

DO ABUSO DE DIREITO

ALGUNS ASPECTOS

MARIA AMÁLIA DIAS DE MORAES
Procurador-Geral Adjunto
Professora de Direito Civil na Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Titular de Direito Civil e Direito Administrativo na UNISINOS

SUMÁRIO

1 — Introdução. 2 — O ilícito absoluto. 3 — Pré-exclusão de ilicitude. 4 — Do uso e exercício dos direitos subjetivos. 5 — O abuso de direito. 6 — Conclusão. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Já anotava Clóvis Beviláqua que a evolução do direito se tem operado no sentido do maior desenvolvimento e acentuação de seus intuítos éticos, e correspondente redução dos seus elementos egoísticos.¹

Esta observação muito tem a ver com cláusulas ou diretrizes que Códigos modernos apontam ao exercício dos direitos, fundadas na *cooperação*,² na *função social*, ou na *correção da vida de relações*, de que é exemplo lapidar o artigo 1175 do Código Civil Italiano, de 1942, ao obrigar o devedor e o credor a "comportarem-se segundo as regras da correção."³

Isto implica, à evidência, a redução do *quantum despótica*, de que fala Pontes de Miranda, no uso e no exercício dos direitos tendo como escopo a coexistência harmônica nas vicissitudes da vida e de relações e a intangibilidade das recíprocas esferas jurídicas.

Por outro lado, tal coexistência harmônica supõe uma situação ideal, onde os direitos apresentem linhas absolutamente precisas de demarcação, fazendo impossível o conflito, a dúvida, a colisão, o que a realidade dos fatos desmente.

Assim, embora definindo, na medida do possível, o conteúdo dos direitos subjetivos privados, recorre a técnica legislativa, com freqüência, a certos conceitos designados como "conceito ético-juridicizados", com o objetivo de fornecer critérios idôneos à identificação dos limites no exercício dos direitos e à orientação, em caso de conflito.

Parece também oportuno salientar que, à luz de tais pautas ético-jurídicas, despregia-se a tese da absolutidade dos direitos, quanto ao seu exercício, afastando o categórico da parêmia de Gaio *qui iure suo utitur neminem laedit*".

É nesse campo, profundamente influenciado pela moral e pelas perspectivas teleológicas que o direito persegue em sua função social, que situamos o exame do abuso de direito, acolhido como ilícito absoluto, pelo Código Civil Brasileiro no artigo 160, I, 2ª parte, a *contrario sensu*.

¹Código civil comentado. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1944, p. 455.

²TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil*. Madrid, ERPD, 1967, v.2, p. 1.

³SANTORO-PASSARELLI. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, Atlântida Editora, 1967, p.55.

2. O ILÍCITO ABSOLUTO

Dentre os fatos, os atos ou os comportamentos que o direito recolhe, no mundo fático, valorando-os como juridicamente pertinentes e atribuindo-lhes a irradiação de consequências jurídicas, destacam-se os atos ilícitos.

Enquanto a conformidade a direito é a pauta em que se inscrevem os fatos jurídicos *stricto sensu*, negócios jurídicos, atos jurídicos *stricto sensu* e atos-fatos jurídicos, os ilícitos *lato sensu*¹, em que se inserem os atos jurídicos ilícitos, têm como nota dominante a contrariedade a direito. Neles, aponta Nawiasky, "es característica la antijuricidad (Rechtswidrigkeit), la presencia de una conducta reprobada por el derecho". E, ao referir-se especialmente aos atos ilícitos, ajunta:

"Se trata al de la antijuricidad subjetiva, que se distingue de la antijuricidad objetiva — un estado de cosas o un comportamiento que está en contraste con la norma jurídica — en que interviene en ella un elemento interno espiritual, que se llama culpabilidad. Se entiende por culpabilidad la adversidad de una conducta a un deber, que poder ser reprochada a su autor".²

Nessa linha, o CCB, abandonando a classificação romanista do delito e quase-delito, acompanha o Código Civil Alemão, erigindo, em lugar da dicotomia apontada, o conceito único do ato ilícito³. Este, como observa San Tiago Dantas, constituía "uma criação dos pandectistas do Século XIX e, por conseguinte, o Código de 1897, filho dileto daquela doutrina, não poderia deixar de consagrar as suas principais inovações".⁴

Esboça, assim, o CCB, em seu artigo 159, os contornos do ato ilícito, dispondo, *verbis*:

"Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízos a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

Na interpretação do texto legal, firma a doutrina a estrutura conceitual do ato ilícito, resumida por Dantas em três elementos⁵: subjetivo, formal e material. No primeiro, elemento subjetivo, subsume-se a conduta do agente, ou seja, o comportamento omissivo ou comissivo, revestido de culpabilidade, seja na forma branda da culpa leve, seja na forma exasperada do dolo. Ao segundo, elemento formal, corresponde a violação do direito ou a transgressão de um dever jurídico.⁶ Já o terceiro, elemento material, consubstancia-se do dano, prejuízo infligido a outrem, como resultado da conduta antijurídica e culposa do agente.

