

DA TEORIA DO ABUSO DO DIREITO NO FINAL DO SÉCULO XX

JOSÉ DA SILVA PACHECO

SUMÁRIO: 1. Da sobrepujança doutrinária e jurisprudencial e do soerguimento da teoria do abuso do direito. 2. Da teoria do abuso do direito na Europa. 3. Da teoria do abuso do direito no Brasil. 4. Considerações finais.

1. Da sobrepujança doutrinária e jurisprudencial e do soerguimento da teoria do abuso do direito.

Focalizando as metamorfoses conseqüentes do Tratado da União Européia (TUE), assinala Maurice Duverger que a Europa dos cidadãos “deverá ser um espaço de democracia, de direitos do homem, de segurança, de pluralismo, de multiplicidade, para poder ser um espaço de desenvolvimento econômico, de emprego e bem-estar”. (1)

Aspira-se que venha a ser “uma união de pessoas e de povos, que nela tenham voz ativa, que nela mandem e que, por isso, através dela consigam defender os direitos” (2), consubstanciando-se, desse modo, uma verdadeira comunidade jurídica, que o individualismo, o positivismo e o nacionalismo exacerbados do século passado e princípio deste, obscureceram.

Consumar-se-á, por certo, uma comunidade jurídica européia, cuja influência decorrerá, como já salientavam grandes mestres, mais da doutrina e jurisprudência de seus juristas e juízes do que da excelência de seus códigos ou de suas leis escritas (3).

Aliás, desde a Declaração Universal de 1948, relicário inconsútil dos princípios básicos do mundo civilizado, tende-se a tornar efetiva a ordem, em que os direitos indispensáveis à dignidade do homem e ao livre desenvolvi-

mento de sua personalidade, possam ser plenamente realizados, admitindo-se as limitações determinadas por lei, exclusivamente, para assegurar o direito de outrem e de satisfazer as justas exigências de ordem pública, da ética e do bem-estar numa sociedade democrática. Vê-se, desde logo, que todos os direitos, sejam eles quais forem, hão de ser reconhecidos aos seres humanos porque vivem em sociedade e para que vivam em sociedade, norteando-se, pelos seus fins sociais.

Desde que se superou, outrossim, o conceito da escola exegética da onisciência do legislador e diante da impossibilidade manifesta de se traçar normas jurídicas escritas perfeitas, que delimitem, dentro de contornos infundáveis, as prerrogativas conferidas, em cada caso, aos indivíduos, vêm assumindo a doutrina e a jurisprudência papel proeminente, que se torna mais relevante à medida que se multiplicam em número e complexidade as atividades humanas. Dentre os temas, cujo desenvolvimento, mais se deve à doutrina e jurisprudência que à legislação, destaca-se o relativo ao abuso do direito.

2. Da teoria do abuso do direito na Europa e nos países sob sua influência.

2.1 Da sua negação ou defesa.

Assim como quem começa a amar, fala em versos, ainda quando não os faça, todo aquele que inicia um estudo jurídico fala em Direito Romano, embora não o domine. Saliente-se, pois, para não fugir à regra, a existência de prolíficos elementos históricos do Direito Romano sobre o tema (4), apesar de ser óbvio o pujante alento da doutrina e jurisprudência francesas à teoria do abuso do direito, a partir do princípio deste Século.

Em França, não obstante inexistisse qualquer dispositivo legal expresso, a jurisprudência e com ela a doutrina foram céleres em defender, desde o final do Século passado e, principalmente, no início do Século XX, ao lado da interpretação do art. 1.383 do Código Civil, a tese do abuso do direito. Semelhantemente o fizeram a jurisprudência e doutrina da Alemanha, Bélgica, Espanha e Itália, embora de sua legislação não constasse qualquer norma especial sobre o assunto. Essa teoria continua, ainda, a preocupar os doutores, com reflexo na legislação de alguns países.

Permanece, porém, a discussão que vem acalorada desde o início do Século: a) de um lado, a posição contrária de Planiol e b) de outro lado, as posições defensoras da referida teoria, principalmente com base nos argumentos de Josserand.

Segundo Planiol, o abuso do direito seria um falso problema porque “o direito cessa onde o abuso começa... e não se pode fazer uso abusivo de um direito qualquer, pela razão irrefutável de que um só e mesmo ato não pode ser, a um só tempo, conforme ao direito e contrário a direito...” (5). Consoante Ripert e Boulanger, “quando se usa de seu direito, o ato resultante é lícito; se ele for ilícito, é que se ultrapassou seu direito, portanto age-se sem direito” (Quand on use de son droit, l’act accompli est licite, s’il est illicite, c’est qu’on dépassé son droit, donc que l’on agit sans droit” (6).

Josserand, por seu turno, procurou evitar a objeção supra, salientando o dúplice sentido do direito: a) de um lado, os direitos subjetivos, que são prerrogativas do titular e b) de outro lado, o direito objetivo, conjunto de regras que enuncia o que é lícito e o que é ilícito.

Desse modo, o titular de direito subjetivo, ao exercê-lo, pode fazê-lo de modo que transgredir as normas do direito objetivo, caracterizando-se aí o abuso do direito (7).

