

LINEAMENTOS SOBRE O ABUSO DO DIREITO

ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA *

SUMÁRIO: 1. Justiça, moralidade e abuso do direito. 2. O abuso do direito. Evolução histórica. Dados do direito estrangeiro. 3. A caracterização do abuso do direito segundo o novo Código Civil brasileiro. 4. Conclusões.

1. JUSTIÇA, MORALIDADE E ABUSO DO DIREITO

A natureza humana, moldada pela razão, repudia atitudes excessivas, descomedimentos, exageros, abusos. É intuitivo, por exemplo, que sons emitidos em decibéis incompatíveis com o ouvido humano, ainda ao sintonizarem a mais bela das melodias, parecerão desagradáveis e nocivos. As sensações térmicas de calor, ou mesmo de sua ausência, quando exageradas, ter-se-ão por incômodas. O mais delicioso vinho, se degustado imoderadamente, tornar-se-á prejudicial à saúde¹. Mesmo a água, bem por demais precioso, se advinda de excesso impiedoso de chuvas, causará estragos de monta. Tais noções sobre limitações chegam a ser intuitivas, tendo sido percebidas pelo homem desde a mais remota antiguidade². Mas também no campo das relações intersubjetivas, notadamente no que toca às noções de direito e de justiça, isto pode verificar-se.

* Promotor de Justiça no Rio de Janeiro. Mestre em direito processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de direito processual penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

1. Semelhante exemplo é fornecido por Chaïm Perelman: "Um exemplo singelo se refere ao uso ou abuso da alimentação: é bom alimentar-se, mas o uso da alimentação, ou o de medicamentos, a partir de quando prejudique a saúde, é qualificado de desarrazoado, portanto, de abusivo" (*Ética e direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 682).
2. Na China, por volta do século XII a.C., já se podia ler no *I Ching*, o Livro das Mutações: "Limitações são penosas, mas eficazes. Vivendo de modo econômico em épocas normais, o homem está preparado para os períodos de carência. Sendo comedido ele evita humilhações. Limitações são também indispensáveis para a ordenação das circunstâncias do mundo. A natureza tem limites fixos para o verão e para o inverno, para o dia e a noite, e são esses limites que dão sentido ao ano. Do mesmo modo a economia, ao fixar limites precisos para as despesas, garante a preservação dos

Na antiguidade grega, em meados do século VIII a.C., o poeta HESÍODO já afirmava que o descomedimento e a violência se mostravam contrários à concepção que se tinha sobre justiça³. Ainda entre os helênicos, ARISTÓTELES (384-322 a.C.) sustentava que a justiça implicava ideia de proporção, sendo o injusto desproporcional⁴. Na Roma dos Césares, tornou-se célebre o provérbio utilizado pelo jurisconsulto CÍCERO: *summum ius summa iniuria*⁵. Durante a Idade Média, SÃO TOMÁS DE AQUINO, seguidor das diretivas aristotélicas⁶, referia-se ao direito como o justo meio-termo, o qual “se encontrava ‘nas coisas’, no real externo (*medium in re*)”⁷.

A justiça é uma das noções mais prestigiosas do universo espiritual. Seja-se conservador ou revolucionário, religioso ou incrédulo, todos invocam a justiça, seja para proteger a ordem estabelecida, ou mesmo para justificar as reviravoltas políticas. Neste sentido, o ideal, o sentimento de justiça, sem dúvida, é um valor universal⁸. Modernamente, contudo, quando se passa ao plano das definições, inúmeras vezes têm asseverado que as concepções sobre a justiça são mutáveis no tempo e diante das variadas formas de organização social⁹. Não obstante, quem se debruce sobre a fixação do conceito de justiça, – sob o aspecto

bens, evitando que as pessoas sofram prejuízos. Mas as limitações devem ser aplicadas de forma equilibrada. Se um homem tenta impor restrições muito amargas à sua própria natureza, isso lhe será prejudicial. Se ele exagera ao impor limites aos outros, eles se rebelarão. Portanto, é necessário fixar limites até mesmo às limitações” (Richard Wilhelm, *I Ching. O Livro das Mutações*. São Paulo, Pensamento, 2000, p. 182).

-
3. Na célebre obra *Os trabalhos e os dias*, o poeta Hesíodo deixou consignado: “(...) *O Perse, tali cose nel cuore riponi e ascolta giustizia, e violenza dimentica. Tale è la legge che agli uomini impone il figlio di Crono: ai pesci e alle fiere e agli uccelli alati di mangiarsi fra loro, perché fra loro giustizia non c'è; ma agli uomini diede giustizia che è molto migliore; se infatti qualcuno è disposto a dare giuste sentenze cosciente, a lui dà benessere Zeus onniveggente; ma chi sai testimone e, deliberatamente, commette spergiuro e mente e Giustizia offendendo pecca senza rimedio, oscura dopo lui la sua stirpe sarà; migliore invece sarà la stirpe dell'uomo che il giuramento rispetta*” (Hesíodo, *Opere e giorni*. Tradução italiana disponível em www.biblio-net.com/lett_cla/traduzioni/esiodo_opere.htm. Acesso em 23 de julho de 2004).
 4. “Tudo isto nos possibilita a concluir que o justo – no sentido que aqui o entendemos – é o proporcional, e que o injusto, ao contrário, é o que nega a proporção. Na injustiça, um dos termos torna-se, então, muito grande e o outro, muito pequeno” (Aristóteles, *Obras jurídicas*. São Paulo, Ícone, 1997, p. 21).
 5. Eis o excerto de onde provém o célebre brocardo: “*Ex quo illud 'summum ius summa iniuria' factum est iam tritum sermone proverbium*” (Marcus Tullius Cícero, *De officiis*. Liber Primus, X, 33. Disponível em www.biblio-net.com/lett_cla/testi/de_officiis.htm. Acesso em 15 de julho de 2004).
 6. Como afirma Olinto A Pegoraro, “na realidade, S. Tomás prefere a definição de Aristóteles: ‘a justiça é uma disposição que torna os homens aptos a realizar ações justas e que os faz agir justamente e querer coisas justas’. De fato, aqui transparece a dupla exigência da justiça: a) uma inclinação da alma que se traduz objetivamente; b) no respeito ao direito dos outros” (*Ética e justiça*. 7ª ed. Petrópolis, Vozes, 2002, p. 48).
 7. A referência é de Michel Villey, *Filosofia do direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2003, pp. 71/72.
 8. No sentido do texto, Perelman Chaïm, *Ética e direito*, cit., p. 146.
 9. Assim, Mauro Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*. Bologna, Il Mulino, 1994, p. 8: “È mio convincimento che come la ‘libertà’ non è la stessa per i moderni e per gli antichi, così anche la ‘giustizia’ non possa trovare una definizione valida per tutti i tempi e per tutte le società”. No

distributivo ou sob o prisma comutativo, como já antevia ARISTÓTELES –, repudiará o desarrazoado, o excesso, a desigualdade, o arbítrio, a iniquidade: seja recorrendo à ideia de uma “lei universal”, imposta pela razão prática, consoante KANT¹⁰; seja postulando uma separação radical entre o conceito de direito positivo e o de justiça, relegando esta à religião ou à metafísica social, como desejado pelo positivista Kelsen¹¹; seja jungindo à justiça a noção de igualdade, como o fez BOBBIO¹²; seja com o aporte do elemento equidade ou correção (*fairness*), a partir de uma “posição original”, de acordo com a teoria do liberal-igualitário RAWLS¹³; seja formulando uma “técnica do equilíbrio”, segundo DWORKIN¹⁴; ou estabelecendo uma conexão conceitual entre a justiça, a verdade e o bem comum, como HÄBERLE¹⁵; ou, ainda, buscando o conteúdo de uma moral universalista, a partir da pressuposição da argumentação, como sustenta HABERMAS¹⁶.

Com efeito, aos seres humanos, é inata uma inteligência, uma compreensão instintiva sobre as exigências de justiça¹⁷, especialmente quando se está diante de uma situação na qual brada a arbitrariedade, a desproporção, a tirania. As crianças, por exemplo, não têm necessidade de envelhecer para apelarem às noções de imparcialidade ou de injustiça, principalmente quando uma daquelas recebe um pedaço de maçã de tamanho diverso do que recebera outra criança¹⁸. O desrespeito à prioridade de quem se estabeleça com antecedência em uma fila, provavelmente será tachado como iníquo¹⁹. Ainda neste contexto, pode-se

mesmo sentido, Chaïm Perelman, *Ética e direito*, cit., p. 59. Já afirmava, a propósito, Michel Eyquem Montaigne, citando Cícero, que “a justiça em si, em seu estado natural, é universal e tem regras diferentes e mais elevadas do que essa justiça especial, nacional e condicionada às necessidades dos governos: ‘Não temos modo sólido e positivo do verdadeiro direito e da justiça perfeita; temos apenas uma imagem dela, uma sombra’” (*Ensaio*, Livro III. 2ª ed. Brasília, Universidade de Brasília-Hucitec, 1987, p. 146).