A propósito, o magistério de Larenz, conceituando dano como "el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio".⁷

Constitui, dessa sorte, o ilícito civil um ilícito material ou de resultado, porque essencial a sua configuração a intromissão danosa na esfera jurídica alheia. Por essa razão, impensável a transposição ao campo civil, da clássica dicotomia entre delito formal e material desenvolvida na provincia das Ciências Penais.

¹PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1970. v.1/6, passim.

²NAWIASKY, Hans. *Teoria general del derecho*. Madrid, Rialp, 1962, p. 283-4.

³SCHILLING, Arno. *A ilicitude na responsabilidade civil extra-contratual*. Porto Alegre, 1964. Te-se de concurso, p. 63.

⁴DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1977, p. 342.

⁵Idem, passim, p. 341-62. Consulte-se a respeito SCHILLING, op. cit. nota 3, supra p. 53 e ss., que examina as diversas posições doutrinárias sobre os elementos conceituais do ato ilícito.

⁶DANTAS, op. cit. p. 345.

⁷LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid, ERPD, 1958, v. 1, p. 193.

Por outro lado, impõe-se a distinção entre o ilícito absoluto, que corresponde à previsão do artigo 159, do chamado ilícito relativo, decorrente de inadimplemento ou cumprimento defeituoso de dever oriundo de negócio jurídico. Dentro dessa orientação, Lehmann, quando desdobra a conduta antijurídica em:

"a) Actos ilícitos e delictos, es decir, infracción de una norma general de conducta.

b) Infracción de un derecho personal, es decir, violación de una obligación jurídica que resulta de una relación especial del autor con otra persona determinada".^{8, 9}

Esclarece, ainda, o mesmo autor:

"1. El acto ilícito — delito — es la vulneración culposa de una regla general de conducta (norma absoluta de conducta), en virtud de la cual como consecuencia jurídica fundamenta el perjudicado una pretensión de indemnización independiente.

2. La violación de obligaciones (violación de créditos) es la vulneración culposa de una norma especial (relativa) de conducta que la ha sido impuesta al agente a favor del perjudicado a virtud de una relación especial (antijurídica relativa)" (Grifei).¹⁰

Como corolário da distinção, a obrigação consistente na reparação do dano resultante de ilícito absoluto denomina-se responsabilidade extra-contratual ou aquiliana, reservando-se àquela emergente de ilícito relativo a designação de responsabilidade contratual.¹¹

A propósito, oportuna a dvertência de von Thur¹² lembrando que, nos atos proibidos (ilícito absoluto), a reparação do dano é o conteúdo primário do crédito, enquanto

⁸LEHMANN, Heinrich. *Tratado de derecho civil*; parte geral. Madrid, ERPD, 1956, v. 1.

⁹Também VON THUR, Andreas, *Derecho civil*; parte general. Buenos Aires, Depalma, 1951, v. 3, t. 1, p. 142-3. "Los actos contrarios a derecho se dividen en dos clases: 1. Lesión de deberes derivados de una relación jurídica que existe entre el agente y el perjudicado, relación contratual especialmente, pero también de distinta especie; por ejemplo, de la tutela, de la gestión de negocios si mandato, de la posesión de cosa ajena. Esos actos pueden reunirse bajo el nombre de ilícito relativo o dependiente, porque no serian contrarios a derecho si el agente no se halase en una relación jurídica especial; con frecuencia, se los define a *potiori* com lesiones contractuales. 2. Forman la segunda clase los 'actos prohibidos' (en el derecho común, delictos). Con este nombre, en el título 25 (arts. 823 y sigs.) la ley se refiere a la lesión de deberes jurídicos generales, que no descansan en una relación jurídica entre el agente y el perjudicado, de suerte que entre ellos la relación jurídica (el credito por la reparación) nace sólo por efecto del acto ilícito".

¹⁰Idem, *ibidem*, p. 489. No mesmo sentido ver ORGAZ, Alfredo. *El dano resarcible*. Buenos Aires, Depalma, 1967, p. 11-2.

¹¹Melhor seria negocial e extra-negocial, tecnicamente mais abrangente que contratual e extra-contratual, que, a rigor, desconhece a responsabilidade por violação de norma de negócio jurídico unilateral. Esclarecedor, a respeito, PONTES DE MIRANDA. *Tratado*, t. 2, p. 2-3: "Se não há relação jurídica entre o lesante e o lesado ou, se há, os jeitos são totais, o ato é ilícito *stricto sensu*, de modo que o dever de indenizar não surge de relação jurídica relativa (negocial ou oriunda de ato jurídico *stricto sensu*). Fala-se de culpa extra-contratual, porém o nome é inadequado: as responsabilidades pelo exercício do pátrio poder, pela tutela, pela curatela, pela gestão de negócios, não são responsabilidades contratuais, nem responsabilidades pelo ato ilícito *stricto sensu*".