Vivendo o homem em sociedade, certamente para viver e desenvolver sua personalidade, pode adquirir e exercer uma multivariada de direitos subjetivos, que devem ser usados conforme sua finalidade social. O desvio dos direitos dos fins que lhes são próprios, constitui o abuso do direito.

Decorrem os direitos subjetivos da incidência de regras integrativas do Direito objetivo. Este é o conjunto de regras sociais obrigatórias. Realmente, todo poder jurídico é social, motivo porque o direito objetivo em seu conjunto, nada mais é do que regra social obrigatória. Desse modo, a parte, ou seja a regra isolada não terá outra natureza que a do conjunto. O exercício dos direitos subjetivos, pelos respectivos titulares, decorrente da incidência de cada uma das regras jurídicas, terá de atender, conseqüentemente, à finalidade social do todo, isto é do Direito objetivo.

2.2 Quando começa o abuso do direito?

Não havendo unanimidade de vista sobre o tema, nem entre os que admitem a teoria, é comum indagar-se: quando começa o abuso do direito? As respostas são diversas. Há, porém, quem as reúna em quatro tipos. O primeiro seria baseado na responsabilidade civil, que poderia ser intencional ou não-intencional (8). O segundo tipo fundar-se-ia na intenção de prejudicar, o que, por si, colocaria o titular em posição contrária à regra ética básica, que todos devem atender (9). O terceiro justificar-se-ia no desvio da finalidade social do direito (10). O quarto tipo se entrosaria com a teoria da segurança, da responsabilidade objetiva, diante das perturbações da ordem ou da normalidade, principalmente no atinente à vizinhança (11).

2.3 Em França.

Continua inalterada a situação na França, cujo art. 1.383 do Código Civil, em torno do qual soergue-se a referida teoria, permanece em vigor, a ditar que toda pessoa é responsável pelo dano que causar, não somente por ato seu, mas ainda por sua negligência ou sua imprudência. Com base, principalmente nesse dispositivo, a jurisprudência e, reflexivamente, a doutrina reelaboraram, com desenvoltura, a teoria do abuso do direito, que se estendeu pelos demais países do Ocidente, inclusive pelo nosso. Essa doutrina destacou-se no princípio do Século e prossegue, com sua influência (12). Ultimamente, todavia, não se pode deixar de assinalar que tal teoria, não obstante concentrada no âmbito da responsabilidade civil, foi estendida a todos os ramos do direito, saindo do círculo estritamente civil (13). A jurisprudência, igualmente, a tem acolhido de modo intenso em diversos campos (14).

2.4 Na Alemanha e Áustria.

Sem alteração, igualmente, na Alemanha, cujo parágrafo 226 do Código Civil mantém-se com a proibição da “chicana”, estabelecendo que “o exercício de um direito é inadmissível se tiver por fim, apenas, causar dano a outrem” (Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig wenn sie nur den Zweck haben Kann, einem anderen Schaden zuzufügen”).

2.5 Na Argentina.

Na Argentina, porém, com a reforma introduzida pela Lei n. 17.711, de 1968, o art. 1.071 do Código Civil passou a dizer *in verbis*: “Art. 1.071 El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento abusivo de una obligación no puede constituir como ilícito ningún ato. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fé, la moral y las buenas costumbres”. O art. 1.071 bis, acrescido pela Ley n. 21.173 dispõe que: “El que arbitrariamente se intrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con la circunstancias; además podrá éste,

a pedido del agraviado, ordenar la publicacion de la sentencia de un diario o periodico del lugar si ela medida fuese procedente para una adecuada reparacion”.

Sobre a teoria do abuso de direito, consideraram-na os juristas em suas obras gerais (Cf. p. ex.: Luis O. Adorno, *Abuso del derecho*, in *Rev. Direito Civil*, vol. 19, de 1982, pág. 15; Roberto Goldschmidt, *La teoria del abuso del derecho*, in *Boletin de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, julho de 1942, p. 370. idem, *A teoria do abuso de direito e o anteprojeto brasileiro de Código das Obrigações* in *Rev. for.*, vol. 47, págs. 22 e segs.).

2.6 Na Espanha.

A importante lei de 17 de março de 1973 aprovou as bases para dar nova redação ao Título Preliminar do Código Civil, cujo texto articulado foi aprovado pelo Decreto de 31.05.1974. A Exposição de Motivos deste Decreto salientou que de todas as reformas do Código, “ninguna puede compararse en importancia y entidad a la ahora producida”.

Castán Vazquez (Notas para la historia de la reforma del Titulo preliminar del Código Civil, Documentación jurídica, Sec. del Min. Justicia, out. e dez., 1974, págs. 1.139 a 1.157) assinala que o alterado título I do Código Civil “desborda el puro Derecho Civil para afectar a todo el ordenamiento juridico e incluso contiene, al dicir de algunos autores, una vertiente constitucional”.

O art. 7.2 do Código Civil Espanhol, com a reforma de 1974, dispõe que “a lei não ampara o abuso do direito ou o exercício anti-social do mesmo. 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, com dano para terceiro, dará lugar à correspondente indenização e à adoção das medidas judiciais ou administrativas que impeçam a persistência no abuso”.

