do rumoroso ‘Caso Bateau Mouche VI’ (nº 158051/RJ) da 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça relatado pelo ministro Barros Monteiro e publicado no Diário da Justiça de 12.4.99, p. 159. Neste aresto, o ministro Barros Monteiro, após afirmar na ementa do julgado que “O Juiz pode julgar ineficaz a personalidade societária sempre que for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros”, traz em seu voto precedentes do Superior Tribunal de Justiça e trechos doutrinários, todos no sentido de que, havendo abuso do direito, a personificação societária deve ser julgada ineficaz.

²⁰² Sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e abuso do direito veja-se ainda os acórdãos publicados na Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nº 37, p. 213, e nº 39, p. 172; Revista dos Tribunais nº 492, p. 216; e Ementário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 11/99, nº 25.

²⁰³ JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA, “Cláusula abusiva nos contratos”, 2ª edição, Forense, 1995, pp. 127 e 128.

O art. 51 da Lei 8.078/90 traz um longo rol de cláusulas reputadas abusivas, regulando e impedindo que o fornecedor de produtos ou serviços, valendo-se de sua superioridade técnico-financeira, exercite irregularmente seu direito de contratar as condições do pacto.

O Código de Defesa do Consumidor prevê, ainda, no art. 87, parágrafo único, regra que proíbe e penaliza a litigância de má-fé, ou seja, o abuso do direito de demandar das associações autorizadas a litigar por interesses coletivos de consumidores.

8.6. A Lei das Sociedades Anônimas

A Lei das Sociedades Anônimas também cuida da questão do abuso do direito²⁰⁴. Após estipular, em seu art. 2º, que o objeto das companhias não pode ser contrário à lei, à ordem pública ou bons costumes, a Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976, previu, entre outros, três casos de abuso de direito: (a) o abuso do direito de voto (art. 115); (b) o abuso do poder de controle (art. 117); e, (c) o desvio do poder do administrador (art. 154).

O art. 115²⁰⁵ que, segundo MODESTO CARVALHOSA, “inaugura uma série de preceitos que na lei vigente cominam o abuso do direito e o conflito de interesses”^{206 207}, determina que o acionista deve exercer o seu direito de voto no interesse da companhia, sendo que o voto, com o objetivo de causar dano à empresa ou a terceiros; ou de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, é abusivo. O parágrafo terceiro deste dispositivo legal faz o acionista responsável pelos prejuízos advindos do voto abusivo, enquanto o parágrafo quarto torna anulável a deliberação tomada em decorrência de voto conflitante com o interesse da companhia e, ainda, determina que o acionista que votou abusivamente deverá responder pelos danos causados e transferir para a companhia as vantagens indevidamente auferidas.

²⁰⁴ Acerca desta questão, veja-se “Abuso do direito e sociedade anônima”, RUBENS REQUIÃO, Revista Forense, nº 245, pp. 69 e seguintes.

²⁰⁵ Para um exame mais detido da matéria, vale recorrer aos ensinamentos de MODESTO CARVALHOSA (“Comentários à Lei de Sociedades Anônimas”, vol. II, Saraiva, São Paulo, 1997, pp. 387/418”) e LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, “Comentários à Lei das Sociedades Anônimas”, vol. II, Saraiva, São Paulo, 1978, pp. 244/248.

²⁰⁶ Sobre a questão veja-se a lição de MODESTO CARVALHOSA, “Comentários à lei de Sociedades Anônimas”, vol. II, p. 389.

²⁰⁷ Acerca desta matéria confira os acórdãos publicados na Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nº 32, p. 229; e no Ementário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro 41/98, nº 68, e 81/98, nº 66.

O art. 117 da Lei das Sociedades Anônimas, por seu turno, estipula que o acionista controlador responde pelos prejuízos oriundos de atos de abuso de poder²⁰⁸. O parágrafo primeiro do próprio art. 117 aponta, exemplificativamente, atos que são reputados exercícios abusivos de poder, como orientar a companhia para fins estranhos ao seu objeto social ou lesivos ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer terceiros em prejuízo dos acionistas minoritários ou da própria sociedade; promover liquidação, transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia com o objetivo de obter vantagem indevida, em detrimento dos acionistas, trabalhadores e investidores; e, promover alterações estatutárias e emissões de títulos que não se coadunem com os interesses da sociedade ou tenham por fim causar prejuízos a terceiros.