¹²VON THUR, op. cit. nota 9, supra, p. 143, nota 37.

que na lesão contratual, (ilícito relativo), a reparação toma o lugar da pretensão originária de cumprimento. Por isto, diz-se, da obrigação reparatória pertinente ao ilícito relativo, que ela é derivada, conseqüência, sucessiva.

Coerentemente, a distinção se reflete no plano legislativo, com a regulação, em separado, da responsabilidade contratual e da extra-contratual. Assim, o Código Civil Francês (responsabilidade contratual nos artigos 1146 e ss. e extra-contratual nos artigos 1382 e ss.) o Italiano (a partir dos artigos 1218 e 2043, respectivamente) e o Argentino (responsabilidade contratual, no Título VII e ss., do Livro 2^o, Seção 2^a, e responsabilidade extra-contratual, no Título III, da Seção 1, do Livro 2^o).¹³ Do mesmo modo, o Código Civil Brasileiro, regrando a responsabilidade derivada do ilícito absoluto nos artigos 1518 a 1532 e 1537 a 1553 e aquela pertinente ao ilícito relativo nos arts. 1056 e ss.

Todavia, a distinção e o tratamento em separado das duas espécies de responsabilidade não impede uma "intercomunicação de princípios ou regras"¹⁴ de uma a outra, como sói acontecer, e.g., com as perdas e danos.

De igual modo, a tratção autônoma não exclui a possibilidade de que um mesmo ato importe em ilicitude absoluta e relativa, violando, simultaneamente, o dever decorrente de relação negocial e a norma absoluta de conduta. Nesse sentido, precisa Pontes de Miranda:

*"Os atos ilícitos, . . . de que se irradia responsabilidade extranegocial, podem, ao mesmo tempo, ser infração negocial, de modo que o suporte fático da responsabilidade extra-negocial e o da responsabilidade negocial coincidem. O depositário, por exemplo, pode responder por violação do contrato de depósito e por ilicitude extra-contratual. A lesão corporal de quem tomou em locação o cavalo pode ser imputável ao locador, como contraente, e ao mesmo tempo ao locador, pelo delito que cometeu, excitando, de propósito, o animal, para que o locatário caísse".*¹⁵

A circunstância de um único e mesmo suporte fático concreto e suficiente ensejar a tipificação de ilícito absoluto e relativo em nada increpa a distinção apontada, desde que se atente à dupla violação perpetrada, pelo comportamento do agente: infringência da norma absoluta e da norma relativa de conduta.

Esboçados, resumidamente, os aspectos mais significativos do problema conceitual do ilícito civil, registro algumas conclusões de Everardo da Cunha Luna, a propósito do tema, admiravelmente afeiçoadas ao conteúdo do artigo 159, em causa:

"1. A ilicitude é a relação de contrariedade entre a conduta humana e a norma jurídica.

2. A ilicitude nem é formal, nem material, mas, como fenômeno do direito, apresenta um aspecto formal — a contrariedade à norma jurídica, e um aspecto material — a violação do bem jurídico, conteúdo da norma, pelo dano.

*3. A ilicitude nem é objetiva, nem subjetiva, mas, como fenômeno do direito, apresenta um aspecto objetivo — a ação ou a omissão praticada, e um aspecto subjetivo — o dolo ou a culpa do autor.*¹⁶

Em linhas gerais, pois pode-se entender o ilícito absoluto como a intromissão culposa, lesiva e contrária ao direito (absoluto), na esfera jurídica de outrem.

¹³Cf. ORGAZ, op. cit. nota 10, supra, p. 12, nota 21.

¹⁴Idem, ibidem.

¹⁵PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, 3^a ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1970. v. 53, p. 86. VON THUR, op. cit. nota 9, supra, p. 147, acentua: "Et mismo acto puede implicar lesión de la obligación derivada de una relación jurídica — por ejemplo, lesión contractual — y ser un "acto prohibido", esto es, prohibido aunque no existiese la relación jurídica en que se halla el agente. Por ejemplo, el daño causado por X a una cosa que se le confió puede violar sus obligaciones contractuales y también importar la violación ilícita de la propiedad ajena".

¹⁶LUNA, Everardo da Cunha, *Abuso de direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1959, p. 66.