A referida Exposição de motivos do Decreto de 31.05.74, que introduziu essa alínea ao art. 7º, destacava que para descrever sinteticamente as situações representativas do abuso do direito, foram levados em conta os ensinamentos da doutrina e da jurisprudência, assim como algum antecedente legislativo e de direito comparado. Assinala, também, que Battle Vazques, (em seu comentário “al codigo civil y compilaciones forales”, tomo I, Madrid, 1978, pág. 120) diz que ao referir-se a lei “a abuso de direito ou ejercicio anti-social do mesmo” quis repelir o exercício de um direito que se desvia de sua finalidade social.

Do art. 7.2 do Tít. I do Código Civil espanhol, com a reforma de 1974,

sobressae que: a) a lei não ampara o abuso do direito; b) o abuso pode ocorrer mediante ato ou omissão; c) manifesta-se pela ultrapassagem dos limites normais do exercício regular de um direito; d) esse desvio pode dar-se, alternativamente, pela intenção do autor, por seu objeto ou pelas circunstâncias; e) se houver dano a terceiro, haverá indenização correspondente; e ainda que não haja indenização, adotam-se medidas para impedir a continuação do abuso. (Cf. p. ex.: Garcia Calvo, Consideraciones sobre el abuso del derecho, in Boletín de Información del Min. da Justicia, n. 1.015, de 25.02.75, p. 03 a 10; Juan Roca, Comentario al art. 7.2 do Código Civil, in Com. a las reformas del Código Civil, tomo I, 1977, p. 371 a 397; Daniel Ferrer Martín, El abuso del derecho en el proceso, Rev. de Dir. Proc. Iberoamericano, 1969, n. 1, p. 111 a 162; Díez-Picazo, El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título preliminar del Código Civil y el problema de sus reciprocas relaciones, in Doc. Jurídica, n. 4, out. e dezembro de 1974, p. 1.329 a 1.344; J.A. Carranza, el abuso del derecho en la reforma del Código Civil, Buenos Aires, 1970).

Pode-se destacar como significativo, também, o disposto no art. 337 da Ley de enjuiciamiento Civil, *in verbis*: “será también obligación do magistrado Ponente examinar si se han observado los tramites legales, si los escritos para los que esta ley establece formulas precisas han sido redactados conforme a lo que en ella se prescribe o si se han cometido otros abusos, bien por exceso, bien por defecto, en la substanciación del juicio, comprobando los que hubiere notado el Relator: y si hubiere alguna falta que merezca corrección de la Sala para que en definitiva pueda acordar lo conveniente, a fin de corregir el abuso y procurar la puntual y rigurosa observancia de esta ley, en su letra y en su espíritu, por todos los funcionarios que intervienen en los juicios”.

2.7 Na Itália.

Na Itália, embora do projeto ministerial do Código constasse o art. 7º, *in verbis*: “nessuno può esercitare il próprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è riconosciuto”, o Código Civil de 1942 não abrigou essa norma. Contudo, oferece, nos artigos 1.015 e 1.175 dispositivos significativos com esse propósito. O primeiro é do seguinte teor: “art. 1.015 l’usufrutto può anche cessare per l’abuso che faccia l’usufruttuario del suo diritto alienando y beni o deteriorandoli o lasciandoli andare in perimento per mancanza di ordinarie riparazioni (1.001)...”.

O art. 1.175 dispõe o seguinte: “Art. 1.175 Comportamento secondo correttezza. Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole dessa correttezza (1.337, 1.358, 1.366, 1.391, 1.460).”.

Como salientam Massino Bianca, Guido Patti e Salvatore Patti, “il principio dell’abuso del diritto non è stato espressamente accolto dal codice civile italiano. Una parte de la dottrina individua tuttavia un’applicazione del principio nella disposizione sul divieto degli atti emulativi (art. 830 cc). Altri, viceversa, negano la possibilità di ricollegare il principio in esame a questa norma, affermando che essa testimonia viceversa la concezione egoista del diritto di proprietà accolta dall’ordenamento” (lessico di Diritto Civile, 2ª ed., Milão, 1995, pág. 3).

Com tal expressão, porém, dizem eles que se entende “o princípio com base no qual possam ser declarados ilegítimos os atos de exercício do direito subjetivo, que não sejam justificados com respeito ao interesse da outra parte ou de terceiros, ou com respeito ao interesse coletivo, e pois contrastantes com a aspiração de uma justiça substancial” (ob. cit., p. 2).

A doutrina italiana, mantém-se reservada a respeito da matéria (Cf. p. ex.: Santoro-Passarelli, Ist. Dir. Civile, 1945, p. 48-49; Adriano De Cupis, Il dano, Milão, 1954, págs. 20 e 21; Flumesse, l’uso illecito del diritto (Studi in onore di F. Ascoli), Messina, 1936; Noto-Sardegna, l’abuso del diritto, Palermo, 1907; Tedesco, L’abuso del diritto, Torino, 1908; Gioachino Milazzo, Abuso del diritto, in Nuovo Digesto Italiano, vol. I, pág. 49; Ver também Novissimo Digesto Italiano; Enciclopedia del diritto (Milão) e Enciclopedia giuridica Treccani (Roma)).

2.8 Em outros países.

No México, permanece o disposto no art. 1.912 do Código Civil.