Já o art. 154 da Lei das Sociedades Anônimas, que profliga o desvio de poder, determina que o administrador deve exercer as suas atribuições no interesse da companhia, satisfazendo os interesses do bem público e da função social da empresa.

8.7 Outros casos de abuso do direito

Diversas outras normas acolhem o abuso do direito, como é o caso do art. 68 da Lei de Propriedade Industrial, que exprobra o abuso de patentes e o penaliza com a imposição de licença compulsória. Com efeito, o art. 68 estipula que, nos casos de abuso do direito de patente ou de abuso do poder econômico, o titular ficará sujeito a ter sua patente compulsoriamente licenciada.

O Código Penal não é uma exceção. Também ele prevê casos de abuso de direito. Os arts. 339, 341 e 346 tipificam a denunciação caluniosa, a auto-acusação falsa e a comunicação falsa de crime²⁰⁹ ou contravenção. E o art. 350 do mesmo Código Penal torna crime a ordem ou a execução de medida privativa de liberdade em abuso de poder²¹⁰.

²⁰⁸ Sobre essa questão, vale conferir as lições de FÁBIO KONDER COMPARATO “O poder de controle na sociedade anônima”, 3ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1983, e JOSÉ REINALDO LIMA LOPES “O acionista controlador na lei das sociedades por ações”, Revista Forense, vol. 267, pp. 428/433.

²⁰⁹ Acerca da matéria, confira-se acórdão da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, publicado na Revista dos Tribunais, volume 167, pp. 269 e ss e 171, pp. 141.

²¹⁰ Ainda no campo do direito penal vale examinar o artigo “Exercício e abuso do direito no crime de estupro”, publicado na Revista dos Tribunais, nº 536, pp. 257/259, no qual CELSO DELMANTO defende que “a conduta do marido que força a esposa, mediante violência física ou grave ameaça, não constitui exercício regular de direito, mas, sim, abuso de direito. O comportamento deve ser punido, em respeito à lei e a liberdade de mulher, ainda que casada” (p. 289).

O abuso do direito, ainda, pode se dar no campo do poder econômico. Como afirma MIGUEL REALE, “o poder econômico, em si mesmo, não é ilícito, enquanto instrumento normal ou natural de produção e circulação de riquezas numa sociedade como a nossa, regida por normas constitucionais que consagram a liberdade de iniciativa, ‘a função social de propriedade’, ‘a harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção’ e ‘a expansão das oportunidades de emprego’”²¹¹. Entretanto, se o exercício do poder econômico se der em contrariedade a esses valores constitucionalmente fixados deverá ser reputado abusivo. A Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, em seu art. 21, aponta diversos casos de abuso do poder econômico, como a fixação de preços e condições de venda de produtos, acordada entre os concorrentes; a limitação ou impedimento do acesso de novas empresas ao mercado; a criação de dificuldades à constituição ou ao funcionamento de concorrente; e a utilização de meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros.²¹²

O abuso do direito está presente no direito administrativo, sob a forma de abuso de poder. O abuso de poder administrativo, que pode ser conceituado como o exercício do poder administrativo em contrariedade aos princípios que o norteiam, pode se dar, segundo CAIO TÁCITO, em três modalidades distintas: (a) a violação de direitos individuais, “que devam ser respeitados pela Administração nas condições em que a lei estabelecer”²¹³; (b) a violação de direitos econômicos e sociais, consistentes “na inexecução de serviços e deveres imposta pela lei à Administração”²¹⁴ e (c) a violação aos fins do interesse público²¹⁵.