3. PRÉ-EXCLUSÃO DE ILICITUDE

Desde que a integração dos elementos alinhados no artigo 159 do CCB compõe, *in concreto*, suporte fático do ato ilícito, toda intromissão lesiva na esfera jurídica de outrem há de ter-se como proibida.

Não assim.

Em verdade, atentando a circunstâncias especiais, pode a lei autorizar a ingerência danosa, subtraindo-lhe o caráter ilícito através de regra desjuridicizante. Esta supõe a norma infirmadora da ilicitude, precisamente para determinar que em tais ou quais situações, o que é, em princípio, ilícito deixa de sê-lo, ou melhor, não chega a sê-lo, ou, ainda, em outras palavras, para excluir determinadas intervenções do âmbito de incidência do preceito básico.

Trata-se aqui da *exclusão de antijuridicidade*, quando, segundo Lehmann, a intervenção fundamentalmente proibida no direito ou nos bens alheios pode estar permitida por razões especiais.¹

Na mesma linha, a conclusão do Professor Marco Aurélio Moreira de Oliveira quando, ao investigar a repercussão na órbita do Direito Penal, do exercício regular do direito e do estrito cumprimento de dever legal, afirma:

*"Conforme anteriormente já se salientou, o exercício de direito e o cumprimento de dever, quando decorrem de normas extra-penais, são causas que pré-excluem qualquer ilicitude de conduta, deixando-se de indagar da tipicidade penal".*²

Sem discrepância a lição de Von Thur, ao apontar hipóteses de *exclusão de ilicitude* na lesão do direito ou de bens juridicamente protegidos, em virtude de disposição especial da lei³, ou o magistério de Pontes de Miranda, no exemplar tratamento das espécies de *pré-exclusão de contrariedade a direito*,⁴ arrolando como tipos principais:

- a) A legítima defesa (art. 160, 1^a parte);
- b) O exercício regular do direito reconhecido (art. 160, I, 2^a parte);
- c) O estado de necessidade, ou a destruição ou deterioração da coisa alheia a fim de remover perigo iminente (art. 160, II);
- d) A justiça de mão própria, auto-tutela ou desforço (art. 502);
- e) A intromissão, decorrente de prerrogativa de direito público, geralmente por funcionário público;
- f) A intromissão permitida por corresponder vontade do interessado (e.g. gestão de negócios);
- g) A intromissão com consentimento do ofendido (excepcional, quanto a ilícito absoluto).

Heinrich Lehmann, por sua vez, embora citando praticamente as mesmas hipóteses, denuncia propósito sistematizador, ao articulá-las em dois grupos distintos, conforme a an-

¹LEHMANN, Heinrich. *Tratado de derecho civil*, parte general; Madrid, ERPD, 1956, v.1.

²OLIVEIRA, Marco Aurélio Moreira de. *Do exercício de direito e cumprimento de dever como causas pré-excludentes de crime*. Revista da AJURIS, Porto Alegre, 5(14):92, 1978.

³VON THUR, Andreas. *Derecho civil*; parte general. Buenos Aires, Depalma, 1951, v.3, t.1, p.149 e ss. Cf. a opinião de ESPÍNDOLA, Eduardo (*Sistema do direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1977, p.609), não muito claro a respeito, usando indistintamente os termos exclusão de ilicitude irresponsabilidade e exceção liberatória.

⁴PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, 3.ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1970. t.2, p.271-354.

ilicitude se exclua em atenção a "motivos jurídico-privados" ou a "razões jurídico-públicas". No primeiro grupo estariam as espécies das letras a, b, c, d, f e g; no segundo, a da letra e.

Caio Mário da Silva Pereira, ao tratar do tema nas suas *Instituições de Direito Civil*⁶, desloca para um segundo plano a questão da pré-exclusão de ilicitude, designando a legítima defesa e o estado de necessidade, como "escusativas de responsabilidade". Considere-se, contudo, que no sistema do CCB, a responsabilidade civil (= obrigação de reparar luto) decorre fundamentalmente do ato ilícito e só, excepcionalmente, por disposição expressa, o dano resultante de intromissão autorizada é indenizável (artigos 1519 e 1540, e.g.). Desfalcado o suporte fático do ato ilícito da contrariedade a direito, deixa de incidir a regra do artigo 159, na qual a pretensão reparatória em favor do lesado é mera consequência (eficácia jurídica).

Daí o ser inadequado estimar como escusativa de responsabilidade a regra que, em verdade, é obstativa à própria incidência, impedindo a configuração do ilícito absoluto. A sistemática do CCB, pois, conecta a responsabilidade à ilicitude absoluta ou relativa, e o afastamento do princípio geral com a admissão da responsabilidade por ato conforme a direito assume, como já se acentuou, o caráter de verdadeira exceção.