Em Portugal, o novo Código Civil, de 1966, dispõe, no art. 334 sobre o abuso de direito: “Art. 334 — 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”. (15)

O Código Civil do Peru, de 1984, veio a dispor no art. 924: “aquele que sofre o está ameaçado de um dano porque outro se excede o abusa en el ejercicio de su derecho, puede exigir que se restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por los danos irrogados”. Ha tambien o art. 1.021, relativo ao usufruto. No art. II do seu Título Preliminar, estabelece que “a lei não ampara o exercício nem a omissão de um direito. Ao demandar indenização ou outra pretensão, o interessado pode solicitar as medidas cautelares apropriadas para evitar ou suprimir provisionalmente o abuso”. Consoante o art. IV do Título Preliminar do CPC, editado em

1993, “as partes, seus representantes e advogados e, em geral, os participantes do processo, devem adequar sua conduta aos deveres de veracidade, probidade, lealdade e boa fé”. Enumeram-se tais deveres no art. 109 do CPC e caracterizam-se os atos de temeridade ou má fé no art. 112.

Na Suíça, o art. 2º do Código Civil continua dispondo sem alteração: “Chacun est tenu d’exercer ses droits et d’exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L’abus manifeste d’un droit n’est pas protégé par la loi”.

3. Da teoria do abuso do direito no Brasil.

Poder-se-ia dividir a história da teoria, no Brasil, em dois períodos: 1º) o primeiro, desde a edição do Código Civil, cujo art. 160, I ensejou elucubrações sobre o tema até a edição do CPC de 1939; e b) o segundo após a edição deste código.

No primeiro período, à luz do art. 160, I do Código Civil, distinguia-se, a *contrario sensu*, o exercício regular do direito do abuso do direito, como salientaram seus comentadores. Eduardo Espínola, escreveu, no Sistema do Direito Civil: “Em uma sociedade culta, onde a consciência jurídica se manifesta em alto grau de desenvolvimento, os direitos subjetivos se não podem dizer rigorosamente absolutos, no sentido técnico da palavra, e no embate com o interesse da coletividade se abrandam o egoísmo, que se concentra no interesse do indivíduo. Quando um ato qualquer vai além do justo limite traçado pelas conveniências sociais à atividade lícita do indivíduo, não mais se poderá dizer legítimo nem qualificar de exercício de um direito”. Clóvis Beviláqua, salientou que “se a função do direito é manter em equilíbrio os elementos sociais colidentes, desvirtuar-se-á, mentirá ao seu destino, quando se exagerar, no seu exercício, a ponto de se tornar um princípio de desarmonia” (16).

No segundo período, após a entrada em vigor do art. 3º e parágrafo único do CPC, admitiu-se o abuso do direito, sob a influência de Pedro Batista Martins, autor do anteprojeto, que já havia publicado, em 1935, a sua tese sobre “O abuso do direito e o ato ilícito”, reeditada em 1941. Houve, em decorrência, um reexame do tema, com forte influência do que se continha nessa obra (17).

Partindo Pedro Batista Martins da constatação de que as teorias e doutrinas são formadas com um fim prático e se justificam pelas suas aplicações, desvanecendo-se à medida que, pela evolução social, tornam-se desnecessárias, concebia essa teoria do abuso do direito como elemento ascendente à disposição dos tribunais e juristas para adaptar a lei à realidade social.

Entendendo que a concepção do abuso do direito, originária do período clássico do Direito Romano, vinha sofrendo, em sua longa evolução histórico-social, eclipses resultantes do predomínio de idéias individualistas de que se impregnaram as legislações dos povos, pressentia que era chegada a hora de reencetar o seu estudo para aprimorar-lhe os contornos da compreensão e extensão.

Distinguindo a teoria do abuso do direito, das teorias análogas da fraude à lei e da fraude pauliana, mas assegurando-lhe um lugar especial na da responsabilidade civil, tentou esboçar aquela como necessária para reprimir atos, que embora baseados em lei, colidiam “com as novas exigências e as novas necessidades do meio social”. Desse modo, entendia que o juiz, ao sancionar atos que podiam ser lícitos, diante do texto legal, mas que eram abusivos e, pois, ilícitos em face dos princípios em que se informava o comércio jurídico, estaria a embaraçar os surtos da evolução.

Por esse motivo, escrita e refundida a obra no segundo quartel deste Século, em que estavam em ebulição, de modo antitético e polêmico, as envolventes idéias econômico-sociais, com reflexo no âmbito jurídico, examinou com lucidez, perspicácia e alto espírito crítico, a multivariiedade de aspectos referentes ao tema.

Assim, focalizou, percutientemente, os aspectos: a) da emulação, de origem medieval, que fascinava, na época, os doutores italianos; b) da negação do abuso do direito; c) da responsabilidade civil; d) da culpa ou dolo; e) da imprevisão; f) das medidas preventivas ou repressivas de atividade maliciosa ou fraudulenta; g) de desvio ou excesso de poder; h) do direito comparado e do direito brasileiro.

Por fim, procurou reduzir as divergências doutrinárias a duas correntes fundamentais: a) a primeira, subjetiva, baseada na investigação do elemento intencional de causar dano ou de propiciá-lo mediante imprudência, negligência ou imperícia, configuradoras da culpa; b) a segunda, a objetivista, que leva em consideração, primordialmente, o caráter anti-social ou anti-funcional do ato, adotando o critério teleológico do desvio do direito de sua destinação social.