É muito evidente que, por se tratar de um princípio geral, o abuso do direito está presente em todos os campos do direito e nas mais diversas legislações, atingindo, além das variadas questões acima examinadas, diversas outras, até mesmo o direito internacional²¹⁶, o

²¹¹ “Abuso do poder econômico e garantias individuais”, Revista Forense nº. 248, p. 13

²¹² O citado art. 21 da Lei nº 8.884/94 prevê, exemplificadamente, vinte e seis hipóteses de condutas caracterizadoras de infração à ordem econômica. Por outro lado, o art. 18 daquele mesmo diploma legal possibilita a desconsideração da personalidade jurídica do responsável por infração à ordem econômica na hipótese de abuso de direito.

²¹³ CAIO TÁCITO, “O abuso do poder administrativo no Brasil, conceito e remédios”, Revista de Direito Administrativo, vol. 56, p. 3.

²¹⁴ Ob. cit., p. cit.

²¹⁵ Conquanto a questão do abuso de poder seja de enorme relevância, sua análise detida exorbita os limites deste estudo. Para maior exame, veja-se o artigo de CAIO TÁCITO, acima referido e o artigo de VICTOR NUNES LEAL “Reconsideração do tema do abuso de poder”, Revista de Direito Administrativo, vol.144, pp. 453/469.

²¹⁶ Confira-se os ensinamentos de JACOB DOLINGER (“Direito internacional privado”, 5ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, p. 385), nos quais se apontam casos de abuso do direito de mudar de nacionalidade.

direito do trabalho^{217 218} e o direito tributário²¹⁹. Todavia, o exame aprofundado de todas as hipóteses possíveis de aplicação da teoria do abuso do direito, além de ser uma tarefa quase inviável, desborda sobremaneira dos limites deste estudo.

8.8. A jurisprudência brasileira

Infelizmente, é preciso concordar com a observação de PEDRO BAPTISTA MARTINS²²⁰ no sentido de que do exame da jurisprudência brasileira acerca da teoria do abuso do direito “o que fica é a melancólica certeza de que, entre nós, a jurisprudência falhou à missão fundamental que desempenha noutros países: a de precursora das reformas legislativas que pretendem socializar o direito, transformando-o num meio seguro e preciso de conciliação dos interesses em luta”.

O exame da jurisprudência brasileira acerca do abuso do direito revela que, embora a quantidade de acórdãos sobre a questão seja expressiva, ela está, em sua maioria, limitada ao exame de certos dispositivos legais ou da análise de determinadas teses, repetitivamente defendidas. A aplicação geral da teoria do abuso do direito não pode ser considerada como fato rotineiro nos tribunais do Brasil.

Nas décadas de quarenta e cinquenta, discutiu-se muito acerca do abuso do direito de demandar. Essa discussão foi fomentada pela redação do art. 3º do Código de Processo Civil de 1939²²¹, que tratava especificamente do abuso do direito de demandar. O referido dispositivo deu ensejo à grande produção jurisprudencial.^{222 223}

²¹⁷ Veja-se “O contrato de trabalho e o abuso dos direitos”, LOUIS JOSSERAND, Revista Forense nº 85, pp. 505/514.

²¹⁸ O Conselho Regional do Trabalho da Sexta Região decidiu, em acórdão relatado pelo Conselheiro CALDEIRA NETO, que a dispensa do empregado às vésperas de adquirir estabilidade constitui abuso de direito (Revista Forense, vol. 99, pp. 206 e ss.)

²¹⁹ Sobre essa questão, leia-se “Distribuição disfarçada de lucros”, LUÍS EDUARDO SHOUEIRI, Dialética, São Paulo, 1996.

²²⁰ PEDRO BAPTISTA MARTINS, “O abuso do direito e o ato ilícito”, p. 114.

²²¹ “Art. 3º - Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro. Parágrafo único: O abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo.”²²¹

²²² “Responsabilidade civil – Abuso de direito – Pode ocorrer por parte de quem se defende na ação.