Dispondo o Código Civil Brasileiro, no Título II, do Livro III, da Parte Geral, sobre os *Atos Ilícitos*, fixou as lindes conceituais da categoria, no artigo 159, para, logo a seguir, no artigo 160, mui apropriadamente, indicar as causas de pré-exclusão de contrariedade a direito, embora não as tenha mencionado todas.

Determina a disposição em apreço:

"Art. 160 — Não constituem atos ilícitos:

I — Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

II — A deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente (arts. 1519 e 1520).

Parágrafo único — Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo".

Dessarte, no âmbito da Parte Geral do Código Civil, três são as hipóteses de pré-exclusão de ilicitude: a legítima defesa, o estado de necessidade⁷ e o exercício regular de um direito reconhecido. É do último e da sua contra-face, o exercício irregular, anormal ou abusivo, compreendido na teoria do abuso de direito, que se ocupa o presente estudo.

⁵LEHMANN, op. cit. nota 1, supra, p. 492 e ss.

⁶PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 5.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978, t.1 p.578.

⁷Sobre as duas primeiras, consulte-se: BRIGUGLIO, Marcello. *El estado de necesidad en derecho civil*. Madrid, ERP, 1971.

4. DO USO E EXERCÍCIO DOS DIREITOS SUBJETIVOS

Na esteira do pensamento de Savigny, que, à base da filosofia kantiana, propõe o direito subjetivo como espaço da liberdade que possa coexistir com a liberdade dos outros,¹ inscrevem-se as mais renhidas controvérsias² sobre o que seja tal direito subjetivo, salientando-lhe uns a natureza de filho dileto do liberalismo, outros, na tentativa de afeiçoá-lo às novas exigências sociais, imprimindo-lhe a nota de direito-função e, assim por diante.

De qualquer sorte, e independente da posição assumida no terreno da fundamentação doutrinária, todo o direito subjetivo, seja qual for a classe a que pertença, é conferido ou reconhecido ao seu titular para que este dela faça uso, entendendo-se como tal, da forma mais abrangente possível, a utilização das diversas faculdades ou prerrogativas que nele se contém, inclusive, e até, a contra-face negativa do exercício do direito, que é a sua abstenção.

Desse sentir não destoa o Professor Alex Weill, da Universidade de Estrasburgo, ao afirmar:

"Mais, *quelle que soit la conception doctrinale du droit subjectif, qu'on y voie une puissance de volonté ou un pouvoir de volonté accordé par l'ordre juridique* (WINDSCHEID) ou *'un intérêt juridiquement protégé'* (IHERING), *dès lors que l'existence des droits subjectifs est tenue pour hors de contestation, on constate que tout droit met son titulaire dans une situation de supériorité par rapport à celui ou à ceux de qui il est justifié à exiger quelque chose*"³

Nessa linha, impõe-se também compreender que, à unidade conceitual configurada como direito subjetivo, corresponde, via de regra, um feixe de prerrogativas, um conjunto não homogêneo de faculdades, exercitáveis pelo titular, ora em caráter cumulativo, ora em caráter alternativo e excludente.

Esta conclusão pode, *a priori*, alcançar dentre os direitos subjetivos, tanto os direitos de dominação quanto os de formação, e, entre os primeiros, abrange não só os direitos absolutos, como também os relativos.⁴

Dentre os nossos, é Pontes de Miranda quem precisa, com a habitual agudeza, o sentido da expressão *exercício dos direitos*, quando, invocando Enneccerus e Oertmann, adverte que exercício do direito não é só o fazê-lo eficiente perante outro, mas igualmente, toda realização fática do conteúdo do direito, não importando se extrajudicial ou judicialmente.⁵

Enfatizando que os direitos se exercitam com a atividade do poder jurídico contido no direito subjetivo, e de acordo com o conteúdo que lhe seja peculiar, distingue Lehmann

¹Apud WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 453-717; "A ética da autonomia, que Kant fornecera à renovação da ciência jurídica por volta de 1800, concebeu o Direito Privado como um sistema de esferas de liberdade da personalidade autônoma do ponto de vista moral".

²Sobre as controvérsias quanto à noção do direito subjetivo consulte-se Jean DABIN. *El derecho subjetivo*, Madrid, ERP, 1955. Também a excelente relação indicada por Alex WEILL. (*Droit civil*; introduction générale. 3^{ème} Ed., Paris, Dalloz, nota 1, p.27).

³WEILL, op. cit. nota 2 supra, p.26.

⁴Para a classificação dos direitos subjetivos privados use-se a tábua classificatória de LEHMANN, Heinrich. *Tratado de derecho civil*, parte general. Madrid, ERP, 1956, v.1, p.125.