Ao fazê-lo, porém, inclinava-se, inicialmente, a adotar a diretriz dos autores franceses de que só se proclamam os efeitos do abuso de direito quando se atua de má fé ou quando o titular procede de modo culposos (p. ex.: RT 160/245; 113/717; 119/572; 158/786; Rev. de Dir., 90, p. 161).

No campo doutrinário, José de Aguiar Dias, demais, referindo-se à tese de Pedro Batista Martins, manifesta-se de pleno acordo com ela quando assinala que “o abuso de direito, sob pena de se desfazer em mera expressão de

fantasia, não pode ser assimilado à noção de culpa” (Da Responsabilidade Civil, Rio, 1944, tomo II, n. 184, p. 87) nem se identifica com o ato ilícito porque não constitui nem um delito nem um quase delito (idem, nota 851 ao n. 182, p. 63).

Para José de Aguiar Dias, “é norma fundamental de toda sociedade civilizada o dever de não prejudicar a outrem. Essa regra de moral elementar, de conteúdo mais amplo que do princípio da liberdade individual é, forçosamente, limitativa das faculdades que o exercício desta comporta”. Abuso do direito é, para ele “todo ato que, autorizado em princípio, legalmente, se não conforme, ou em si mesmo ou pelo modo empregado, a essa limitação” (ob. cit., I, n. 184, p. 76).

Pontes de Miranda faz questão de salientar que se trata de “abuso do direito” e não “abuso de direito” (Com. ao CPC de 1939, vol. I, nota final I, Rio, 1947, p. 521). Por outro lado, assevera que “os inimigos da teoria do abuso do direito são os que vêm nas leis regras abstratas, duras (*Dura lex sed lex*), cargas de forças atributivas de situações jurídicas subjetivas absolutas (*nemissem laedit qui suo iure utitur*), isto é os que buscam o fundamento para regular o bom e o mau social, não nos fatos e resultados, mas nas intenções, nas culpas”. Entretanto, continua esse autor, “os que apóiam a teoria derivam de outras correntes: a) a dos que discernem nas leis a iniciativa de reger, por parte do legislador, e o que se lhes junta com a realidade da vida, com as outras leis, com os outros fatos; b) a dos que sabem ser os direitos subjetivos linhas que avançam, porém, não podem cortar, esmaecer, as outras linhas (relatividade das situações jurídicas dos direitos); c) a dos que pedem e esperam das leis servir à vida, guiar os fatos, em vez de encaixilhá-los, de violentá-los, de destruí-los. Logicismo, individualismo, subjetivismo, investigação científica, critério social, objetivismo” (ob. cit., p. 130).

No enfoque de sua evolução, enfatizou esse jurista que “o abuso do direito, para os juristas romanos, dependia de malícia. Pelo menos essa era a regra. Depois, supunha o ato contrário à função mesma do direito exercido, bastando a intenção ou a consciência do desvio. Mais tarde, esvaziado de todo elemento psicológico, o conceito fez-se mais ligado à vida social que à projeção mesma dos direitos; é suficiente que o exercício do direito se desvie. Por outro lado, de princípio que apanhava alguns direitos, e não todos, passou a certa generalidade que o tornou teoria, no sentido exato” (ob. cit., p. 131).

Em seu Tratado de Direito Privado, vol. II, § 185, 2, Pontes de Miranda destaca que “a propósito do exercício dos direitos, houve o princípio-tese de absolutidade do exercício de direitos, com o aforisma romano *Qui iure suo utitur neminem laedit ou nemo iniuria facit iure suo utitur*. O princípio antítese

foi o *summum ius summa iniuria*. A síntese operou-se pela inclusão do abuso do direito na classe dos atos ilícitos, ou empregando-se regra jurídica de inclusão, por meio de enunciado proibitivo (Código Civil alemão, § 226), ou de enunciado pré-excludente da contrariedade a direito, por se ter incluído entre os atos contrários a direito o exercício irregular ou abuso do direito (Código Civil brasileiro, art. 160, I)".

Segundo Pontes de Miranda, "a regra jurídica brasileira impõe-se ao intérprete como regra jurídica pré-excludente: se há dano, quem exercia direito comete ato ilícito, salvo se regularmente o exercia, donde o ônus da prova, no direito brasileiro, ir ao culpado do dano, e não ao que sofreu, pois a esse somente incumbe provar o dano e a culpa, apontando a contrariedade a direito. O que alega ter sido o ato praticado no exercício regular do direito é que tem de provar esse exercício e essa regularidade. É exatamente o contrário do que ocorre no direito alemão..." (Tratado de Dir. Privado, vol. II, § 185, II, pág. 291).

Orlando Gomes, reconhecendo, embora, a dificuldade e vacilação na caracterização do abuso de direito, salienta ser verdade "que o exercício anormal de um direito pode criar para o prejudicado uma pretensão contra quem praticou o ato abusivo, ficando este obrigado a indenizar o dano causado ou a abster-se da prática do ato abusivo. O abuso de direito constitui, desse modo, causa geradora de obrigações, ao lado dos atos ilícitos, com os quais não se confunde, mas dos quais se aproxima pela similitude de efeitos (Obrigações, 10ª ed., Rio, 1995, p. 31).

