

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUC-SP

COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire



Tomo de

TEORIA GERAL E FILOSOFIA DO DIREITO

COORDENAÇÃO DO TOMO

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO

Pedro Paulo Teixeira Manus

DIRETOR ADJUNTO DA FACULDADE DE DIREITO

Vidal Serrano Nunes Júnior

Editado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

São Paulo, abril de 2017

ABUSO DO DIREITO

Luiz Sergio Fernandes de Souza

INTRODUÇÃO

O problema central que orienta a pesquisa sobre o abuso de direito diz respeito à existência de limites à atuação daquelas que, em tese, agem em conformidade com a norma legal. Na perspectiva do formalismo jurídico, ou se exerce um direito, pelo que não se pode cogitar de abuso, ou então se está praticando um ilícito, razão pela qual também não há de se falar em abuso. Em outras palavras, um ato não pode ser, ao mesmo tempo, conforme e contrário ao direito. Quando saímos dos limites estabelecidos pela norma, agimos sem direito, o que nos levaria a reconhecer que a expressão abuso do direito não passa de um jogo de palavras.

A discussão, posta nestes termos, aponta para a dificuldade em separar direito e moral, norma e aplicação do direito, distinções que surgem quando o pensamento jurídico se dá conta do contraste entre o ordenamento normativo e os fatos, esferas que aparecem imbricadas na elaboração dos romanos.

Conhecidas são as teorias do mínimo ético – concepção exposta inicialmente por Jeremy Bentham e depois desenvolvida por diversos teóricos, dentre eles Georg Jellinek –, segundo a qual certos preceitos morais, que nem sempre se cumprem de maneira espontânea, têm de estar contemplados no direito a fim de que, tornando-se nessa medida obrigatórios, veja-se assegurada a paz social. O direito é composto, então, desse mínimo ético, o que se costuma representar com a imagem de dois círculos concêntricos, o maior deles correspondente à moral.

Desse ponto de vista, impossível abusar ou exceder no exercício de um direito, expressão daquilo que a ordem jurídica, atenta à moral social, garante ao indivíduo. Significativo, aliás, que a teoria do mínimo ético tivesse florescido na passagem do séc. XVIII para o XIX, com Bentham, ainda sob a influência do individualismo característico daquela época, presente também no movimento de codificação.

Mais tarde, já sob os influxos da humanização do positivismo francês, que alarga a ideia de consciência coletiva, inicialmente concebida por Émile Durkheim, opera-se a

substituição do individualismo pela ideia de solidariedade, com o que o direito se expande para além das fronteiras da legalidade estrita, infensa ao confronto do ordenamento jurídico com a realidade social.

Mas precisamente porque o direito não é um estorno das relações sociais, não pôde ele resistir às influências da sociedade de massa, ao processo de diferenciação social crescente, fruto da mobilidade social, que acabou por afastá-lo das raízes culturais, dos valores e sentimentos tradicionais. E tanto o direito contemporâneo se deixa impregnar dessa nova racionalidade que, a certa altura, passa a ser mola propulsora dessas mesmas transformações, dando lugar àquilo que a sociologia jurídica convencionou chamar de instrumentalismo jurídico.

Essa nova realidade – sem considerar os modelos que depois se desenvolveram à luz da teoria dos sistemas, por exemplo – estaria relativamente próxima da figura de dois círculos independentes, postos lado a lado, um representando o direito e o outro, a moral, havendo quem nela vislumbresse um diagrama do positivismo jurídico de Hans Kelsen, o que não é exato, pois Kelsen defendeu o positivismo metodológico (e não ético), ao dizer que, embora inegável a influência da moral sobre o direito, trata-se de fazer um corte epistemológico, com o que a teoria pura de direito constrói seu próprio objeto, vale dizer, a norma posta pelo Estado.

Kelsen não nega que, no momento da aplicação ao caso concreto, a norma, antes desidratada (sem o viço da experiência jurídica), recupera a sua energia vital. Mas isto não é objeto de uma teoria pura do direito, pois a interpretação jurídica pertence ao mundo do ser, e não do dever-ser, razão por que a ideia de abuso do direito é posta de lado.

Tem-se de admitir, contudo, que o instituto do abuso do direito ganha sentido precisamente fora daquelas amarras epistemológicas, longe do racionalismo e do positivismo lógico (que também influenciou as elaborações kelsenianas), o que permite reconhecer a importância da experiência jurídica, do confronto com o caso concreto, na construção do conceito.

Costuma-se representar o ponto de intersecção do direito e da moral, didaticamente, com o recurso à imagem de dois círculos secantes, formulação de Claude Du Pasquier, a dizer que existem apenas pontos de contato entre ambos (nem tudo o que é legal é legítimo, e vice-versa), o que permitiria conceber, inclusive, a possibilidade de um direito amoral. Todavia, a análise do abuso do direito, de uma perspectiva crítica,

contempla o universo da moralidade sob outra perspectiva, como se tratará de ver.

SUMÁRIO

Introdução	1
1. Os antecedentes históricos e a jurisprudência francesa.....	3
1.1. O Direito da Roma Antiga	4
1.2. O Período da Idade Média.....	7
1.3. As importantes contribuições do direito francês.....	9
2. As elaborações da doutrina brasileira.....	16
2.1. O movimento de codificação e a repercussão da doutrina de Saleilles.....	17
2.2. A hesitação da doutrina na classificação do abuso como ilícito	22
3. A construção do significado do abuso do direito na base do caso concreto.....	26
3.1. A ideia de abuso do direito na sociedade de massa	27
3.2. A regulação do abuso do direito na legislação estrangeira	30
4. Para uma revisão crítica da teoria do abuso do direito	46
4.1. A categoria do ilícito e a razão jurídica alargada.....	47
4.2. A legislação brasileira e a consciência jurídica coletiva.....	51
Referências	55

1. OS ANTECEDENTES HISTÓRICOS E A JURISPRUDÊNCIA FRANCESA

É bastante discutível a posição daqueles que buscam no direito romano a origem, ainda que remota, da noção de *abuso do direito*. Alexandre Corrêa, em trabalho apresentado no Seminário Internacional de Direito Romano (Perugia, 1971), embora criticando a tese dos que se negam a ver aquela origem, admite que não há propriamente entre os romanos uma formulação de princípios, uma doutrina, mas apenas um

sentimento, uma *intuição*, que se pode recolher em Cícero e nas regras particulares dos jurisconsultos.¹

Em Max Kaser também é possível encontrar referência ao Direito Romano. A *exceptio doli* é o meio processual que garante a efetividade do preceito que proíbe, caso a caso, o exercício prejudicial dos direitos sem utilidade própria.² Enneccerus, igualmente, sustenta que já no direito romano se entendia que o exercício de um direito, contrário aos preceitos de equidade ou sem interesse do titular, é inadmissível. Aquele que se sentisse prejudicado, poderia valer-se da *exceptio doli generalis* que, em sua formulação definitiva, passou a prescindir da intenção de prejudicar, bastando que o exercício da pretensão fosse contrário ao *sentimento jurídico*.³

1.1. O Direito da Roma Antiga

Josserand, Cornil e Charles Appleton reconhecem a existência de vários traços da *teoria do abuso* nas fontes do direito romano. Josserand, citando Cornil, diz que o romanista francês encontrou em Gaio a formulação de uma teoria geral do abuso do direito quando, para justificar a interdição dos pródigos e a proibição de maltratar os escravos, dizia *male enim nostro jure uti non debemus*. Invoca ainda a lição de Appleton, para quem a teoria tanto não é moderna que sobre ela repousa toda a evolução do direito romano, caminhando para a equidade a partir do direito estrito. Por fim – acrescenta Josserand – é bem de ver a afirmação de Celso, *jus est ars boni et aequi*, bem como a máxima de Paulo, *non omne quod licet honestum est*.⁴

A jurisprudência em Roma, assim como os editos, faz parte das fontes do direito e os magistrados – no dizer de Alexandre Corrêa – não se sujeitavam à lei de maneira tão rigorosa quanto hoje.⁵ Neste sentido, colhe a máxima *scire leges non est, verba earum*,

¹ CORRÊA, Alexandre. *Notas sobre o abuso dos direitos em Direito Romano Clássico*, in *Justitia*, Ano XXXVI, p. 211 a 220. Admite Alexandre Corrêa, citando Scialoja e Bonfante – contrários à tese da origem romana do instituto – que não se trata propriamente de regras gerais de direito. Todavia, na solução dos casos particulares, o romanista brasileiro reconhece a existência de *princípios implícitos*.

² KASER, Max. *Derecho Romano Privado*, p. 37.

³ ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil*, p. 1076.

⁴ JOSSERRAND. *De l'Esprit des Droit et de leur relativité - Théorie dite de L'Abus de Droits*, pp. 3-4, *apud* Alexandre Corrêa, *op. cit.*, p. 214.

⁵ CORRÊA, Alexandre. *op. cit.*, p. 213.

tenere, sed vim ac protestam. Com efeito, vê-se no *ius civile* como os romanos evitavam a positivação, do que são mostra a escassa edição de leis durante um considerável período de tempo e a elástica e notabilíssima *lex annua* do pretor, que só se cristalizou de maneira definitiva no Edito de Adriano.⁶ Esta vocação tópica, no sentido aristotélico e ciceriano, bem explica como o pretor, auxiliado pelos jurisconsultos, adequava o direito às exigências do caso concreto.⁷

Na base da *prudentia* romana fez-se possível a proteção do escravo contra o dono (*male enim nostro jure uti non debemus*), do filho contra o pai (*si pater filium ter venunduit filius a patre liber esto*), a repressão da fraude (*manumissiones in fraudem creditorum*), a introdução da *actio* Pauliana, o direito de uso das águas (*Haec aequitas suggerit etsi jure deficiamus qui factus mihi quidem prodesse protest: ipsi vero nihil nociturus est; aquam enim arcere hoc esse curare ne influet*), a proibição dos atos emulativos do proprietário (*est sane non debet habere: si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit*) e da emulação entre marido e mulher (*de lo quod uxoris in aedificium viu ita conjunctum est, ut detractum alicujus usus esse possit, dicendum est agi posse; posse eum haec detrudere quae usui ejus futura sint, sine mulieris tamen damno*).⁸

De fato, os autores que buscam no direito romano a origem da teoria do abuso do direito costumam selecionar alguns textos significativos: *summum jus, summa injuria; non omne quod licet honestum est; malitiis non est indulgendum; male enim nostro jure uti non debemus; quod tibi non nocet et alteri prodest, facile est concedendo*. Entretanto, não é difícil localizar preceitos de sentido oposto, tais como *Dura lex sed lex; feci, sed jure feci; nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere jus non habent; jure suo qui utitur, nemini injuriam facit; qui jure suo utitur, neminem laedit*,⁹ numa indicação de que

⁶ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*, Brasília, Ministério da Justiça, 1979, p. 51.

⁷ Sobre a aplicação da *ars boni et aequi* do direito romano, inspirada em Aristóteles, v. *Ética Nicomaquea*, Aristóteles, Livro V, Cap. X, 1137b/1138a, p. 1237 e 1238.

⁸ CORRÊA, Alexandre. *op. cit.*, pp. 213-219; Pedro Baptista Martins, *O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 12, 26, 42, 103 e 155; LIMA, Alvino. *Abuso do Direito*, in J.M. de Carvalho Santos (org.), *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, p. 325 a 327; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, p. 64 a 66; CHARMONT. *L'Abus du Droit*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, p. 119; GROSSO, Giuseppe. *Abuso del diritto (diritto romano)* in *Enciclopedia del Diritto*, vol. 1, p. 161 a 163; SOHM, Rodolfo. *Instituciones de Derecho Privado Romano — Historia y Sistema*, p. 10; CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do Direito*, Coimbra, Almedina, 1997, pp. 47-49.

⁹ LIMA, Alvino. *idem, ibidem*; CUNHA DE SÁ. *idem, ibidem*.

o *jus abutendi* seria mesmo o princípio geral em vigor.

Para Contardo Ferrini, a regra da máxima autonomia da propriedade, no direito antigo e clássico, não foi formalmente renegada pelo direito justiniano, que apenas a suavizou com um princípio de sociabilidade.¹⁰ Inegável, como diz Alexandre Corrêa, que o método dedutivo não é próprio do Direito Romano Clássico, com o que o romanista procura justificar a inexistência de uma máxima geral que pudesse servir de aplicação aos casos concretos.¹¹ Mas ainda assim, vê-se que a proibição dos atos emulativos, vale dizer, *daqueles praticados com intenção de prejudicar, sem utilidade ou com utilidade mínima*, longe de constituir um axioma, apótema ou aforismo, mostra-se como simples expressão fragmentária de afirmações feitas por antigos autores, de decisões judiciais ou de formulações doutrinárias, com as quais se buscava mitigar o *jus abutendi*.¹²

Salvador Riccobono apresenta uma explicação histórica para a aparente contradição dos textos romanos. O individualismo e o absolutismo das concepções são próprios do sistema do *ius civile*, do direito quiritário, ao passo que os textos que consagram a proibição dos atos emulativos surgem a partir do séc. II do Império, com lastro em considerações éticas e humanitárias.¹³ Segundo Alvino Lima,¹⁴ esta é a explicação que tem sido acolhida pela maioria dos autores, a exemplo de Cornil,¹⁵ Campion,¹⁶ Mazeaud,¹⁷ Josserand¹⁸ e de Butera.¹⁹ Também em Ennecerus,²⁰ Giuseppe

¹⁰ FERRINI, Contardo. *Manuale di Pandette*, apud Alvino Lima, *op. cit.*, p. 327; no mesmo sentido, Jose Manuel Martín Bernal, *El abuso del derecho*, Madrid, p. 26 e 27; Pedro Baptista Martins, entretanto, discorda dessa posição. É que, por ser excessivamente limitado o campo de incidência da regra proibitiva da emulação, ela não prevalecia como princípio geral, até porque os romanos eram infensos a generalizações. Mas foi o gérmen da fase justiniânica (*neque malitiis indulgendum est*) que, mais tarde, veio a florescer e frutificar na doutrina da emulação (*op. cit.*, p. 16).

¹¹ CORRÊA, Alexandre. *Op. cit.*, p. 216; a propósito v. a distinção feita por Viehweg (*op. cit.*, pp. 33-44), entre *demonstração* (conceito ligado às noções de *sistema*, *juízos apodícticos*, *evidência*) e *argumentação* (conceito relacionado às noções de *sistemas*, *juízos dialéticos e problemas*).

¹² SESSAREGO, Carlos Fernández. *Abuso del derecho*, p. 96 (no que invoca, igualmente, a posição de Díez-Picazo e Gullón Ballesteros, *Sistema de derecho civil*, vol. 1, p. 442).

¹³ RICCOBONO. *Aemulatio*, *Nuovo Digesto Italiano*, vol. I, p. 210.

¹⁴ LIMA, Alvino. *op. cit.*, p. 327.

¹⁵ CORNIL. *Le droit privé*, p. 102, apud Alvino Lima, *op. cit.*, p. 327.

¹⁶ CAMPION. *La théorie de l'abus des droit*, n^{os}. 8 e segs., apud Alvino Lima, *op. cit.*, p. 327.

¹⁷ MAZEAUD, León. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, vol. I, n^o 555, apud Alvino Lima, *idem, ibidem*.

¹⁸ JOSSERAND. *Évolutions et Actualités – Conférences de droit civil*, Paris, 1936, p. 74, apud Alvino Lima, *idem, ibidem*.

¹⁹ BUTERA, *Codice civile italiano*, p. 38, apud Alvino Lima, *idem, ibidem*.

²⁰ ENNECERUS, *Tratado de Derecho Civil*, 2^o vol., 2^a parte, § 220.

Grosso,²¹ Pedro Baptista Martins²² e Martín Bernal²³ é possível encontrar esta interpretação.

De todo o exposto, pode-se retirar a conclusão de que as máximas e aforismos extraídos do Direito Romano não são o bastante para fundar um princípio de ordem geral. A doutrina mesma do abuso do direito não encontra fundamento no direito romano, na *aemulatio*, embora existam ali alguns casos de vedação da prática de *atos lesivos sem utilidade própria, mas antes com interesse de lesar*.²⁴ Não obstante, interessa pôr em relevo a elaboração prudencial daquela época, a riqueza do direito pretoriano na tutela de novas pretensões, o trabalho de adequação das velhas fórmulas às exigências históricas,²⁵ numa atitude tópica que, sem dúvida, acabou influenciando o desenvolvimento da *teoria da aemulatio* no direito medieval.

1.2. O Período da Idade Média

Com efeito, alguns autores veem na Idade Média a origem mais remota da doutrina do abuso do direito, lastreada na *aemulatio*. Luis Alberto Warat, entretanto, identifica na ideia da separação de poderes o pressuposto para o florescimento da teoria do abuso do direito, condição esta que não havia no direito romano, tampouco no direito medieval, e que somente irá surgir com a Revolução Francesa.²⁶ Fernando Augusto Cunha de Sá, por sua vez, entende que somente se pode falar de uma teoria do abuso do direito no contexto histórico-social do liberalismo capitalista da segunda metade do séc. XX, que coincide com a derrocada do formalismo jurídico.²⁷

²¹ GROSSO Giuseppe. *op. cit.*, p. 162.

²² MARTINS, Pedro Baptista. *op. cit.*, pp. 17-19.

²³ BERNAL, Martín. *op. cit.*, pp. 26-27.

²⁴ *Idem*, p. 19 e 27; igualmente, ROTONDI, Mario. *Instituciones de Derecho Privado*, p. 99; SESSAREGO, Carlos Fernández. *op. cit.*, p. 97; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Tomo LIII, p. 66.

²⁵ GROSSO, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 161; ver, igualmente, SESSAREGO, Carlos Fernández. *op. cit.*, p. 98; WARAT, Luis Alberto. *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, pp. 41 e 42.

²⁶ WARAT, Luis Alberto. *Op. cit.*, p.43.

²⁷ CUNHA DE SÁ. *Op. cit.*, p. 49 e 50; Jorge Manuel Coutinho de Abreu, reportando-se a Cunha de Sá, depois de fazer ligeira referência a uma *hipotética presença do abuso do direito entre os romanos*, diz, citando Pietro Rescigno (*L'abuso del diritto*, in *Rivista di Diritto Civile*, Parte I, 1965, p. 218), que a doutrina só ganhou consistência no final do séc. XIX, com o crescimento das contradições da sociedade capitalista e com a derrocada do positivismo jurídico (*Do abuso do Direito*, Coimbra, p. 13); no mesmo sentido, Fernández Sessarego, que também invoca a lição do jurista italiano (*op. cit.*, p. 118 e segs.).

De qualquer forma, não há negar que a proibição dos atos de emulação, fruto da influência da moral cristã, que reprovava o exercício dos direitos de maneira prejudicial ao interesse dos outros, alcançou grande desenvolvimento não só no campo dos direitos reais como também na esfera das obrigações, convertendo-se em verdadeira regra ou princípio, do que é prova a existência de diversas presunções – que recorrem às noções de *uso extraordinário* e de *utilidade do exercício do direito* – relativas ao *animus nocendi* ou ao *animus vexandi*.²⁸

A proibição dos atos emulativos foi consagrada na Lei das Sete Partidas (1256), que tem influência dos direitos romano e canônico, particularmente na Lei XIX, Título XXXII, da Partida XXI, relativa ao uso da água entre vizinhos, e na Lei XIX, Título XXXII, da Partida III, que veda a escavação de um poço sem utilidade e com o único propósito de molestar o vizinho.²⁹ No Código Civil da Prússia (1794), Primeira Parte, Título VI, §§ 36 e 37, também é possível encontrar dispositivo genérico acerca dos atos emulativos: *o que exerce seu direito dentro dos limites próprios não é obrigado a reparar o dano que causa a outrem, mas deve repará-lo quando resulta claramente das circunstâncias que, entre algumas maneiras possíveis de exercício de seu direito, foi escolhida a que é prejudicial a outrem, com intenção de lhe acarretar dano*.³⁰

Mas sobreleva, no campo da construção do conceito de abuso do direito, a percepção, ainda na Idade Média, da existência de limites no exercício dos direitos, que é consequência das novas relações de vizinhança, superada a fase de uma economia primitiva e de uma indústria embrionária. Assim, ao lado da teoria da emulação, de viés subjetivista, surge uma outra concepção, de natureza objetivista, que não leva em conta a intenção de lesar, mas sim o efetivo resultado lesivo. Trata-se da *teoria das imissões*, entendida esta última expressão como penetração de ruídos, calor, fumaça, odores, enfim, de toda sorte de incômodos que extrapolem o limite da normalidade e da utilidade. Com

²⁸ WARAT, Luis Alberto. *Op. cit.*, p. 44; SESSAREGO, Carlos Fernández. *Op. cit.*, p. 101; e BENAL, Martin. *Op. cit.*, p. 30, os dois primeiros reportando-se a AGUILAR, Henoch. *Hechos y actos jurídicos*, tomo II, p. 83.

²⁹ Esta referência à *Lei das Sete Partidas* do Rei de Castela, Afonso X, que influenciou as primeiras Ordenações, encontra-se, dentre vários autores, em Luis Alberto Warat (*op. cit.*, p. 44 e 45) e Alvino Lima (*Op. cit.*, p. 328), ambos reportando-se, tanto quanto os demais, a Henoch Aguiar, que escreve sobre o assunto em dois textos distintos, *Las Siete Partidas del Rey don Afonso el Sabio*, tomo II, p. 776, e *Actos ilícitos – Responsabilidad civil en la doctrina y en Código Civil*, p. 83.

³⁰ PLANIOL, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, tomo I, p. 76 e 77; e LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 328.

isto, a ideia de ilicitude vai-se alargando e a noção de responsabilidade também.³¹

1.3. As importantes contribuições do direito francês

É interessante perceber como essa concepção mais elástica da figura do abuso do direito foi, pouco a pouco, ganhando corpo, a despeito mesmo da concepção individualista e idealista do Código Civil napoleônico, que supunha não deixar nada ao arbítrio do intérprete, na expressão de Laurent. O Código de 1804 considerou que a única maneira de evitar que o espírito reacionário dos juízes pudesse se confrontar com as liberdades individuais era a interpretação literal dos seus dispositivos, como se isto fosse possível.