⁵PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 3.ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, v.3, p.293.

a modalidade de exercício por desfrute⁶ da modalidade de exercício por disposição do direito.⁷ E, embora se ocupe com certo vagar das questões pertinentes ao modo, aos meios e às formas de exercício do direito, deixa o jurista sinalado filtrar sua preocupação centrada nos limites desse exercício.

Tal preocupação, generalizada entre os autores que cuidaram do tema, permite admitir que o exercício dos direitos tem, como nota dominante, a constante e iterativa referência aos seus limites. Sobre esse ponto estão concordes representantes das mais diversas escolas, divergindo apenas quanto à identificação das limitações ou quanto ao critério escolhido para sua determinação. A propósito, atente-se para a observação de Díez-Picazo e Antonio Gullon:

"Definido el derecho subjetivo con una situación de poder que el ordenamiento jurídico atribuye o concede a la persona como un cauce de realización de legítimos intereses y fines dignos de la tutela jurídica resulta evidente que este poder tiene que estar de algún modo limitado, pues, sin límites sería la justificación de la absoluta arbitrariedad. Cuáles son estos límites a que debe someterse o entenderse sometido el derecho subjetivo?"⁸

Nesse contexto, a incisiva opinião de Trabucchi,⁹ testemunhando a crescente tendência dos ordenamentos jurídicos modernos em dar maior importância aos limites do direito que às atribuições de seu livre exercício pelos particulares.

O reconhecimento da existência de limitações, na atuação do direito subjetivo por seu titular, traz à tona a teoria da relatividade dos direitos, quanto ao seu exercício, sustentada, entre outros, por Josseland, e, segundo a qual, os direitos devem ser exercidos dentro de um certo espírito e para um fim legítimo, não podendo ser desviados de seu fim social.¹⁰

No que toca ao direito positivo pátrio, vale a categórica afirmação de Pontes de Miranda, que, à luz do disposto no artigo 160, I, 2ª parte, do CCB, conclui pela rejeição da tese da absolutividade dos direitos em nosso sistema.¹¹

De qualquer sorte, os direitos em geral e, de modo especial, os absolutos, submetem-se, quanto ao seu exercício, a um processo de relativização que tem por escopo conter o respectivo titular dentro de certas lindes.¹²

⁶ LEHMANN, op. cit. nota 4, supra, p. 158-9. "Exercício por desfrute:

a) Tratándose de derechos absolutos, por ejemplo, la propiedad, mediante toma de posesión, uso, disfrute, eventualmente por destrucción de la cosa, pero también, haciendo valer la propiedad frente al obligado, por ejemplo, exigiendo la entrega de la cosa (§ 985), o la omisión de inquietaciones (§ 1004), etc.; en el derecho al nombre, llevando este, exigiendo la eliminación de cualquier abuso por parte de otros, o la omisión de la continuación de actos lesivos, etc.

b) Tratándose de derechos de crédito (relativos) mediante la exigencia de la prestación al través de requerimiento (envío de la cuenta), o por el cauce de la autosatisfacción ("Selbstbefriedigung") mediante compensación, etc.

c) En los derechos de formación o constitutivos haciendo la oportuna manifestación (denuncia, impugnación) y si fuere necesario interponiendo la demanda, es decir, entablando la acción".

⁷ Idem, ibidem, p.165. Quanto ao exercício por disposição do direito, esclarece o autor que a disposição é o exercício do poder jurídico contido no direito subjetivo, por meio de negócio jurídico e, como tal, submetido aos preceitos gerais que regem essa categoria.

⁸ DIEZ-PICAZO & GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Madrid, t.I, 1975, v.1, p.426.

⁹ TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil*, Madrid, ERPD, 1967, v.2, p.54.

¹⁰ Apud BOULANGER, Ripert. *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, La Ley, 1963, v.1, p.478. Consulte-se também RIPERT, Georges. *O regime democrático e o direito civil moderno*. São Paulo, Saraiva, 1937, p. 227-47.

¹¹ Op. cit. nota 5, supra, p.293.

¹² Cf. a respeito: PLANIOL & RIPERT. *Traité élémentaire de droit civil*. 11.ed. t.2, p.871.

Dentre os limites que cabe apontar ao exercício dos direitos, alguns podem ser designados como conaturais, porque decorrentes da feição e conteúdo que a norma abstrata empresta ao direito subjetivo na definição legal que dele formula ou na enumeração das prerrogativas que nele se contém.

Também se enquadraram como naturais as limitações próprias à classe a que pertence tal ou qual direito subjetivo, visto que há caracteres peculiares inerentes aos direitos absolutos, que falecem aos direitos relativos, e prerrogativas comuns a estes que não se encontram naqueles. De outro lado, entre os direitos classificados como absolutos, distinguem-se os direitos reais dos chamados direitos da personalidade, que, à parte o caráter de exclusão e a oponibilidade com eficácia *erga omnes*, subordinam-se a regime jurídico distinto.