O abuso de direito tanto pode ser praticado pelo titular que aciona como pelo que se defende. A defesa tem seu limite dentro da lei, precisamente para que não haja excessos, falta de moderação, chicana prejudicial e danosa. O abuso do direito de demandar compreende também o do direito de defesa, forçando uma demanda que, ‘a priori’, dentro da lei e da moral, já se sabe que é indefensável por parte do réu. Voto vencido do Desembargador Rocha Lagoa: Para a caracterização do abuso de direito no exercício da demanda é necessário o dolo, isto é,

Durante esse período, muito se discutiu acerca dos abusos do direito de demandar e de se defender, sempre se recorrendo à teoria do abuso do direito. Atualmente, embora continue sendo grande o debate acerca das condutas abusivas dos litigantes, a questão deixou, na maioria dos casos, de ser analisada sobre a ótica da abusividade, ou, ao menos, sem o uso da tradicional expressão “abuso de direito”. Esse fato, muito provavelmente, é devido à retirada da expressão “abuso de direito” das normas do Código de Processo Civil, que profligam a litigância de má-fé (art. 17, 18, 599, 600 e 601 do CPC).

A teoria do abuso do direito também foi bastante utilizada nas décadas de cinquenta, sessenta e setenta para impedir que locatários abusassem do direito de purgar sua mora no curso da ação de despejo, por falta de pagamento. Muitos locatários, por questões financeiras ou por espírito emulativo, deixavam de pagar os aluguéis, somente o fazendo após a propositura do despejo. Essa atitude era, comumente, reiterada, fazendo com que o locador fosse compelido a ajuizar seguidas ações de despejo, todas irremediavelmente extintas pela emenda da mora. Essa conduta foi considerada pela majoritária jurisprudência como abuso do direito. Esse entendimento jurisprudencial foi capitaneado pelo Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência majoritariamente apontava no sentido de que o uso reiterado do direito à purga da mora poderia ser considerado abusivo, como se vê no acórdão proferido pela primeira Turma daquele Tribunal no recurso extraordinário nº 70.939/RJ, de que foi relator o ministro ELOY ROCHA.²²⁴

Esse entendimento jurisprudencial perdeu sua razão de ser, quando a Lei nº 6.649 de 16.5.79 vedou, em seu art. 36, § 2º, a purga da mora na hipótese de o locador já ter feito uso deste benefício, “por duas vezes, nos doze meses imediatamente anteriores à propositura da

malícia ou má-fé ou, ao menos, erro grosseiro equivalente ao dolo. Acórdão proferido nos autos da apelação nº 9.471, em 03.03.42, pela Quinta Câmara do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, relatado pelo Desembargador Cândido Lobo, publicado na Revista Forense nº 92, p. 109.

²²³ Diversas outras ementas sobre a questão poderiam ser transcritas como dos acórdãos publicados na RT 172/542 e 169/140, RT 194/195, RT 215/236, RT 219/519, RT 231/603, RT 296/646, RT 588/158, RF 72/108, RF 75/327, RF 85/691, RF 76/79, RF 77/328, RF 79/434 e RF 95/619.

²²⁴ “Purgação de mora em ação de despejo; abuso de direito. Recurso extraordinário conhecido, mas desprovido. A apelada, há cerca de dois anos, não paga o aluguel, exclusivamente, em juízo, purgando a mora, o que configura eloqüente indício de que vem agindo por capricho, conforme alegado na inicial. Para justificar sua conduta limitou-se a fazer alegações, nenhuma prova tendo produzido. Conclui-se, portanto, que houve abuso de direito e que o contrato foi infringido. (Acórdão nos autos do recurso extraordinário nº 70.939/RJ, julgado em 20.06.75 da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal em Primeira Turma, relatado pelo ministro Eloy da Rocha, publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência nº 74, p. 703).

ação, e se o débito, na data do ajuizamento da petição inicial, for superior a dois meses de aluguel”. A atual lei de locação manteve no parágrafo único de seu art. 62 regra semelhante à de sua antecessora, acima transcrita, limitando a duas vezes por ano o direito à faculdade de purgar a mora.