No dizer de Pontes de Miranda, com o movimento de codificação, que ossifica o direito, dando-lhe rjeza oficial, assiste-se ao ocaso dos *direitos resistentes*. A renovação jurídica, que se operava no terreno político, precisava da noção absolutista dos direitos subjetivos para se erguer contra o absolutismo do antigo regime. Os códigos do séc. XIX, segundo o jurista brasileiro, “*são frutos imediatos ou retardados da época revolucionária ou do seu individualismo pontiagudo*”. Nesse contexto, inexiste lugar para a noção de abuso do direito.³²

Mas, por mais paradoxal que possa parecer, foi exatamente esse espírito individualista que gestou a concepção moderna do *abuso do direito*, como forma de temperar, mantida a aparência de legalidade, o excessivo egoísmo liberal-burguês. A ideia da *tripartição dos poderes*, legada de Aristóteles e de John Locke, também participa deste processo de emancipação do *abuso do direito* em relação às suas bases morais, pois a norma escrita, a ser observada pelos juízes, passa a estabelecer limites que separam o direito dos fatos sociais. Assim, não tardou a jurisprudência francesa em demonstrar o idealismo contido no brocardo *in claris cessat interpretatio*, na base da interpretação dos

³¹ ROTONDI, op. cit., p. 99. Martín Bernal, op. cit., p. 31 e verso; SESSAREGO, Carlos Fernández. *Op. cit.*, p. 103 e 104; GUALAZZINI, Ugo. *Abuso del diritto (Diritto Intermedio) in Enciclopedia del Diritto*, vol. I, pp. 163-165.

³² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, Tomo XIII, p. 70. Alvino Lima também registra um eclipse do princípio proibitivo dos atos emulativos a partir do movimento de codificação (*op. cit.*, p. 328). A propósito da evolução histórica da noção de codificação, v. GÈNY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tomo 1, p. 73 a 84; v. igualmente, PLANIOL, *Op. cit.*, p. 24, 49 e 50, e CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*, Tomo I, p. 146.

artigos 1382 e 1383 do Código Civil. No final do século XIX, também os autores franceses travaram acesa controvérsia acerca do abuso do direito.

A partir do processo de urbanização e industrialização, os tribunais franceses passaram a se ocupar não só de situações em que o direito era exercido com o manifesto propósito de prejudicar, sem utilidade própria, como também das hipóteses de exercício antissocial do direito previsto em lei. Tanto a vertente subjetivista, caudatária da teoria da *aemulatio*, desenvolvida no direito romano e no direito medieval, como a vertente objetivista, inspirada nas concepções de solidariedade social, vigentes no século XIX,³³ buscam no artigo 1382 do Código Civil francês o seu fundamento legal.³⁴

São conhecidas as decisões dos tribunais franceses no campo do direito de propriedade. Cita-se, por exemplo, o julgado da Corte de Cassação, de 1826, a propósito da emissão de fumaça, nociva aos vizinhos, proveniente de uma indústria química. Igualmente, a Corte de Douai, em 1854, decidiu que a fumaça das chaminés da fábrica, se excessiva, dá lugar a legítima pretensão do vizinho, consistente em impedir o uso imoderado de um direito. A Corte de Colmar, por sua vez, ordenou a demolição de uma falsa chaminé, construída com o único objetivo de retirar a iluminação natural do prédio vizinho. E assim decidiu sob fundamento de que a construção fora feita somente para satisfazer sentimento de rancor, e não interesse de ordem econômica ou moral.³⁵

A doutrina costuma referir-se a condutas que, consideradas em si mesmas, são lícitas, irreprováveis, mas que, do ponto de vista da intenção e finalidade, mostram-se abusivas. Aqui, o espírito de emulação transparece claramente no resultado da conduta: se o titular do direito causa prejuízo a outrem, sem nenhuma utilidade, configurado está, salvo erro de cálculo, o exercício doloso. É o caso da execução de música que espanta a caça ou da instalação de enormes lanças de ferro em uma propriedade, que acabam por rasgar balões ou dirigíveis em manobra.³⁶ Somam-se a estes casos judiciais, que já se tornaram célebres na doutrina, a conduta do proprietário que coloca tapumes de altura

³³ CHARMONT, *L'Abus du Droit*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Tomo 1º, p. 121.

³⁴ Diz o artigo 1382 do Código Civil francês: “qualquer ato do homem que cause prejuízo a outrem obriga aquele que tenha concorrido com culpa a repará-lo”.

³⁵ SALEILLES, R.. *De l'abus de droit – rapport présenté a la première sous-commission de la commission de revision du code civil*, in *Bulletin de la Société D'Études Législatives*, pp. 330-331; paradigmática é a decisão da Corte de Colmar, também citada por Ripert (*La règle morale dans les obligations civiles*, p. 171), por COLIN E CAPITANT (*Traité de Droit Civil*, p. 624), por AUBRY ET RAU. *Cours de Droit Civil Français*, p. 342; e por ENNECCERUS. *Op. cit.*, tomo I, p. 1076.

³⁶ RIPERT, G. *Op. cit.*, p. 171.

desproporcional na divisa de sua propriedade, lançando permanente sombra sobre o imóvel vizinho, bem como a obstrução de um veio de água. São atos lícitos, em si mesmos, mas que se tornam reprováveis quando são feitos com intenção de prejudicar o vizinho, sem utilidade própria.³⁷

Abuso do direito, no dizer de Charmont, é uma velha ideia, que encontra origem remota entre os romanos, retomada em pleno século XIX, como marco de uma etapa na evolução da consciência jurídica dos franceses, fruto dos sentimentos e das necessidades de uma época, como bem o disse, igualmente, Porcherot.³⁸ Neste passo, Charmont faz um breve balanço das transformações em curso naquela época. Escrevendo em 1902, o civilista diz que o interesse pela doutrina do abuso do direito ressurgira, havia então quinze anos, na base do caso concreto. Ela é o repositório das expectativas de uma sociedade em ebulição, de mudanças que interferem na maneira de ser e de viver dos povos, influenciando o campo das ciências culturais, particularmente a concepção do direito. Na Alemanha, são o imperativo e a ação coercitiva que asseguram o respeito à norma. A força e o direito acabam por se confundir. A Inglaterra dá maior importância ao aspecto utilitário. Para a Escola de Bentham e de James Mill, o direito não é mais do que um meio de legitimar e satisfazer interesses. Na França, sob a influência da filosofia do século XVIII, procurou-se o fundamento do direito na ideia de liberdade; o direito é, ao mesmo tempo, a consequência e a condição da liberdade; é uma faculdade de agir, uma garantia contra o Estado, inerente à natureza humana. Não importam os resultados da conduta, limitando-se a lei a dispor sobre o dever de reparar o dano no caso de prejuízo.³⁹

³⁷ *Idem, ibidem*; veja-se que a tese do abuso do direito, de matiz subjetivista, longe de negar a existência de direitos subjetivos, reafirma-os, colocando acento na noção de *interesse*. Destarte, se é certo que o direito subjetivo consiste no *interesse juridicamente protegido*, no dizer de Ihering, não menos certo é também que, inexistindo interesse (sério e legítimo), não se pode falar em direito (ROTONDI, Mario. *Le rôle de la notion de l'abus du droit*, in *Revue de Droit Civil*, p. 66).

³⁸ PORCHEROT, *apud* CHARMONT, *op. cit.*, p. 119; SALEILLES, tomando de empréstimo a referência feita por Virgile Rossel, a propósito do Projeto do Código Civil suíço, diz que a previsão normativa do abuso do direito deveria ser a expressão da razão e da consciência do povo francês (*Op. cit.*, p. 349 e 350).

³⁹ CHARMONT, *idem, ibidem*; Everardo da Cunha Luna, ao lado da referência ao liberalismo econômico inglês e ao idealismo alemão, campo fértil para o absolutismo dos direitos individuais, também faz alusão ao individualismo dos anglo-saxônicos. Diz, entretanto, que, para Luis Legaz y Lacambra, a noção de abuso do direito é devida ao utilitarismo de Bentham (CUNHA LUNA, Everardo. *Abuso do Direito*, p. 44 e 90). Em outra passagem, considera que “equilíbrio britânico não poderia deixar-se esvaír por um individualismo feroz, a ponto de prejudicar as boas relações dos indivíduos em sociedade, porque, apesar de individualistas típicos, ninguém melhor que ingleses têm a consciência do social. O social, entre britânicos, é uma extensão do individual, e, não como entre latinos, *uma pedra no meio do caminho*”. Para uma análise crítica do utilitarismo de Bentham (filosofia fundada na ética do prazer de Aristipo e Epicuro), que se tornou o ancestral mais próximo do Estado de Bem-Estar Social, v. DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia*

Mas com a crise do liberalismo, percebeu-se a quantas injustiças uma tal ideia de liberdade, de expressão absoluta, rendia ensejo. A jurisprudência tentou corrigir estas injustiças. A par dela, a doutrina colocou ênfase na precariedade dos limites que se buscava estabelecer entre Direito e Moral, desguarnecendo a posição daqueles que sustentavam que um ato não pode ser ao mesmo tempo conforme e contrário ao direito⁴⁰. É o caso de Planiol, para quem a expressão *abuso do direito* é uma *logomaquia*. O homem abusa das coisas, e não dos direitos. Quando saímos dos limites estabelecidos pela norma – diz ele – agimos sem direito.⁴¹ Mas tem-se de reconhecer que é precisamente na noção de *limites do direito* que reside toda a controvérsia da teoria, diante da concepção absoluta vigente entre os franceses, do que é mostra a posição dos irmãos Mazeaud.⁴²

Com o tempo, até mesmo a tese subjetivista da noção de abuso do direito, verdadeiro desdobramento da teoria dos atos ilícitos, mostrou-se insuficiente para atender a prodigalidade e profusão das novas situações engendradas pela sociedade industrial. Mais que isto, à falta de um rigoroso sistema de presunções, torna-se árdua a tarefa de perquirir o móvel e a intenção do agente.⁴³ É a crítica de Saleilles⁴⁴ e de Geny,⁴⁵ por

do Direito, pp. 402-405; RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, pp. 40-48 e 398-406; LYONS, David. *As regras morais e a ética*, pp. 11-142, 154 e 167, e ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*, pp. 357-364).

⁴⁰ A propósito do conteúdo moral do conceito de abuso do direito e do papel da jurisprudência na elaboração desta categoria, ver ROTONDI, Mario. *Le rôle de la notion de l'abus du droit*, in *Revue de Droit Civil*; Ripert observa que, a rigor, a simples intenção de prejudicar não implica necessariamente o reconhecimento do abuso. Ela está presente, por exemplo, na greve ou no *lock-out*. Nestes casos, entretanto, crê-se que se trata de uma estratégia legítima para alcançar objetivos que se reputa igualmente legítimos. Vê-se – diz RIPERT – “a satisfação do dever moral dominar o exercício dos direitos, e, se o juiz não tem uma clara concepção de dever moral, ele será incapaz de julgar se há abuso do direito” (*Op. cit.*, p. 178 e 179). PLANIOL, a propósito, pensa de maneira diversa. É inegável – diz ele – que toda ação, todo trabalho, é um fato de concorrência econômica e social. Todo homem que adquire uma superioridade em um ramo qualquer de atividade prejudica outros e é seu direito prejudicar. A intenção de prejudicar é outra coisa. Ela reside no ato que não representa nenhuma utilidade para o agente e que está inspirado no único objetivo de prejudicar (PLANIOL, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, tomo II, p. 337).

⁴¹ PLANIOL. *Op. cit.*, tomo II, pp. 336-337; tomo I, p. 160. Nesse mesmo sentido, BARASSI, Lodovico. *Instituciones de Derecho Civil*, p. 219 e 220. Para Léon DUGUIT, a doutrina do abuso do direito não passa de um expediente inventado pelos juristas, em um certo momento histórico, para atenuar os efeitos da concepção absoluta do direito subjetivo de *propriedade* (*Las transformaciones del derecho privado desde el código Napoleón*, p. 124). Como observa Cunha de Sá, Duguit é coerente, pois negando a existência de direitos subjetivos, não poderia mesmo aceitar a ocorrência de abuso (*Op. cit.*, p. 293).

⁴² MAZEAUD & MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile – délictuelle et contractuelle*, tomo I, pp. 520-521.

⁴³ AUBRY ET RAU. *Op. cit.*, p. 340 e 342.

⁴⁴ Como diz SALEILLES, criticando o recurso à psicologia individual, não se pode supor que alguém fosse tão ingênuo a ponto de confessar que não tinha outro objetivo senão o de prejudicar. Sempre restaria a alegação de um interesse individual (*Étude sur l'obligation*, p. 371, *apud* CHARMONT, *Op. cit.*, p. 123).

⁴⁵ GENY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 544, *apud* Charmont, *op. cit.*, p. 123.

exemplo. Bem por isso, jurisprudência e doutrina evoluíram para a concepção do *uso anormal* do direito. Segundo Saleilles, é o exercício contrário ao destino econômico ou social do direito subjetivo, aquele reprovado pela consciência pública, que caracteriza o abuso, já que todo direito, do ponto de vista social, é relativo.⁴⁶ Para Geny, igualmente, só será dado descobrir a medida justa dos direitos individuais à vista do seu objetivo econômico e social.⁴⁷ Charmont, por sua vez, reconhece que a intenção de prejudicar não é o único critério para o reconhecimento do abuso do direito; o objetivo social e econômico parece ser um critério mais adequado.⁴⁸

Josserand, a princípio, também sustenta uma posição objetivista, filiando-se ao ponto de vista da finalidade social do direito subjetivo. Assim, abusa do seu direito aquele que o exerce em desrespeito à sua finalidade e espírito próprios, em contrariedade às regras sociais. Ao lado dos *direitos altruístas*, concedidos ao titular para satisfação de interesses que lhes são exteriores, vislumbra a existência de outros tantos. Classifica-os como *diretos não causados*, prerrogativas de fronteiras bem estreitas e demarcadas, relativas a direitos abstratos e peremptórios, que poderiam ser exercidos de modo absoluto, e *direitos de espírito egoísta*, categoria composta por prerrogativas cuja finalidade social seria mesmo a satisfação dos interesses pessoais do titular do direito. Quanto a estes últimos, cabe citar o exemplo do pátrio poder. Veja-se que ainda aqui se está na esfera de produtos sociais, razão pela qual seu exercício, mesmo voltado ao interesse individual, não pode se confrontar com as finalidades da comunidade que os concedeu. Até os egoísmos individuais são postos a serviço da sociedade, pelo que – conclui o professor de Lyon – a concepção de direitos subjetivos integralmente egoístas, artificial e metafísica, não mais se justifica.⁴⁹ Mais tarde, Josserand, por reconhecer a

⁴⁶ SALEILLES, R. *op. cit.*, *apud* CHARMONT, *op. cit.*, *idem, ibidem*.

⁴⁷ GENY, François. *Op. cit.*, p. 544, *apud* CHARMONT, *Op. cit.*, p. 123.

⁴⁸ CHARMONT, *Op. cit.*, p. 124.

⁴⁹ JOSSERAND, *De L'esprit des droit et de leur relativité – Théorie dite de L'Abus des Droit*, p. 388 e segs., *apud* CUNHA DE SÁ, *Op. cit.*, pp. 405-406; igualmente, JOSSERAND, *De l'abus des droits*, *apud* PLANIOL, *Op. cit.*, Tome II, pp. 338-339, e Tomo I, pp. 160-161. Para RIPERT, o campo de aplicação da teoria do abuso do direito estaria restrito aos atos que, irreprováveis na aparência, tenham sido inspirados pela intenção de prejudicar o outro. Mas o jurista da Faculdade de Paris também vislumbra uma categoria semelhante a dos *direitos egoístas*. Trata-se dos *direitos arbitrários*, aos quais, entretanto, diferentemente do que ocorre a Josserand, não se aplica a ideia de abuso. Esse arbítrio é necessário, porquanto o titular é o único juiz do dever que lhe incumbe, o que se torna ainda mais claro quando se faz repousar a teoria do abuso sobre o fundamento moral. Isto porque há motivos tão pessoais que nenhuma apreciação valorativa é possível. Exemplifica com a oposição dos pais ao casamento dos filhos, domínio em que a apreciação das razões da conduta escapa à apreciação do juiz, que somente poderá se ocupar desta questão quando houver

fragilidade do critério finalista, que considera abstrato e fugidio, acabou recorrendo à noção de *motivo legítimo*, com o que deu particular relevo ao elemento subjetivo.⁵⁰

Partindo da mesma classificação tricotômica, acima apontada, Jean Dabin sustenta que os *direitos altruístas* são, em verdade, *direitos-função*, destinados ao desenvolvimento de certas atividades de interesse comum (a família, a empresa, o Estado, os agrupamentos políticos, etc.). Neste sentido, o direito subjetivo tomaria a feição de uma *competência*. Tanto os *direitos egoístas* quanto os *direitos-função* são dados pelo legislador em vista de certas finalidades e sob condição de que sejam usados de modo determinado. O mau uso dos *direitos-função* configuraria explícita ilegalidade, porquanto contraria a própria norma, subvertendo a natureza específica do direito, não só no aspecto da realidade social e moral, como também no plano do direito positivo. De outra forma, o mau uso dos *direitos egoístas* (exceção feita aos *estáticos*, que não pressupõem a ideia de uso, pois o titular deles retiraria proveito pelo só fato de existirem) configura simples transposição de limites morais, já que seu titular pode fazer deles o que bem entenda. Daí porque, para Dabin, a teoria do abuso do direito representa *o corretivo que a legalidade postula*.⁵¹

A posição objetivista de Saleilles, que se pode encontrar na segunda edição de sua *Teoria Geral das Obrigações*,⁵² parece ter sido revista, entretanto, por ocasião das discussões na comissão de revisão do Código Civil.⁵³ Tratava-se de saber se a construção pretoriana e doutrinária do abuso do direito, feita na base do artigo 1382, que se ocupa das obrigações por atos ilícitos, estaria a merecer expressa previsão normativa, em dispositivo próprio, quer como desdobramento do próprio artigo, quer na parte geral, no

expressa previsão legal (RIPERT, *op. cit.*, p. 174 e 175; no mesmo sentido, PLANIOL, *op. cit.*, tomo II, p. 341, citando decisão da Corte de Lyon, COLIN E CAPITANT. *Op. cit.*, p. 630 e 631.

⁵⁰ JOSSERAND, *De l'esprit des droit et de Leur relativité – Theorie dite de L'Abus des Droit*, p. 375, *apud* CUNHA LUNA, Everaldo da. *Op. cit.*, pp. 101-102. Ripert, criticando o critério de *motivo legítimo*, teme o arbítrio judicial, pois caberia ao juiz uma delicada apreciação, que supõe um nível superior da moralidade pública. Pelas mesmas razões, Ripert também discorda do finalismo sociológico defendido por Josserand, nele reconhecendo uma tendência de colocar todas as ações humanas sob o controle judicial, do que resultaria o fim da ideia de direito subjetivo, ameaçado pelo estatismo e pelo comunismo (RIPERT, *op. cit.*, pp. 180-183).

⁵¹ CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, pp. 380-387.

⁵² SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation, d'après le premier projet de Code Civil pour L'empire allemand*; na primeira edição dessa obra, a posição de Saleilles, segundo observa Carlos Fernández Sessarego, ainda é subjetivista (*Abuso del Derecho*, pp. 198- 199).

⁵³ SALEILLES, *De l'abus de droit – Rapport présenté a la première sous-commission de la commission de revision du Code Civil. Bulletin de la Société D'Études Législatives*.

título preliminar do Código, ou, quando menos, em um parágrafo inserido no art. 6º.⁵⁴

De início, Saleilles observa que, em se concebendo o *abuso* como ato contrário ao direito, não basta cogitar de simples reparação, matéria que está no domínio do artigo 1382 do Código Civil. Necessário prevenir o dano, impedir o ato abusivo. Neste aspecto, Saleilles chama a atenção para uma particular evolução da teoria da responsabilidade civil, delineada pela jurisprudência francesa no terreno dos *atos industriais* e no domínio do direito administrativo. Trata-se da *teoria do risco*, segundo a qual a responsabilidade não está fundada na noção de culpa, derivando do simples exercício de atividades que, pela sua própria natureza, são potencialmente ofensivas, conquanto lícitas.⁵⁵

Saleilles não vislumbra na teoria do risco uma derivação ou uma nuance da *teoria do abuso*, porquanto o caráter antissocial do fato não está na intenção do agente, diversamente do que ocorre na hipótese do ato abusivo. Neste último caso, a conduta implica não só o dever de reparar como também o dever de abstenção da prática anormal do direito, o que refoge ao âmbito do artigo 1382, encontrando previsão mais adequada na parte geral do Código Civil, como complemento do artigo 6. Admite, entretanto, que a jurisprudência francesa, aplicando o artigo 1382, tem-se posicionado em favor da simples reparação do ato abusivo, e não no sentido de obstá-lo, com o que os tribunais atribuem as mesmas consequências jurídicas aos casos intencionais e não intencionais de uso antissocial do direito.⁵⁶

A partir dessa exposição, Saleilles, depois de discorrer sobre o abuso do direito na esfera trabalhista e no campo do processo civil, deixa claro que a configuração desta prática pressupõe a intenção de prejudicar: “um ato cujo efeito só pode ser o de prejudicar o outro, sem interesse apreciável e legítimo, não pode nunca constituir exercício lícito de um direito”.⁵⁷ O conceito, assim delimitado, impediria o arbítrio judicial, configurado no apelo às exigências da equidade e às conveniências sociais.⁵⁸

⁵⁴ Diz o artigo 6 do Código Civil francês: “não se pode derogar, por convenções particulares, as leis que interessam à ordem pública e aos bons costumes”.

⁵⁵ SALEILLES. *Op. cit.*, pp. 328-337; Ripert observa que a teoria do risco representou o primeiro abalo às sólidas bases da concepção absolutista de direito subjetivo, vigente no séc. XIX (*Op. cit.*, p. 159).

⁵⁶ *Idem*, pp. 338-341.

⁵⁷ *Idem*, p. 348.

⁵⁸ *Idem*, p. 345; reforçando a tese subjetivista de Saleilles, Ripert diz que eventuais dificuldades que o juiz possa ter na análise da intenção do titular do direito não serão muito diferentes daquelas que comumente enfrenta ao apreciar a fraude e a boa-fé. “É ilusório pensar, é ilusório querer criar um direito civil puramente objetivo e julgar os fatos sem se ocupar das intenções” (*Op. cit.*, p. 167).