10. Assim, Immanuel Kant, *Logique*. Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1997, p. 111/112. Para detalhamentos, consulte-se Ricardo Terra, *Kant & o direito*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2004, pp. 11/22.

11. Vide, neste sentido, Hans Kelsen, *O que é justiça?* 3ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2001, p. 299.

12. Neste sentido, Norberto Bobbio, *Eguaglianza e libertà*. Torino, Einaudi contemporanea, 1997, pp. 06/08; *Teoria generale della politica*. Torino, Biblioteca Einaudi, 1999, pp. 257/265.

13. Conforme John Rawls, *Justiça como equidade*. São Paulo, Martins Fontes, 2003, pp. 55/108, 113/187, 198/204.

14. Confira-se, para detalhes, Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel Derecho, 2002, pp. 246/257.

15. Assim, Peter Häberle, *Diritto e verità*. Torino, Einaudi contemporanea, 2000, p. 110.

16. Conforme Jürgen Habermas, *De l'éthique de la discussion*. Paris, Champs Flammarion, 1992, pp. 67/72.

17. Assim, Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*. cit., p. 246; John Rawls, *Justiça como equidade*, cit., pp. 40/41; Alf Ross, *Diritto e giustizia*. Torino, Piccola Biblioteca Einaudi-Scienze sociali, 2001, p. 254; Hans Kelsen, *O que é justiça?*, cit., pp. 292/293.

18. O exemplo mencionado é extraído de Alf Ross. *Diritto e giustizia*, cit., p. 254.

19. Não obstante se possa constatar, como assinala espiritualmente Luís Fernando Veríssimo, que “romano não acredita em fila. Para comprar entradas num cinema, por exemplo, forma-se uma aglomeração na frente do guichê e pouco a pouco, com paciência e discretos empurrões, cada um

afirmar intuitivo, nos tempos atuais, ser a escravidão injusta²⁰. Ocorre, porém, que o sentimento de justiça leva em conta, simultaneamente, várias categorias essenciais independentes, nem sempre concordantes²¹, e por vezes mutuamente irreconciliáveis²². E como os homens diferem muito quanto a seus sentimentos, variadas serão as concepções sobre justiça²³. Vale dizer, a percepção do sentimento de justiça é conatural ao instinto humano; mas traçar os exatos contornos do que seja justiça soa penosamente intrincado, diante das inegáveis concepções particulares que esta pode vir a assumir. Situação similar se verifica, por exemplo, quando se tenta passar à definição do que seja o belo: extremamente plausível senti-lo; dificultoso, porém, delimitá-lo com precisão²⁴.

Vê-se, portanto, o quão delicado é definir com precisão o que seja justiça. Muito mais confortável, nesta empreitada, recorrer-se a um procedimento negativo, no qual se parte do delineamento do *injusto*. PLATÃO, em sua célebre obra *A República*, ao buscar uma definição de justiça, examinava o que a esta repudiava, tirando proveito das conclusões negativas²⁵. Tal postura ainda se reputa bastante utilizável, sendo adotada modernamente por vários jusfilósofos²⁶, mas, mes-

vai conseguindo a sua vez. É o que se poderia chamar de técnica do bolo solidário. Não há o menor sentido de prioridade ou justiça – chega primeiro ao guichê não quem chegou primeiro ao bolo, mas quem abriu seu caminho com mais decisão – mas também não há briga” (*Traçando Roma*. 4ª ed. Porto Alegre, Artes e Ofícios, 1998, p. 45).

20. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, cit., p. 246.
21. Chaïm Perelman, *Ética e direito*, cit., p. 34. O mesmo autor adverte: “A sede de justiça que incita os homens a realizarem o ideal da sociedade de seus sonhos, a se revoltarem contra a injustiça de certos atos, de certas situações, fornece uma motivação suficiente tanto para os mais sublimes sacrifícios como para os piores delitos. O mesmo ímpeto entusiasta que os lança na perseguição de um mundo melhor pode varrer sem piedade tudo quanto lhe faz obstáculo: *pereat mundus, fiat justitia*” (*op. cit.*, p. 146).
22. Assim, Hans Kelsen, *O que é justiça?*, cit., p. 222. Neste passo, John Rawls, chega a afirmar, ao cuidar do chamado “equilíbrio reflexivo”, que “nossos juízos refletidos não só podem diferir dos das outras pessoas, mas às vezes nossos próprios juízos contradizem-se entre si” (*Justiça como equidade*, cit., p. 41).
23. Neste particular, como bem assinala Chaïm Perelman, “cada qual defenderá uma concepção de justiça que lhe dá razão e deixa o adversário em má posição” (*Ética e direito*, cit., p. 08).
24. Indagava Denis Diderot: “Como acontece então que quase todos os homens estejam de acordo que há um belo; que existam tantos entre eles que o sintam vivamente onde ele está e que tão poucos saibam o que ele é?” (*Tratado sobre o belo. Obras II – Estética, poética, contos*. São Paulo, Perspectiva, 2000, p. 232).
25. Assim, Jayme Paviani, *Platão & A República*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2003, p. 24. Nos *Diálogos*, de Platão, pode-se vislumbrar a dialética travada entre Sócrates e Critão: “(...) Sóc. – Logo, jamais se deve proceder contra a justiça. Cr. – Jamais, por certo. Sóc. – Nem mesmo retribuir a injustiça com a injustiça, como pensa a multidão, pois o procedimento injusto é sempre inadmissível. Cr. – Parece que não. Sóc. – E daí? Devemos praticar maldades ou não, Critão? Cr. – Não devemos, sem dúvida, Sócrates. Sóc. – Diante. Retribuir o mal que nos fazem é justo, como diz a multidão, ou injusto? Cr. – Absolutamente injusto. Sóc. – Sim, porque entre fazer mal a uma pessoa e cometer uma injustiça não há diferença nenhuma. Cr. – Dizes a verdade” (*Diálogos*. Critão, ou O dever. São Paulo, Cultrix, 2002, p. 127).
26. Utilizando-se de tal procedimento, *vide*, por exemplo, Karl Larenz: “Da maior importância prática é, na minha opinião, precisamente esta ‘função negativa’, uma vez que, segundo a experiência, é

mo a escolha do qualificativo *injusto* supõe que se apele a um critério estabelecido, a um padrão comum, às vezes até comunitário, e que não é meramente a expressão de uma opinião preconcebida²⁷. Daí teóricos outros tentarem fixar *princípios* na busca da construção de uma teoria da justiça²⁸. De qualquer sorte, subjacente a quaisquer tentativas de apreciação do conceito de justiça se encontrará a supressão ao excesso, à iniquidade, ao descomedimento, enfim, ao abuso, os quais intuitivamente ter-se-ão por *injustos*.

Cuidando-se de noções complexas, como as dos qualificativos justo e injusto, não existe procedimento unanimemente admitido referente ao seu manejo. Porém, necessariamente haverá um limite que não se deve transgredir: o que beira ao *desarrazoado*²⁹. Ainda que nem sempre se esteja de acordo sobre a maneira de agir em determinada situação, pois várias soluções podem ser igualmente razoáveis, existe normalmente, numa comunidade humana, em dado momento, um acordo sobre o que se tem como *não razoável* e, conseqüentemente, como intolerável. Vê-se, portanto, que imbricada à noção de injusto tem-se a do *abuso*, a qual se interpenetra com a ideias de uso desarrazoado. Esta assume relevante papel no âmbito dos sistemas jurídicos, notadamente no que toca ao denominado *abuso do direito*³⁰. O recurso à etimologia já revela a afinidade deste instituto com a iniquidade, com a ausência de razoabilidade: o vocábulo *abuso* deriva do latim *abusus*, significando *ab*: contra, afastamento, e *usus*: uso³¹; vale dizer, abusar de um direito significa afastar-se de seu uso normal, utilizá-lo inadequadamente³².

muito mais fácil reconhecer que uma determinada resolução seria injusta do que qual seria a única justa" (*Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 257). De maneira similar, Chaïm Perelman: "O ato justo é correção, rejeição de desigualdade. A regra justa é razão, rejeição de arbitrariedade. O homem justo é consciência, rejeição da desumanidade. O ideal de justiça, tal como vive na tradição ocidental, combina todos esses pontos de vista, concedendo a prioridade a um ou a outro, conforme as visões do mundo e as disciplinas que o elaboram" (*Ética e direito*, cit., p. 82).

27. Chaïm Perelman, *op. cit.*, p. 206.

28. Assim, por exemplo, John Rawls, o qual estabelece dois princípios de justiça: "(a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdade para todos; e (b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença)" (*Justiça como equidade*, cit., p. 60). Em sentido aproximado, porém com substancial desenvolvimento, vide Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, cit., pp. 234/275.

29. Em conformidade com o texto, Chaïm Perelman, *Ética e direito*, cit., p. 682.

30. Assinala Chaïm Perelman: "É em direito (*law*) que a distinção entre o uso e o abuso, entre o uso razoável e desarrazoado de um direito (*right*), foi posto em evidência pela doutrina e pela jurisprudência. Foi por ocasião do abuso do direito de propriedade que a teoria do abuso de direito foi desenvolvida. Há abuso quando o exercício desse direito visa essencialmente a prejudicar outrem: o direito de propriedade, que antes era considerado absoluto, deixa, nesse caso, de ser protegido pelas cortes e tribunais" (*op. cit.* p. 682).