A teoria do abuso do direito é também utilizada pela jurisprudência nacional para resolver conflitos de vizinhança.²²⁵ Outra questão de abuso do direito costumeiramente examinada pelas cortes nacionais é a relativa ao abuso de poder no âmbito administrativo.²²⁶

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro adotou a teoria do abuso do direito para considerar abusiva a conduta de estabelecimento particulares de ensino, que retém a documentação necessária à transferência do aluno inadimplente, como forma de compeli-lo ao pagamento das mensalidades em atraso.²²⁷

Afora essas teses específicas, poucos são os casos de adoção da teoria de abuso do direito pelos tribunais²²⁸. Nos casos de exercício anormal de direitos, os tribunais, ou

²²⁵ “Direito de vizinhança – Águas particulares – Fluxo natural de córrego – Fato que não constitui servidão em favor dos vizinhos – Desvio – Necessidade não comprovada – Mau uso da propriedade caracterizado. O fluxo natural, para os prédios inferiores, de águas pertencentes aos donos do prédio superior não constitui, por si só, servidão em favor daqueles. O dono das águas é que lhes dá a destinação, mas, se houver desvio, cabe-lhe provar a necessidade do ato, e, não o fazendo, presume-se constituir tal atitude abuso de direito ou mau uso da propriedade, no sentido do art. 554 do CC.” (Acórdão na apelação cível nº 27.228 da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, relatado pelo juiz Haroldo Sodré, julgado em 22.02.85, publicado na Revista dos Tribunais nº. 609, p. 704)

²²⁶ “Administrativo. Ato administrativo. Declaração de nulidade pela administração. Abuso de direito. Retomada de inquérito declarado nulo. 1. A faculdade de a Administração declarar a nulidade de seus próprios atos não pode conduzir a abusos. 2. É defeso ao Estado, após declarar, por ato próprio, a nulidade de procedimento disciplinar, anular o ato que declarara a nulidade e, automaticamente, demitir o ex-indiciado.” (Acórdão no recurso em mandado de segurança nº 1.687-0/BA da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatada pelo Ministro. Gomes de Barros, julgada em 27.10.93, publicada na Revista do Superior Tribunal de Justiça nº 53, p. 405).

²²⁷ “Ensino. Mensalidades escolares atrasadas. Retenção da documentação necessária à transferência do aluno. Abuso de direito. Constitue abuso de direito reter o estabelecimento de ensino a documentação necessária à transferência do aluno, a título de compelir os seus responsáveis a pagarem as mensalidades escolares atrasadas. A ordem jurídica vigente não autoriza fazer justiça com as próprias mãos a pretexto de eventual exercício de direito de cobrança, nem permite causar dano irreparável a outrem, como no caso ocorreria se ficasse o aluno impedido de continuar os seus estudos em outro colégio. Desprovisionamento do recurso. (Acórdão no recurso nº 1996.029.842 do Conselho da Magistratura, relatado pelo Desembargador SERGIO CAVALIERI FILHO).

²²⁸ Destes poucos casos de utilização da teoria do abuso do direito fora das questões acima discutidas, vale ressaltar as seguintes e interessantes hipóteses: (a) o uso de ofendículos letais camuflados pode constituir abuso do direito (acórdão da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, publicado na Revista dos Tribunais nº 632/191 – cabe ressaltar que no caso aqui referido, o Tribunal, embora tenha considerado que em tese o uso de ofendículos pode ser abusivo, na espécie entendeu existir questões fáticas capazes de excluir a abusividade); (b) pode caracterizar abuso do direito a emissão e protesto de letra de câmbio sem autorização

endossam as posturas abusivas, ou resolvem as questões mediante o uso de outros instrumentos jurídicos.

Veja-se que mesmo os julgados mais recentes que adotam a teoria do abuso de direito estão limitados a questões tradicionais como abuso do direito nos conflitos de vizinhança²²⁹, nas relações processuais²³⁰ e nos casos de consumo, sendo raros os casos de aplicação geral