O que se vê é que a doutrina foi levada a enfrentar temas suscitados pela jurisprudência, consagrando várias aplicações daquilo que ficou mais tarde conhecido como *teoria do abuso do direito*. Os julgados das cortes francesas não se limitam às hipóteses em que esteja provada a intenção de prejudicar, reconhecendo a prática de abuso também nos casos de conduta culposa (quase-delito). Está-se aqui, tanto no que diz respeito ao dolo quanto no que concerne à culpa, no campo da responsabilidade civil, velha conhecida dos franceses. O critério dos motivos ilegítimos, da finalidade antissocial do ato ou do uso anormal do direito oferece, entretanto, algumas dificuldades, como já foi visto. Não obstante, encontram-se diversos julgados que também o consagram.⁵⁹ Igualmente, as restrições à aplicação da noção de *abuso* aos chamados direitos arbitrários, que se pode encontrar na doutrina, têm em conta construções pretorianas.⁶⁰

As consequências práticas dependem do critério adotado. Colin e Capitant registram que alguns códigos modernos, a exemplo do soviético e do suíço, reservam o tratamento da questão do abuso do direito para a parte geral, diferentemente do que ocorre com a lei e a jurisprudência francesas, as quais trabalham no campo da culpa delitual. Com isso, aqueles códigos equiparam o exercício abusivo à prática de um ato sem direito, que implica não só o dever de indenizar, como também o dever de abstenção (*sanction en nature*). Entretanto, na lição desses civilistas franceses, quer se reconheça a proibição do abuso do direito como princípio geral, quer se enquadre o *abuso* no domínio da culpa, certo é que se estará tratando de um ato ilícito, que não deveria ter sido praticado. Diversamente da interpretação feita por Saleilles, Colin e Capitant observam que a jurisprudência francesa nunca hesitou em ordenar a cessação do prejuízo e nem mesmo em impedir que a ação lesiva fosse praticada.⁶¹

2. AS ELABORAÇÕES DA DOUTRINA BRASILEIRA

Até 1822, o Brasil, primeiramente na condição de colônia e, depois (com a Carta

⁵⁹ COLIN E CAPITANT. *Op. cit.*, p. 629 e 630; igualmente, PLANIOL. *Op. cit.*, tomo I, p. 1027.

⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 55.

⁶¹ Registre-se, entretanto, como já fazia CHARMONT, citando SALEILLES (*Op. cit.*, pp. 116-117), que, em certos casos, a *sanction en nature* não é aplicável: o patrão não pode ser obrigado a contratar novamente no caso de despedida injusta, pois isto violaria a liberdade individual; da mesma forma, o industrial cuja fábrica polui não pode ser obrigado a demoli-la, pois o ilícito não é a existência da indústria, mas a emissão abusiva de fumaça (COLIN E CAPITANT, *Op. cit.*, p. 634).

de Lei de 1815), elevado a Reino Unido de Portugal, obedecia às leis lusitanas, mais particularmente, a par da profusa legislação extravagante, às Ordenações Filipinas. Nelas não se encontra preceito específico acerca do abuso do direito que, em Portugal, é teoria desenvolvida em grande parte pela doutrina e, de outra, pelos tribunais.⁶² Bem por isso, nas leis que passaram a vigor no Brasil, por força da recepção do direito português, não havia particular referência ao abuso do direito. O Código Comercial (1850) tem uma norma (artigo 84, n.º 3) reservada ao abuso de confiança, questão distinta. Também omissos eram os Regulamentos 737 e 738, expedidos em cumprimento àquele Código, e o Código Criminal de 1830, que substituiu o Capítulo V das Ordenações Filipinas.

Em matéria penal, a referência ao tema do ato abusivo surgiu com o Código de 1890 que, no artigo 338, n.º 7, incluía entre as formas de estelionato o fato de “abusar, em próprio ou alheio proveito, das paixões ou inexperiência de menor, interdito ou incapaz”, e fazê-lo subscrever “ato que importe efeito jurídico em dano dele ou de outrem...”.⁶³ No Decreto-Lei n.º 3.688, de 03 de outubro de 1941, há duas referências ao tema, relativas ao abuso de profissão ou atividade (arts. 12, alínea *a*, e 35). Mas não há, ainda aqui, uma referência ao abuso do direito propriamente dito.

2.1. O movimento de codificação e a repercussão da doutrina de Saleilles

Como aponta Walter Vieira do Nascimento, a codificação das leis brasileiras, a contar de 1822, processou-se gradativamente nos vários ramos do direito, exceção feita às leis civis, que somente em 1857 foram consolidadas por Teixeira de Freitas. Mais tarde, esse trabalho do renomado civilista brasileiro serviu a uma codificação civil, escrito que se tornou célebre como *Esboço*. A obra mereceu o elogio de Clóvis Beviláqua e do autor

⁶² É certo que, no Livro V, §§ 42 e 118, das *Ordenações Filipinas*, já havia sanções para a prática de ofensas irrogadas em juízo e para a repressão da demanda maliciosa, que também encontra previsão no Livro III, Título LXVII, inspirado nas *Ordenações Manuelinas* (Livro III, Título 51, § 54), segundo registro de Cândido Mendes de Almeida (*Código Filipino*, p. 671, citado por CASTRO FILHO, José Olímpio. *Abuso do Direito no Processo Civil*, p. 74). Outras tantas disposições processuais, que acabaram, inclusive, por influenciar o Código de Processo Civil português de 1876, também têm lugar nas *Ordenações Filipinas* (CASTRO FILHO, *op. cit.*, pp. 58-60 e 76-79). Todavia, como será visto mais adiante, falta uma consagração expressa daquilo que mais tarde se convencionou chamar de abuso do direito. Nem mesmo no Código Civil de 1867 é possível encontrá-la, conquanto reconheça a doutrina portuguesa, invocando o testemunho de Tito Arantes, que, no art.º 13 do diploma de Seabra, houvesse referência indireta à questão (CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, pp. 112-113).

⁶³ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, p. 265.

do Código Civil argentino de 1869, Vélez Sarsfield, que se disse nela inspirado.⁶⁴

No *Esboço* de Teixeira de Freitas, tanto quanto no Código Civil argentino de 1869, inexistia qualquer referência à questão do abuso do direito. Fernández Sessarego, comentando o fato, diz que não se poderia esperar que o extraordinário Código Civil de Vélez reconhecesse, de modo expresso e claro, uma teoria contrária aos princípios individualistas que impregnavam as disposições dos códigos herdeiros da codificação francesa de 1804. Mas, por certo, Vélez não ignorava os princípios relativos à proibição dos atos abusivos, do que são prova as fontes consultadas para a elaboração do Código, a exemplo da jurisprudência francesa e do Código Civil da Prússia, datado de 1794. Certamente, o mesmo se passa com Teixeira de Freitas, autêntico gênio, na expressão de Vieira do Nascimento. Nem mesmo em seu *Vocabulário Jurídico* fez o autor do *Esboço* qualquer referência ao tema.⁶⁵

Outras tantas foram as tentativas de elaborar um Projeto do Código Civil, a exemplo daquelas encetadas por José Nabuco de Araújo, Joaquim Felício dos Santos e Antonio Coelho Rodrigues. Como anota Haroldo Valladão, Carlos de Carvalho, no artigo 1029 de sua *Consolidação*, datada de 1899, mandava indenizar no caso de excesso no exercício do direito, fundando-se na ordem L. 4, título 2, que deixava o juiz decidir, consideradas as circunstâncias, se o esforço fora ou não incontinente.⁶⁶

Todavia, coube ao Ministro Alfredo Valladão, a propósito do Projeto de Clóvis Beviláqua, que se discutia no Senado, levantar o problema do abuso do direito. Em artigo publicado no *Jornal do Commercio*, de 04 de fevereiro de 1912, o Ministro chamava a atenção para o tema, que já se inscrevera nos códigos da Alemanha e da Suíça. Noticiando a viva polêmica travada entre Saillelles e Josserand, de um lado, Planiol e Esmein de outro, Alfredo Valladão sustentava que não existem direitos absolutos, concepção que deveria orientar o Código brasileiro, sob pena de a legislação já nascer ultrapassada. A nosso ver

⁶⁴ NASCIMENTO, Valter Vieira. *Lições de História do Direito*, pp. 145-146.

⁶⁵ Na parte relativa aos fatos em geral (fatos voluntários, atos jurídicos e atos ilícitos – arts. 431 a 445 e arts. 822 e segs.), inexistia referência ao tema do *abuso*, que aí encontraria sua adequada localização (*Esboço Teixeira de Freitas*, vol. 1); FREITAS, Teixeira de. *Vocabulário Jurídico*; NASCIMENTO, Walter Vieira. *op. cit.*, p. 146; SESSAREGO, Carlos Fernández. *op. cit.*, p. 255; a confirmar a ausência do tratamento da questão nos projetos anteriores ao de Clóvis Beviláqua, v. Haroldo Valladão, *op. cit.*, p. 12.

⁶⁶ VALLADÃO, Haroldo. Condenação do abuso do direito, *Arquivos do Ministério da Justiça*, Ano XXVI, n. 107, p. 12; a respeito dos anteprojetos mencionados, v. NASCIMENTO, Vieira do, *op. cit.*, p. 146, MIRANDA, Pontes de. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, pp. 79-96, e BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil*, p. 48).

– dizia no artigo – “o abuso do direito caracteriza-se pela anormalidade de seu exercício, pelo seu exercício anti-social. Esta há de ser apreciada objetivamente, embora, em muitos casos, a apreciação objetiva envolva a necessidade de se conhecer o elemento psicológico”.⁶⁷

Clóvis Beviláqua, convidado que fora pelo então Presidente Campos Salles, colega de congregação da Faculdade de Direito do Recife, aceitou o desafio de redigir um Projeto de lei, que ficou pronto em seis meses. Das diversas polêmicas que ensejou, particularmente conhecido ficou o debate suscitado por Ruy Barbosa.⁶⁸ Diga-se ainda que o Projeto, em sua redação original, não fazia referência ao *exercício regular de um direito reconhecido*, mas apenas à legítima defesa, prevista no artigo 172. Como observa Haroldo Valladão, na 11ª Reunião da Comissão Revisora, Lacerda de Almeida sugeriu que o dispositivo fosse deslocado para o capítulo dos Atos Ilícitos. Na 41ª Reunião, alterou-se a redação do artigo só para melhor caracterizar a legítima defesa. Entretanto, na redação final do Projeto, o artigo 172 passou a figurar como artigo 181, com o acréscimo “ou no exercício regular de um direito reconhecido”. Esta redação que, sem qualquer notificação, justificativa, emenda ou debate, prevaleceu na Comissão Especial da Câmara ou do Senado.⁶⁹

Foi assim que se inseriu, “clandestinamente”, na expressão de Haroldo Valladão,⁷⁰ “de maneira indireta e singular”, no dizer de Alvino Lima,⁷¹ essa fórmula “um tanto misteriosa”, como admite Pontes de Miranda,⁷² “tímida e obscura”, na palavra de Pedro Baptista Martins,⁷³ que outros tantos preferem tratar por “forma negativa”,⁷⁴

⁶⁷ VALLADÃO, Alfredo. *O abuso do direito*, Revista dos Tribunais, São Paulo, pp. 330-338, *apud* VALLADÃO, Haroldo, *op. cit.*, p. 12. No campo do processo civil, José Olímpio de Castro Filho aponta disposições esparsas do Decreto n.º 3084, de 1898, que, de maneira precursora, reprimiam e preveniam o abuso do direito, seguindo a tradição das *Ordenações* (*op. cit.*, pp. 80-81).

⁶⁸ CARNEIRO RIBEIRO, Ernesto. *A redação do Projeto do Código Civil e a réplica do Dr. Ruy Barbosa – Tréplica*.

⁶⁹ VALLADÃO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 13.

⁷⁰ *Idem, ibidem*.

⁷¹ LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 345; no mesmo sentido CASTRO FILHO, José Olímpio de., *Op. cit.*, p. 84.

⁷² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, tomo LIII, p. 73.

⁷³ MARTINS, Pedro Baptista. *Op. cit.*, p. 92; para Roberto Goldschmidt o Anteprojeto do Código das Obrigações, de 1941, expressa-se de maneira muito mais clara (*A Teoria do Abuso de Direito e o Anteprojeto Brasileiro de um Código das Obrigações*, p. 30).

⁷⁴ MIRANDA, Pontes de. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, pp. 162-163.

“forma oblíqua”,⁷⁵ “fórmula *a contrario sensu*”⁷⁶ ou “fórmula implícita”.⁷⁷

Entre os autores que admitem a consagração da teoria do abuso do direito pelo legislador pátrio, é consenso que ela surge mesmo de uma interpretação em sentido contrário. Partindo da regra segundo a qual o exercício regular de um direito reconhecido não configura ato ilícito (art. 160, I, do Código Civil de 1916), trata-se de saber qual a natureza jurídica do *exercício irregular*. A lógica deôntica não autoriza concluir, necessariamente, pela ilicitude (*proibição*), como fazem os civilistas pátrios. De qualquer forma, já se pode adiantar que se está diante de uma solução retórica, que se bem encontra fundamento em argumento indutivo, a contrário senso, desconsidera, por certo, a existência de uma terceira categoria deôntica (além do *obrigatório* e do *proibido*), que é a *permissão*.

Na base dessa construção doutrinária, os autores são levados a concluir, então, que o *exercício irregular* de um direito é ato ilícito. Mais que isto, interpretando o artigo 100 do Código Civil de 1916, também a contrário senso, concluem que a ameaça do exercício anormal (diga-se *irregular*) de um direito constitui coação, violência, ilicitude que obriga o autor a indenizar, caso haja prejuízo.⁷⁸ A esta altura, surgem algumas polêmicas, que dizem respeito não só ao critério eleito pelo legislador, quando reconheceu a tese do abuso do direito, como também à autonomia teórica desta elaboração.

Clóvis Beviláqua, ao comentar o Código Civil, acabou acompanhando o Deputado Mello Franco, que via na interpretação a contrário senso do disposto no artigo 160, I, do Código Civil de 1916 a condenação do abuso do direito. Mais que isto, consignou que o Código aceitou a doutrina de Saleilles.⁷⁹ Plínio Barreto, em parecer

⁷⁵ LOPES, Serpa. *Curso de Direito Civil*, p. 548.

⁷⁶ LINS NETO, Edmundo. Abuso do direito – Qual o conceito que melhor se ajusta ao direito positivo brasileiro, *Revista de crítica judiciária*, p. 27; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de direito civil brasileiro*, p. 617; CARVALHO SANTOS, *Código civil brasileiro interpretado*, p. 338; MARTINS, Pedro Baptista. *op. cit.*, p. 92; BARROS MONTEIRO, Washington de. *Op. cit.*, p. 281; GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*; SOARES LEVADA, Claudio Antônio. *Responsabilidade civil por abuso de direito*, p. 39. Antunes Varela considera que não há, no Código Civil de 1916, senão vestígios inequívocos da reação da lei contra o exercício anormal de certos direitos. Assim é que a leitura do Código Civil leva à conclusão, por argumento a contrário, de que constituem atos ilícitos os praticados no exercício irregular de qualquer direito (O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro. *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Ano I, nº 1, p. 42 e 43).

⁷⁷ SESSAREGO. *Op. cit.*, p. 272; CUNHA DE SÁ. *Op. cit.*, p. 89.

⁷⁸ NONATO, Orozimbo. *Da coação como defeito do ato jurídico (ensaio)*, pp. 172-173; no mesmo sentido, Edmundo Lins Neto (*Op. cit.*, p. 27) e Everardo da Cunha Luna (*Abuso de Direito*, pp. 119-124). A norma do Código Civil de 1916 corresponde à regra do artigo 153 do Código Civil vigente.

⁷⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, p. 348.

publicado no ano de 1931, aponta a ambiguidade do registro feito por Beviláqua, porquanto, como já foi visto, é polêmica, quando menos, a filiação de Saleilles à corrente objetivista. Para o autor, há duas fases distintas no pensamento do doutrinador francês: a primeira, de vertente objetivista, e a segunda, a definitiva, de viés subjetivista. A ser correto que o Código Civil brasileiro adotou a posição de Saleilles – conclui Plínio Barreto – somente se poderia cogitar de sua expressão definitiva.⁸⁰

Carvalho Santos, em longo e proveitoso comentário ao artigo 160, I, do Código Civil de 1916, concorda com Plínio Barreto, dizendo que, em sendo assim, tem-se de reconhecer que a doutrina do abuso do direito pertence ao campo da teoria geral do ato ilícito, “o que se deduz da própria referência ao assunto, feita pelo Código englobadamente com o ato ilícito”.⁸¹ Ocorre que, sob este ponto de vista, a doutrina subjetivista de Saleilles – que tem por abusivo o ato cujo único efeito é o prejuízo de outrem, sem interesse apreciável e legítimo daquele que o pratica – mostra-se limitada, porquanto leva em conta apenas o dolo (ou o erro grosseiro, a este equiparado).⁸²

A partir dessas considerações, Carvalho Santos conclui que a referência feita por Clóvis diz respeito à primeira fase do pensamento de Saleilles, à sua posição primitiva, que pode ser resumida nos seguintes termos: o dano, quando resulta de procedimento condenado pelos costumes, não tem de ser necessariamente doloso. Basta o simples exercício anormal, ainda quando não o fosse senão imprudente, o que lhe dá feição de fenômeno antissocial.⁸³ Mesmo assim – acrescenta Carvalho Santos – “é preciso convir que o Código brasileiro não seguiu à risca a doutrina de Saleilles, pois repele o objetivismo preconizado em sua doutrina”. Dela recolhe apenas a anormalidade condenável em razão do dolo ou da culpa, que venha a ofender o destino econômico e social do direito.⁸⁴

Este, portanto, o sentido que Plínio Barreto e Carvalho Santos emprestam à expressão *exercício irregular* ou *anormal de um direito*, não obstante reconheça o mestre

⁸⁰ BARRETO, Plínio. Parecer publicado na *Revista dos Tribunais*, pp. 511-512. A norma do Código Civil de 1916 corresponde à regra do artigo 188, I, do Código Civil vigente.

⁸¹ CARVALHO SANTOS. *Op. cit.*, p. 350.

⁸² *Idem, ibidem*.

⁸³ *Idem*, p. 354.

⁸⁴ *Idem*, pp. 354-355; para João FRONZEN DE LIMA, o Código Civil brasileiro teria adotado a teoria de Saleilles na sua versão subjetiva, o que muitas vezes dificulta a aplicação da teoria do abuso do direito (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 374).

paulista que a jurisprudência não tem dado ao Código brasileiro essa interpretação lata, limitando-se ao exame da intencionalidade e, quando muito, do erro grosseiro, equiparado ao dolo.⁸⁵ É possível encontrar, na jurisprudência brasileira das décadas de 30, 40 e 50, alguns acórdãos que se socorrem da noção de culpa *stricto sensu*.⁸⁶ Poucos, entretanto, são os julgados que recorrem ao critério objetivo ou finalista, como bem demonstram Aguiar Dias, Edmundo Lins Neto e Pedro Baptista Martins, autores que, juntamente com Alvino Lima, compartilham desta mesma orientação.⁸⁷

2.2. A hesitação da doutrina na classificação do *abuso* como *ilícito*

Entre os civilistas pátrios mais modernos, afora Caio Mario da Silva Pereira,⁸⁸

⁸⁵ BARRETO, Plínio. *Op. cit.*, p. 512.

⁸⁶ A pesquisa dos acórdãos citados por Plínio BARRETO (*Op. cit.*, p. 512), Edmundo LINS NETO (*Op. cit.*, p. 36 a 38), Pedro BAPTISTA MARTINS (*Op. cit.*, p. 92, § 77) e YASSIM, Assad Amadeo. *Considerações sobre abuso de direito*, pp. 21-24, permite afirmar que a jurisprudência brasileira, pelo menos até a década de 70, tinha nítida influência subjetivista. É o que se pode ver a partir do exame de outros tantos julgados, a exemplo daqueles que versam sobre protesto abusivo (sentença do Juízo da Comarca do Rio de Janeiro, proferida pelo Juiz José Antonio Nogueira, em 15 de janeiro de 1926, publicada na *Revista Forense*, vol. XLVI, pp. 280-281; Supremo Tribunal Federal, Apelação Cível nº 5537, Rel. Edmundo Lins, publicada no *Arquivo Judiciário*, vol. XXVIII, pp. 79-83) e concorrência desleal (Corte de Apelação Civil do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 4469, Rel. Collares Moreira, publicada no *Arquivo Judiciário*, vol. XXXIX, pp. 296-297. Passando em revista a jurisprudência das últimas décadas, foi possível encontrar alguns poucos acórdãos de orientação objetivista. Decidiu a Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo que comete abuso do direito o contraente que, com grave prejuízo ao outro, exercita de forma irregular o poder de desconstituição unilateral do contrato por prazo indeterminado. De modo que o comete o cedente que, sem provar necessidade inadiável, denuncia contrato atípico de cessão de águas, ao término do plantio da cessionária, comprometendo toda a safra com a falta de irrigação (Ap. Civ. nº 182.997-1 – Guaratinguetá, v.u., Rel. Cezar Peluso, 1º de junho de 1993, *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça*, vol. 148, pp. 81-83).

⁸⁷ AGUIAR DIAS. *Op. cit.*, pp. 545-551, depois de invocar a posição de Pedro Baptista Martins, critica a interpretação subjetivista que se dava à regra do art. 160, I, do Código Civil de 1916, transcrevendo fragmentos de acórdãos insertos na *Revista Forense* 83/529 e 91/441 e na *Revista dos Tribunais* 129/198 (voto do Desembargador Teodomiro Dias); Edmundo Lins Neto (*op. cit.*, p. 37) cita acórdão transcrito na *Revista Forense* 46/280, que se refere ao exercício anormal e antissocial do direito, como requisito único para configuração do abuso do direito; em Pedro Baptista Martins (*op. cit.*, pp. 103-106 e 108-110) é possível encontrar acórdão inserto no *Arquivo Judiciário* 17/28 e outro, em que há declaração de voto de Orosimbo Nonato, cuja fonte não vem referida, ambos perfilhados à teoria objetivista, que é também a orientação de Alvino Lima (*Op. cit.*, pp. 346-348).

⁸⁸ Para Caio Mario da SILVA PEREIRA, que escreve na vigência do Código Civil de 1916, “não existe, no Código brasileiro e nem nas leis posteriores, uma regra consagradora da teoria do abuso do direito, tal como vem enunciada no art. 226 do BGB”. Não faltou quem a visse no artigo 160 do Código Civil de 1916. Reconhece, contudo, o autor mineiro que é possível vislumbrar em algumas regras do Código Civil, a exemplo daquela inscrita no art. 514, uma aplicação da teoria (*Instituições de Direito Civil*, vol. I, p. 431). No mesmo sentido são as considerações do civilista português, Antunes VARELA, ao examinar o ordenamento jurídico brasileiro (*Op. cit.*, p. 42 a 49). Em parecer sobre o abuso na demanda, lastreado nas disposições do CPC de 39 e do art. 20 da Lei de Falências, Caio Mario reconhece a possibilidade de abuso flagrante das vias do direito, no qual se pode incorrer, segundo lição dos irmãos Mazeaud, que transcreve,

inexiste controvérsia sobre o fato de o Código Civil brasileiro ter consagrado a doutrina do abuso do direito. Há aqueles que sustentam expressamente o critério finalista⁸⁹ ou o objetivista.⁹⁰ Exceção feita a Everardo da Cunha Luna, não se logrou encontrar uma defesa explícita do critério subjetivista, que em alguns casos apenas transparece.⁹¹ Singular é a posição de Serpa Lopes que, sem negar a importância da vertente objetivista, diz que o legislador pátrio, ao traçar as regras dos artigos 100 e 160, I, do Código Civil de 1916, apenas fixou um critério geral; caberá à jurisprudência dele extrair o sentido mais apropriado à espécie sob julgamento.⁹²

Mas a inserção do abuso do direito nos limites da teoria geral dos atos ilícitos também é objeto de muita controvérsia, como já se teve oportunidade de ver na seção anterior. Há aqueles que consideram o ato abusivo um simples ilícito, categoria não autônoma, com repercussões no campo da responsabilidade civil. Outros tantos consideram-no, ainda que sob denominações diversas, uma ilicitude *lato sensu*, que implica inclusive o dever de abstenção.