31. Segundo importante léxico, o vocábulo *abuso* tem a acepção de "mau uso ou uso errado, excessivo ou injusto" (Aurélio Buarque de Holanda, *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. vocábulo *abuso*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1986, p. 17).

32. Em idêntico sentido, recorrendo à etimologia, Sandra Levanti, *Abuso del diritto*. Disponível em www.diritto.it/articoli/civile/levanti.html. Acesso em 5 de março de 2004.

Tal conexão entre o abuso do direito e a inteligência do que seja injusto remete à necessária vinculação entre o direito e o comportamento moral. Ao contrário do que faziam os chamados positivistas, os quais postulavam uma precisa e nítida separação entre o direito e a moral³³, os teóricos aos quais se denominaram pós-positivistas, descontentes com tal concepção formalista do direito, “insistem na importância do elemento moral no funcionamento do direito, no papel que nele desempenham a boa-fé e a má-fé, a intenção maldosa, os bons costumes, a equidade, e tantas outras noções cujo aspecto ético não pode ser desprezado”³⁴. Predomina, portanto, dentre estes a ideia de que existem conexões necessárias entre o direito e a moral, seja sob o plano conceitual, seja sob o normativo³⁵.

O aporte do elemento moral, bem como do substrato ético, sem dúvida, foram decisivos na tentativa de moldar ou delimitar a concepção do abuso do direito³⁶. Vários juriconsultos recorreram à noção de moral em seu intento de defender a tese de ser possível o exercício abusivo dos direitos. Assim, por exemplo, RIPERT chegou a afirmar não se cuidar de simples problema de responsabilidade civil, mas “de uma questão geral de moralidade no exercício dos direitos”³⁷. Houve até quem chegasse a sustentar que o art. 2º do Código Civil suíço, ao recusar proteção legal ao abuso manifesto de um direito, “proclamou mesmo implicitamente a vitória da moral sobre o direito estrito”³⁸. As tentativas de fixação dos contornos do abuso do direito, realizadas pelos legisladores ou pela doutrina, sempre se reportam a expressões como boa-fé, finalidade econômica ou social e bons costumes, as quais têm suas acepções vinculadas necessariamente a uma essência de moralidade ou de eticidade³⁹.

33. Assim, por exemplo, Hans Kelsen, *O que é justiça?*, cit., pp. 230/231.

34. Chaïm Perelman. *Ética e direito*, cit., p. 299. Aproximada, neste sentido, a passagem de Albert Calamiglia, sobre Ronald Dworkin: “En resumen, a la crítica al presupuesto de la separación absoluta entre el derecho y la moral, le conduce a la construcción de una teoría del derecho en la cual la moral y la política ocupan un lugar relevante. Dworkin se ha preocupado de analizar las relaciones entre el derecho y la moral. No ha desgajado ambas parcelas como lo habían hecho los metodólogos de la pureza” (*Ensayo sobre Dworkin. Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 2002, p. 12).

35. Robert Alexy, *Concetto e validità del diritto*. Torino, Biblioteca Einaudi, 1997, p. 20. Concepção similar, sob outra ótica, pode ser vista ainda em Adolfo Sánchez Vasquez, *Ética*. 5ª ed. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1982, pp. 80/84.

36. Oportuno, neste ponto, Rodolfo L. Vigo: “¿El abuso es lo ‘inmoral’?: Guillermo Borda, en sintonía con abundante doctrina, subraya: ‘el punto de vista moral es el más decisivo y fecundo en la dilucidación de este problema (el del abuso de derecho)’. Esta afirmación tomada literalmente puede ser interpretada en términos ‘moralistas’ en tanto no distingue Derecho de moral, con las consecuencias potenciales y actuales que ello encierra” (*Consideraciones iusfilosóficas sobre el “abuso de derecho”*. Abuso del derecho. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nº 16. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 315).

37. Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*. Quatrième édition. Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1949, p. 159.

38. Claude Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*. Quatrième édition. Neuchâtel, Delachaux & Niestlé, 1967, p. 316.

39. Vale a citação, neste particular, da lição de Clóvis Bevilacqua: “A evolução do direito se tem operado no sentido do maior desenvolvimento e accentuação de seus intuits ethicos, e correspondente redução dos seus elementos egoisticos. A sociologia, compreendendo-o como força moral

2. O ABUSO DO DIREITO. EVOLUÇÃO HISTÓRICA. DADOS DO DIREITO ESTRANGEIRO

A germinação da noção do exercício abusivo de um direito remonta, no mínimo, à velha Roma⁴⁰. Não há, porém, opinião unânime quanto à existência de uma teoria sobre aquele instituto no direito romano. Parcela considerável de juristas sustenta que neste período já se experimentava a proscrição ao abuso do direito. Outras vozes, por sua vez, asseveram não ser possível constatar sua teorização na Roma Antiga⁴¹.

Tal controvérsia se prende à diversidade de adágios que se contradiziam no direito romano. Com efeito, GAIO proclamava: "*Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*", o que não destoava do brocardo concebido por PAULO: "*Nemo damnnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet*", tampouco da formulação de ULPIANO: "*Neminem lædit, nemo damnnum facit, qui suo iure utitur*", todos de feição individualista. Mas, por outro lado, como bem assinalam os irmãos MAZEUD, na realidade, tais fórmulas não devem ser isoladas do contexto em que formuladas⁴². Até porque do mesmo GAIO provinha a parêmia "*Male enim nostro jure uti non debemus*"; de CELSO já se tinha que "*Ius est ars boni et æqui*"; valendo remarcar, em sentido similar, a célebre máxima de CICERO: "*summum ius, summa iniuria*", nas quais se pode antever a marcha triunfal da teoria do abuso⁴³. Deve-se assentar, neste particular, que não era comum no direito romano a revogação das leis, tal qual se pratica atualmente. Promulgavam-se leis novas, mas as anteriores subsistiam, não obstante as contradições⁴⁴. Assim, preceitos porventura contraditórios acabavam por se acomodar às exigências impostas pela evolução social. Não

destinada a manter o equilíbrio das energias sociais em ação, contribuiu fortemente para a solução do problema do abuso do direito" (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Volume I. Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1940, p. 430).

40. Preciso, como sempre, José Carlos Barbosa Moreira: "Não é nova, em absoluto, a noção de que um direito pode ser exercido de maneira irregular: rastrear-lhe o histórico levaria o pesquisador, quando menos, à velha Roma" (*Abuso do direito*. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 13. Rio de Janeiro, Padma, jan./mar., 2003, p. 97).

41. Assim, Giuseppe Grosso, *Abuso del diritto (diritto romano)*. Enciclopedia del Diritto. V. I. Milano, Giuffrè, 1958, p. 161; Orlando Gomes. *Introdução ao direito civil*. 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 131; Heloísa Carpena. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 39.

42. Henri Mazeaud; Léon Mazeaud; Jean Mazeaud. *Leçons de droit civil*. Tome deuxième. Paris, Montchrestien, 1956, p. 391.

43. Assim, Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*. Deuxième édition. Paris, Dalloz, 1939, pp. 3/4.

44. Fustel de Coulanges, *A cidade antiga*. Rio de Janeiro, Ediouro, 2003, p. 246. Como assevera o mesmo autor, o "Código de Drácon não foi abolido pelo de Sólon, nem as Leis Reais pelas Doze Tábuas. A pedra onde a lei estava gravada era inviolável; quando muito, os menos escrupulosos se atreviam a interpretá-la a seu modo. Este princípio foi a causa maior da grande confusão observada no direito antigo. Leis opostas e de diferentes épocas estavam reunidas e todas deviam ser igualmente respeitadas" (*op. cit.*, pp. 246/247).

restam dúvidas, porém, que a ideia do exercício abusivo dos direitos já se fazia presente no direito romano⁴⁵. O que não se tinha, àquela época, era tão-somente uma teoria perfeitamente delineada sobre o abuso do direito, nos moldes em que formulada modernamente⁴⁶.

Com o advento da Idade Média, desenvolveu-se a teoria dos atos emulativos, cujas origens já se encontravam no direito romano (*aemulatio*)⁴⁷, e que se pode considerar como um imediato antecedente da teoria do abuso do direito⁴⁸. Para a caracterização do ato emulativo se fazia necessário: "a) o exercício de um direito; b) que desse exercício resultasse um dano a terceiro; c) que o ato realizado fosse inútil para o agente; d) que a realização fosse determinada exclusivamente pela intenção de causar dano a outrem"⁴⁹. O titular do direito agiria com *animus nocendi* ou *vexandi*⁵⁰, vale dizer, com fito exclusivo de prejudicar.