legal ou contratual (acórdão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, publicado na Revista Forense nº 279, p. 270); (c) pedido de retomada de imóvel locado para a realização de obra de melhoria insignificante configura abuso do direito (acórdão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, publicado na Revista Forense nº 283, p. 223); (d) constitui abuso de direito a oposição de condômino à aprovação de obras relevantes, movida por “ vaidade ferida ou picardia não amparável pelo direito ” (acórdão da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na apelação nº 001.30970, publicado no Ementário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro 01/98, nº 46); (e) configura abuso de direito a habilitação, na forma do art. 98 da Lei de Falências, de credora com privilégio real, após a efetivação do depósito da concordata, de modo a compelir o imediato pagamento (acórdão da 6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na apelação cível 1999.001.6902, publicado no Ementário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro 51/99, nº 11); (f) caracteriza abuso do direito o ato do proprietário que, em conluio com construtora, desnatura o destino de prédio residencial, alojando peões e depositando material de construção, para forçar a rápida desocupação por moradores recalcitrantes, de modo a possibilitar a construção no local de edifício maior e mais moderno (acórdão da 9ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na apelação 1995.001.8512).

²²⁹ DIREITO CIVIL. SERVIDÕES LEGAIS E CONVENCIONAIS. DISTINÇÃO. ABUSO DE DIREITO. CONFIGURAÇÃO. (...)

- Na espécie, é incontroverso que, após o surgimento de conflito sobre a construção de muro lindeiro, as partes celebraram acordo, homologado judicialmente, por meio do qual foram fixadas condições a serem respeitadas pelos recorridos para preservação da vista da paisagem a partir do terreno dos recorrentes. Não obstante inexistir informação nos autos acerca do registro da transação na matrícula do imóvel, essa composição equipara-se a uma servidão convencional, representando, no mínimo, obrigação a ser respeitada pelos signatários do acordo e seus herdeiros.

- Nosso ordenamento coíbe o abuso de direito, ou seja, o desvio no exercício do direito, de modo a causar dano a outrem, nos termos do art. 187 do CC/02. Assim, considerando a obrigação assumida, de preservação da vista da paisagem a partir do terreno dos recorrentes, verifica-se que os recorridos exerceram de forma abusiva o seu direito ao plantio de árvores, descumprindo, ainda que indiretamente, o acordo firmado, na medida em que, por via transversa, sujeitaram os recorrentes aos mesmos transtornos causados pelo antigo muro de alvenaria, o qual foi substituído por verdadeiro “ muro verde ”, que, como antes, impede a vista panorâmica. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 935.474/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2008, DJe 16/09/2008)

²³⁰ PROCESSO CIVIL. PEDIDO DE DESISTÊNCIA DA AÇÃO. DEFERIMENTO. HOMOLOGAÇÃO. RÉU INTIMADO. DISCORDÂNCIA. AUSÊNCIA DE MOTIVO RELEVANTE. NULIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO ART. 267, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. A recusa do réu ao pedido de desistência deve ser fundamentada e justificada, não bastando apenas a simples alegação de discordância, sem a indicação de qualquer motivo relevante (REsp 90738/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 21.09.1998).

2. A desistência da ação é instituto de cunho nitidamente processual, não atingindo o direito material objeto da ação. A parte que desiste da ação engendra faculdade processual, deixando incólume o direito material, tanto que descompromete o Judiciário de se manifestar sobre a pretensão de direito material (Luiz Fux, Curso de Direito Processual Civil, ed. 3ª, p. 449).

3. A despeito de ser meramente processual, após o oferecimento da resposta, é defeso ao autor desistir da ação sem o consentimento do réu, nos termos do art. 267, § 4º, do CPC.

4. A regra impositiva decorre da bilateralidade formada no processo, assistindo igualmente ao réu o direito de solucionar o conflito. Todavia, a oposição à desistência da ação deverá ser fundamentada, sob pena de configurar

da teoria fora das hipóteses costumeiras²³¹ como os conflitos de vizinhança, fonte tradicional de hipóteses de abuso.