Seguindo a posição dos irmãos Mazeaud, de Bartin e de Demogue, autores como

até mesmo por imprudência (*Revista Forense*, vol. 159, Ano 52, fascs. 623 e 624, mai/jun de 1955, pp. 106-107).

⁸⁹ RÃO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*, pp. 196-197; GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, p. 132; RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, p. 340; WALD, Arnold. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, pp. 190-191; BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*, p. 186.

⁹⁰ FERNANDES NETO, Guilherme. *Cláusulas Abusivas*. BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *Os contratos de adesão e o controle das cláusulas abusivas*, pp. 79-80. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, p. 43. Para San Tiago Dantas, o *animus nocendi* pode configurar-se ou não. O que vale considerar é o aspecto objetivo do ato. Se configurada a antisociabilidade, existe abuso e cabe repressão (*O conflito de vizinhança e sua composição*, p. 126, *apud* FIGUEIREDO, Diogo de. O abuso do direito na retomada de imóveis por livre conveniência do locador, *Revista de Direito da Procuradoria Geral, Estado da Guanabara*, 1966, vol. 15, p. 256). Este último autor vislumbra aqui uma teoria monista, uma tentativa de unificar a concepção subjetivista e a concepção objetivista. A tese não colhe. O que San Tiago DANTAS sustenta é que a *teoria do abuso* envolve inclusive a *aemulatio*, mas não só. Aplica-se também a todos os casos de violação da destinação econômica e social do direito (DANTAS, San Tiago. *Op. cit.*, p. 126 e 127, *apud* FIGUEIREDO, Diogo de. *Op. cit.*, pp. 256-257).

⁹¹ Everardo da CUNHA LUNA é enfático ao defender a necessidade da configuração de dolo ou culpa para que se possa falar em abuso do direito (*Op. cit.*, p. 119); Limongi FRANÇA, em breve exposição, cita dispositivo do Código Civil mexicano, que tem orientação subjetivista (*Manual de direito civil*, vol. 4-I, p. 412; vol. 1, 1980, p. 319; vol. 4-II, 1969, p. 294; Washington de Barros Monteiro, depois de dar notícia das diversas teorias, parece inclinar-se pelo critério subjetivista (*op. cit.*, p. 281 e 282); Maria Helena DINIZ não se ocupa da diversidade de critérios (*Curso de direito civil brasileiro*, pp. 295-296).

⁹² LOPES, Serpa. *Curso de direito civil*, p. 548; no mesmo sentido, Martín BERNAL (*Op. cit.*, p. 42). Pedro BAPTISTA MARTINS (*op. cit.*, p. 76) e Edmundo LINS (*Op. cit.*, p. 37) destacam sentença da lavra de Serpa Lopes, que acolhe o critério objetivista, com ressalva, entretanto, das hipóteses de abuso no exercício da demanda, nas quais há de se exigir a configuração da culpa. Para Demogue, igualmente, o direito de estar em juízo tem de ser analisado de maneira ampla (*Traité des obligations en général*, vol. IV, p. 307, 308 e 315, *apud* LIMA, Alvino, *Op. cit.*, p. 335).

Clóvis Beviláqua, Plínio Barreto e Carvalho Santos praticamente identificam os conceitos de *abuso do direito* e *ilícito*. Não há negar que esta posição guarda coerência com o critério subjetivista, que, segundo interpretação dos dois últimos, o autor do Código Civil também teria adotado. Contudo, isto implicaria praticamente a negação do abuso do direito como conceito ou doutrina autônoma, segundo reconhece Alvino Lima.⁹³

Pontes de Miranda, inspirando-se em Charmont, diz que o direito não cessa onde o abuso começa; o que dá ensejo à reparação é a existência de dano. Se alguém age, no exercício irregular de um direito, mas mesmo assim sem causar dano, não comete *ato ilícito absoluto*.⁹⁴ Mas, em outra passagem, a propósito do disposto no artigo 160, I, do Código Civil de 1916, diz: “pré-excluem-se dos atos ilícitos os atos que constituem exercício regular. O irregular é, pois, ilícito”.⁹⁵

Pedro Baptista Martins, comentando o artigo 100 do Código Civil de 1916, diz que muitos têm visto neste dispositivo outra fonte legal de obrigações por atos abusivos. Entretanto, trata-se de “simples modalidade especializada de abuso do direito”.⁹⁶ Mais adiante, diz que o ato abusivo, considerado em si mesmo, é perfeitamente legal; por si só não basta para gerar responsabilidade do autor; necessário que o agente tenha causado prejuízo apreciável.⁹⁷ Ocorre que a doutrina considera a coação ato ilícito (a propósito, ver a nota 17). Mais que isto, Pedro Baptista não faz depender a noção de abuso do direito do conceito de culpa *lato sensu*. Tais circunstâncias poderiam gerar perplexidade. Entretanto, em outra passagem, o civilista assim se manifesta: “o ato que é lícito ante o direito positivo em vigor, torna-se ilícito quando apreciado à luz dos princípios gerais, em constante e permanente mutação”.⁹⁸

Roberto Goldschmidt, analisando o Anteprojeto do Código das Obrigações de 1941,⁹⁹ cuja redação coube aos Ministros Filadelfo Azevedo, Orosimbo Nonato e ao

⁹³ Segundo Alvino LIMA, não fossem distintos os campos do abuso do direito e da responsabilidade civil, bastaria o preceito do artigo 159 do Código Civil de 1916 (*op. cit.*, p. 346). Veja-se, com redação um pouco diversa, o artigo 186 do Código Civil vigente.

⁹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, p. 73 a 75.

⁹⁵ *Idem*, p. 62.

⁹⁶ MARTINS, Pedro Baptista. *Op. cit.*, p. 93.

⁹⁷ *Idem*, p. 145.

⁹⁸ *Idem*, p. 140.

⁹⁹ Como anota Luis Recaséns Siches, o artigo foi originariamente escrito em espanhol e publicado na Argentina, ao tempo em que o jurista alemão, refugiado da guerra, lecionou em Córdoba. RECASÉNS SICHES Luís. *Filosofía del Derecho*, p. 728.

Professor Hahnemann Guimarães, diz que, não obstante a técnica legislativa adotada, houve o reconhecimento da autonomia da doutrina do abuso do direito, que não está inserida na esfera da responsabilidade civil por culpa, mas sim no campo dos princípios gerais do direito. Esta exatamente a crítica que faz à redação do Anteprojeto, porquanto o artigo 156, cuja norma tem matiz nitidamente objetivista, foi colocado no capítulo da responsabilidade civil.¹⁰⁰

Sustenta Goldschmidt que todo o equívoco da cultura jurídica latina consiste em não distinguir *antijuridicidade* e *culpabilidade*. A primeira noção diz com a contrariedade aos bons costumes, à boa-fé, vale dizer, àqueles preceitos que são extraídos das opiniões culturais dominantes, ao passo que o segundo conceito faz referência à vontade livre e consciente de agir (dolo) ou à voluntária omissão de diligência (consciente ou inconsciente) em calcular as consequências possíveis e previsíveis do próprio fato. Por isso, o abuso do direito é antijurídico e encontra lugar entre os princípios gerais do direito, obrigando à reparação, no caso de responsabilidade, aqui sim, segundo os princípios da culpa.¹⁰¹

Alvino Lima e Aguiar Dias, analisando o ponto de vista de Goldschmidt, embora lhe façam algumas objeções, entendem que realmente não se pode inserir a noção do abuso do direito nos quadrantes da responsabilidade civil. Diz Alvino Lima – em longo e erudito artigo – que “não é possível, no estado atual da ciência do direito, quando a teoria da responsabilidade objetiva se expande, a mais e mais, se restrinja ao mínimo, quase inútil, a aplicação da doutrina do abuso do direito”. E acrescenta: “Em face destes novos preceitos, a jurisprudência dos nossos tribunais não se limitará a condenar os que exercem abusivamente os seus direitos, rebuscando, na intenção de lesar, o único fundamento da teoria do abuso do direito”.¹⁰²

Mutatis mutandis, valem, em relação ao direito pátrio, as considerações feitas por Fernando Augusto Cunha de Sá acerca da pequena receptividade, no âmbito do direito português, dos critérios *objetivista* e *finalista* que informam a teoria do abuso do direito:

“A situação explica-se, numa parte, pelo relativo atraso do desenvolvimento

¹⁰⁰ GOLDSCHMIDT, Roberto. *Op. cit.*, pp. 22, 28-30; diz o artigo 156 do Anteprojeto que está obrigado a indenizar todo aquele que causa dano, por exceder, no exercício do direito, os limites do interesse por este protegido ou os limites resultantes da boa-fé.

¹⁰¹ *Idem, ibidem*.

¹⁰² LIMA, Alvino. *Op. cit.*, pp. 346-347; AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*, pp. 533-535.

econômico e social do nosso país, noutra parte pelo excessivo apego de nossa magistratura ao formalismo, à letra da lei, a um certo entendimento de valores tais como os da justiça, da certeza e da segurança, ou do papel da jurisprudência na aplicação do direito, noutra parte ainda, talvez, pela ‘mansidão’ ou ‘doçura’ de costumes de nossa gente, sempre ciosa dos seus direitos mas incapaz por vezes de reagir a formas mais *nuancées* da ilegitimidade do exercício dos mesmos ou até de formar uma consciência social do que é admissível e do que o não é. Mas não se esqueça que, lá fora, foram sobretudo os problemas decorrentes do desenvolvimento industrial e, nomeadamente, os conflitos propriedade agrícola/propriedade industrial, a formação de grandes empresas capitalistas e de fortes sindicatos operários, ou de amplas concessões no que respeita às liberdades cívicas, a par de um arejamento cultural e da formação de correntes de pensamento profundamente dominadas pela preocupação social (muitas delas, até, de raízes tomistas), que estiveram na base da lata aplicação da figura à vida jurídica de todos os dias e a todos os actos e manifestações dessa mesma vida”.¹⁰³

3. A CONSTRUÇÃO DO SIGNIFICADO DO ABUSO DO DIREITO NA BASE DO CASO CONCRETO

A despeito das dificuldades em estabelecer um conceito claro e preciso acerca do *abuso do direito*, a experiência jurídica mostra, através dos séculos, a importância das elaborações dogmáticas em torno do tema, a começar pelo direito de vizinhança, no qual a teoria do abuso ganhou seus primeiros contornos. Assim é que o princípio *qui suo iure utitur neminem laedit* (D. 50, 17, 55, Gaio), resquício da *justiça de mão própria*, vai, aos poucos, cedendo lugar a uma visão mais humanista, que se insere, como já visto, no contexto de certos preceitos cristãos. Em Ulpiano é possível encontrar a origem da regra do artigo 587 do Código Civil de 1916, segundo o qual “a cada um é dado reparar sua

¹⁰³ CUNHA DE SÁ. *Op. cit.*, p. 279-280; interessantes, a propósito do espírito da gente portuguesa, o realismo satírico das obras de Eça de Queirós (1845-1900) e o ensaísmo crítico de António Sérgio (1883-1969). Conquanto polémica a *Teoria do Homem Cordial* (a propósito, v. BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. *Raízes do Brasil*; e RICARDO, Cassiano. *O Homem Cordial e outros pequenos estudos brasileiros*), certo é que os comentários do autor português guardam estreita relação com o cenário sócio-econômico-cultural existente no Brasil até o final da década de 50, que se inscreve nos quadros de uma economia agrária exportadora e de uma sociedade rural e patriarcal. Quanto à orientação dos juízes, o tema será melhor desenvolvido a partir do quinto capítulo.

própria casa, contanto que não prejudique, sem permissão, o direito do vizinho” (*D. 50, 17; Ulp. 3 opin.*), disposição esta que corresponde ao artigo 1.313 do Código Civil vigente. Viu-se que o individualismo exacerbado do direito romano, a princípio, passou a fazer certas concessões no que diz respeito ao dano intencional. Quanto ao uso das águas, entendia-se, com base em Ulpiano, que ao proprietário é dado abrir sulcos no seu prédio, ainda que em prejuízo das fontes do vizinho, para melhorar o seu, sob condição de que não o faça com ânimo de prejudicar.¹⁰⁴ Sucederam-se, então, com fundamento na distinção entre *uso normal* e *uso anormal* da propriedade, da qual foi precursor Quintus Mucius Scaevola,¹⁰⁵ diversas regras, que regulam os direitos de vizinhança até nossos dias, as quais visam a coibir o uso nocivo da propriedade, mais especificamente o direito de construir, o direito de tapagem e o direito de servidão.

3.1. A ideia de *abuso do direito* na sociedade de massa

Na contemporaneidade, surgiu a questão dos condomínios, mormente dos condomínios em edifícios, a desafiar a inventiva dos homens na solução dos conflitos. Jurisprudência e doutrina são pródigas em exemplos, numa demonstração da importância do tema, mormente nas chamadas sociedades de massa, caracterizadas por mobilidade crescente e diferenciação social.

Naquela forma de sociedade, caracterizada por aspectos de mobilidade crescente, diferenciação social e perda de raízes, valores ou sentimentos tradicionais, afloram, no dizer de Mannheim, “todas as irracionalidades e explosões emocionais características de aglomerações humanas amorfas”.¹⁰⁶ Na tentativa de acomodar os interesses e pretensões desse turbilhão de pessoas, deserdadas do capitalismo industrial (gerador de expectativas e demandas que o sistema não conseguiu absorver), esquadrinharam-se ainda mais as regras normativas, num crescente processo de codificação, que já se iniciara no começo do séc. XIX. Aqui, no dizer de Pontes de Miranda, “exercendo o meu direito, posso lesar a outro, ainda se não saio do meu direito,

¹⁰⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, p. 64 e 65.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 66.

¹⁰⁶ MANNHEIM, *Homem e sociedade em um período de reconstrução*, apud Benedicto Silva (org.), *Dicionário de Ciências Sociais*, verbete sociedades de massa, p. 1.143.

isto é, da linha imaginária que é o meu direito”. Por isso, “o estudo do abuso do direito é a pesquisa dos encontros, dos ferimentos que os direitos fazem”.¹⁰⁷ O condomínio em edifícios é a expressão estética que melhor retrata as sociedades de massa, com o seu amontoado de apartamentos e conjuntos comerciais.¹⁰⁸ Transpostos estes limites, os ocupantes dividem o mesmo espaço em escadas, corredores, elevadores, *playgrounds* e em outras partes comuns do edifício, nas quais não lhes cabem mais que frações ideais.

É fora de dúvida que esta ambiência se torna fonte inesgotável de litígio, porquanto a insuficiência dos códigos e das leis logo se mostra, diante da gama de possibilidades que a nova situação engendra. Conquanto as normas jurídicas, aos poucos, houvessem se ocupado dos limites e da relatividade dos direitos entre os condôminos em edifício,¹⁰⁹ certo é que subsiste a importância das construções doutrinárias, mormente sob o influxo das ideias socialistas do início do século, que colocam a tônica na igualdade, em detrimento da liberdade. Deste ponto de vista, é possível afirmar que a grande contribuição de uma *teoria do abuso do direito* está em oferecer solução para os casos que não foram previstos pela legislação. Nesse sentido é o reconhecimento da doutrina.¹¹⁰

O proprietário de um apartamento de veraneio pode alugá-lo para temporada. Todavia, se o excesso no número de ocupantes, com certa frequência, onera o serviço de elevadores, sobrecarrega e encarece o fornecimento de água (com repercussão no rateio), concorrendo, outrossim, para o desgaste paulatino das partes comuns, configurado estará o abuso do direito de propriedade.¹¹¹ Inútil se mostra a consulta aos códigos e às leis, em busca de questões e soluções particularizadas, que somente a casuística jurisprudencial, inspirada, em boa parte, na ilustração e nos *standards* da doutrina, poderá fornecer. É o caso das dimensões e do conteúdo das propagandas ou anúncios veiculados por letreiros, placas ou tabuletas, fixados, nos limites do que estabelece a convenção, na parte comum

¹⁰⁷ MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.* pp. 67-68.

¹⁰⁸ Para uma análise antropológica do fenômeno da urbanização, v. ANDERSON, Nels. *Sociología de la comunidad urbana*, pp. 587-589, e MUMFORD, Lewis. *A cultura das cidades*, p. 96, 254, 238 e 263; quanto às repercussões do fenômeno no campo do direito brasileiro, v. GOMES, Orlando e VARELA, Antunes. *Direito Econômico*7, pp. 43 e ss.

¹⁰⁹ É o caso da utilização do teto do edifício, por parte do proprietário da unidade situada no último andar. A respeito, era omissa o Decreto nº 5.481/28. Aos poucos, com lastro na teoria do abuso do direito, jurisprudência e doutrina foram se delineando, no que deram lugar à regra do art. 3º da Lei nº 4.591/64 (cfr. Caio Mario da Silva Pereira, *Condomínio e Incorporações*, pp. 157-159).

¹¹⁰ MARTINS, Pedro Baptista. *Op. cit.*, pp. 81-82; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, tomo XI, p. 26 e tomo LIII, p. 70; ABREU, Coutinho de. *Op. cit.*, p. 49; WARAT. *Op. cit.*, pp. 76, 77 e 85.

¹¹¹ A ilustração inspirou-se no exemplo de Pontes de Miranda *Op. cit.* p. 258.

do edifício. É também a hipótese da existência de animais domésticos no interior dos apartamentos, mesmo quando regulada pela convenção de condomínio. De um lado, o apartamento é unidade autônoma, mas, por outro, é certo que o animal, ainda que conduzido pelo dono, terá de circular eventualmente pelas partes comuns do edifício. Ademais, o conceito de *animal doméstico* é muito elástico, a consentir certas excentricidades.

Veja-se que em todas estas situações o intérprete é levado a guiar-se por uma certa tipologia, por uma certa dicotomia, tal como *normalidade-anormalidade*; *função-disfunção*; *proveito-prejuízo*; *má-fé* e *boa-fé*. Assim é o caso da construção da quadra de esportes, em área comum, cujas luzes venham a se projetar, e o barulho repercutir, com intensidade, no apartamento do primeiro piso. O mesmo se passa com a construção de uma churrasqueira. O desfrute da paisagem, igualmente, pode ver-se ameaçado pela construção de determinado equipamento do condomínio, aprovada pela maioria dos condôminos, que não se vê prejudicada com a inovação, mas que, antes, dela retire grande proveito.

Trata-se de situações em que se confrontam, de um lado, o direito de uso, gozo e fruição da coisa por parte do proprietário, e de outro, o dever de não impor embaraço ou obstáculo ao bom uso da propriedade por parte de todos. Como as relações jurídicas, no mais das vezes, são bilaterais, é possível identificar em cada uma das pontas da relação *condomínio-condômino* um feixe de direitos e deveres, de sorte que, se o condômino tem direito ao sossego e ao descortino de uma paisagem que lhe conforte o espírito, de outro lado, também tem o dever de não interferir no uso das partes comuns, no que toca aos demais condôminos. Quanto a estes, se é certo que lhes cabe o direito de não ver embaraçado o uso da coisa comum, certo também é que têm o dever de não excluir a posse de qualquer dos comunheiros.

O aumento crescente da complexidade nas relações sociais, criando um nível de demanda que o modelo liberal (político e econômico) não estava em condições de atender, também acabou por interferir na esfera da regulação de outros direitos, a exemplo do contrato civil, do contrato de trabalho, das relações de comércio, das relações de consumo e do direito de família. Já na década de 30, Enneccerus reconhecia que a proibição do abuso de direito diz respeito a toda classe de direitos, incluindo aqueles que não são regulados pelo Código Civil, “pois não cabe supor que essas leis pretendem excluir um

princípio geral que tem fundamento moral”.¹¹² Essa evolução, desde uma posição subjetivista, baseada na intencionalidade, no *animus nocendi*, até a teoria objetiva, que se aplica hoje a algumas esferas do direito civil, é trajetória que também se inscreve nos quadros de um processo de socialização do direito, fruto das contradições surgidas com a revolução industrial.

3.2. A regulação do *abuso do direito* na legislação estrangeira

A princípio, as legislações recepcionaram as construções subjetivistas da doutrina e da jurisprudência, do que é exemplo a noção de *exercício anormal do direito*, que já se encontrava entre os romanos. Além da regra do artigo 160, I, do Código Civil brasileiro de 1916, na qual se reconhece a ilicitude do abuso do direito, os civilistas identificam, em outras normas (a exemplo daquelas inscritas nos arts. 15, 100, 115, 155, 526, 1.297, 1.313 e 1.531 desse mesmo Código, que encontram correspondência, no que interessa ao exame em curso, na regra dos arts. 43, 153, 122, 180, 1.229, 665, 679 e 940 do Código Civil vigente), a mesma inclinação doutrinária, fruto das elaborações dogmáticas do início do séc. XX, ainda impregnadas por uma certa concepção romanista (*aemulatio*). A propósito, registra Everardo da Cunha Luna que, não obstante a afirmação de Clóvis Beviláqua, no sentido de que a regra do artigo 160, I, do Código Civil de 1916 teria acolhido a doutrina de Saleilles, certo é que a inclinação da legislação brasileira, até então, era mesmo subjetiva.¹¹³ E, à primeira vista, o argumento convence, porquanto, como já se viu, a regra legal insere o exercício abusivo (ou irregular) do direito, a contrário senso, na categoria dos atos ilícitos, que pressupõem o conceito de culpa *lato sensu*.

Ocorre que doutrina e jurisprudência brasileiras evoluíram, na base da casuística, induzindo, por conseguinte, alterações na legislação e, o que é mais importante, na forma de interpretá-la, tal qual sucedeu em outros países. Daí porque autores da envergadura de Pedro Baptista Martins e Alvino Lima já identificavam uma tendência objetivista na aplicação da teoria do abuso do direito. Mas para que se possa melhor entender essa polêmica, convém o exame da legislação estrangeira. Longe da pretensão de desenvolver

¹¹² ENNECCERUS. *Op. cit.*, tomo I, vol. II, § 220, p. 1.082 e 1083.