Contudo, somente no final do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, se veio a assistir a uma intensa fermentação de ideias, sobretudo na França, que conduziram à teoria do abuso do direito. O liberalismo individualista anterior àquele período teve de ceder passo, não sem grandes resistências, à emergente doutrina sobre a *relatividade dos direitos subjetivos*⁵¹, cujo principal entusiasta

45. Neste sentido, Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, cit., pp. 3/4. Henri Mazeaud; Léon Mazeaud; Jean Mazeaud. *Leçons de droit civil*, cit., p. 391; Ludwig Enneccerus; Theodor Kipp; Martin Wolff. *Derecho civil (parte general)*. Primer Tomo, II. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1935, p. 531; Jorge Americano, *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1932, pp. 9/13; Pedro Baptista Martins, *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 17; Alexandre Augusto de Castro Corrêa, *Abuso de direito (direito romano)*. Enciclopédia Saraiva de Direito. V. 2. São Paulo, Saraiva, 1977, p. 48; Rodolfo L. Vigo, *Consideraciones iusfilosóficas sobre el "abuso de derecho"*, cit., p. 310.

46. Neste sentido, Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*. Volume I. 8ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos Editora, 1996, p. 534. Vale citar, neste passo, a lição de Francisco dos Santos Amaral Neto: "vários textos do direito clássico parecem demonstrar a existência desta teoria (D. 24.1.63; D. 30.1.43.1; Gaio I.53; Cl. 8.51.2). Não obstante estes textos, opinião predominante assevera não existir em Roma essa teoria. As leis, a equidade e a jurisdição imperial e pretoriana eram suficientes para corrigir o abuso do direito, não se sentindo a necessidade de construir uma teoria a esse respeito" (Individualismo e universalismo no direito civil brasileiro. Permanência ou superação de paradigmas romanos? *Revista de Direito Civil*, v. 19, nº 71. São Paulo, Revista dos Tribunais, jan./mar., 1995, p. 82).

47. Comentando os textos romanos, Vittorio Scialoja asseverou: "*Ma di fronte a questi testi ce ne sono degli altri dai quali si è voluto trarre questa regola che limiterebbe quella più generale ora enunciata: ossia che l'esercizio del proprio diritto diventa ingiusto quando colui che l'esercita non lo fa per giovare a se stesso, ma lo fa collo scopo di nuocere ad altri. Questo scopo, questa intenzione di nuocere ad altri è quella che secondo una volgare terminologia si dice animus aemulandi oppure agere ad aemulationem. Sicchè la regola si può formulare così: è proibito di agire ad aemulationem"* (Procedura civile romana. *Esercizio e difesa dei diritti*. Roma, Anonima Romana Editoriale, 1936, p. 19).

48. Carlos Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 99.

49. Pedro Baptista Martins, *O abuso do direito e o ato ilícito*, cit., p. 18.

50. Carlos Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, cit., p. 99.

51. Com precisão, consigna José Carlos Barbosa Moreira: "na época do individualismo burguês triunfante, bem estreito era o terreno propício ao florescimento de uma doutrina assente sobre a hipótese, então pouco prestigiosa, da *relatividade dos direitos subjetivos*" (*Abuso do direito*, cit., p. 97).

foi JOSSE RAND⁵². A oposição a esta teoria, porém, não foi de pouca monta. Escritores houve, como PLANIOL, que chegaram a encarar o instituto do abuso do direito como verdadeira contradição resultante de sua própria denominação, afirmando que um ato não pode, ao mesmo tempo, ser conforme ao direito e contrário ao direito⁵³.

Todavia, os direitos até então tidos como absolutos (como, por exemplo, o direito de propriedade)⁵⁴ não se coadunavam com a realidade vigente, tendo de se curvar à tese da relatividade, pois, “se pudessem ser exercidos sem outros limites que os da lei escrita, com indiferença, se não desprezo, da missão social das relações jurídicas, os absolutistas teriam razão. Mas, a despeito das intransigências deles, fruto da crença a que se aludiu, a vida sempre obrigou a que os direitos se adaptassem entre si, no plano do exercício”⁵⁵. Assim, passou-se à compreensão predominante de que o direito, em verdade, não é um conceito absoluto, havendo limites ao seu exercício⁵⁶.

Contribuiu enormemente para a construção da teoria do abuso do direito, precedendo inclusive à doutrina, a jurisprudência dos Tribunais, sobretudo na França. A literatura jurídica registra uma decisão do Tribunal de Colmar, proferida em 1855, na qual foi condenado um proprietário que construía sobre sua casa uma falsa, volumosa e inútil chaminé, em frente à janela de um vizinho,

52. Imprescindível a consulta a Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*. Deuxième édition. Paris, Dalloz, 1939. Eis as primeiras frases que iniciam a referida obra: “*Les vues de l'esprit les plus simples et les plus sûres ne sont pas toujours celles qui rencontrent le plus crédit auprès de la conscience universelle, ni même auprès de la conscience juridique: alors que des sophismes spécieux résistent indéfiniment à la action du temps comme à celle de la critique, il est des vérités éternelles, des idées-forces, ou, pour parler le langage anglo-saxon, des 'standards' fondamentaux qui, bien que représentant l'armature de toutes les législations à toute époque et dans tout pays, se trouvent périodiquement ou constamment sujets à contestation, à régression, voire même à négation: de ce nombre est le concept de la relativité, et par conséquent de l'abus des droits qui constitue une des pièces maîtresses des systèmes juridiques de tous les pays civilisés, ou, plus exactement, l'atmosphère, le 'climat' dans lequel ces systèmes se développent et se réalisent*” (*op. cit.*, p. 1).

53. Deixou consignado Marcel Planiol: “*le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut pas y avoir usage abusive d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit. Ce qui est vrai, c'est que les droits ne sont presque jamais absolut; la plupart sont limités dans leur étendue et soumis pour leur exercice à des conditions diverses. Quand on sort des ces limites ou qu'on n'observe pas ces conditions, on agit en réalité sans droit. Il peut donc y avoir des abus dans la conduite des hommes, mais ce n'est pas quand ils exercent leurs droits, c'est quand ils les dépassent; l'homme abuse des choses, il n'abuse pas des droits*” (*Traité élémentaire de droit civil*. Tome Deuxième. Troisième édition. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, p. 337).

54. Dispõe o art. 544 do Código Civil napoleônico de 1804: “*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*”.

55. Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 354.

56. Mariano D'Amelio, *Abuso del diritto*. Nuovo Digesto italiano. Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1937, p. 49. Na doutrina brasileira, no mesmo sentido, Jorge Americano, *Do abuso do direito no exercício da demanda*, *cit.*, p. 41.

com o único objetivo de tapar a este a entrada de luz. A Corte determinou a demolição da chaminé construída, deixando a salvo, ainda, o direito do vizinho ao ressarcimento⁵⁷. Já em 1856, o Tribunal de Lyon decidiu uma lide em que certo proprietário havia adaptado à sua fonte de água mineral uma bomba cujo jarro contínuo determinava uma diminuição de aproximadamente dois terços no rendimento de uma outra fonte existente em terreno contíguo. A intenção maliciosa do proprietário se revelava pelo fato de nenhuma utilização ter sido extraída do aumento da quantidade de água que jorrava de sua fonte, que, aliás, se perdia em um córrego vizinho, sem nenhum proveito para aquele. Condenando-o, o Tribunal deixou consignado que o direito do proprietário encontra limites na obrigação de permitir que o vizinho goze de seu direito, bem como não ser juridicamente tolerável um ato inspirado exclusivamente na intenção de prejudicar⁵⁸. Célebre ainda foi o *affaire Clément Bayard*: um proprietário da região de *Pierrefond* foi condenado pela Corte de Amiens, em 1912, pelo fato de ter erguido em seu terreno, próximo de um hangar de balões dirigíveis, altas torres de madeira, nos vértices das quais instalou lanças de ferro capazes de danificar os balões que se alçavam ou aterrissavam. Considerou a Corte que era manifesto o propósito de prejudicar, faltando ao proprietário do terreno qualquer interesse ou utilidade em erigir as torres⁵⁹.

À teorização do abuso do direito não ficaram alheios os legisladores dos mais diversos países. Contudo, apesar de o desenvolvimento da teoria ter-se devido à sensibilidade da jurisprudência e doutrina francesas, não encontrou amparo no Código Civil napoleônico de 1804, ainda excessivamente impregnado de concepções individualistas⁶⁰. A primazia no plano legislativo parece ter sido do Código Civil alemão de 1900, o qual em seu § 226 dispôs, dando ênfase à intenção de prejudicar, o seguinte: “*Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen*”⁶¹. Por sua vez, e com conotação um pouco distinta da alemã, sem a alusão ao escopo emulativo⁶², o

57. O caso é citado por Carlos Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, cit., pp. 109/110.

58. O exemplo é mencionado por Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droit*, cit, pp. 30/31.

59. Também este caso foi trazido à colação por Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droit*, cit., p. 27/28.

60. Deixou consignado, a este respeito, Pontes de Miranda: “Quando, no começo do presente século, Marcel Planiol, L. Barde, A. Esmein e outros se opõem em atitude hostil à teoria do abuso do direito, ou do abuso do exercício do direito, ainda representavam a mentalidade que presidiu à feitura do Code Napoléon” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 355).

61. “É inadmissível o exercício de um direito, quando só possa ter o fim de causar dano a outrem” (tradução livre do autor).