8.8. Descaso paradoxal

Consoante aqui já se demonstrou, a teoria do abuso do direito constitui um instituto de grande relevância e atualidade. Ao dar relevo a função dos direitos, tornando-os relativos e regulando seus exercícios, a teoria do abuso de direito se transforma num dos mais potentes meios de renovação do direito e de promoção da justiça. A teoria do abuso do direito é inquestionavelmente parte de uma tendência de adequação do ordenamento jurídico aos ideais do solidarismo, de uma visão mais fraternal e menos patrimonialista do direito, que considera o indivíduo como um ser inserto na sociedade e possuidor de direitos e deveres para com ela e para com os seus semelhantes. Está, pois, a teoria do abuso do direito em plena consonância com a evolução do direito e com suas hodiernas correntes humanizadoras. Por outro lado, a teoria do abuso do direito está também adequada aos anseios da sociedade atual cujos problemas não podem mais ser solucionados pelos vetustos dogmas do direito civil, rígidos e complexos. A teoria do abuso do direito, ao pregar a relatividade e o funcionalismo dos direitos, se encaixa com grande facilidade às características da sociedade de massa, onde se vê a crescente evolução das relações interpessoais, a cada dia mais complexas e velozes, e o conseqüente entrecruzamento de situações jurídicas.

Não se pode, ainda, esquecer que, por se tratar de um princípio, a vedação do abuso de direito tem aplicação não só no direito civil, mas em todos os campos do direito, atingindo do

abuso de direito. Precedentes: (REsp 976861/SP, DJ 19.10.2007; REsp 241780/PR, , DJ 03.04.2000; REsp 115642/SP, DJ 13.10.1997.) 5. Recurso especial improvido. (REsp 864.432/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/02/2008, DJe 27/03/2008)

²³¹ DIREITO ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - ATO COMISSIVO E CONSTRANGEDOR DE AGENTE ESTATAL - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - DEVER DE INDENIZAR - RESPONSABILIDADE OBJETIVA.1. Cabe ao Estado, pelo princípio constitucional da responsabilidade reparar os danos causados por atos omissivos ou comissivos praticados pelos agentes estatais.

2. Recomposição que se faz não apenas no plano material, mas também no imaterial, quando a vítima, sem culpa alguma, foi submetida a constrangimento incompatível com o agir da administração.

3. Revista de visitante a estabelecimento prisional que resultou na sua exposição a dois exames íntimos para verificação de não estar portando droga, um dos quais realizado em estabelecimento hospitalar.

4. Recurso especial provido. (REsp 856.360/AC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2008, DJe 23/09/2008)

direito administrativo ao processual, passando pelo direito penal, tributário, e até mesmo pela regulamentação das relações de consumo.

Ocorre que, conquanto seja a teoria do abuso do direito um instituto útil, potente, atual, moralizador e de grande aplicação, ele não vem sendo utilizado e estudado adequadamente, pois como se verificou na análise da jurisprudência nacional, efetuada no capítulo anterior, os tribunais brasileiros, salvo em questões pontuais, não fazem uso, ao menos da forma que era de se esperar, da teoria do abuso do direito.²³²

Esse descaso paradoxal²³³ deve ser resolvido, sob pena de se perder, ou, no mínimo, de se subutilizar, a teoria do abuso do direito. A recepção direta deste instituto pelo direito civil brasileiro, tal qual se dá no Projeto do novo Código Civil, é um bom começo. Mas é pela intensificação da produção doutrinária e jurisprudencial que se dará a popularização deste instituto e maciça utilização pelos aplicadores do direito.

9. Referências

AGUIRRE Y ALDAZ (“El derecho civil a finales del siglo XX”, Tecnos, Madrid, 1991;

AMERICANO, Jorge “Do abuso do direito no exercício da demanda”, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1932;

ANDORNO, Luis. "Abuso de derecho", Revista de Direito Civil, nº 19;

BERMUDES, Sergio. “A reforma do Código de Processo Civil”, 2ª edição, Saraiva, São Paulo, 1996;

BEVILAQUA, Clovis “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil”, 2ª tiragem, Editora Rio, Rio de Janeiro, 1976;

BUZAID, Alfredo. “Exposição de motivos do Código de Processo Civil”, Código de Processo

²³² PAULO DOURADO DE GUSMÃO, “O abuso do direito”, Revista Forense, nº. 118, p. 359.

²³³Esse problema não se dá apenas no direito brasileiro. MENEZES CORDEIRO (“Da boa-fé no direito civil”, p.