¹¹³ CUNHA LUNA, Everardo. *Abuso de Direito* p. 119; BEVILÁQUA, Clóvis. *Op. cit.*, pp. 344-348. Esse contexto, como será possível ver a seu tempo, alterou-se com a edição do Código Civil vigente.

um estudo do Direito Comparado, afigura-se importante cotejá-la com a legislação brasileira do início do séc. XX, na tentativa de identificar o critério adotado quanto à aplicação da teoria do abuso do direito.¹¹⁴

Na Alemanha, é possível colher a regra do artigo 226 do Código Civil de 1896 (posto em vigor no ano de 1900), segundo a qual “o exercício de um direito é inadmissível se tiver por fim, apenas, causar dano a outrem”. Igualmente, o artigo 826 do mesmo Código dispõe que “todo aquele que, de um modo contrário aos bons costumes, causar voluntariamente danos a outrem, fica obrigado a indenizar”. O Código Austríaco de 1906, com a revisão de 1916, por sua vez, também dispõe que é vedado o exercício de um direito com menosprezo aos bons costumes e com evidente intenção de lesar. O Código Civil da República da China, de 1929, que sofreu influências do BGB, já estabelecia que “não pode o exercício de um direito ter por fim principal prejudicar outrem”. A intenção de lesar também é critério adotado pelo Código polonês de 1934 e pelo Código mexicano de 1928.

Até aqui, vê-se que a legislação tem um feitiço nitidamente subjetivista, pois as previsões acerca do abuso do direito levam em conta o elemento intencional de causar o dano.¹¹⁵ Mas o BGB, em alguns de seus dispositivos, já consagrava expressamente a

¹¹⁴ A exposição que segue tem em conta comentários e resenhas feitos por PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, p. 339, tome I, p. 161; COLIN E CAPITANT, *Traité de droit civil*, tome II, pp. 625-626; ENNECCERUS, *Tratado de derecho civil*, 1º e 2º tomes, pp. 621-639 e 1.073-1.087; RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*, pp. 164-165; Charmont, *L’abus du droit, Revue trimestrielle de droit civil*, tome I, p. 122; Saleilles, *De L’abus de droit – rapport présenté a la première sous-commission de la commission de revision du code civil, Bulletin de la société d’études législatives*, p. 348; COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Do abuso de direito*, pp. 50-55; CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*, pp. 57-89; SESSAREGO, Carlos Fernández. *Abuso del derecho*, pp. 217-285; MARTÍN BERNAL, José Manuel. *El abuso del derecho*, pp. 65-100; PACHECO, José da Silva. Prefácio à 3. edição da obra de Pedro Baptista Martins, *Abuso do direito e o ato ilícito*, p. XVIII a XXIII; MARTINS, Pedro Baptista. *Op. cit.*, pp. 82-85; LIMA, Alvino. *Abuso do direito*, in CARVALHO SANTOS, J. M. de. (org.), *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*, vol. I; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, parte geral, tomo II, pp. 292-293 e parte especial, tomo LIII, pp. 76-77; ADORNO, Luís. *Abuso del derecho, Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, Ano 6, jan./mar./1982, vol. 19, pp. 15-37; YASSIM, Assad Amadeo. *Considerações sobre o abuso do direito, Revista dos Tribunais*, agosto de 1980, pp. 18-25; BARRETO, Plínio. *Parecer publicado na Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ano XX, agosto de 1931, vol. LXXIX, fasc. 378, pp. 507-519; CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso de direito no Processo Civil*, pp. 26-27; DAVID, Renè. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*; VALLADÃO, Haroldo. *Condenação do abuso do direito, Arquivos do Ministério da Justiça*, setembro de 1968, n. 107, pp. 10-14; GOLDSCHMIDT, Roberto. *A Teoria do Abuso do Direito e o Anteprojeto brasileiro de um Código das Obrigações, Revista Forense*, vol. XCVII, fasc. 487, janeiro de 1944; VARELA, Antunes. *O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro, Revista de direito comparado luso-Brasileiro* n. 1, Rio de Janeiro, Forense, julho de 1982, pp. 37-59.

¹¹⁵ Registre-se, porém, certa dissensão quanto ao Código de Obrigações polonês, pois há quem entenda que nele existe também uma referência ao fim social (MAZEAUD, Henri. *Traité théorique et pratique de la*

vedação ao exercício antifinalístico do direito. Vale citar a regra do § 242: “o devedor é obrigado a fazer a prestação como exige a lealdade e a confiança recíproca, em correspondência com os usos socialmente admitidos”. Como aponta Cunha de Sá, é possível encontrar em outros tantos dispositivos do Código Civil alemão os reflexos da orientação objetivista, nas suas diversas vertentes. Assim é que o Código exclui o direito (ou o seu exercício, para melhor dizer) por falta de interesse ou pela pequena importância de interesse do respectivo titular (§§ 320, alínea 2; 459, alínea 1; 498, alínea 2; 542, alínea 2; 634, alínea 3; 905, 2ª parte), o que leva a doutrina a apontar o engano da interpretação de Josserand, no que toca a uma suposta orientação estritamente intencional do Código alemão.¹¹⁶

O Código suíço de 1907 prevê, no artigo 2º, que cada um deve exercer seus direitos e cumprir suas obrigações de acordo com as regras da boa-fé; o abuso manifesto de um direito não está protegido pela lei. A redação do dispositivo poderia dar a entender que o legislador helvético teria se filiado à teoria subjetivista. Mas, como observa Luis O. Andorno, “trata-se de um princípio geral que outorga uma ampla margem de apreciação ao órgão jurisdicional, que terá de decidir, em um caso particular, se houve violação da regra moral ou desvio das finalidades perseguidas pela lei”.¹¹⁷ Também de molde objetivista é a Lei sobre Contratos vigente na China continental (1999), na qual o legislador, inspirando-se no direito português, dispõe que “é ilegítimo o exercício de um direito quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”. A feição objetivista, bem assim, está impressa no Código Civil da Polônia de 1964, cujo artigo 5º estabelece: “não se pode usar um direito em proveito pessoal, se isto não estiver de acordo com as finalidades sociais e econômicas desse direito ou em conformidade com o bem

responsabilité civile, p. 559, *apud* BERNAL, Martín. *op. cit.*, pp. 90- 91; neste sentido são os comentários de Alvaro Lima (*op. cit.*, p. 344 e 345) e de Roberto GOLDSCHMIDT (*op. cit.*, p. 29).

¹¹⁶ CUNHA DE SÁ. *Op. cit.*, p. 60; igualmente, CHARMONT (*op. cit.*, p. 122) e Martín Bernal (*op. cit.*, p. 84) reconhecem, no sistema alemão, uma conjugação dos critérios *intencional* e *objetivista*. Deve-se atentar, contudo, ao fato de que as normas supracitadas fazem referência à redação do BGB vigente no período que se seguiu à divisão da Alemanha em duas Repúblicas, Federal e Democrática, vale dizer, Alemanha Ocidental (capitalista) e Oriental (sob influência soviética).

¹¹⁷ ADORNO, Luís. *Op. cit.*, p. 18; no mesmo sentido são as considerações de Carlos Fernández Sessarego, para quem “No Código Civil suíço, a proibição do abuso de direito assume a forma de uma cláusula geral, cuja ampla redação permite ao juiz apreciar cada caso e cada circunstância a fim de que, com a ajuda da doutrina, dos antecedentes jurisprudenciais e de sua sensibilidade valorativa, possa determinar se está diante, segundo o texto da lei, de um abuso manifesto de um direito” (*Op. cit.*, pp. 214-215).

comum”.¹¹⁸

Conquanto se reúnam na França as maiores contribuições para a elaboração de uma *teoria do abuso do direito*, fato é que inexiste na legislação francesa disposição específica a respeito. Doutrina e jurisprudência, na proteção contra os excessos, têm invocado, como já foi visto, a regra do art. 1.383 do Código Civil (“Toda pessoa é responsável pelo dano que causar, não somente por ato seu, mas ainda por negligência ou por sua imprudência”). É possível dizer, na lição de Spota que a dogmática e a jurisprudência francesa constituem magnífico exemplo do desenvolvimento de uma doutrina que parte da ideia da relatividade dos direitos, de acordo com o plano de cada instituição, segundo suas características e espírito, e a despeito mesmo da ausência de lei. Com ela, “elaborou-se um princípio geral de direito que fez evoluir uma legislação que já conta com século e meio de existência”.¹¹⁹

Reafirmando o reconhecimento da destinação social do Direito, o anteprojeto do novo Código Civil francês, no seu artigo 147, considera abusivo todo ato ou fato que exceda manifestamente, pela intenção do seu sujeito, pelo seu objeto ou pelas circunstâncias em que é realizado, o exercício normal de um direito. O parágrafo segundo ressalva, entretanto, os direitos que, pela sua natureza, ou em virtude de lei, possam ser exercidos de modo discricionário,¹²⁰ no que se reporta à classificação tricotômica de Josserand, como já vista. Perfilando-se entre os países cuja legislação também seguiu o critério objetivista encontra-se ainda a Espanha. Na Exposição de Motivos da lei que, em 1974, alterou o Código Civil espanhol (1889), com acréscimo de uma alínea ao artigo 7º, consignou-se a importância de alguns antecedentes legislativos, como interpretados pelos tribunais, e do direito comparado. Inspirou-se o legislador no movimento da doutrina e jurisprudência contemporâneas.¹²¹ Também de orientação objetivista são os códigos de

¹¹⁸ O Código Civil de 1964 foi profundamente alterado na década de 1990, com a queda do regime comunista, e, depois, já no século XXI, com o ingresso da Polônia na União Europeia.

¹¹⁹ SPOTA, Alberto G. *Tratado de derecho civil*, p. 474, *apud* BERNAL, Martín. *Op. cit.*, p. 78; a propósito da importância da jurisprudência francesa na recepção da doutrina finalista, v. bibliografia mencionada no primeiro tópico do verbete. Com a reforma do direito comum das obrigações, que entrou em vigor no dia 1º/10/2016, a regra do artigo 1.383 foi deslocada para o art. 1.241 do Código Civil francês.

¹²⁰ CUNHA DE SÁ. *Op. cit.*, p. 54; também o Código Civil do Paraguai (1985), no seu artigo 372, estabelece a ressalva, fiel à doutrina de Josserand.

¹²¹ Assim dispõe o artigo 7º, alínea 2, do Código Civil espanhol: “A lei não ampara o abuso do direito ou o seu exercício antissocial. Todo ato ou omissão que, pela intenção do seu autor, por seu objeto ou pelas circunstâncias em que se realize, ultrapasse manifestamente os limites normais do exercício de um direito,

Portugal (1966), da Grécia (1940) e da Bolívia (1975).¹²²

Importante lembrar que a orientação objetivista não se esgota na conformidade do exercício do direito à sua finalidade econômica. Também na elaboração de Saleilles encontra-se outro critério, de inspiração finalista, que tem em conta a conformidade do exercício do direito aos fins para os quais ele foi conferido ao seu titular. Abusa do direito quem o exerce com escopo diverso daquele previsto em lei, ainda que inexistam o ânimo de prejudicar. Esta formulação é geralmente identificada, como visto, em fórmulas tais como *uso* ou *exercício anormal*, *limites normais do exercício*, *uso social* ou *interesse social*, *uso contrário aos fins para os quais a lei foi instituída*, etc.

O Código Civil argentino de 1869, por exemplo, anteriormente à reforma de 1968, dispunha que “o exercício de um direito próprio, ou em cumprimento de uma obrigação legal, não constitui ilicitude de nenhum ato”. Antes mesmo das mudanças que se seguiram à reforma, reconhecia-se, na doutrina e na jurisprudência, uma alteração de rumos, a apontar não só para a aplicação da *teoria do abuso*, como também para a orientação objetivista. Assim, entendeu-se abusiva a resolução de um contrato pelo simples descumprimento de obrigação acessória, que não interferia com a obrigação principal; injurídica também se entendeu avença que estipulava o uso da habitação como contraprestação do trabalho doméstico; também abusiva se considerou a recusa do proprietário de uma colônia em autorizar a instalação de escola pública, pelo só fato de existir outro colégio, a distância menor do que a prevista em lei, já que a negativa obrigaria as crianças que moram longe do centro a percorrer trajeto bem maior.¹²³

Com a alteração promovida pela Lei nº 17.711, de 1968, fez-se ao artigo 1.071 do Código Civil, há pouco transcrito, o seguinte acréscimo: “A lei não ampara o exercício abusivo dos direitos. Como tal será considerado o que contrarie os fins que aquela teve

com dano para terceiro, dará lugar à correspondente indenização e à adoção das medidas judiciais ou administrativas que impeçam a persistência do abuso”.

¹²² O Código Civil da Bolívia tem pelo menos dois dispositivos de inspiração nitidamente objetivista: “art. 107. O proprietário não pode realizar atos com o único propósito de prejudicar ou de molestar outros, e, em geral, não lhe é permitido exercer seu direito de forma contrária ao fim econômico ou social em razão do qual foi conferido”; “art. 1279. Os direitos se exercem e os deveres se cumprem conforme a sua natureza e conteúdo específico, que resultam das disposições do ordenamento jurídico, das regras de boa-fé e do seu destino econômico-social”. Também o Código Civil português (art. 334º), tanto quanto o grego (art. 281), condiciona o exercício dos direitos à sua finalidade social e econômica, para além da observância da boa-fé e dos bons costumes. No Código português há, pelo menos, ainda mais dois artigos específicos (arts. 269º e 1.482º) que tratam do abuso do direito.

¹²³ CUNHA DE SÁ. *Op. cit.*, pp. 83-85.

em vista ao reconhecê-los ou o que exceda os limites impostos pela boa-fé, moral e bons costumes”. A inovação, que além dos fundamentos da doutrina e da jurisprudência, inspirou-se no artigo 2º do Código suíço, tem matriz objetivista, a exemplo do que também se vê nos códigos da Venezuela (1942, com a reforma de 1982) e do Paraguai (1985).

O Código Civil do Uruguai (1868) também regula a questão do abuso do direito, mais precisamente no artigo 1.321: “Aquele que exercita seu direito não causa dano a outrem, contanto que não haja excesso”. O texto normativo não foi propriamente alterado pela atualização que se seguiu em 1995, fruto da mera incorporação de sucessivas leis. A doutrina prefere reconhecer, nesse caso, uma das inúmeras situações de responsabilidade civil por ato ilícito.¹²⁴ No Código Civil da Guatemala, há dois dispositivos que se reportam ao tema. A partir da distinção entre *abuso* e *excesso*, feita pelo artigo 465, a doutrina tem reconhecido que o código guatemalteco conjuga o critério subjetivista e o critério objetivista, porquanto *excesso* e *má-fé*, no artigo 1.653, aparecem como pressupostos necessários à indenização, ao passo que aquelas mesmas palavras, no artigo 465, surgem com a disjuntiva *ou*.¹²⁵

O Código Civil do Peru (1984) refere-se à questão do abuso do direito em onze dos seus dispositivos. No artigo 924 reúne as expressões *abuso* e *excesso*, mas com a disjuntiva *ou*.¹²⁶ Entendem os doutrinadores que participaram da comissão de reforma que se trata de expressões sinônimas, porquanto idênticas as consequências advindas de uma e de outra conduta.¹²⁷ Antes, contudo, logo no Título Preliminar (artigo II), fiel ao texto de 1936, o Código já dispõe acerca do tema: “A lei não ampara o abuso do direito. O interessado pode exigir a adoção das medidas necessárias para evitar e suprimir o abuso

¹²⁴ PEIRANO FACIO, Jorge. *Responsabilidad extracontractual*, p. 298, *apud* SESSAREGO, Celso Fernández. *Op. cit.*, pp. 247-252.

¹²⁵ “Art. 465. O que sofre ou está ameaçado de dano, em razão do excesso de outrem, ou abuso no exercício do direito de propriedade, pode exigir a restituição da coisa ao estado anterior ou a adoção das medidas cabíveis, sem prejuízo da indenização pelo dano sofrido”; “art. 1.653. O excesso e a má-fé no exercício de um direito, ou na abstenção dele, que venha a causar danos ou prejuízos à pessoa ou propriedade, obriga o titular a indenizá-los”. Acerca da mencionada interpretação da doutrina, v. SESSAREGO, Carlos Fernández. *Op. cit.*, pp. 285-288, que se reporta, contudo, à redação que o artigo 465 tinha anteriormente, ao tempo das considerações expendidas pelo autor peruano.

¹²⁶ “Art. 924. Aquele que sofre ou está ameaçado porque outro se excede ou abusa no exercício de seu direito pode exigir a restituição ao estado anterior ou a adoção das medidas cabíveis, sem prejuízo da indenização pelos danos causados”.

¹²⁷ SESSAREGO, Carlos Fernández. *Op. cit.*, pp. 316-318.

e, se for o caso, a correspondente indenização”. O legislador peruano também dispõe acerca do abuso de direito ao tratar da representação conjugal (art. 292), do regime patrimonial do casamento (art. 329), do usufruto (art. 1.021), do depósito (art. 1.079, ora revogado), do penhor (art. 1.076, ora revogado), do comodato (art. 1.738), das relações internacionais privadas (arts. 2.060 e 2.064, ora revogado) e, de maneira mais ampla, no artigo 1.971, 1, seguindo a redação do artigo 160, I, do Código Civil brasileiro de 1916, na qual já se inspirara na edição do Código peruano de 1936.

No Código Civil da Colômbia (1873) não há dispositivo específico para regular o abuso do direito. Apenas o Projeto, que está em tramitação desde 1980, disciplina a questão, dispondo que o exercício dos direitos não pode ser contrário a sua função social e econômica (art. 33, § 1º). Por enquanto, os juízes seguem aplicando o artigo 2.341, que versa sobre o ato ilícito. Na doutrina, dividem-se as opiniões a respeito da autonomia da figura do abuso do direito.¹²⁸ Omissos também é o Código Civil de Cuba (1987). Não obstante, o artigo 4º, inserido nas disposições preliminares, preceitua que os direitos devem ser exercidos de acordo com sua finalidade e conteúdo social, não sendo lícito seu exercício quando o fim perseguido seja causar dano a outrem. Malgrado a referência subjetivista que se pode encontrar na parte final do artigo (que Fernández Sessarego atribui a um certo vezo ideológico),¹²⁹ entende-se que, diante do primeiro período do artigo 4º do Código Civil cubano, haver-se-á de interpretá-lo de acordo com os contornos delineados pela Constituição, que, é claro, não se compadece com a noção individualista contida no subjetivismo legado dos romanos.

O Código Civil da antiga Rússia disciplinava o abuso do direito de maneira nitidamente subjetivista. Outro, entretanto, foi o tratamento dado à questão pela República Socialista Federativa Soviética da Rússia, uma das quinze repúblicas da extinta União Soviética. Os direitos subjetivos, no ordenamento jurídico soviético, devem ser exercidos com observância das finalidades do Estado, e não podem se contrapor aos objetivos perseguidos por uma sociedade socialista, em estágio de edificação do

¹²⁸ *Idem*, pp. 281-284. A respeito, v. LÓPEZ BLANCO, Henán Fábio. Informe cerca del abuso de los derechos procesales en Colombia. *Abusos dos direitos processuais*, pp. 79-84.

¹²⁹ *Idem*, p. 284. Fica clara a influência do marxismo-leninismo no Código Civil cubano, como, de resto, em todo o ordenamento jurídico. Assim é que a Constituição da República de Cuba, logo em seu preâmbulo, faz referência ao apoio, ajuda, colaboração e à amizade fraterna que une o povo cubano à antiga União Soviética.

comunismo, pelo que haverão de ter sempre em conta o desenvolvimento das forças produtivas. Esta é a interpretação que se retira do artigo 1º do Código Civil de 1922, que serviu de modelo à codificação civilista das demais repúblicas socialistas soviéticas: “Os direitos civis são tutelados pela lei, salvo nos casos em que sejam exercidos em oposição à sua destinação econômica e social”.

Apesar de redigido na fase da Nova Política Econômica (NEP), que se seguiu a um período de certa abertura à iniciativa econômica privada, a revolução deu ao dispositivo legal um significado marcadamente socialista, a ponto tal que a regra foi praticamente reproduzida no art. 5º dos *Fundamentos da Legislação Civil da URSS e das repúblicas federadas*.¹³⁰ Trata-se, no dizer de Josserand, de uma das fórmulas mais avançadas na recepção da doutrina do abuso do direito.¹³¹ Esta orientação finalista foi praticamente mantida nos *Fundamentos da Legislação Civil da URSS e das repúblicas federadas*, texto promulgado em 1961, bem como nos *Fundamentos* que entraram em vigor em 1º de agosto de 1964, em disposições que são basicamente reproduzidas, sob reserva de indispensáveis adaptações, nos códigos das repúblicas federadas.¹³²

É relativamente recente a desintegração da União Soviética. Com a criação da Comunidade dos Estados Independentes (CEI) alterou-se bastante a configuração política, econômica, étnica e cultural do antigo império. Mas, novamente, dentre todas as repúblicas, a Rússia tornou-se a mais poderosa, recepcionando as leis anteriores, que, portanto, ainda estão de acordo com os *Fundamentos da Legislação Civil da URSS e das repúblicas federadas*. É difícil dizer, a esta altura, diante da alteração de rumos na política econômica daquele país – mormente depois do programa de privatização em massa, desenvolvido em 1994 – acerca de um novo significado dos direitos civis. É possível que

¹³⁰ COUTINHO DE ABREU. *Op. cit.*, pp. 51-54; acerca da origem do dispositivo legal e da acentuada diferença de tratamento em comparação à legislação burguesa, ver também PEDRO BAPTISTA. *Op. cit.*, pp. 85 e 89-92; Cunha de Sá, entretanto, escrevendo antes do fim do “império soviético” (a primeira edição de sua obra data de 1973, e a segunda, de 1997, não foi atualizada), chama a atenção para o fato de que, hoje, o dispositivo acha-se praticamente em desuso, por reconhecer-se que o caráter provisório do direito na construção de uma sociedade socialista tornaria a proibição supérflua (*Op. cit.*, p. 70); no mesmo sentido DAVID, Renè. *Le droit soviétique*, I, 1954, pp. 133-135 e 251 *apud* VALLADÃO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 11).