62. Consoante anota comparativamente, Sandra Levanti, “*il modello tedesco reca, infatti, la regola, frutto di generalizzazione dell'antico divieto di atti di emulazione, secondo la quale l'esercizio del diritto è inammissibile se può avere il solo scopo di provocare danno ad altri*”; *l'art. 2 del codice civile svizzero ha adottato la più ampia formulazione secondo la quale 'il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge'*” (*Abuso del diritto*. Disponível em www.diritto.it/articoli/civile/levanti.html. Acesso em 5 de março de 2004).

Código Civil suíço, de 1907, em seu art. 2º, estatuiu: “Art. 2 – 1. *Chacun est tenu d’exercer ses droits et d’exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi*; 2. *L’abus manifeste d’un droit n’est pas protégé par la loi*”.

Na Itália, da redação original do Código Civil de 1942 não constou nenhuma cláusula genérica de vedação ao abuso do direito⁶³. Não obstante, parcela da doutrina, com fulcro em algumas disposições esparsas daquele Código, tem enxergado a adoção da teoria do abuso. Uma das regras utilizadas consiste no art. 883, o qual, ao dispor sobre o direito de propriedade, proibiu os chamados atos emulativos: “*Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri*”⁶⁴.

Em Portugal, o Código Civil de 1966 dispôs em seu art. 334 que “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”⁶⁵.

O Código Civil espanhol de 1889, inicialmente não fez previsão quanto ao abuso de direito; todavia, seu Título Preliminar foi reformado em 1974, e passou o art. 7.2 a contar com a seguinte redação: “*La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*”.

Passando a terrenos latino-americanos, no México, o Código Civil para el Distrito Federal en materia comun y para toda la República en materia federal, de 1928, dispôs em seu artigo 1912: “*Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho solo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho*”.

Na Argentina, por força da Lei nº 17.711, de 1968, o art. 1.071 do Código Civil argentino passou a abrigar a teoria do abuso do direito nos termos seguintes: “*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 contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al*

63. Porém, observa, Sandra Levanti que o projeto preliminar do Código Civil, em seu art. 7º, proclamava em termos gerais que “*nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto*”, mas tal regra não chegou a integrar o texto definitivo do referido Código (*Abuso del diritto*). Disponível em <http://www.diritto.it/articoli/civile/levanti.html>. Acesso em 5 de março de 2004).

64. No sentido exposto no texto, vide Anna Canova, *Atti emulativi e abusi del diritto proprio*. Disponível em <http://www.giuridicamente.com/atti.html>. Acesso em 2 de agosto de 2004.

65. Na doutrina portuguesa, para maiores detalhamentos sobre o abuso do direito, vide, por todos, Fernando Cunha de Sá, *Abuso do direito*. Coimbra, Almedina, 1997.

reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”⁶⁶.

Ainda na América do Sul, a Bolívia, no art. 107 do Código Civil de 1976, adotou expressamente a teoria do abuso do direito, proibindo ainda os atos emulativos: “El propietario no puede realizar actos con el único propósito de perjudicar o de ocasionar molestias a otros y, en general, no le está permitido ejercer su derecho en forma contraria al fin económico o social en vista al cual se le ha conferido el derecho”.

Ao Código Civil da Venezuela, de 1982, também não escapou a tratativa no abuso do direito, dispondo em seu artigo 1.185: “El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, esta obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho”.

Já o Paraguai, no art. 372 do Código Civil de 1985, estatuiu: “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente”.

Desenvolvimento peculiar do abuso do direito pode observar-se no ordenamento jurídico peruano. De início, o Código Civil de 1936, no artículo II de seu Título Preliminar, estabeleceu: “La ley no ampara el abuso del derecho”; em 1984, outro Código Civil substituiu aquele, dispondo, também no mesmo artículo II de seu Título Preliminar, que “la ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho. Al demandar, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”. Contudo, tal norma foi modificada em 1992, por intermédio do decreto-ley 25.490, ganhando ainda maior amplitude: “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”. A evolução do abuso do direito no Peru⁶⁷ terminou por chegar ao patamar de norma constitucional: a Constituição peruana de 1993, na quarta alínea de seu art. 103 estabeleceu: “La Constitución no ampara el abuso del derecho”.

66. Sobre o abuso do direito na Argentina, *vide*, em especial, Aída Kemelmajer de Carlucci, *Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina*. Revista de Derecho Privado y Comunitario. n° 16. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, pp. 209/286; No mesmo sentido, Luis Moisset de Espanés, *El abuso del derecho*. Disponível em www.acader.unc.edu.ar/artabusodelderecho.pdf. Acesso em 23 de julho de 2004.

67. Especificamente sobre o Peru, *vide* Marcial Rubio Correa, *El abuso del derecho en el Perú. Abuso del derecho*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 16. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, pp. 193/207.

Mesmo em terrenos distantes do Ocidente, como por exemplo em Macau, pode-se atestar a proscricção ao abuso do direito. Este país, no art. 326º de seu Código Civil vigente em 1999, adotou regra idêntica àquela que prescrevera o antigo colonizador português em 1966: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”. Ainda no Oriente, na República Popular da China, embora sem referência expressa à vedação ao abuso do direito, consagrou o artigo 7 dos Princípios Gerais do Direito Civil, adotados em 1986: “*Civil activities shall have respect for social ethics and shall not harm the public interest, undermine state economic plans or disrupt social economic order*”.

No Brasil, o Código Civil de 1916 não se referiu de maneira explícita à figura do abuso do direito⁶⁸. O art. 160, I, daquele diploma estatuiu não constituírem atos ilícitos os praticados “no exercício regular de um direito reconhecido”. Por força da expressão “exercício regular”, a doutrina civilística passou a afirmar que, utilizando-se de interpretação *a contrario sensu*, pode-se constatar que o Código consagrou, ainda indiretamente e de modo genérico, a tese do abuso do direito⁶⁹. Também se enxergou no art. 554 do mesmo Diploma⁷⁰, quando da repressão ao uso nocivo da propriedade, uma aplicação da referida teoria⁷¹. Mas o Código de Processo Civil de 1939, sobretudo em seu art. 3º, fez alusão expressa ao instituto⁷². O recente Código Civil de 2002 cuida do abuso do direito em seu art. 187, o qual estatui: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Ressalte-se, por oportuno, que a Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, XXIII, já havia determi-

68. Contudo, ainda na época do Império, à figura do abuso do direito fez alusão a Lei de 20 de setembro de 1830, a qual dispôs sobre o abuso da liberdade de imprensa. O art. 1º desta Lei estatuiu: “Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publicar-os pela imprensa sem dependencia de censura, com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commeterem em exercicio deste direito, nos casos e pela fórma que esta Lei prescreve. Constituição art. 179, § 4º”.

69. Neste sentido, Clóvis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Volume I, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1940, p. 429; J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*. Parte Geral. Volume III. 4ª ed. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1950, p. 338; Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*. Volume I. 8ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos Editora, 1996, p. 536; Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*. 1ª Volume. 30ª ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 282; Silvio Rodrigues, *Direito Civil. Parte geral*. Volume I. 18ª ed. São Paulo, Saraiva, 1988, p. 337; José Carlos Barbosa Moreira, *Abuso do direito*, cit., p. 100.

70. Estatuiu o art. 554 do Código Civil brasileiro de 1916: “O proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam”.

71. Assim, Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, Volume I. 16ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 431.

72. Dispunha o art. 3º do Código de Processo Civil de 1939: “Responderá por perdas e danos a parte que intentar a demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro. Parágrafo único: O abuso do direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo”.

nado que “a propriedade atenderá a sua função social”, estabelecendo regras sobre a função social da propriedade urbana (art. 182, § 2º) e rural (art. 186)⁷³.

Atualmente, os reclamos ao abuso do direito podem ser verificados nos mais variados setores do universo jurídico⁷⁴. Decerto, a teoria fincou raízes e se desenvolveu no direito privado, com os principais dispositivos a regulamentar a matéria sendo encontrados, de início, em códigos e leis civis. Não obstante, a tese encontrou guarida legislativa nos mais diversos ramos do direito, chegando ao ponto de se erigir em verdadeiro *princípio geral*⁷⁵.

No próprio direito civil, o abuso pode verificar-se, *e.g.*, no direito de propriedade, nas relações contratuais⁷⁶, no exercício do pátrio poder (hoje melhor denominado *poder familiar* pelo art. 1603 do Código Civil de 2002)⁷⁷ e mesmo nas relações conjugais⁷⁸. No campo empresarial, é comum a invocação do abuso do direito por majorias ou minorias societárias⁷⁹ e, como dispunha a anterior Lei de

73. Dispõe o art. 182, § 2º, da Constituição da República de 1988: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. Já o art. 186 da mesma Carta estatui: “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

74. Neste sentido, dentre inúmeros, cite-se, na doutrina italiana, Anna Canova. *Atti emulativi e abusi del diritto proprio*. Disponível em <http://www.giuridicamente.com/atti.html>. Acesso em 15 de agosto de 2004. *Vide*, ainda, com amplo apanhado de hipóteses concretas, Aída Kemelmajer de Carlucci. *Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina, op. cit.*, p. 209/286.