Civil, Revista dos Tribunais, 4ª edição, São Paulo, 1998;

CARVALHOSA, Modesto. (“Comentários à Lei de Sociedades Anônimas”, vol. II, Saraiva, São Paulo, 1997, pp. 387/418”) e LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, “Comentários à Lei das Sociedades Anônimas”, vol. II, Saraiva, São Paulo, 1978;

CASTRO FILHO, José Olímpio de. “Abuso de direito no processo civil”, 2ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1960;

CHAMOUN, Ebert. “Instituições de direito romano”, 4ª edição, Forense, São Paulo, 1962;

CHARMONT, “L’abus du droit”, Revue Trimestrelle de Droit Civil, Tome I, 1902 ;

COLIN et CAPITANT, “Cours élémentaire de droit civil français”, tome II, 5^{ème} édition, Paris, Librairie Dalloz, 1928 ;

CORDEIRO, Menezes “Da boa-fé no direito civil”, Almedina, Coimbra, 1997;

COSTA, Mário Júlio de Almeida “Direito das obrigações”, 4ª edição, Coimbra Editora, 1984; Del abuso de los derechos y otros ensayos”, “Relatividad y abuso de los derechos”, Temis, Bogotá, 1982;

DESSERTAUX, M; Marc. “Abus de droit ou conflit des droits” Revue Trimestrelle de Droit Civil, Tomo 5, 1906, Librairie de La Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, Paris;

DUGUIT, Léon “Traité de droit constitutionnel”, 3ª edição, tomo I, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Éditeurs E. de Boccard, Successeur, Paris, 1927;

FLEITAS, Abel. “El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino”, Seccion publicaciones del Seminario de Ciências Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1944;

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. “Cláusula abusiva nos contratos”, 2ª edição, Forense, 1995;

HESPANHA, Antônio Manuel. “Panorama histórico da cultura jurídica europeia”, Publicações Europa América, Portugal, 1997;

JOSSERAND, “De l’esprit des droits et de leur relativité”, 2ª edição, Librairie Dalloz, Paris, 1939 ;

JOSSERAND, “De l’esprit des droits et de leur relativité”, Dalloz, 2ª ed., Paris, 1939;

LÉON, Henri et MAZEAUD, Jean et CHABAS, François “Leçons de droit civil”, tome II, 9^{ème} Édition, Montchrestien, 1998 ;

LEVADA, Cláudio Antônio Soares “Responsabilidade civil por abuso de direito”, Revista dos Tribunais, vol. 661;

LUNA, Everaldo da Cunha. “Abuso de direito”, 2ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1988;

MARTINS, Pedro Baptista. “O abuso do direito e o ato ilícito”, 3ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1997;

NAVES, Lúcio Flávio de Vasconcellos. “Abuso do exercício do direito”, Forense, Rio de Janeiro, 1999;

PERLINGIERI, Pietro. “Perfis do direito civil”, Renovar, Rio de Janeiro, p. 34;

PORTALIS, citado por R.C. VAN CAENEGEM “Uma introdução histórica ao direito privado”, Martins Fontes, 1995;

REALE, Miguel “Teoria tridimensional do direito”, 2ª edição, Saraiva, São Paulo, 1979;

RIPERT, George. “La règle morale dans les obligations civiles”, 4^a édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949;

RUGGIERO, Roberto. (“Instituições de Direito Civil”, vol. I, 3^a ed., Saraiva, São Paulo, 1971;

SALEILLES, “Étude sur la théorie générale de l’obligation”, 8^a edição, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudencie, 1925;

SAVIGNY, apud JURGEN HABERMAS, “Direito e democracia”, 1^a edição, Editora Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997;

SESSAREGO, Carlos Fernández. “Abuso del derecho”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992;

SHAKESPEARE, William. “O mercador de Veneza”, tradução Bárbara Heliodora, Nova Fronteira, Rio de Janeiro;

SPOTA, Alberto. “Tratado de derecho civil”, Tomo I, volume 2, Editorial Depalma, Buenos Aires, p. 319;