Aliás, focalizando as fontes das obrigações, Orlando Gomes classifica-as em negócios jurídicos e atos jurídicos não-negociais, incluindo-se nestes os atos jurídicos *stricto sensu*, os atos ilícitos, o abuso de direito, os acontecimentos naturais, os fatos materiais, as situações especiais que, por sua natureza, se qualificam como fatos constitutivos de obrigações.

O Anteprojeto do Código Civil elaborado pela comissão presidida pela Comissão presidida por Miguel Reale, incluiu em seu art. 188 que "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". Contudo, manteve, no art. 187, I, *in fine*, que não constituem atos ilícitos os praticados no exercício regular de um direito reconhecido.

A partir daí, foi sendo alterada, paulatinamente, a orientação jurisprudencial no sentido de considerar abuso do direito o exercício do direito de modo anormal ou irregular ou em que haja locupletamento ou dano resultante de inconformidade com o procedimento tido e havido como normal numa sociedade civilizada.

Quer na jurisprudência, quer na doutrina, todavia, é no âmbito da responsabilidade civil que se aninham os maiores estudos da matéria.

Após a segunda edição da obra de Pedro Batista Martins, tem a doutrina focalizado o abuso de direito sob os aspectos: a) do direito material privado; b) do direito processual; c) do direito penal; d) do direito público-administrativo; e) do direito trabalhista; f) do direito tributário; g) do direito do consumidor.

Sob o primeiro enfoque: além dos comentários e obras gerais de direito civil, houve diversas monografias (p.ex.: Edmundo Lins Neto, Abuso de direito, in *Rev. de Crítica Judiciária*, vol. 37; Roberto Golschmidt, A teoria do abuso de direito e o anteprojeto brasileiro de um código de obrigações, in *RF* vol. XLVII, pág. 22; Alvino Lima, Abuso de direito, in *Rep. enc. Dir. bras.*, vol. 1, pág. 325; Claudio Antonio Soares Levada, Anotações sobre o abuso de direito, in *RT* 667 de 1991, pág. 44; idem, Responsabilidade civil por abuso de direito, in *RT* 661, de 1990, pág. 37; Arruda Alvim, Direito de propriedade e abuso de direito, in *Rev. de Dir. da Proc. Geral*, n. 8, 1958, pág. 241; Alfredo Valladão, Condenação do abuso de direito, in *Arquivo do Min. da Justiça*, vol. 107, de 1968, pág. 10; Assad Amadeo Yassim, Considerações sobre o abuso de direito, in *RT* 538, de 1980, pág. 16; Paulo Dourado Gusmão, O abuso de direito no anteprojeto do Cód. Civil, in *Revista de Direito do MP-GB*, n. 20, vol. 20, de 1974, pág. 52; Alexandre Augusto Corrêa, Abuso dos direitos em Direito romano, in *Justitia*, n. 87, de 1974, pág. 211; Diogo de Figueiredo, O abuso de direito na retomada de imóveis, in *Rev. de Dir. da Proc. Geral*, n. 15, de 1966, pág. 253; Oscar Tenorio, Considerações sobre o abuso de direito na purgação da mora, in *Arq. do M.J.*, vol. 57, de 1956, pág. 11; Guilherme Fernandes Neto, Abuso de direito em projeto, in *Rev. Inf. Leg.*, vol. 106, de 1990, pág. 173; Rubens Requião, Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica, in *RT.*, vol. 410, de 1969, pág. 12; idem, Abuso de direito e sociedade anônima, in *RF* 245, de 1974, pág. 69).

Sob o enfoque do Direito processual, não tem deixado de ser cultivado o tema, embora não repita o CPC de 1973 o disposto no art. 3º e parágrafo único do CPC de 1939, que foi, também, objeto de lúcidos comentários de Pedro Batista Martins, com ampla bibliografia (vol. I, ed. Forense, Rio, 1940, pág. 36).

Vindo o CPC de 1973, nos arts. 16 a 18, alterados pelas Leis n. 6.771, de 27.03.1980 e n. 8.952, de 13.12.94, a regular a responsabilidade das partes por dano processual, causado pelo litigante de má fé, caracterizou-o com os fatos arrolados no art. 17. No art. 574, cuidou do dano processual na execução, no art. 811, do mesmo dano no procedimento cautelar e no art. 881, § único, no atentado. Assim fazendo, em consonância com o art. 456 do CPC de Portugal,

de 1966, abrangeu, também, o abuso do direito argüido nas suas petições. A doutrina, secundando a lei, considerou, direta ou indiretamente, o abuso de direito (Cf. p. ex.: Pontes de Miranda, Com. ao CPC de 1939, vol. 1, pág. 126 e seg.; idem, Com. ao CPC de 1973, vol. 1, 5ª ed., 1996, págs. 331 a 363, e vol. IX, pág. 144; Ulderico Pires dos Santos, Ligeiros traços sobre o dano processual no novo CPC, *in* RF 246, 316; Carlos Aurelio Mota de Souza, Poderes éticos do juiz na repressão do dano processual, *in* RF 296, 161; José Carlos Barbosa Moreira, Responsabilidade das partes por dano processual, *in* RDP, n. 10, pág. 15. Roberto Rosas, Abuso de direito e o dano processual, *in* Rev. Bras. Dir. Proc., vol. 39, de 1993, pág. 115 e Rev. de Dir. Proc., vol. 32, de 1983, pág. 28; Alcides Mendonça Lima, Abuso do direito de demandar, *in* Rev. de Processo, vol. 19, 1980, pág. 57).