75. Assim, Ludwig Enneccerus; Theodor Kipp; Martin Wolf, *Derecho civil (parte general)*. Primer Tomo, II. Barcelona, Bosch Editorial, 1935, p. 532/533. Bem ressalta Cháim Perelman: “Mas essa teoria do abuso de direito pode ser generalizada. Todo uso desarrazoado de um poder discricionário será censurado como abusivo, e isto em todos os ramos do direito” (*Ética e direito, cit.*, p. 682).

76. A respeito deste tema, em especial, *vide*, Rosalice Fidalgo Pinheiro, *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

77. Preciso, no tocante à nomenclatura, José Carlos Barbosa Moreira: “Certos exemplos afiguram-se impertinentes, porque não se referem a *direitos* propriamente ditos, senão a *poderes-deveres* que o ordenamento outorga a determinadas pessoas no interesse de outra (ou de outras). É o que se dá com o ‘poder paternal’ (entre nós se diria ‘poder familiar’: art. 1.603 do novo Código Civil), a que só em acepção pouco técnica se pode chamar ‘direito’. Decerto pode ocorrer abuso no exercício desses poderes-deveres” (*Abuso do direito, cit.*, p. 106/107).

78. Sobre o abuso nas relações conjugais, consulte-se, na doutrina argentina, Eduardo A. Zannoni, *El abuso de derecho y las relaciones conyugales*. Abuso del derecho. *Revista de Derecho Privado y Comunitário*, nº 16. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, pp. 127/137.

79. A Lei nº 6.404/76, que dispôs sobre as sociedades por ações, regulamentou em seu art. 115 o abuso do direito de voto: “Art. 115. O acionista deve exercer o direito de voto no interesse da companhia; considerar-se-á *abusivo* o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. (...) § 3º O acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido” (*o grifo não consta do original*). Especificamente na doutrina argentina, *vide* Héctor Alegria, *El abuso de mayoría y de minoría en las sociedades anónimas*. Abuso del derecho. *Revista de Derecho Privado y Comunitário*, nº 16. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, pp. 319/392.

Falimentar (art. 20 do Decreto-lei nº 7.661/45)⁸⁰, nos requerimentos abusivos de falência. Nas relações de consumo a figura do abuso também pode fazer-se presente no âmbito contratual, com as chamadas cláusulas abusivas⁸¹, ou mesmo em questões relativas à desconsideração da personalidade jurídica⁸². Ainda se pode vislumbrar o referido instituto no direito do trabalho, *v.g.*, no exercício abusivo do direito de greve (art. 14 da Lei nº 7.783/89)⁸³. No direito administrativo, a faceta do abuso do direito se desenvolveu por intermédio da teoria do abuso de poder, do qual constituem espécies o abuso e o excesso de poder na prática de atos administrativos⁸⁴. Relativamente ao direito penal, o abuso de autoridade foi erigido à categoria de ilícito penal, nos termos da Lei nº 4.898/65. No direito eleitoral, o abuso pode surgir, por exemplo, no procedimento eletivo⁸⁵. O abuso também pode verificar-se no direito processual civil⁸⁶, por exemplo,

80. Dispunha o art. 20 da Decreto-lei nº 7.661/45 (a já revogada Lei de Falências): “Quem por dolo requerer a falência de outrem, será condenado, na sentença que denegar a falência, em primeira ou segunda instância, a indenizar ao devedor, liquidando-se na execução da sentença as perdas e danos. Sendo a falência requerida por mais de uma pessoa, serão solidariamente responsáveis os requerentes. Parágrafo único. Por ação própria, pode o prejudicado reclamar a indenização, no caso de culpa ou *abuso* do requerente da falência denegada” (grifo nosso).

81. *Vide*, por exemplo, os arts. 51 a 53 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), os quais se inserem na Seção II, do Capítulo VI do referido Diploma, a qual se denomina *Das cláusulas abusivas*. Quanto a esta particularidade, *vide* a primorosa obra de Heloísa Carpena, *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

82. Regulamentando a desconsideração da personalidade jurídica, dispôs o art. 28 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor): “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver *abuso de 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” (grifos nossos).

83. Preceitua o art. 14 da Lei nº 7.783/89: “Art. 14. Constitui *abuso do direito de greve* a inobservância das normas contidas na presente Lei, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho. Parágrafo único. Na vigência de acordo, convenção ou sentença normativa não constitui abuso do exercício direito de greve a paralisação que: I – tenha por objetivo exigir o cumprimento de cláusula ou condição; II – seja motivada pela superveniência de fatos novos ou acontecimento imprevisto que modifique substancialmente a relação de trabalho” (grifos nossos).

84. Assim, Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966, pp. 78/79.

85. Discorrendo sobre o assunto, Emerson Garcia deixou consignado: “Especificamente no âmbito do procedimento eletivo, identificar-se-á o ato abusivo sempre que alguém, ao exercer o seu direito, prejudicar o direito de igualdade de todos no pleito, afetando sua normalidade e legitimidade” (O abuso de poder no procedimento eletivo. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11. jan./jul. de 2000, p. 95).

86. Com maior desenvolvimento, pode-se consultar, na doutrina argentina, a obra coletiva dirigida por Jorge W. Peyrano e coordenada por Juan Alberto Rambaldo, *Abuso procesal*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001. Ainda na doutrina argentina, *vide* Alberto Luis Maurino. *Abuso del derecho en el proceso*. Buenos Aires, La Ley, 2001. Na doutrina brasileira, *vide* a obra coletiva, coordenada por José Carlos Barbosa Moreira, *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2000; e, ainda, Rui Stoco, *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, e Brunela Vieira de Vincenzi, *A boa-fé no processo civil*. São Paulo, Editora Atlas, 2003.

com o instituto da litigância de má-fé (art. 17 do Código de Processo Civil)⁸⁷ e na hipótese de interposição do recurso de embargos de declaração com caráter manifestamente protelatório (art. 538 do Código de Processo Civil). Igualmente no processo penal, *v.g.*, na inadmissão da fungibilidade recursal quando o recorrente tenha procedido de má-fé (art. 579 do Código de Processo Penal). Ajunte-se que neste ramo do direito processual, em vários outros institutos e matérias, a figura do abuso do direito vem ganhando especial tratativa, de acordo com o que vêm estatuindo as mais recentes codificações latino-americanas, como na Venezuela⁸⁸, no Paraguai⁸⁹, na Colômbia⁹⁰ e no Equador⁹¹. Frise-se que até mesmo no ramo do direito internacional público podem os Estados soberanos exercer abusivamente direitos que lhe são conferidos⁹².

87. Estatui o art. 17 do Código de Processo Civil: "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; VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório". Para maiores detalhes, em doutrina, *vide* Ana Lúcia Iucker Meirelles de Oliveira, *Litigância de má-fé*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

88. Assim, por exemplo, o Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela, de 1998, que em seu artigo 102, dispôs: "Artículo 102. Buena Fe. Las partes deben litigar con buena fe, evitando los planteamientos dilatorios, meramente formales y cualquier abuso de las facultades que este Código les concede. Se evitará, en forma especial, solicitar la privación preventiva de libertad del imputado cuando ella no sea absolutamente necesaria para asegurar las finalidades del proceso".

89. O Código Procesal Penal do Paraguay, também do ano de 1998, dispôs em seu artigo 112: "Artículo 112. Buena Fe. Las partes deberán litigar con buena fe, evitando los planteos dilatorios y cualquier abuso de las facultades que este código les concede. No se peticionará la prisión preventiva del procesado cuando ella no sea absolutamente necesaria para asegurar las finalidades del procedimiento (...).

90. No ano de 2000, o Código de Procedimiento Penal da Colômbia, estabeleceu em seu artigo 17: "Artículo 17. Lealtad. Quienes intervienen en la actuación procesal están en el deber de hacerlo con absoluta lealtad y buena fe. Deben obrar sin temeridad en el ejercicio de los derechos y deberes procesales". Em seu artigo 146, o mesmo Código cuidou das condutas temerárias e da má-fé processual: "Artículo 146. Temeridad o mala fe. Se considera que ha existido temeridad o mala fe, en los siguientes casos: 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal en la denuncia, recurso, incidente o cualquier otra petición formulada dentro de la actuación procesal; 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; 3. Cuando se utilice cualquier actuación procesal para fines claramente ilegales, dolosos o fraudulentos; 4. Cuando se obstruya la práctica de pruebas u otra diligencia; 5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal de la actuación procesal".

91. No mesmo ano de 2000, o Código de Procedimiento Penal do Equador, permitiu em seu art. 249 a responsabilização do acusador particular quando tiver atuado de maneira temerária ou maliciosa: "Art. 249. Acciones por denuncia o acusación temerarias o maliciosas. Si la denuncia o la acusación particular han sido calificadas en el auto de sobreseimiento definitivo como maliciosas o temerarias el que obtuvo a su favor el sobreseimiento podrá ejercer contra el denunciante o el acusador, las acciones respectivas conforme a lo establecido en este Código".

92. Neste sentido, consulte-se Celso de Albuquerque Mello, *Responsabilidade internacional do Estado*. Rio de Janeiro, Renovar, 1995, p. 163.