Ao lado dos limites naturais, inscrevem-se, como balizas restritivas ao exercício dos direitos, os chamados conceitos ético-juridicizados a que recorre o legislador, pontuando o esquema legal de previsão dos direitos e das faculdades, com referência à boa fé, aos bons costumes, à correção, à lealdade, à solidariedade, ao justo motivo, aos interesses, à função social, etc.

É significativo que esses conceitos podem se evidenciar pelo seu enunciado claro e direto no texto legal, como diretriz ordenadora da conduta dos sujeitos em relação a um determinado instituto ou a toda uma província do direito positivo, tal como ocorre no artigo 1175 do Código Civil Italiano de 1942, já mencionado, ou com o parágrafo 1º, do artigo 1266, do Projeto de Lei nº 634, de 1975 (Projeto de Código Civil), que preceitua:

"Art. 1226

§ 1º — O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais e o equilíbrio ecológico, bem como evitada a poluição do ar e das águas" (Grifei).¹³

De outras vezes, embora não expressas, nem objetivamente reveladas, essas cláusulas gerais impregnam a regulação de certos institutos ou figuras jurídicas, nelas claramente inspiradas e de que constituem concreta aplicação, como sói ocorrer na lesão (não prevista no Código Civil Brasileiro de 1916, mas acolhida no Projeto de 75, artigo 155), no erro, no dolo, ou na hipótese prevista no artigo 155, do CCB.¹⁴

Em análoga orientação, indica Castán Tobefias como limites intrínsecos do direito subjetivo:

"1 — Los derivados de la propia naturaleza de cada derecho;

2 — Los derivados de la buena fe;

3 — Los impuestos por la función o destino económico y social propio de cada derecho".¹⁵

Embora reconhecendo que o prejuízo alheio não constitui, por si só, obstáculo ao exercício dos direitos, Heinrich Lehmann, ensina que tal exercício se condiciona, dentro das fronteiras jurídicas, às limitações especiais decorrentes de *preceitos especiais da lei* (limites naturais), *da boa fé, dos bons costumes e da proibição do abuso de direito*.¹⁶

¹³ BRASIL, Diário do Congresso Nacional, Brasília, 13 Jun. 1975, Suplemento B.

¹⁴ Art. 155 — O menor, entre 16 e 21 anos, não pode, para se eximir de uma obrigação, invocar a sua idade, se dolosamente a ocultou, inquirido pela outra parte, ou se, no ato de se obrigar, espontaneamente se declarou maior".

¹⁵ RODRIGUES-ARIAS, Lino. *El abuso del derecho*. Buenos Aires, EJE, 1971.

¹⁶ LEHMANN, op. cit. nota 4, supra, p. 158-9.

Em caráter preliminar, pois, e à luz da melhor doutrina, pode-se concluir que todo o direito, ainda que absoluto, é relativo quanto ao seu exercício, sofrendo o seu titular, no uso das prerrogativas, poderes e faculdades que nele se contêm, limitações gerais e especiais, incluída entre as primeiras a proibição do exercício irregular, anormal ou abusivo do direito excogitado.

5. O ABUSO DE DIREITO

Quando o titular do direito subjetivo, no uso das prerrogativas que lhe competem, circunscreve sua atuação aos limites naturais vinculados ao conteúdo próprio do direito, respeitando os ditames da boa fé e atentando ao destino econômico e social do direito, diz-se que o exerceu regularmente.

Não obstante, pode acontecer que, em virtude dessa atuação interesses alheios sejam prejudicados. É nesse sentido a afirmação de Lehmann de que, quando o ordenamento jurídico concede um direito subjetivo, decide um conflito de interesses em favor do interesse do titular.¹ Isto ocorre porque o interesse contrariado não configura direito subjetivo — quando então se daria a chamada colisão de direitos —, não alcançando sequer a categoria de interesse merecedor de alguma tutela jurídica. Assim, a eventual lesão há de ser suportada pelo destinatário, sem que lhe assista qualquer pretensão reparatória.

Dessa sorte, o devedor compelido judicialmente ao cumprimento da *res debita*, ou o que viu o título de sua responsabilidade apontado ou protestado em cartório, embora sofra as conseqüências daí derivadas, inclusive o abalo de crédito, não tem pretensão indenizatória contra o credor, porque a frustração de seus interesses decorre de causa lícita e justificada e que, ademais, encontra plena acolhida na consciência jurídica da comunidade. É que, em outras palavras, atuou o credor no *exercício regular de um direito reconhecido*.

A caracterização da regularidade do exercício do direito arrima-se na interpretação das normas que, em abstrato, desenham a figura e os contornos dos direitos e das faculdades, tendo em vista, ainda, a função primordial do direito como estabilizador social e os ideais de justiça e equidade de que deve estar impregnada a regulação jurídica da vida de relações.