¹³¹ JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927, p. 275 e 276, *apud* MARTINS, Pedro Baptista. *Op. cit.* p. 92; no mesmo sentido os comentários de CAMPION. *La théorie de l'abus des droits*, Bruxelles, 1925, *apud* COUTINHO DE ABREU. *Op. cit.*, p. 51; ver também as observações de MARTÍN BERNAL. *Op. cit.*, p. 88; CUNHA DE SÁ. *Op. cit.*, p. 68; e ALVINO LIMA *Op. cit.*, pp. 343-344.

¹³² CUNHA DE SÁ. *Op. cit.*, pp. 70-72; COUTINHO DE ABREU. *Op. cit.*, p. 54; DAVID, Renè. *Op. cit.*, pp. 211-212; VARELA, Antunes. *Op. cit.*, p. 42.

a teoria do abuso do direito, que Cunha de Sá revelara ter caído em desuso (diante do caráter provisório do direito na construção de uma sociedade socialista), renasça, ainda que sobre outras bases.¹³³

Na Itália, como foi visto, a questão do abuso do direito sempre provocou viva polêmica. Conquanto o projeto ministerial do Código houvesse previsto, no artigo 7º, a vedação do exercício contrário ao escopo da norma, certo é que o Código Civil (1942) não adotou essa posição. Há apenas alguns artigos, um deles relativo ao usufruto (art. 1.015) e os outros concernentes ao direito das obrigações (art. 1.175) e, especificamente, aos contratos (arts. 1.337, 1.358, 1.366, 1.375 e 1.438), que contêm fórmula genérica, alusiva à boa-fé, incapaz de convencer os adversários da doutrina do abuso de direito. Scialoja, Fadda, Bensa e Coviello, escrevendo antes do Código, mas a propósito de regras semelhantes, contidas nos artigos 545, 559, 592 e 593, todos da legislação anterior, diziam tratar-se de mera limitação ao exercício do direito de propriedade, da qual não se pode extrair um princípio geral.¹³⁴

De fato, a teoria da emulação foi muito desenvolvida no direito italiano. O atual artigo 833 do Código Civil de 1942 é expressão disto: “O proprietário não pode exercer atos que não tenham outro fim senão causar danos ou incômodo a outrem”. Spota, todavia, pensa que este preceito, somado a outras normas do Código, permite dizer que a legislação italiana acolheu o princípio do abuso do direito não só no que diz respeito à emulação, como também à prática de atos incompatíveis com os fins sociais e econômicos do direito.¹³⁵ Tal qual sucedeu no regime do Código Civil de 1865, quando a

¹³³ Martín Bernal diz que o totalitarismo de base econômica acaba repercutindo na superestrutura jurídica, o que estabelece a diferença entre a teoria do abuso do direito dos países soviéticos e a doutrina dos sistemas ocidentais. A propósito das relações entre a estrutura social e a superestrutura jurídica, v. STONE, Alan. *The Place of law in the marxian structure-superstructure archetype*, in *Law & Society Review*, Colorado, vol. 19, nº 1, 1985, pp. 39-67. Nesse artigo, Stone discorre sobre o significado impreciso daquelas expressões, como empregadas nas obras de Marx e Engels, circunstância que tem gerado interpretações economicistas. Chama a atenção, no entanto, para o fato de que, em muitas passagens do *Prefácio da Crítica à Economia Política*, lê-se que os elementos da superestrutura estão separados da estrutura econômica.

¹³⁴ SCIALOJA, *Enciclopedia Giuridica Italiana*, verb. *Aemulatio*, § 13, p. 439, *apud* LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 327; Fadda e Bensa, notas retiradas da obra de WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, Torino, 1925, vol. 1, p. 413; COVIELLO, *Manuale de diritto civile italiano*, p. 484 e segs., todos citados por MARTINS, Pedro Baptista. *Op. cit.*, pp. 18-19. Como registra Antunes Varela, “à semelhança do que ocorre no Código Alemão de 1896, também no Código italiano de 1942 não se encontra nenhuma norma de caráter geral, que diretamente contemple o abuso do direito. Chegou a ser projetada, mas não vingou na redação definitiva do diploma, uma disposição desse teor: ninguém pode exercer o próprio direito em contraste com o fim para o qual esse direito é conferido” (*Op. cit.*, p. 40).

¹³⁵ SPOTA, *Tratado de derecho civil*, tomo I, parte geral, vol. 2, 1967, p. 530, *apud* ANDORNO, Luís. *Op. cit.*, p. 18; no mesmo sentido, VARELA, Antunes. *Op. cit.*, pp. 40-41.

jurisprudência foi adaptando a teoria geral dos atos emulatórios à realidade da época, também coube aos tribunais, na vigência do novo Código, premidos pela necessidade de dar solução aos novos conflitos da sociedade de massa, reorientar a aplicação da tese do abuso do direito, para nela inserir a vedação da prática de atos antieconômicos e antissociais, sem que se tivesse de indagar da intenção do titular do direito. No dizer de Martín Bernal, trata-se, como ocorre com o direito francês, de uma “legislação que adota implicitamente um critério lato”.¹³⁶

Exemplo dessa adaptação da teoria do abuso do direito aos conflitos coletivos, próprios das sociedades de massa, foi colhido por Rescigno.¹³⁷ O caso, submetido ao Tribunal de Messina, ocorreu logo depois da II Guerra Mundial. Um grupo de famílias sem-teto ocupa certas áreas de um conjunto habitacional construído por uma entidade que desenvolvia programa de construção de casas populares. A entidade, por razões de ordem social, tolera o ato. Mais que isto, permite-o, provendo aquelas áreas de alguns serviços básicos. Inconformados, os proprietários de áreas vizinhas, integrantes do mesmo conjunto de casas populares, promove ação contra a entidade, argumentando que, ao se omitir na expulsão dos invasores, teria abusado de um direito, praticando ilícito civil. Tanto o Tribunal de Messina como a Suprema Corte entenderam que, malgrado a abstenção pudesse configurar abuso, “apreciáveis razões de conveniência e oportunidade, que não podiam ser superadas no plano social e político, justificavam a omissão no exercício da defesa possessória”.¹³⁸

Como observa Fernández Sessarego, o julgado permite entender a maneira como a jurisprudência, na Itália dos anos 60, construiu, sobre a base dos princípios gerais de direito, uma cláusula bastante ampla acerca do abuso do direito.¹³⁹ E assim foi em toda

¹³⁶ MARTÍN BERNAL. *Op. cit.*, pp. 77-82. Interessante observar que o amplo acolhimento da teoria da emulação (que floresce na Idade Média, sobretudo), pelo direito italiano, deve-se à combinação entre o desenvolvimento do direito romano na Península e a grande influência dos preceitos cristãos, particularmente no medievo. Alguns mandamentos, a exemplo do amor ao próximo, do respeito à individualidade, e a tentativa de pacificar a Cristandade explicam a importância da teoria da *emulatio* na cultura jurídica italiana.

¹³⁷ RESCIGNO. *L abuso del diritto*, *Rivista di diritto civile*, 1965, *apud* FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Op. cit.*, pp. 221-224.

¹³⁸ A Guatemala é o único país latino-americano a inscrever em seu ordenamento jurídico a omissão como forma de abuso, conforme registra FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Op. cit.*, pp. 285-286. Rotondi, já na década de 40, sustentava o *abuso na omissão do exercício de um direito*, que é, no fundo, a justificativa para o instituto da prescrição aquisitiva da propriedade (*Op. cit.*, pp. 99-100).

¹³⁹ SESSAREGO, Carlos Fernández. *Op. cit.*, p. 224.

parte do mundo, a começar pela França. Além da jurisprudência fundada na emulação, à qual já se fez menção anteriormente, há julgados que representaram verdadeiros marcos para a adoção do critério objetivista, a exemplo daqueles relativos ao direito de vizinhança (casos *Lingard*, *Mercy*, *Lecante* e *Grosheintz*), os quais influenciaram o anteprojeto do novo Código Civil francês (no qual a tese do abuso do direito é consagrada sob a rubrica do *exercício normal*). A *teoria do abuso* também encontrou campo fértil na interpretação judicial dos contratos, das liberdades individuais e corporativas (liberdade de pensamento, liberdade de comércio, greve, *lock-out*, *mise à l'index*, direito de associação, etc.).¹⁴⁰

Na órbita dos contratos, vê-se que a industrialização e a sociedade de massas impõem novos paradigmas para as relações de troca, que deixam de ser individuais para se tornarem coletivas, com prejuízo para a chamada autonomia da vontade. Se de um lado houve simplificação dos negócios, de outro, aumentou o espaço da liberdade negativa, em prejuízo da liberdade positiva.¹⁴¹ Mas, como observa Tércio Sampaio Ferraz Jr.,¹⁴² esta ampliação é ilusória, diante do crescente processo de massificação das pessoas. Há apenas uma falsa impressão de igualdade, igualdade esta que é o pressuposto ideológico do conceito de *liberdade* desenvolvido pelos revolucionários burgueses. Contudo, a partir do séc. XX, à medida que as contradições do capitalismo industrial se agravaram, a sociedade também foi-se conscientizando da necessidade de prover meios de equalização dos direitos. Buscou-se, assim, a ampliação do espaço da *liberdade positiva*, num reconhecimento de que os homens não nasceram iguais na sorte e na fortuna. Nesse contexto, o individualismo burguês, aos poucos, foi cedendo espaço para outros padrões de comportamento, que passaram a compor a trama das novas relações sociais.

A jurisprudência não é propriamente um indutor dessas transformações da sociedade, que apenas são recolhidas pelos tribunais. As construções pretorianas são um dos sinais aparentes da crise da visão formalista do direito. A par da tradicional concepção de direito subjetivo, fundada na noção de propriedade, surgem os chamados *direitos*

¹⁴⁰ CUNHA DE SÁ. *Op. cit.*, pp. 51-52.

¹⁴¹ Para melhor compreensão dos conceitos de *liberdade negativa* (*liberdade de fazer*) e *liberdade positiva* (*liberdade para fazer*), v. Kelsen, Hans. *A justiça e o direito natural*, pp. 62-66; e Berlin, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*, pp. 133-144 (Coleção Pensamento Político) e Feimberg, Joel. *Filosofia social*, pp. 29-30.

¹⁴² FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Destino dos contratos, estudos e conferências, *Revista dos Advogados*, São Paulo, Ano III, nº 9, AASP, pp. 50-54.

subjetivos de terceira e quarta gerações, que dizem respeito às reivindicações coletivas e à resistência oposta às manipulações tecnológicas e científicas.¹⁴³ O Estado, que até então fora visto como um inimigo, passa a intervir de maneira crescente, sobretudo nos chamados países do capitalismo tardio, gerando investimentos na área da previdência social, desenvolvendo políticas públicas de erradicação das doenças carenciais e elaborando projetos de distribuição de renda. Esta intervenção do poder público, que busca novas bases para o contrato social, tem importantes implicações na esfera da racionalidade jurídica.¹⁴⁴

No campo das liberdades individuais e corporativas são conhecidas, na Itália, as sentenças sobre despedida abusiva, com prejuízo para o empregado (sentença da *Corte di Appello* de Genova, de 26 de abril de 1954, citada no *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1954, p. 201), e também aquelas que declaram abusivas lutas sindicais que ultrapassam os limites da reivindicação legítima, tais como a não colaboração, a sabotagem ou a greve *a scacchiera*, movimentos que consistem numa prestação irregular por parte do empregado, em prejuízo do empregador e do destinatário do produto ou do serviço (sentença do *Tribunal de Chiavari*, de 09 de fevereiro de 1953, citada no *Massimario*, 1953, p.7). Na esfera da liberdade de expressão, o Tribunal de Venezia, na sentença proferida em 1º de agosto de 1951, declarou abusivo o direito de crítica exercido por certo comentarista, ao rotular de “pintura metafísica” as obras de determinado artista, sem levar em conta a sua produção como um todo, ou as suas obras de outro gênero e estilo (*Giurisprudenza italiana*, 1952, I, 2, 306). Por último, no que concerne à liberdade de comércio, entendeu-se abusiva a crítica, feita em um periódico, a propósito de determinado produto que acabara de ingressar no mercado. Isto porque o comentário, longe de informar o leitor, tinha a finalidade deliberada de denegrir a imagem do produto, criando, assim, concorrência comercial desvirtuada, com agressão aos direitos ou interesses alheios (sentença da *Corte di Appello* de Roma, 21 de maio de 1956, citada na

¹⁴³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, pp. 5-10.

¹⁴⁴ Particularmente interessante, a respeito dessa nova ótica contratualista, é a visão neoliberal de John RAWLS (*Uma teoria da justiça*), pautada na conjugação de dois princípios de justiça: a) *princípio da igual liberdade máxima*, segundo o qual deve existir igualdade na distribuição de direitos e deveres básicos; b) *princípio da diferença*, segundo o qual as desigualdades somente se justificam quando representarem benefícios para todos, especialmente para os menos privilegiados. Sobre o tema, v. também FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, pp. 146-174.

Giustizia civile, rep. 1956, voc. *stampa*, nº 3 – bis).¹⁴⁵

No direito português, em que a doutrina teve papel decisivo na elaboração da teoria do abuso do direito (importante é o Anteprojeto do Código Civil de Vaz Serra, que menciona a prática de atos “manifestamente contrários à consciência jurídica dominante na coletividade social”), o atual artigo 334º, de orientação objetivista, tem aplicações bastante amplas. Aliás, a “vivência jurisprudencial”, na expressão de Cunha de Sá, mesmo à época do Código anterior (1867), sinalizava no sentido de um reconhecimento da doutrina, ainda que em bases subjetivistas.¹⁴⁶ Assim, no campo das relações comerciais, decidiu-se acerca da responsabilidade, perante terceiros, de uma sociedade em nome coletivo que se obrigou em razão de uso abusivo da firma social por parte do sócio-gerente (Tribunal da Relação do Porto, 04 de março de 1970, *Jurisprudência das Relações*, 16º, p. 312).¹⁴⁷

Na Grécia, é larga a aplicação do disposto no artigo 281 do Código Civil, que veda o exercício do direito de modo contrário às finalidades econômicas e sociais previstas na lei. Na esfera contratual, são diversos os acórdãos relativos a cláusulas abusivas, que se configuram no nexo entre a exploração da necessidade, leviandade ou inexperiência de uma das partes, e a manifesta desproporção das prestações, a ser aferida no momento mesmo da celebração do contrato.¹⁴⁸ Na Espanha, os autores costumam referir-se a duas paradigmáticas sentenças da década de 40, que acabaram por influenciar

¹⁴⁵ A referência a todos estes julgados foi retirada da obra de Cunha de Sá, já citada, a páginas 57 e 58; especificamente, no que concerne às liberdades corporativas, aí incluído o direito de coalizão, v. MARTINS, Pedro Baptista. *Op. cit.*, pp. 49-61.

¹⁴⁶ O autor português faz referência a uma decisão, proferida pelo Tribunal da Relação de Coimbra, em 26 de maio de 1988, na qual se considerou abusiva, tal como no precedente francês, já mencionado neste verbete, a construção de uma chaminé, intencionalmente dirigida a prejudicar os vizinhos de um prédio contíguo (CUNHA DE SÁ. *Op. cit.*, p. 245). É clara, ainda aqui, a influência da *aemulatio*.

¹⁴⁷ *Idem*, p. 257. Antunes VARELA registra que, diferentemente do que ocorria com o Anteprojeto de Vaz Serra, no qual o abuso do direito era tratado no capítulo relativo à responsabilidade civil, o Código português de 1966 inseriu o tema nas disposições gerais relativas ao exercício e tutela dos direitos (*Op. cit.*, p. 41).

¹⁴⁸ *Idem*, p. 82; em um sentido mais amplo, o Conselho de Estado francês, já no início do século, por força das repercussões da I Grande Guerra na economia contratual, havia disposto sobre a possibilidade de revisão judicial dos contratos que viessem a se tornar excessivamente onerosos para uma das partes, em razão de novas circunstâncias, fora de toda previsão. Sobreveio, em 1918, a *Lei Failliot*, que consagrou o princípio da revisão. Pedro Baptista Martins sustenta que a teoria da imprevisão, como ficou conhecida, tem fundamento na noção de abuso na execução do contrato, conforme desenvolvida pela jurisprudência (op. cit., p. 43). Daí a observação de CHARMONT (*Op. cit.*, p. 125) e de ROTONDI (Le rôle de la notion de l'abus du droit, *Revue de droit civil*, pp. 66-67) acerca do papel precursor da jurisprudência francesa, que se antecipou às elaborações da doutrina e às alterações legislativas.

a Reforma de 1974. Assim é que o Tribunal Supremo, em decisão proferida aos 14 de fevereiro de 1944, ocupando-se dos estragos provocados na praia de San Adrián de Besós, bem como na central elétrica ali instalada, danos estes que tinham origem na extração de areia no litoral de Barcelona, por parte de um consórcio, decidiu que, a par dos limites legais, com frequência defeituosamente estabelecidos, existem outros, de ordem moral, teleológica e social, cuja inobservância pode dar lugar à responsabilidade daquele que, atuando sob o amparo de uma legalidade aparente, ultrapassa a fronteira imposta pela equidade e pela boa-fé, causando danos para terceiros e para a sociedade.¹⁴⁹

No Brasil, desde o início do séc. XX, também se fizeram sentir as consequências da tensão entre a sociedade individualista e a sociedade de massas, que repercutiram, sobretudo, nas relações contratuais.¹⁵⁰ Atualmente, a Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, ao tratar das cláusulas abusivas (art. 51), reconhecendo a hipossuficiência do consumidor, limitou o valor da multa, nos contratos de crédito e financiamento, fixando-a em dois por cento daquele relativo à prestação (conforme alteração feita, no art. 52, § 1º, pelo art. 1º da Lei Federal nº 9.298, de 1º/08/96). O rol de cláusulas abusivas, exemplificativo (art. 7º), foi delineado na base da construção pretoriana, que é registro histórico da passagem das manifestações de vontade individuais para as manifestações de vontade coletivas, próprias da contratação em massa.¹⁵¹

¹⁴⁹ SESSAREGO, Carlos Fernández. *Op. cit.*, pp. 226-229; este acórdão é igualmente mencionado por Martín BERNAL (*Op. cit.*, p. 102, 127, 145, 155, 228, 248, 258, 274 e 354).

¹⁵⁰ MARTINS, Pedro Baptista, a propósito das disposições do Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933, assim se pronunciou: “A história das transformações do direito privado nos mostra que nessa contradição é que consiste o abuso. Os códigos civis, por exemplo, firmam, em regra, o princípio da liberdade convencional. E à sombra desse princípio prosperam a usura e o anatocismo. As condições econômicas atuais já não toleram, entretanto, as taxas postas em curso pela usura. Por isso, era sempre com a consciência de que estava sendo vítima de um abuso que o prestamista se submetia às extorsões da agiotagem. Praticando a usura, o mutuante abusava de sua liberdade contratual, porque procurava auferir do seu capital rendimentos que as novas condições econômicas não comportavam. E só o retardamento legislativo é que gerava a possibilidade de semelhantes abusos” (*Op. cit.*, p. 141). Com a edição da Lei nº 4.595/64, as empresas do sistema bancário foram excluídas do regime da Lei de Usura, submetendo-se aos parâmetros fixados pelo Conselho Monetário Nacional. Vedada, entretanto, ainda é a prática do anatocismo, exceção feita às cédulas industriais e comerciais, desde que haja cláusula expressa, que têm regulação própria (art. 5º do Decreto-Lei nº 167/67, art. 5º do Decreto-Lei nº 413/69 e art. 5º da Lei nº 6.840/80). A polêmica acerca do tema reacendeu com a Constituição Federal de 1988, que, no artigo 192, § 3º, fixou a taxa de juros em doze por cento ao ano.

¹⁵¹ Ainda que se possa reconhecer a lentidão da Justiça, como apontada por um dos autores do Código de Defesa do Consumidor (conforme Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, apresentação da obra de Alberto Amaral Jr., *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*, sem paginação), é certo, como diz Ripert, que a evolução lenta e gradual do direito é própria de seu papel moderador (*Les forces créatrices du droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1955, *apud* BERNAL, Martin. *Op. cit.*, p. 170).

O movimento das associações de consumidores – que teve origem nos EUA, durante o período da Grande Depressão – acabou induzindo construções pretorianas que são precursoras de certas previsões hoje inseridas em lei. É o caso das cláusulas contratuais abusivas, conforme elaboração dos tribunais da Grécia, matéria na qual igualmente se insere a teoria da imprevisão, que tem origem em julgados do Conselho de Estado francês. Nesta medida, a doutrina da *cláusula de não-indenizar*, que surgiu – nas palavras de Aguiar Dias – “como contrapeso ao vulto excessivo que a vida moderna trouxe aos encargos de reparação de dano”,¹⁵² vem sendo revista pelos tribunais, sempre em favor do hipossuficiente.

A desconsideração da pessoa jurídica, prevista no artigo 28 da Lei Federal nº 8.078/90, que visa a reprimir os abusos de direito cometidos através de uma sociedade comercial, encontra seu nascedouro nos julgados dos tribunais ingleses (*case Salomon vs. Salomon & Co.*, 1897), que repercutiram, tempos depois, nos EUA, país onde se formou larga jurisprudência. Rubens Requião, escrevendo na década de 60, diz que a jurisprudência brasileira, desde algum tempo, já vinha delineando os primeiros contornos da aplicação da *disregard doctrine*, fundada na noção de abuso do direito (RT 238/394, 343/181 e 387/138).¹⁵³ A facilitação dos meios de defesa dos direitos do contratante (art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90), questão que encontra lastro na *teoria do abuso do direito*, é tese também recolhida nos tribunais.¹⁵⁴

São muitos os exemplos de proteção judicial contra o uso abusivo do direito. No Brasil, a jurisprudência se adiantou, seguindo a doutrina e legislação italianas, em matéria de sustação de protestos.¹⁵⁵ Anteriormente à previsão do artigo 20 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, já se delineava uma tendência jurisprudencial, na base da noção do uso abusivo do direito de demanda, no sentido de punir aquele que requer a

¹⁵² AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de não-indenizar*, p. 247.

¹⁵³ REQUIÃO, Rubens. Abuso do direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*), *Revista dos Tribunais*, vol. 410, pp. 12 e ss.

¹⁵⁴ Expressivo, a propósito, é um julgado da década de 50, proferido por uma das Câmaras de Apelação da Argentina, que se arrima na lição do jurista Jorge Carranza. Segundo o aresto, haverá o juiz de negar proteção àquele que pretenda exercer abusivamente um direito, julgando improcedente a demanda. A alegação de uso abusivo do direito, com vista à declaração de invalidade do ato, pode ser oposta por via de ação ou de exceção (C. N. Civ., Sala B, 25/12/57, L. L. 91-560), ANDORNO, Luís O., *Op. cit.*, p. 34.