3. A CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO SEGUNDO O NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O Código Civil de 2002, de maneira inovadora em relação ao texto revogado, consagrou como regra geral, e de forma expressa, o instituto do abuso do direito, embora sem utilizar-se desta nomenclatura. Inspirando-se o legislador brasileiro no art. 334 do Código Civil português de 1966, fez constar do art. 187 do novo Código Civil: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". A redação do dispositivo, com a expressão "também", faz transparecer que, *de lege lata*, houve subsunção do abuso do direito ao ato ilícito. Este teria duas espécies: a violação de direito alheio, prevista no art. 186 ("Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"), e o abuso do direito (art. 187).

Contudo, apesar de certa resistência doutrinária⁹³, pode-se afirmar que as figuras do abuso do direito e do ato ilícito distinguem-se de maneira nítida. Com efeito, "o ilícito, sendo resultante da violação de limites formais, pressupõe a existência de concretas proibições normativas, ou seja, é a própria lei que irá fixar limites para o exercício do direito. No abuso não há limites definidos e fixados aprioristicamente, pois estes serão dados pelos princípios que regem o ordenamento, os quais contêm seus valores fundamentais"⁹⁴. Com o comportamento abusivo há obediência apenas aos limites objetivos do preceito legal, mas fere-se ostensivamente a destinação do direito⁹⁵. Mas tanto à violação de direito alheio (art. 186) quanto ao abuso do direito (art. 187) atribuiu-se uma consequência comum, segundo o art. 927 do Código Civil: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

93. Já sob a égide do Código Civil de 1916, sustentava a identificação do abuso do direito ao ato ilícito, Americano, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1932, p. 40. Igualmente, Everardo da Cunha Luna, *O abuso de direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1988, p. 55; J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*. Parte Geral. Volume III. 4ª ed. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1950, pp. 338/339; Paulo Dourado de Gusmão, Abuso do direito, velho tema, sempre atual. *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, vol. 20, julho/dezembro 1974, p. 56.

94. Heloísa Carpena, *O abuso do direito no Código Civil de 2002*. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. A Parte Geral do novo Código Civil (Org. Gustavo Tepedino). 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 382. No mesmo sentido, também diante do Código Civil brasileiro de 2002, Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil*. Volume I. 3ª ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 608. Neste particular, cabe trazer à colação a ponderação de José Carlos Barbosa Moreira: "Semelhante equiparação, já se registrou, não é pacífica em doutrina. E, na verdade, parece razoável, do ponto de vista teórico, o entendimento que distingue as duas figuras. Uma é a situação de quem, sem poder invocar a titularidade de direito algum, simplesmente viola direito *alheio*: seria esse o autêntico perfil do ato ilícito. Outra situação é a daquele que, sendo titular de um direito, *irregularmente o exerce*" (*Abuso do direito*, *cit.*, p. 104). Ainda na mesma esteira, mas sob a égide do Código Civil de 1916, Orlando Gomes. *Introdução ao direito civil*, 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 135.

95. Alvinio Lima, Abuso de direito. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro* (Org. J. M. Carvalho Santos). Volume I. Rio de Janeiro, Borsoi, s/d., p. 326.

Uma observação que se faz à redação do dispositivo constante do art. 187 do Estatuto Civil de 2002 consiste no emprego da expressão “exercê-lo”, a qual poderia induzir à conclusão de que a omissão não poderia ser qualificada como abusiva⁹⁶. Contudo, ao contrário do que se possa tentar extrair de uma leitura apressada, o uso desarrazoado de um direito pode consistir também em atitude omissiva por parte de seu titular, vale dizer, o *uso desarrazoado* ou o *mal uso* de um direito podem ser provenientes tanto de um ato comissivo quanto de um *non facere*⁹⁷. Neste particular, vale remarcar que a esta faceta do abuso não ficou desatento o legislador peruano, ao reformar o Código Civil de 1984⁹⁸.

Para a caracterização do abuso do direito, a pedra de toque fundamental é a ultrapassagem de determinados limites, quando do respectivo exercício do direito⁹⁹. Tais limites, de acordo com o art. 187 do Código Civil, podem ser impostos: a) pelo fim econômico ou social do direito exercido; b) pela boa-fé; c) pelos bons costumes. “O titular precisa exceder *ao menos uma* dessas categorias de limites. Não é necessário que exceda *mais de uma*: a enumeração é alternativa, não cumulativa”¹⁰⁰. As expressões elencadas como critérios para a aferição do ato abusivo se consubstanciam em conceitos juridicamente indeterminados¹⁰¹, com-

96. Considerando possível que o ato de omissão no exercício de um direito possa ser qualificado como abusivo, Heloísa Carpena, *O abuso do direito no Código Civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*, cit., p. 393. Na mesma passagem, assevera a autora: “Vale lembrar que até mesmo o ato de disposição ou de aquisição pode configurar o abuso, não se cuidando tampouco de exercício do direito”.

97. Sobre este aspecto, deixou assentado Fernando Cunha de Sá: “exercer significa assumir um comportamento e neste tanto cabe a acção como a omissão e quer a acção que representa a directa actuação do conteúdo qualificado em termos de direito subjetivo como a sua defesa mediante o emprego das diversas formas de tutela de um direito” (*Abuso do direito*. Coimbra, Almedina, 1997, p. 212).

98. O *artículo II do Título Preliminar* do Código Civil peruano de 1984 foi modificado em 1992, por intermédio do *decreto-ley 25.490*, ganhando maior amplitude, o que fez com que abarcasse a omissão abusiva, e permitisse também a tutela cautelar a fim de prevenir ou suprimir o abuso do direito. Tal dispositivo passou a contar com a seguinte redação: “*La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso*”.

99. De acordo com o texto, Heloísa Carpena, *O abuso do direito no Código Civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*, cit., p. 380.

100. José Carlos Barbosa Moreira, *Abuso do direito*, cit., p. 105.

101. A pena precisa de José Carlos Barbosa Moreira deixou consignado: “Nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico. Recorre então o legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe parece essencial, e deixando ao aplicador da norma, no momento da *subsunção* – quer dizer, quando lhe caiba determinar se o fato singular e concreto com que se defronta corresponde ou não ao modelo abstrato –, o cuidado de ‘preencher os claros’, de cobrir os ‘espaços em branco’. A doutrina costuma falar, ao propósito, em ‘conceitos juridicamente indeterminados’ (*Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*. Temas de Direito Processual. Segunda Série. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1988, p. 64).

petindo ao aplicador da norma dar-lhes concreção, por intermédio das chamadas regras de experiência, tendo em vista as características de cada espécie. De qualquer forma, quanto aos limites impostos pelo “fim econômico ou social”, muitas vezes não será fácil alcançar a sua exata significação, pois nem sempre é transparente a finalidade em virtude da qual se atribui um direito a alguém. Não assim, por exemplo, em hipóteses relacionadas com o do direito de propriedade, o qual, segundo a dicção do art. 5º, XXIII, da Constituição da República de 1988, deve atender à sua função social, a qual é especificada nos arts. 182, § 2º, e 186 da mesma Carta Constitucional. Já a boa-fé a que alude o art. 187 do Código Civil consiste na chamada boa-fé *objetiva*¹⁰², em cujo conceito estão subentendidas as regras de conduta fundadas na honestidade, na lealdade, na retidão, em consideração e cooperação com a outra parte, ou, ainda, com a sociedade¹⁰³. À última das expressões utilizadas pelo legislador, “bons costumes”, pode-se designar como “o conjunto de normas éticas geralmente observadas e tidas como relevantes para a preservação do equilíbrio nas relações mútuas entre os membros da comunidade”¹⁰⁴.

Dentro deste prisma de caracterização do ato abusivo, cumpre ainda verificar se para ela concorre a *intenção de prejudicar* por parte daquele que exerce o seu direito de maneira irregular; ou se a identificação deve ser feita com base em dados objetivos, como, por exemplo, a incompatibilidade entre o comportamento adotado e o fim econômico ou social visado pela norma atributiva do direito. Ao contrário do que estatuiu, por exemplo, o § 226 do Código Civil alemão, não fez o legislador brasileiro alusão à intenção de prejudicar; e muito menos requer a norma do art. 187 do Código Civil tenha o comportamento do agente esse fim como o único¹⁰⁵.

Assim, o exercício abusivo de um direito não se restringe às hipóteses nas quais se ateste o nítido o intento de prejudicar, de causar dano. Embora o elemento subjetivo revelado pela atitude dolosa ou culposa possa integrar a noção do ato abusivo, não é essencial à sua configuração, pois, para tanto, a análise deve circunscrever-se ao desvio finalístico do exercício do direito¹⁰⁶. Cuida-se da adoção do critério do *motivo legítimo*, o qual se extrai das condições objetivas nas quais foi exercido o direito, cotejando-as com sua finalidade e com a missão social que lhe é atribuída, com o padrão de comportamento dado pela boa-fé e

102. Assim, Heloísa Carpena, *O abuso do direito no Código Civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*, cit., p. 391.