Saliente-se, igualmente, o abuso do direito de defesa, regulado pelo art. 273, II do CPC, com a redação da Lei n. 8.952, de 13.12.1994 (Cf. p. ex.: Humberto Theodoro Jr., Cód. Proc. Civ. anotado, 1996, pág. 124; Calmon Passos, Inovações no CPC, Rio, 1995, pág. 18; Cândido Rangel Dinamarco, A Reforma do CPC, 3ª ed., S.P., 1996, nº 107; Pontes de Miranda, Com. CPC, 3ª ed., Rio, 1996, tomo III, pág. 538).

Na ótica do Direito penal, não se pode deixar de assinalar o disposto no art. 24, III do Código Penal, de que “não há crime quando o agente pratica o fato em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

Entretanto, pode ocorrer abuso caracterizador de crime quando: a) há excesso ou desvio no cumprimento de dever legal ou b) há exercício anormal, irregular ou malicioso de direito. Para que o dever legal exclua a ilicitude do fato, insta que seja ele legítimo não só na origem, porque fundado na lei, mas também na sua execução. Fora daí há abuso de direito e excesso de poder (cf. p. ex: RT, 486, pág. 277; Celso Delmanto, Exercício e abuso de direito, *in* Rev. da OAB/RJ, vol. 13 de 1980, pág. 105; Raimundo Pascoal Barbosa, abuso de poder no oferecimento de denúncia, *in* RT 406, de 1969, pág. 357; Gilberto Passos de Freitas, Abuso de autoridade policial militar, *in* RT 533, de 1980, pág. 293; idem, Abuso de autoridade no exercício profissional, *in* Justitia, n. 128, 1985, pág. 9).

Sob o ângulo do direito público-administrativo, o abuso de direito pode ter conotação de abuso de autoridade ou abuso de poder, quando há excesso de poder ou desvio de finalidade. A administração pública, consoante os termos expressos do art. 37 da Constituição Federal, deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoabilidade, moralidade e publicidade. Desviar-se desses princípios ou da finalidade do ato ou exceder-se, no seu exercício, constitui abuso de poder (Cf. p. ex.: Seabra Fagundes, O controle dos atos administra-

tivos, Rio, 1967, pág. 271 e seg.; José Cretella Junior, Do desvio de poder, SP, 1964; Caio Tácito, O abuso de poder administrativo no Brasil, *in* RDA, 56, p. 1, Roberto Rosas, Do abuso de Poder, 1968; idem, Abuso de Poder das Comissões Parlamentares de Inquérito, *in* Rev. de Inf. Leg., vol. 21, pág. 47; Victor Nunes Leal, Reconsideração do tema abuso de poder, *in* Rev. Dir. Adm., 144, 1981, pág. 1; Carlos Medeiros Silva, Abuso de poder, *in* RF 209, pág. 53; Miguel Reale, Abuso de poder e Mandado de Segurança, *in* RF 200, 1963, pág. 51; idem, Abuso de poder e garantias individuais, *in* RF 248, de 1947, pág. 13; Edylcéa Tavares Nogueira de Paula, Do abuso de poder na omissão da administração, *in* RF 273, pág. 25).

No âmbito do direito trabalhista, igualmente, tem havido preocupação com o tema (Cf. p. ex.: Vantuil Abdala, Abuso do direito e a ordem jurídico-trabalhista, *in* Rev. Dir. Trab., vol. 9 e 10, 1977, pág. 169).

Relativamente à matéria fiscal, tem ocorrido multivários enfoques, quer sobre o aspecto de fundo, quer sob o de forma ou de procedimento (Cf. p. ex.: Manoel Lourenço dos Santos, Abuso na cobrança antecipada do ICM, *in* Rev. de Dir. Público, vol. 16, de 1971, pág. 382).

Na aplicação do art. 28 do Código de defesa do consumidor, relativamente à desconsideração da personalidade jurídica, a prática do ato pode consubstanciar abuso de direito que ocorre “quando o fornecedor, por lei ou embasado no sistema jurídico, ou por força dos estatutos ou contrato social, puder praticar determinado ato, mas o faça de modo a prejudicar terceiro” (Arruda Alvim, Cód. do Consumidor, 2ª ed., SP, 1995, pág. 182). Na aplicação dos arts. 39 a 41, consideram-se práticas abusivas e sob o enfoque dos arts. 51 a 54 examinam-se cláusulas abusivas.

4. Considerações finais

Embora a Planiol e a Duguit, por motivos diversos, repugne a expressão, vem ela sendo usada no desenvolvimento da teoria, desde o princípio do século. Principalmente na sua primeira metade, sob a instigante e duradoura influência de Salleilles, Campion, Cornil, e sobretudo Jossierand e Rotondi, teve a referida teoria enorme ímpeto no mundo ocidental. É claro que houve, realmente, uma fase construtiva nos dois primeiros quartéis, com o realce dos trabalhos dos juristas acima indicados, que exerceram pujante influência sobre os juristas de todos os países, independentemente de suas legislações.