¹⁵⁵ RT 109/172, 148/686, 150/246, 162/211, 172/667, 176/69, 178/669, 179/789, 188/295, 252/588 e 227/445, citadas por VIEIRA MOTA, Pedro. *Sucedâneos da sustação do protesto*, p. 7; também a propósito, AMERICANO, Jorge. *Comentários ao código do processo civil do Brasil*, p. 27.

falência com manifesta intenção de prejudicar o comerciante.¹⁵⁶ A edição do Decreto nº 24.150, de 20 de abril de 1934, veio resguardar a função econômica dos contratos, colocando o locatário comercial a salvo das exigências abusivas do senhorio, que, sob ameaça de apropriar-se do valor do ponto comercial, exigia *luvas* para a renovação do contrato. O Decreto, que partiu do Anteprojeto de Ribas Carneiro, contratado que fora pelo Sindicato dos Lojistas do Rio de Janeiro, encontrou inspiração na lei francesa de 1926, que é fruto da influência da doutrina e da jurisprudência.¹⁵⁷ Também quanto ao abuso do direito de purgação de mora no pagamento do aluguel, cobrado em ação de despejo, foi precursora a orientação do Tribunal de Justiça de São Paulo.¹⁵⁸

Na seara das relações trabalhistas, onde mais se fez sentir a transposição de uma economia agrária, ainda vigente na década de 40, para um modelo de economia comercial e industrial, que marcou o início dos anos 60, é fértil o campo para a aplicação da *teoria do abuso*, a começar pela chamada *despedida obstativa*, cujo fim é impedir a aquisição da estabilidade no emprego. A construção deste conceito é eminentemente pretoriana (Súmula 26 do TST¹⁵⁹). Mais amplo é o significado da *dispensa abusiva*, conceito que tem em conta a prática de ato contrário aos fins sociais do direito, ultrapassando o campo da simples despedida arbitrária.¹⁶⁰

No que toca à defesa dos interesses difusos, a exemplo do meio ambiente, dos direitos humanos, da etnia, das minorias sociais, etc., que se contrastam muitas vezes com o abuso do poder econômico, tecnológico e científico, a jurisprudência brasileira começou a delinear-se discretamente, diante da inexistência de lei específica, exigência dos artigos 3º e 6º, ambos do Código de Processo Civil de 1973, disposições hoje

¹⁵⁶ Tribunal do Distrito Federal, 04/12/1909, *O Direito*, p. 399; Câmaras Reunidas do Tribunal do Distrito Federal, 20/06/1912, *Revista do direito*, p. 26, vol. 143; Tribunal de São Paulo, *RT*, vol. 112, p. 660, todos citados por CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Op. cit.*, pp. 185-186.

¹⁵⁷ KARPAT, Ladislau. *A locação no direito Brasileiro*, São Paulo, Hemus, s/d, pp. 69-70; VALENTE & POPP, *Ação renovatória de locação*, Curitiba, pp. 33-34.

¹⁵⁸ TENÓRIO, Oscar. Outras considerações a respeito do abuso de direito na purgação da mora, *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*, março de 1956, nº 57, pp. 11-14.

¹⁵⁹ Súmula revogada na conformidade da Resolução nº 121/03.

¹⁶⁰ MASCARO, Amauri. *Iniciação ao direito do trabalho*, pp. 218-219; TORRES TEIXEIRA, Sérgio. *Proteção à relação de emprego*, p. 162. Este último autor, em dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal de Pernambuco, sustenta que a Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, “veda toda e qualquer forma de discriminação patronal hostilizada na legislação pátria, não sendo exaustivo o elenco apresentado nas suas letras” (*Op. cit.*, p. 393). A propósito da aplicação da teoria do abuso do direito às relações trabalhistas da sociedade industrial do séc. XIX, v. SALEILLES, *Op. cit.*, p. 343 e 344; PLANIOL, *Op. cit.*, tomo II, p. 905 e 906; COLIN E CAPITANT, *Op. cit.*, p. 634; e CHARMONT, *Op. cit.*, p. 116.

reproduzidas na regra dos artigos 17 e 18, com ligeiras alterações. Em países como a Áustria, Itália, França e EUA, as construções, muitas vezes *contra legem*, ganharam relevo a partir do início do séc. XX. A princípio, os tribunais consagraram a garantia da defesa dos interesses coletivos, o que permitiu a proteção de abusos praticados através da chamada contratação em massa. A propósito, tornaram-se famosas as decisões da *Cour de Cassation* que, em 1913 e em 1918, reconheceu, respectivamente, a legitimidade dos *syndicats professionnels* e a legitimidade das *associations de défense*, corpos intermediários da sociedade, para a defesa de interesses de seus associados.¹⁶¹

4. PARA UMA REVISÃO CRÍTICA DA TEORIA DO ABUSO DO DIREITO

Apesar do emprego de expressões genéricas, tais como *exercício irregular*, *abuso*, *excesso*, é de se entender que o direito exercido abusivamente, por definição, pressupõe que o agente atue dentro dos limites objetivos da norma, porém, desviando-se dos fins econômicos e sociais perseguidos pela regra legal. É neste sentido que a *teoria do abuso do direito* ganha autonomia, buscando um nicho próprio, distinto daquele reservado à *teoria dos atos ilícitos*.¹⁶²

Alguns autores, entretanto, sustentam que qualquer desvio do direito em relação às finalidades para as quais foi instituído configura ilícito. Fernández Sessarego, resumindo a posição dos que se perfilham a esta corrente doutrinária, sustenta que o ato abusivo é uma conduta que transpõe a fronteira que separa um comportamento lícito de um ilícito, qualquer que seja a intensidade, o matiz ou a gravidade que a ilicitude comporte.¹⁶³

É consabido que os conceitos não têm uma referência direta à realidade.

¹⁶¹ CAPPELLETI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, *Revista de processo*, São Paulo, Ano II, jan/mar de 1977, nº 5, p. 149. A proteção dos interesses difusos inaugura uma nova fase metodológica na teoria do processo, com importantes repercussões no campo do chamado abuso dos direitos processuais. Assim, se é certo que a *universalização da justiça* implica um aumento da participação do juiz na instrução da causa – o que se revela na mitigação do ônus da prova, na alteração dos limites da coisa julgada – não menos certo é também que isto não se pode fazer sem que se tenha em conta o caráter intersubjetivo da argumentação jurídica. A questão consiste em saber de que tipo de racionalidade o processo judicial se vale no desenvolvimento desse novo modelo processual, modelação que se aprofunda no Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015).

¹⁶² BARNAL, Martín. *Op. cit.*, p. 247; Warat também entende que o *abuso do direito* pressupõe a licitude da conduta (*Op. cit.*, p. 69).

¹⁶³ SESSAREGO, Carlos Fernández. *Op. cit.*, pp. 312-313.

Definem-se palavras, e não coisas. Estas considerações serão melhor desenvolvidas no terceiro capítulo. Por ora, servem apenas para dizer que o conceito de *ilícito* tem em conta, como visto, alguns critérios identificados pela doutrina. Fossem outros os critérios, diferente seria o conceito. Fora daí, mergulha-se numa concepção platônica, numa visão realista acerca da linguagem.

Desta forma, a fim de não incorrer no erro de confundir o conceito com a própria realidade, esquecendo-se de que as palavras são simples convenções, é necessário ficar atento para as armadilhas semânticas, que mal escondem uma simples disputa verbal. Acerca das classificações não se pode dizer que sejam certas ou erradas, mas apenas úteis ou inúteis. A importância da autonomia do conceito de *abuso do direito*, como categoria distinta do ilícito, reside precisamente em saber se é possível acontecer de alguém colocar-se à margem do direito na dependência da maneira como exerce uma faculdade que por ele lhe é assegurada.

4.1. A categoria do ilícito e a razão jurídica alargada

Essa discussão remete, em outras palavras, ao paradoxo apontado por Planiol: ou bem se exerce um direito, pelo que não se pode cogitar de abuso, ou bem se está praticando um ilícito, pelo que não há razão para falar em abuso. *Tertium non datur*. A posição dos *objetivistas* que, como Sessarego, reduzem o abuso do direito ao ilícito, tem de ser entendida, no entanto, como uma terceira opção dentro deste aparente dilema. É que a *ilicitude*, aqui, tem uma conotação mais ampla, a incluir outras propriedades que, historicamente, o conceito não comporta.

Com efeito, a teoria geral do ato ilícito, como visto, é fruto de uma concepção individualista, que não tem em conta a alteridade, a solidariedade e a coexistência das potencialidades humanas. Bem mais feliz, neste sentido, a redação do atual Código Civil brasileiro, que tem feição nitidamente objetivista, a estremar o *abuso do ilícito* (*stricto sensu*), como categorias autônomas.¹⁶⁴

¹⁶⁴ O artigo 188 do Anteprojeto elaborado pela comissão presidida pelo Professor Miguel Reale foi praticamente reproduzido no artigo 187 do Código Civil em vigor (L.F. nº 10.406/02): “...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 costumes”. Aliás, o artigo 986 do Anteprojeto (artigo 927 do Código Civil vigente) dispunha que o *ilícito* estava previsto não só no artigo 187 como também no artigo

Não há negar, pois, que, dentro de uma concepção mais abrangente, o direito exercido abusivamente é mesmo um ilícito (*lato sensu*), porque antissocial, contrário às finalidades para as quais foi instituído. Necessário é, para que se possa entender esta ampliação do conceito de ilícito, acompanhar as mudanças que se processaram, no campo da dogmática jurídica, a partir do final do século XIX.

Paulo Dourado de Gusmão, escrevendo no final da década de 40, já reconhecia, na indevida identificação entre o direito e o Estado, toda a origem da controvérsia acerca do abuso do direito. Não se pode desconhecer que o direito é o resultado de uma pluralidade de fontes, que corresponde às exigências dos diversos grupos sociais. “Direito positivo é aquele que a consciência coletiva, num dado momento histórico, admite como válido e obrigatório”.¹⁶⁵ Não se pode deixar de reconhecer aqui – embora Dourado de Gusmão não faça explícita referência – a posição defendida por Mario Rotondi, como se terá oportunidade de ver.¹⁶⁶

A *consciência jurídica coletiva* surge, assim, como fonte constitutiva do direito, que não se esgota nas fontes formais, nas normas postas. Daí a pluralidade de princípios gerais, que estruturam o direito no tempo e no espaço. Esta consciência está longe da *Volksgeist*, conceito desenvolvido no contexto do historicismo jurídico de Savigny, porquanto é sempre contrastável com as consciências singulares. Tanto uma como outras, em suas camadas mais profundas, são depositárias de valores arcaicos, avessos a mudanças. A justiça consiste exatamente no equilíbrio entre acomodação e mudança, competindo às fontes constitutivas promovê-la. Dentre os valores sociais estão o individualismo e o estatismo, que o solidarismo procura conciliar, como solução de

188 (artigos 186 e 187 do Código atual). Equivocada, assim, sob o ponto vista desenvolvido nos parágrafos anteriores, a crítica de Guilherme Fernandes Neto, segundo a qual o Anteprojeto, nos dispositivos há pouco mencionados, teria abraçado a teoria subjetivista, reduzindo a figura do abuso do direito à categoria do ilícito (*O abuso de direito no Projeto 634-B, Revista de informação legislativa*, Ano 27, nº 106, abr/jun/90). A tanto convir, basta ver que o Anteprojeto se inspirou no artigo 334 do Código Civil português, como reconhece a doutrina (VARELA, Antunes. *Op. cit.*, p. 42, nota 2).

¹⁶⁵ GUSMÃO, Dorado de. Pressupostos filosóficos da noção de abuso do direito, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ano XLV, fasc. 545, vol. CXX, pp. 50-56.

¹⁶⁶ ROTONDI, *Instituciones de derecho privado*, pp. 99-100; uma exposição mais ampla do pensamento desse autor italiano, discípulo de Barassi, encontra-se em sua tese de doutorado, *O abuso do direito*. Antunes Varela identifica na crise do conceitualismo legal-formal da pandectística o momento em que a concepção axiológica do direito subjetivo ganha expressão. Não se trata, como quer Rotondi, de reconhecer na tese do abuso do direito um momento estritamente sociológico. Essa posição ignora a dimensão jurídica do conceito (VARELA, Antunes. *Op. cit.*, pp. 50-51; 55-59). Paulo DOURADO DE GUSMÃO, tanto quanto o civilista português, afasta-se do legalismo de Rotondi.

justiça. É dentro desse quadro que se tem de considerar a questão do abuso do direito, no entendimento de Dourado de Gusmão.

Com efeito, se o direito busca a justiça, e se esta varia em função dos valores espirituais coletivos, a tipicidade normativa, que é a regulamentação abstrata de uma dada relação, também varia, mas não com a mesma velocidade. Cabe aos princípios gerais do direito, assim, recolher as fontes constitutivas não absorvidas pela norma. Daí em diante, Dourado de Gusmão insere a questão do *abuso* no desvio do exercício do direito por parte do titular, que, preferindo as finalidades individuais às finalidades sociais do direito, excede os limites latentes na consciência coletiva, invocando a norma retrógrada, desconforme ao *direito atual*, ao *sentimento histórico da justiça*.

Da doutrina exposta, que busca fundamentos em Gurvitch, Durkheim e Geny, importa considerar a questão da *consciência jurídica coletiva* e a noção de *princípios gerais de direito*, ambas inseridas no quadro do descompasso entre as expectativas sociais e a norma. Genaro Carrió aponta sete focos de significação para a palavra *princípios*: a) propriedade fundamental ou parte integrante de alguma coisa; b) regra, guia ou orientação; c) causa, origem; d) finalidade, propósito; e) premissa, axioma, essência; f) regra prática de conteúdo; g) máxima, aforismo. Os princípios gerais do direito, segundo Carrió, fazem referência a todas estas ideias.¹⁶⁷

Com frequência, fala-se em certos princípios legais, tais como o da separação dos poderes (primeiro significado), ou na essência dos conceitos jurídicos, considerados como entidades, nos moldes da jurisprudência dos conceitos (quinto significado). Fala-se também no princípio da bagatela ou no princípio da insignificância, que expressam generalizações ilustrativas, obtidas com o recurso à estrutura do sistema, já que não previstas normativamente (primeiro e segundo significados). É comum também a referência a *ratio legis* ou a *mens legis*, que expressam a ideia de finalidade, objeto do quarto significado e que, da mesma forma, não têm previsão normativa. Os princípios também fazem referência aos juízos de valor, tal como a ideia de *consciência jurídica popular* (segundo e terceiro significados) ou às máximas que provêm da tradição jurídica (sétimo significado).

São, pois, diversas as teorias acerca da natureza dos princípios, como diversas

¹⁶⁷ CARRIÓ, Genaro. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, pp. 33-38.

também são as teses acerca de seus fundamentos (direito natural, direito comparado, direito posto, etc.).¹⁶⁸ Bobbio, por exemplo, sustenta que os princípios são obtidos através de uma *analogia juris*, fundada no emprego de um argumento indutivo (relação de semelhança), cuja conclusão resulta na segunda premissa integrante de um silogismo dedutivo.¹⁶⁹ No mesmo sentido é a posição de Enneccerus, para quem a *analogia juris* parte de uma pluralidade de disposições jurídicas particulares, extraindo delas, por indução, princípios mais gerais, que se aplicam a casos que não se ajustam a nenhuma das disposições da lei.¹⁷⁰

No caso dos princípios gerais que informam a noção de abuso do direito no ordenamento jurídico brasileiro, surgem eles de várias disposições particulares, existentes em diversas codificações. São *standards* que orientam o intérprete na compreensão do sentido histórico e social de justiça, extraídos do texto da norma.¹⁷¹ Expressões tais como

¹⁶⁸ DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*, p. 415-421 constrói o conceito de princípios gerais do direito na base metafísica do jusnaturalismo; a partir do positivismo jurídico, a referência aos princípios gerais do direito passou a ser feita pela própria norma, com o que ganharam uma natureza supletiva, ainda que sob fundamentos diversos (BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, pp. 281-288; LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*, pp. 148-150, 172, 173, 185; 368-385 e 465-483; Esser, *Einführung in die Grundbegriffe*, p. 183 e *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, p. 5, apud LARENZ, Karl. *Op. cit.*, pp. 146-471). A partir de CRISAFULLI. Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto, *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico*, p. 240 e segs., apud BETTI, Emilio. *Op. cit.*, p. 282, os princípios gerais de direito ganham *status* normativo.

¹⁶⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*, pp. 173-175; 181-182. O jusfilósofo italiano parte da construção de Crisafulli.

¹⁷⁰ ENNECCERUS, *Tratado de derecho civil*, Tomo I, p. 212; para Mario ROTONDI, o discurso sobre o abuso do direito avança sobre uma problemática mais ampla, e chega a compreender os problemas mais gerais dos limites da ordem jurídica, da interpretação e aplicação da norma (Le rôle de la notion de l'abus du droit, *Revue de droit civil*, 1980, p. 68); para Martín Bernal, não se trata de argumentar, na aplicação de um princípio geral do direito, com a existência de uma lacuna, senão com um caso de atipicidade normativa; para Warat, igualmente, a noção de abuso do direito não tem referência à inexistência de norma, já que existe uma conduta deonticamente permitida, ainda que tal previsão possa resultar inapropriada para regular as atuais formas de convivência social. O autor argentino não deixa de admitir que este, entretanto, é o sentido contraintuitivo de lacuna em Kelsen (*Op. cit.*, p. 98). Entende-se, todavia, que a questão do abuso do direito pode interferir com o problema das lacunas desde que se tenha em conta a permissão negativa como categoria deontica (tudo que não está proibido está permitido), o que afasta a tese da existência de um espaço jurídico inqualificado, vale dizer, sem significação jurídica. COLIN E CAPITANT entendem que é precisamente no uso destas faculdades, pertencentes ao campo da permissão negativa, que mais se cometem atos prejudiciais aos outros (*Op. cit.*, pp. 626-627). A respeito desta discussão, v. CONTE, Amedeo. *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*.

¹⁷¹ A propósito, escreve Carlos Fernández SESSAREGO: “o direito, como a vida, é temporal e histórico e, por conseguinte, lábil e fluido. As condutas humanas, inseridas na temporalidade, portanto, reflexos fenomênicos da liberdade, podem ser ou deixar de ser valiosas de um momento para outro, sem solução de continuidade. Podem ser justas até certo momento para, logo depois, transformar-se em injustas. Podem ser solidárias durante um lapso, para, no átimo seguinte, converter-se em anti-sociais. Não vemos, pois, inconveniente para que uma conduta potencialmente lícita ou ilícita, no momento inicial, transforme-se, em certo instante, em ilícita, ao transgredir algum dever imposto pelo ordenamento jurídico. É indiferente

moralidade, utilidade, finalidade, adequação, limite ou limitação, moderação, motivo justo, motivo legítimo, prática equitativa, função social; excesso, desnecessidade, exercício irregular, exercício anormal, mau uso, uso abusivo, são indicativas de condutas que, na dependência das circunstâncias sociais e econômicas, ingressam na esfera da *iliceidade* (expressão que ora se passa a adotar como referência a um conceito mais amplo de *ilicitude*, ainda que de origem normativa, segundo alguns, porque fundado nos princípios gerais de direito).¹⁷²

4.2. A legislação brasileira e a consciência jurídica coletiva

Hoje, muitos são os dispositivos, na legislação brasileira, que encampam a noção de abuso do direito como espécie do *ilícito*, no sentido mais amplo do termo. Poder-se-ia citar, sem qualquer pretensão sistematizadora, a Constituição Federal (arts. 170, § 4º, 182, § 4º e incisos, 184 e 186), o Código de Águas (arts. 69, parágrafo único, 71, *caput*, 73, parágrafo único, 78, 90, 94, 96, 103, parágrafo único, 1º, e 109, todos do Decr. nº 24.643/34), o Código de Processo Civil (arts. 77, §§ 1º e 2º, 79, 81, e parágrafos, 142, 258, 339, 772, II, 774, parágrafo único, 776 e 1.026, § 2º, todos da L.F. nº 13.105/15), a Lei das Sociedades Anônimas (art. 115 da L.F. nº 6.404/76), a Lei de Greve (art. 14, *caput*, e § 1º, da L.F. nº 7.783/89), a Lei que disciplina a ação de indenização dos prejuízos causados por investidores mobiliários (art. 1º, I e II, da L.F. nº 7.913/89), o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 98, II, da L.F. nº 8.069/90), o Código de Defesa do Consumidor (arts. 28 e 51, IV, ambos da L.F. nº 8.078/90), a Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária (art. 4º, I, da L.F. nº 8.137/90) e a Lei que pune as atividades lesivas ao meio ambiente (art. 15, II, *o*, da L.F. nº 9.605/98).¹⁷³

que o dever imposto seja específico ou genérico, como seria aquele previsto em um princípio ou cláusula geral do direito” (*Op. cit.*, p. 313); no mesmo sentido, GOLDSCHMIDT. *Op. cit.*, pp. 26-27.

¹⁷² JOSSERAND propõe a denominação *atos ilícitos* em contraposição a *atos ilegais* (ilicitude *stricto sensu*) (*De l'esprit de droit et de leur relativité*, nº 261, *apud* LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 329). Trata-se, de qualquer forma, de uma tentativa de *definição teórica*.

¹⁷³ Registre-se que a doutrina controverte sobre o enquadramento do *abuso do poder* (*excesso de poder* e *desvio de finalidade*) na categoria do *abuso do direito*. DABIN diz que em nada se diferenciam (cfr. CUNHA DE SÁ, *Op. cit.*, p. 390). Todavia, EISENMANN (*Une nouvelle conception du droit subjectif: la théorie de M. Dabin, Revue de droit public*, 1954, p. 767, *apud* CUNHA DE SÁ, *Op. cit.*, p. 383), partindo da noção de direito subjetivo como interesse, defendida por DABIN, diz que o direito subjetivo não pode ser entendido como competência, uma vez que o titular carece de um interesse particular, e o exercício da competência mais não é senão um dever. Igualmente, PLANIOL sustenta que não se pode confundir o

Pedro Baptista Martins, já na década de 30, registra esse movimento legiferante, através do qual as hipóteses de limitação ao direito vão assumindo o caráter de ilegalidade normativa expressa.¹⁷⁴ Mas é claro que a própria expressão *abuso*, quer na interpretação do direito como um todo (onde o conceito surge como antônimo de *liceidade*) quer no exame da norma específica (onde o conceito aparece como antônimo de *licitude*) suscita um sem número de significados, na dependência do caso concreto. O importante, ainda nas palavras do autor, é que se entenda que o reconhecimento de uma situação abusiva não depende de expressa previsão legal.¹⁷⁵ E nem se argumente com o princípio da reserva legal (art. 5º da Constituição da República), porquanto, como visto, as limitações do uso abusivo resultam de outros princípios também extraídos do sistema jurídico.¹⁷⁶

Com maior razão – respondendo à crítica de Roberto Goldschmidt ao Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941 – entende-se que o só fato de o artigo de lei, relativo ao abuso do direito, encontrar-se deslocado de sua adequada ubiquação não é suficiente para comprometer a autonomia da teoria, que tem de ser distinguida do regramento dos atos ilícitos (*stricto sensu*). Ideal mesmo seria, como aponta Haroldo Valladão, que a questão do abuso do direito fosse tratada na *Lei Preliminar*, na *Lei Introdutória*, na *Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas*.¹⁷⁷ Todavia, cuidando-se

abuso do direito com o desvio do poder. Diz que o direito subjetivo é um poder egoísta. A autoridade pública, ao contrário, exerce o poder em nome de todos, cometendo excesso de poderes quando age em um interesse privado (PLANIOL, *Op. cit.*, tomo II, p. 340, nota 1). Bem por isso, não foram incluídas no rol das leis que consagraram o abuso do direito aqueles referentes aos agentes públicos.