103. Assim, Brunela Vieira de Vincenzi, *A boa-fé no processo civil*. São Paulo, Atlas, 2003, p. 159.

104. José Carlos Barbosa Moreira, *Abuso do direito*, cit., p. 106.

105. Neste sentido, José Carlos Barbosa Moreira, *Abuso do direito*, cit., p. 105.

106. Assim, Sílvio de Salvo Venosa: “O novo Código, de forma elegante e concisa, prescinde da noção de culpa, no art. 187, para adotar o critério objetivo-finalístico. É válida, portanto, a afirmação apresentada de que o critério de culpa é acidental e não essencial para a configuração do abuso” (*Direito Civil*. Volume I, cit., p. 609).

com a consciência dominante, expressa no conceito de bons costumes¹⁰⁷. Portanto, deve ser adotado um critério *objetivo* na verificação do ato abusivo¹⁰⁸.

Ressalve-se, contudo que o próprio Código Civil, no art. 1.228, § 2º, ao regulamentar o direito de propriedade, afastou-se do critério objetivo, fazendo expressa menção ao *animus nocendi*: “São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”. Consta-se, de plano, a falta de sintonia entre este preceito legal e aquele constante do art. 187 do mesmo Código¹⁰⁹. Porém, à mistura ou confusão de critérios não escaparam, de igual maneira, os já citados Códigos da Venezuela (art. 1.185) e da Bolívia (art. 107), os quais, a par de critérios objetivos, também fizeram menção à intenção de prejudicar. Nem por isso, todavia, será correto infirmar o critério objetivo, o qual deve seguir orientando a caracterização dos comportamentos abusivos.

Finalmente, cumpre averiguar a necessidade de existência de um *dano* para que se tenha como estabelecido o ato abusivo. Neste particular, parcela dos doutrinadores coloca como pressuposto do comportamento abusivo a ocorrência de um evento danoso¹¹⁰. Porém, consoante o Código Civil de 2002, somente

107. Heloísa Carpena, *O abuso do direito no Código Civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*, cit., 391. Igualmente, com referência ao “motivo legítimo”, Pedro Batista Martins: “Em verdade, os vários critérios de avaliação do abuso do direito, identificando-se pelo seu cunho teleológico, confundem-se igualmente pela identidade de sua natureza e de seus fundamentos. Realmente, o exercício anti-social ou anti-funcional do direito, desvio do direito de sua finalidade econômica ou social, ausência de motivos sérios e legítimos, falta de utilidade ou de interesse, exercício anormal ou irregular do direito são critérios distintos apurados pela doutrina para facilitar ao juiz a apreciação do ato abusivo. No fundo, porém, todos esses critérios são meios diversos que se podem adotar para a realização do mesmo fim: verificar se o exercício do direito foi inspirado em motivo legítimo” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, Rio de Janeiro, Revista Forense, 1949, pp. 27/28).

108. Já preconizava o critério objetivo Jorge Americano, *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 56; também assim, Alvino Lima, *Abuso de direito*. Repertório enciclopédico do direito brasileiro (Org. J. M. Carvalho Santos), vol. I, Rio de Janeiro, Borsoi, s/d., p. 346. No mesmo sentido, segundo o Código Civil de 2002, José Carlos Barbosa Moreira, *Abuso do direito*, cit., p. 105; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil*, vol. I, cit., p. 609; Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery, *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 109/110; Heloísa Carpena, *O abuso do direito no Código Civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*, cit., p. 393.

109. Assim, José Carlos Barbosa Moreira, *Abuso do direito*, cit., p. 107.

110. Assim, por exemplo, Pedro Batista Martins, *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 165. Na doutrina argentina, é o que afirma Rodolfo L. Vigo: “¿Se requiere el daño para la configuración del abuso? Aun cuando Fernández Sessarego sostenga que ‘el daño no es tampoco un elemento esencial’, nos parece imprescindible insistir que sin alguien afectado o perjudicado no hay posibilidad de jurisdicción la conducta, porque el Derecho no tiene por sentido hacer buenos a los hombres sino que se conforma con modelar buenos ciudadanos, es decir, que respeten y confieran a los otros lo que les corresponde. El otro ‘dañado’ por el abuso puede ser alguien individual o la sociedad toda, y el bien que se perjudica no inevitablemente tiene que ser patrimonial” (*Consideraciones iusfilosóficas sobre el “abuso del derecho”*. *Abuso del derecho*. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 16. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, pp. 316/317).

em relação ao art. 186, que regulamenta a violação de direito alheio, se encontra referência ao dano; não assim no dispositivo seguinte (art. 187), que cuida do abuso do direito¹¹¹. Poder-se-ia argumentar que sem a existência de lesão ou dano a direito alheio seria irrelevante perquirir se o agente exerceu o seu direito de maneira abusiva ou desarrazoada. Todavia, não se deve olvidar que outras sanções distintas da recomposição patrimonial do dano podem ser impostas à atitude abusiva, como por exemplo, “deixar de aplicar a regra consagrada do benefício que se quis maliciosamente fazer incidir”¹¹², ou mesmo ser o ato declarado *ineficaz*¹¹³. Portanto, pode-se afirmar que o ato configurador do abuso do direito pode não causar dano patrimonial, mas nem por isso deixará necessariamente de ostentar a qualidade abusiva¹¹⁴, podendo dar ensejo a outras medidas repressivas que não a indenização patrimonial.

4. CONCLUSÕES

Sem qualquer pretensão de demonstrar o acerto das teses expostas durante todo o itinerário, apresentam-se a seguir as ideias desenvolvidas no presente ensaio, que podem ser reconduzidas, em apertada síntese, às proposições objetivas que se seguem:

a) Desde a mais remota antiguidade, o gênero humano foi capaz de intuir o sentimento de injustiça, relacionado-o sempre ao imoderado, ao excessivo, ao descomedido, ao abusivo;

b) Nas mais diversas concepções sobre a Justiça, dos pensadores mais antigos ao jusfilósofos contemporâneos, encontrar-se-á a supressão ao desarrazoado, à tirania, ao excesso, à iniquidade, ao descomedimento, enfim, ao abuso, os quais intuitivamente ter-se-ão por *injustos*;

c) Existe uma conexão entre o abuso do direito e a intelecção do que seja injusto ou desarrazoado, o que remete à necessária vinculação entre o direito e o

111. No sentido do texto, afirma, magistralmente, José Carlos Barbosa Moreira: “Para quem pensa, como nos parece correto, que os pressupostos do art 186 não são exigíveis para a caracterização do abuso do direito, esta figura poderá ocorrer sem que o comportamento do agente cause dano a outrem” (*Abuso do direito, cit.*, p. 108).

112. José Carlos Barbosa Moreira, *Abuso do direito, cit.*, p. 102. No mesmo sentido, na doutrina argentina, Jorge W. Peyrano, *Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil*. Abuso procesal. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, pp. 192/93.

113. Assim, dentre outros, Ricardo Luis Lorenzetti, *Abuso del derecho, contratos de duración y distribución de bienes*. Abuso del derecho. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 16. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 125; Juan Alberto Rambaldo, *El abuso procesal*. Abuso procesal. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 227; Ivana María Airasca, *Reflexiones sobre la proscripción del abuso del derecho en el proceso*. Abuso procesal. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 107; Jorge W. Peyrano, *Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil, cit.*, p. 194.

114. É o que afirmam Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery, *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados, cit.*, p. 109.

comportamento moral. Predomina, portanto, entre estes a ideia de que entre direito e moral existem conexões necessárias, seja sob o plano conceitual, seja sob o normativo;

d) A *ideia* do exercício abusivo dos direitos já se fazia presente no direito romano. O que não se tinha, àquela época, era tão-somente uma *teoria perfeitamente delineada* sobre o abuso do direito, nos moldes em que formulada modernamente.

e) Com o advento da Idade Média, desenvolveu-se a teoria dos atos emulativos, cujas origens já se encontravam no direito romano (*aemulatio*), e que se pode considerar como um imediato antecedente da teoria do abuso do direito;

f) Somente no final do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, se veio a assistir a uma intensa fermentação de ideias, sobretudo na França, que conduziram à teoria do abuso do direito. Contribuiu enormemente para a construção desta, precedendo inclusive à doutrina, a jurisprudência dos Tribunais. O liberalismo individualista anterior àquele período teve de ceder passo, não sem grandes resistências, à emergente doutrina sobre a *relatividade dos direitos subjetivos*;

g) À teorização do abuso do direito não ficaram alheios os legisladores dos mais diversos países. Atualmente, os reclamos ao abuso do direito podem ser verificados nos mais variados setores do universo jurídico, podendo a tese ser generalizada a ponto de se erigir em *verdadeiro princípio geral*;

h) Para a caracterização do abuso do direito, a pedra de toque fundamental é a ultrapassagem de determinados limites, os quais podem ser impostos: a) pelo fim econômico ou social do direito exercido; b) pela boa-fé; c) pelos bons costumes;

i) No tocante às sanções ao abuso do direito, estas podem consistir na obrigação de reparar o dano causado, ou na não-aplicação da regra consagrada do benefício que se quis maliciosamente fazer incidir, ou mesmo ser o ato declarado ineficaz.