A princípio, adequava-se tal teoria ao âmbito do direito civil, mais voltada à responsabilidade e à vizinhança, mas depois foi sendo observada em todos os setores, assumindo um papel mais abrangente.

Do exame a que procedemos, salienta-se que: a) a legislação básica permaneceu indelével em quase todos os países e a teoria do abuso de direito mais se desenvolveu nos países em que a legislação não contempla, expressamente, esse instituto; b) a referida teoria, embora menos acirrada que na primeira metade do século, e não obstante vozes adversas com base nos mesmos argumentos usados por Planiol e Duguit, mantêm-se extensiva a todos os ramos do direito e não somente ao civil, como inicialmente; c) as alterações legislativas, onde ocorreram, não lhe abalaram, mas, ao contrário, lhe reforçaram ou alargaram o perfil.

NOTAS

- (1) Maurice Duverger, *A Europa dos cidadãos*, Lisboa, 1994.
- (2) José Barbosa Moura, prefácio do livro apontado sob a nota anterior.
- (3) Emilio Betti, *Système du Code Civil Allemand*, Milão, 1965.
- (4) Cf. Alexandre Correia e Gaetano Sciacia, *Manual de Direito Romano*, § 40; Cretella Junior, *Curso de Direito Romano*, § 328; Maynz, *Eléments de Droit Romain*, pág. 439.
- (5) Planiol, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 6ª ed., n. 871; Duguit, *Las transformaciones generales del derecho privado*, trad. esp. 2ª ed., p. 39 e segs.)
- (6) Ripert et Boulanger, *in* *Traité de Droit Civil d'après le traité de Planiol*, tomo 2, n. 285.
- (7) Jossierand, *Evolutions et actualités*, pág. 89.
- (8) Mazeaud et Chabas, *Leçons de droit civil, obligations, Théorie générale*, 8ª ed., 1991, n. 458; Marty et Raynaud, *Les obligations*, tomo I (*Les Sources*) 2ª ed., 1988, n. 478; Flour et Aubert, *Les obligations*, vol. II, *Le fait juridique*, 4ª ed., 1989, n. 120.
- (9) Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ª ed., 1939, n. 85 e seg.; Dabin, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 293 e seg.; Lemée, *Essai sur la théorie de l'abus de droit*, Paris, 1977.
- (10) Jossierand, *De l'esprit des droits et leur relativité*, 2ª ed., 1939; idem, *Relativité et abus de droit*, *Evolutions et actualités*, *Conferences de droit civil* (4ª Conferência), 1936; Rotondi, *Le rôle de la notion d'abus de droit*, *in* *Rev. Trim. Droit Civil*, 1980, págs. 66 e segs.
- (11) V.B. Starki, *essai d'une théorie générale de la responsabilité civile*, considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, thèse, Paris, 1947; idem, *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute*, *in* *Rev. Trib. Droit Civile*, 1958, p. 475; Le Tourneau, *La responsabilité civile*, 3ª ed., 1982, págs. 655 e segs.; Boris Stark, Henri Roland e Laurent Boyer, *Obligations*, I, 4ª ed., 1991, n. 392 e segs.

(12) Saleilles, De l'abus du droit, in Bulletin de la Société d'études législatives, 1905, págs. 325 e segs.; idem, étude sur la théorie générale de l'obligation, Paris, 1925; Campion, La théorie de l'abus de droit, Paris-Bruxelas, 1915; Cornil, Le droit positive, n. 401; Rotondi, l'abuso di diritto, in Riv. Dir. Civ., 1923, p. 113; idem, Le rôle de la notion d'abus de droit, in Rev. Trim. droit civ., 1980, págs. 66 e segs; Josserand, ob. cit.

(13) Lémée, essai sur la théorie de l'abus de droit, Paris, 1977; Henri Roland e outros, Obligation, 4ª ed., 1991, ns. 333 e segs.

(14) G. Durry, La conception jurisprudentielle de l'abus de droit, in Rev. Trim. de Droit Civ., 1972, p. 395.

(15) Tito Arantes, Do abuso do direito e sua repercussão em Portugal, 1936; Vaz Serra, Abuso do direito em matéria de responsabilidade civil, 1959; Cunha de Sá, Abuso do direito, 1973; Antunes Varela, O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro, in Rev. Dir. Comp. luso bras., Rio, 1982; idem, Obrigações, tomo I, 1991.

(16) Eduardo Espinola, Breves Anotações do Cód. Civil, I, págs. 460 e segs.; Clóvis Beviláqua, Cód. Civ. com., vol. I, pág. 431; Carvalho Santos, Cód. Civ. bras. int., vol. III, págs. 338 e segs.; João Luiz Alves, Cód. Civ. Anotado, vol. I, 3ª ed., págs. 242 e segs.; Ferreira Coelho, vol. X, págs. 148 e segs.; Santiago Dantas, O conflito de vizinhança e sua composição, Rio, 1936; Jorge Americano, Do Abuso do direito no exercício da demanda, SP., 2ª ed., 1932.

(17) Pedro Batista Martins, O abuso do direito e o ato ilícito, Rio, 2ª ed., 1941; idem, Com. ao CPC., de 1939, vol. I, 1940, págs. 35 e segs.