¹⁷⁴ MARTINS, Pedro Baptista. *Op. cit.*, p. 48.

¹⁷⁵ *Idem*, pp. 81-82; o autor, em certa passagem, citando JOSSERAND e ROTONDI, invoca a importância dos princípios jurídicos (*Op. cit.*, pp. 138-140).

¹⁷⁶ A propósito, Pedro Baptista MARTINS, escrevendo no regime da Constituição de 1937, extrai da norma dos artigos 122 e 123, relativos aos direitos e garantias individuais, fundamento constitucional para a repressão do abuso do direito (*Op. cit.*, pp. 116-117). Hoje, tais garantias assumiram um caráter social (artigos 5º a 17 da Constituição Federal de 1988). Haroldo VALLADÃO já reclamava um tratamento constitucional acerca da matéria do abuso do direito, no seu dizer, *princípio supremo de justiça social* (*Op. cit.*, p. 14). Martín BERNAL, a propósito da Constituição da Espanha, diz que é na passagem do Estado de Direito para um Estado Social do Direito que se pode identificar a consagração, ainda que implícita, da doutrina do abuso do direito (*Op. cit.*, pp. 283-287). Interessante, aliás, a relação entre o *critério finalista*, defendido por JOSSERAND e CAMPION – no sentido de que o exercício do direito deve conformar-se à finalidade para a qual foi instituído ou à natureza mesma de determinada instituição jurídica – e a *teoria constitucional das garantias institucionais*. Escrevendo sobre essas garantias, na base de princípios *que são normas-chave de todo o sistema jurídico*, Paulo BONAVIDES observa que o Estado Social alterou o perfil individualista das antigas disposições constitucionais, que tinham fundamento na noção de direito subjetivo, com o que ganhou relevo a ideia de dar amparo a certas instituições (sindicato, família, maternidade, ensino, etc.), de fundamental importância para a sociedade (*Curso de direito constitucional*, pp. 492 e 498).

¹⁷⁷ VALLADÃO, Haroldo. *Idem, ibidem* (nesse sentido, o autor carioca retoma a questão já discutida por Saleilles, no relatório apresentado à comissão de revisão do Código Civil francês); todavia, como já advertia Carlos Maximiliano, escrevendo na década de 20, “a lei não se equipara a um manual teórico”. Assim, os

de princípio geral do direito, pouco importa que esteja ou não reduzido à norma escrita.

Em suma, para uma teoria crítica do abuso do direito, o conceito tem de ser encontrado no descompasso entre a realidade e a norma, entre a consciência jurídica coletiva e o ordenamento jurídico vigente, entre a legalidade e aquilo que Hauriou chamou de superlegalidade.¹⁷⁸ Daí a advertência de Goldschmidt, no sentido de que à ideia de *abuso* basta o conceito de *antijuridicidade*, vale dizer, um juízo de valor, uma estimativa ético-social da conduta humana, que está no campo metajurídico.¹⁷⁹

Luis Alberto Warat, compartilhando dessa perspectiva, também recorre à noção de uma *consciência jurídica coletiva*, ou seja, de uma normatividade metajurídica que se orienta sempre por critérios de justiça e que busca reconhecimento pela ordem legal. A figura retórica do abuso do direito é uma forma de legitimação destas expectativas, uma *máscara de legalidade*, na expressão do professor argentino, hoje radicado no Brasil. Isto dissolve o paradoxo apontado por Planiol, porquanto há de se reconhecer que a expressão *abuso* não é unívoca, comportando um campo intensional (conotação) e extensional (denotação) bastante amplo.¹⁸⁰ Como já se teve oportunidade de dizer, é exatamente o reconhecimento da diversidade do sentido da expressão *direito* (jurídico e metajurídico) que denuncia a falácia do argumento de Planiol, porque, sendo diversos os sentidos, não se pode cogitar do *princípio da contradição*. Decerto, o princípio do terceiro excluído não se aplica a conceitos indeterminados, aos quais não se ajusta a lógica binária.

Está claro, a esta altura, que a importância do conceito de *abuso do direito* no campo da dogmática jurídica depende da concepção que se possa ter acerca do próprio Direito. Para Mario Rotondi, que recorre, igualmente, à ideia de uma *consciência jurídica coletiva*, não se pode negar a importância da noção de abuso do direito como categoria metajurídica, *bandeira de vanguarda* das transformações do direito posto.¹⁸¹ O autor,

títulos, as epígrafes, não são critério seguro para definir a natureza jurídica de um instituto, pois a disposição das matérias de uma codificação “não é feita com o rigor escolar” (*Hermenêutica e aplicação do direito*, pp. 266-267).

¹⁷⁸ HAURIU, Maurice. *Évolutions et actualités de droit civil*, p. 89, apud LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 338.

¹⁷⁹ GOLDSCHMIDT, Roberto. *Op. cit.*, pp. 27-30; ENNECCERUS também busca nos princípios jurídicos o fundamento da noção de abuso do direito (*Tratado de derecho civil*, pp. 1083-1085); ver, igualmente, SESSAREGO, Carlos Fernández, *Op. cit.*, p. 314, ANDORNO, Luís O. *Op. cit.*, p. 33; BERNAL, Martin, *Op. cit.*, p. 63; WARAT, Luís Alberto. *Op. cit.*, p. 60, 65, 66, 72 e 80 e VALLADÃO, Harlido. *Op. cit.*, pp. 12-14.

¹⁸⁰ WARAT, Luís Alberto. *Op. cit.*, pp. 60, 66 e 83.

¹⁸¹ ROTONDI. *Instituciones de derecho privado*, pp. 99-101.

contudo, coloca a tônica nas reformas legislativas, sem dar muita importância às expressões do pluralismo jurídico, já reconhecidas desde Geny e Ehrlich, no final do séc. XIX.

Luis Alberto Warat dissente da opinião de alguns juristas, no sentido de que a consagração legislativa do *abuso do direito* possa banalizar o conceito, que é regra tópica.¹⁸² A discussão ganha relevo diante da disposição do artigo 187 do atual Código Civil brasileiro, que vai muito além de disciplinar as relações jurídicas civis, inscrevendo o *abuso do direito* no âmbito da teoria geral do direito. E não importa, aqui, que o tema venha contemplado na Parte Geral (arts. 187 e 188, parágrafo único) ou, dentro da Parte Especial, no Livro reservado ao Direito das Obrigações (arts. 244, 939 e 940) e no Livro do Direito das Coisas (art. 1.277).

Para Warat, a alteração do campo de significação do direito não reside no simples fato de ter-se alterado a letra da lei. A positivação permite apenas que o juiz tenha “o respaldo legal necessário para desenvolver plenamente o momento intuitivo do ato de decisão”,¹⁸³ que assim se verá legitimado, sob o ponto de vista da racionalidade formal. Desde que a noção de abuso do direito caiba numa fórmula bastante ampla, como é aquela do Código suíço, estará desta forma garantido o exercício da *prudentia juris*.¹⁸⁴

Na fórmula utilizada pelo legislador suíço, a expressão *boa-fé* (que também aparece nos Códigos da Polônia, Grécia, Portugal, Bolívia, Argentina, Venezuela, Paraguai e, de certa forma, no Código Civil italiano, em dispositivos esparsos) tem um significado objetivo. Trata-se de uma forma tópica, de um princípio geral do direito que se reporta aos padrões sociais e morais vigentes, às expectativas do cidadão comum.¹⁸⁵ Esta orientação, entretanto, ao contrário do que supõem os opositores da teoria do abuso do direito, não é arbitrária, movendo-se dentro de uma esfera pragmática.¹⁸⁶

¹⁸² Esta banalização é apontada por Pedro León, para quem a previsão legal implicaria a inserção do conceito na vala comum dos atos ilícitos (Pedro León, *apud* WARAT, *Op. cit.*, pp. 84-85 – não consta referência ao título da obra do autor citado).

¹⁸³ WARAT, L. *Op. cit.*, pp. 85-86.

¹⁸⁴ *Idem*, pp. 86-87.

¹⁸⁵ Neste sentido, v. BENAVAL, Carlos de La Veja. *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del código civil*, p. 249 e ss., *apud* Martín Bernal (*Op. cit.*, pp. 193-194), cujo conceito ora se adota por ser o que mais se aproxima da linha pragmática que orienta o presente trabalho.

¹⁸⁶ Para uma análise do abuso do direito processual sob a perspectiva da pragmática jurídica, v. FERNANDES DE SOUZA, Luis Sérgio. *Abuso de direito processual: uma teoria pragmática*.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de não-indenizar*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. *Da responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Volume 2.

AGUIAR SILVA, João Carlos Pestana de. *Do abuso de direito do credor na alienação fiduciária*. In: *Revista Jurídica*, Porto Alegre: 1979.

ALMEIDA JR., João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1954.

ANDERSON, Nels. *Sociología de la comunidad urbana*. Trad. por Andrés Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1965.

ANDORNO, Luis O. Abuso del derecho. *Revista de direito civil imobiliário, agrário e empresarial*, ano VI, vol. 19, São Paulo: jan./mar. 1982.

ANTUNES VARELA, João de Matos. O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro. *Revista de direito comparado luso-brasileiro*, ano I, n. 1, Rio de Janeiro: Forense, jul. 1982.

ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, – Obras. 2. ed. Madrid: Aguilar, S.A., 1967.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Direito de propriedade – Abuso de direito – Indenização Direito de vizinhança – Medidas processuais (parecer). *Revista Forense*, ano 71, vol. 252, fascs. 868-870, Rio de Janeiro: out./dez. 1975.

AUBRY et RAU. *Cours de droit civil français*. 5. éd. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Marchal et Billard, 1920. Tomo 6.

BARASSI, Lodovico. *Instituciones de derecho civil*. Trad. por Ramon Garcia de Haro de Goytisolo e Mano Falcón Carreras. Barcelona : José Maria Bosch Editor, 1955. Volume I.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Abusos dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARRETO, Plínio. Abuso do direito (parecer). *Revista dos Tribunais*, ano XX, vol. LXXIX, fasc. 378, São Paulo: ago. 1931.

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil*. 13. ed. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1975. Volume I.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Introdução ao direito (filosofia, história e ciência do direito)*. São Paulo: RT, 1967. Volume I.

BELEZA DOS SANTOS, José. *A simulação em direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1921.

BENJAMIN, Antonio Herman. *Apresentação da obra de Alberto Amaral Jr. Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: RT, 1993.

BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Trad. por Wamberto Hudson Ferreira. (Coleção Pensamento Político, 39). Brasília: Ed. UnB, 1981.

BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Trad. por José Luis de los Mozos. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, s.d.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1959. Volume I.

_____. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1980.

BIELSA, Rafael. *Metodología jurídica*. Santa Fe: Librería y Editorial Castellví, Sociedad Anónima, 1961.

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1994. Volume I.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Turim: Copisteria Giappichelli, Litografia Diritto, 1960.

BORGES, João Eunápio. *Títulos de crédito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

CAHALI, Yussef Said. *Dano e indenização*. São Paulo: RT, 1980.

CAMPOS, Paulo de Araújo. *Abuso de direito*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da USP, 1982, Mimeografagem.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de processo*, ano II, jan/mar, nº 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Paris: Presses Universitaires de France, 1955. Tomo I.

CARRIÓ, Genaro. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, s.d.

CHARMONT. L'abus du droit. *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris: Librairie de la Société du Recueil Général des Lois & des Arrêts, 1902. Tomo I.

COLIN, Ambroise ; CAPITANT, Henri. *Traité de droit civil*. Paris: Librairie Dalloz, 1959. Tomo II.

CONTE, Amedeo Giovanni. *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*. Turim: Giappichelli Ed., 1962.

CORRÊA, Alexandre Augusto; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 6. ed. São Paulo: RT, 1988.

_____. Notas sobre o abuso dos direitos em direito romano clássico. *Justitia*, ano XXXVI, vol. 87, São Paulo: 4. trim. 1974.

COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Do abuso de direito*. Coimbra: Livraria Almedina, 1983.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

D'AMELIO, Mariano. Abuso del diritto. *Nuovo Digesto Italiano*, ano XVI, vol. I, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1937.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. por Herminio A. Carvalho. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1951.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. Volume I.

DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho privado*. Trad. por Andrés Carrijo. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. por João Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil*. Trad. por Blas Pérez González y José Alguer. 2. ed. parte general. Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A., 1970. Tomo I, Volume I.

_____. *Tratado de derecho civil*. Trad. por Blas Pérez González y José Alguer. 3. ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A., 1970. Tomo I, Volume II.

_____. *Tratado de derecho civil*. Trad. por Blas Pérez González y José Alguer. 3. ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A., 1970. Tomo II, Volume II.

FEINBERG, Joel. *Filosofia social*. Trad. por Alzira Soares da Rocha e Helena Maria Camacho (Curso moderno de filosofia). Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

FERNANDES DE SOUZA, Luiz Sergio. *Abuso de direito processual: uma teoria pragmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES NETO, Guilherme. Abuso de direito no Projeto 634-b. *Revista de informação legislativa*, vol. 106, Brasília: abr./jun. 1990.

_____. Cláusulas abusivas. *Os contratos de adesão e o controle das cláusulas abusivas*. Carlos Alberto Bittar (org.). São Paulo: Saraiva, 1991.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Abuso del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Destino dos contratos. *Revista dos Advogados*, Estudos e Conferências, ano III, nº 9, São Paulo: Associação dos Advogados do Brasil, abr./jun. 1982.

FIGUEIREDO, Diogo de. O abuso de direito na retomada de imóveis por livre conveniência do locador. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Estado da Guanabara: 1966. Volume XV.

FRONZEN DE LIMA, João. *Curso de direito civil brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. Volume I.

GENY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1919. Tomo I.

GOLDSCHMIDT, Roberto. A teoria do abuso de direito e o anteprojeto brasileiro de um código das obrigações. *Revista Forense*, ano XLI, vol. XCVII, fasc. 487, Rio de Janeiro: jan. 1994.

GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Introdução ao direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Obrigações*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

GROSSO, Giuseppe; GUALAZZINI, Ugo; ROMANO, Salvatore. Abuso del diritto. *Enciclopedia del Diritto*. vol. I. Varese: Dott. A. Giuffrè Editore, 1958.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à ciência do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

_____. O abuso de direito no Anteprojeto do Código Civil. *Revista de Direito do MP-GB*, nº 20, vol. 20, Rio de Janeiro: 1974.

_____. Pressupostos filosóficos da noção de abuso do direito. *Revista dos Tribunais*, ano XLV, vol. CXX, fasc. 545, São Paulo: nov. 1948.

GUTIÉRREZ-ALVIZ ARMARIO, Faustino. *Diccionario de derecho romano*. 3. ed. Madrid: Reus, S.A., 1982.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olímpio Editora, 1963.

KARPAT, Ladislau. *A locação no direito brasileiro*. São Paulo: Hemus, s.d.

KASER, Max. *Derecho romano privado*. Trad. por José Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Reus S.A., 1968.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Trad. por Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994

LATORRE, Angel. *Introdução ao direito*. Trad. por Manuel de Alarcão. Coimbra: Livraria Almedina, 1978.

LEITE, Cassiano Ricardo. *O Homem Cordial e outros pequenos estudos brasileiros*. Rio de Janeiro: INLIMEC, 1959.

LEONI, Michele. *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*. Milano: Casa Editrice Dott, 1998.

LIMA, Alvino. Abuso do direito. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. J. M. de Carvalho Santos (org.). vol. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Manual de direito civil*. 4. ed. vol. 4-I. São Paulo: RT, 1976.

_____. *Manual de direito civil*. São Paulo: RT, 1980. Volume I.

_____. *Manual de direito civil*. São Paulo: RT, 1969. Volume IV-II.

LINS NETO, Edmundo. Abuso de direito: qual o conceito que melhor se ajusta ao direito positivo brasileiro. *Revista de crítica judiciária*, ano XX, vol. XXVII, ns. 1 e 2, Rio de Janeiro: jan./fev. 1943.

LITENTRO, Oliveiros. *Dialética e técnica na teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Informe cerca del abuso de los derechos procesales en Colombia. *Abusos dos direitos processuais*. José Carlos Barbosa Moreira (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LYONS, David. *As regras morais e a ética*. Campinas: Papyrus Editora, 1990.

MACHADO PAUPÉRIO, Arthur. *Introdução axiológica ao direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Livraria Almedina, 1983.

MARTÍN BERNAL, José Manuel. *El abuso del derecho (exposición, descripción y valoración del mismo)*. Madrid: Ed. Montecorvo S.A., 1982.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. Moral e sociabilidade. *Revista Crítica Judiciária*, ano XX, vol. XXXVII, ns. 1 e 2, Rio de Janeiro: jan./fev. 1943.

MÁYNEZ, García. *Introducción al estudio del derecho*. México: Ed. Porrúa, S.A., 1982.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile – Délictuelle et contractuelle*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947. Tomo I.

MOTA, Pedro Vieira. *Sucedâneos da sustação do protesto*. São Paulo: edição do autor, s.d.

MOUCHET, Carlos; BECU, Ricardo. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1978.

MUMFORD, Lewis. *A cultura das cidades*. Trad. por Ricardo Paglia. São Paulo: Editora Itatiaia, 1961.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 1980.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1984.

NONATO, Orosimbo. *Da coação como defeito do ato jurídico (ensaio)*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *O direito – Introdução e teoria geral*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Volume I.

_____. Pedido abusivo de falência (parecer). *Revista Forense*, ano 52, vol. 159, fascs. 623-624, Rio de Janeiro: maio/jun. 1955.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 3. éd. Paris: L.G.D.J., 1949. Tomo III.

_____. *Traité élémentaire de droit civil*. 5. éd. Paris: L.G.D.J., 1950. Tomo I.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, s. d. Tomo XI.

_____. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, s. d. Tomo XII.

_____. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1956. Tomo XIV.

_____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1963. Tomo XLIII.

_____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1966. Tomos LIII, LVI e LVIII.

_____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1967. Tomo LIV.

_____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1954. Tomo II.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. Volume I.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. por Vamireh Chacon. (Coleção Pensamento Político, 50). Brasília: UnB, 1981.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

RECASENS SICHES, Luís. *Introducción al estudio del derecho*. México: Ed. Porrúa, S.A., 1981.

_____. *Estudios de filosofía del derecho*. 3. ed. Georgio Del Vecchio e Luís Recasens Siches, *Filosofía del derecho*. México: Union Tipografica Editorial Hispano-Americana, 1946. Volume II.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). *Revista dos Tribunais*, ano 58, vol. 410, São Paulo: dez. 1969.

_____. Abuso de direito e sociedade anônima. *Revista forense*, vol. 245, Rio de Janeiro: 1974.

RESTA, Eligio. *L'ambiguo diritto*. Milano: Franco Angeli Editore, 1984.

RIBEIRO, Ernesto Carneiro. *A redação do projeto do Código Civil e a réplica do Dr. Ruy Barbosa – Tréplica*. 3. ed. Bahia: Livraria Progresso Editora, 1951.

RICCOBONO, Salvador. *Aemulatio. Nuovo digesto italiano*, ano XVI, vol. I, Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1937.

RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4. éd. Paris: L.G.D.J., 1949.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Max Limonad, 1962. Volume I.

ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997.

ROTONDI, Mario. *Instituciones de derecho privado*. Trad. por Francisco F. Villavicencio. Barcelona: Editorial Labor, S.A., 1953.

_____. Le rôle de la notion de l'abus du droit. *Revue de Droit Civil*, Paris: Sirey, 1980.

SALEILLES, Raymond. De l'abus de droit – rapport présenté à la première sous-commission de la commission de révision du code civil. *Bulletin de la Société d'Études Législatives*, a. IV, Paris: Arthur Rousseau, Éditeur, 1905.

SAVATIER, René. *Cours de droit civil*. 2. éd. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947. Tomo I.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. por Díaz García. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, s. d. Tomos I e III.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960. Volume I.

SILVA PACHECO, José da. *Curso teórico-prático de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. Tomo I.

SOARES LEVADA, Claudio Antônio. Responsabilidade Civil por Abuso de Direito. In: *RT*, ano 79, vol. 661, São Paulo: nov. 1990.

SOHM, Rodolfo. *Instituciones de derecho privado romano – Historia y sistema*. Trad. por Wenceslao Roces. México: Ed. Nacional, 1975.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

STONE, Alan. The Place of law in the marxian structure-superstructure archetype, *Law & Society Review*. vol. 19. n. 1. Colorado: 1985.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Esboço. *Ministério da Justiça e Negócios do Interior*. Rio de Janeiro: 1952.

_____. *Vocabulário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1983. Tomo I.

TENÓRIO, Oscar. Considerações a respeito do abuso de direito na purgação da mora. *Arquivo do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*, ano XIV, vol. 57, Rio de Janeiro: mar. 1956.

TORRENTE, Andrea. *Manuale di diritto privato*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952.

VALENTE, Carlos B.; POPP, Carlyle. *Ação renovatória de locação*. Curitiba: Juruá Ed., 1992.

VALLADÃO, Haroldo. Condenação do abuso de direito. *Arquivo do Ministério da Justiça*, ano XXVI, vol. 107, Rio de Janeiro: set. 1968.

VERNENGO, Roberto José. *Curso de teoría general del derecho*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. por Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Ministério da Justiça, 1979.

WALD, Arnold. *Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lux Ed. Ltda., 1987. Volume I.

WARAT, Luis Alberto; MARTINO, A. Anselmo. *Abuso del derecho y lagunas de la ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969.

YASSIM, Assad Amadeo. Considerações sobre o abuso de direito. *Revista dos Tribunais*, ano 69, vol. 538, São Paulo: ago. 1980.