Nem por isso se há de subestimar o papel que representam, na avaliação da regularidade do exercício, as circunstâncias particulares que, no caso concreto, qualificam o comportamento dos figurantes, bem como as conseqüências daquele decorrentes.

É nessa moldura que se coloca a concepção de Alex Weill, que, reconhecendo a relatividade dos direitos quanto ao seu exercício, afirma:

*"Les droits ne peuvent être des pouvoirs absolus, souverains, au profit de leur titulaire. Ils se réalisent dans un milieu social; ils trouvent leurs limites dans les droits égaux d'autrui et ne peuvent être exercés à tort et à travers. Même lorsque le titulaire du droit a respecté les conditions que la loi a mises à son exercice, sa conduite ne sera irréprochable que s'il a usé du droit pour une fin légitime et sur le fondement d'un motif légitime. Sinon, les autorités sociales refuseront de reconnaître la régularité de l'exercice du droit: il y aura eu abus du droit".*²

Eis aí, identificada, em sua versão francesa, a teoria do abuso de direito, que os autores que se abeberaram na clássica obra de Josserand — *De l'esprit des droits et de leur relativité; théorie dite de l'abus des droits* — subordinam sempre ao uso do direito fundado em um motivo ilegítimo.

Com efeito, é do festejado autor a advertência segundo a qual

*"... l'acte sera normal ou abusif selon qu'il s'expliquera ou non par un motif légitime qui constitue ainsi la véritable pierre angulaire de toute la théorie de l'abus des droits et comme son précipité visible, nous sommes tenus de mettre nos facultés juridiques au service d'un motif adéquat à leur esprit et à leur mission, sinon, nous ne les exerçons plus à vrai dire, mais nous en abusons".*³

De todo modo, a repulsa ao abuso de direito é uma constante na doutrina e na jurisprudência dos povos cultos, experimentando significativo incremento a partir de alguns códigos, que, de modo direto, lhe franquearam espaço e caminho, como é o caso do Código Civil Suíço, de 1907, que em seu artigo 2º dispôs:

*"Cada um é obrigado a exercer os seus direitos e executar as suas obrigações de acordo com as regras da boa fé. O abuso manifesto de um direito não é protegido pela lei".*⁴

É preciso lembrar, no entanto, que a posição das legislações a respeito é bastante variável, identificando-se sistemas que não prevêem o abuso de direito ou só o prevêem muito timidamente. Por isso, a investigação doutrinária sobre o tema — especialmente entre os autores franceses, alemães e italianos que sobre ele versaram — revela, de logo, algumas preocupações fundamentais que merecem ser identificadas.

A primeira delas assenta na própria locução "abuso de direito", posta em cheque por Planiol, que, vendo nela verdadeira logomaquia, afirma que

*"o direito cessa onde o abuso começa e não pode haver o uso abusivo de um direito qualquer, pela razão irrefutável que um só e mesmo ato não pode ser a um tempo conforme e contrário a direito".*⁵

A argumentação de Planiol, no entanto, esbarra na própria dificuldade resultante da falta de precisão dos limites do direito subjetivo, e, embora tenha sido amplamente superada pela doutrina, teve o mérito de alertar para a necessidade de distinguir o ato abusivo praticado no exercício do direito das hipóteses em que se evidencia ato lesivo praticado na ausência de direito.

Uma segunda ordem de preocupação diz respeito às divergências quanto à determinação conceitual da figura, cabendo distinguir as posições conforme a ênfase emprestada ora ao préordenamento volitivo da conduta do titular do direito, ora à própria noção do direito subjetivo, concebido em atenção a um certo destino econômico e social.

³ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité; théorie dite de l'abus des droits*. Paris 1932, p.375.

⁴ CÓDIGO CIVIL SUÍÇO. Rio de Janeiro, Record, 1971. Mais recentemente, prescreveu o Código Civil Português, de 1967, em seu art. 334: "É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito".

⁵ Apud CARVALHO SANTOS. *Código civil brasileiro interpretado*. 3.ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1942, v.3.

¹ LEHMANN, Heinrich. *Tratado de derecho civil; parte general*. Madrid, ERPD, v.1, p.159.

² WEILL, Alex. *Droit civil, introduction générale*. 3.ed. Paris, Dalloz, p.29.

No primeiro grupo, das concepções subjetivas, encontram-se aquelas que caracterizam o abuso a partir da investigação das condições psicológicas e circunstâncias peculiares do agente no exercício do direito. Assim, seria abusivo o exercício do direito quando não tivesse outro escopo senão o de causar prejuízo a outrem, sem qualquer proveito para o titular. Eis aí a influência da teoria dos "atos emulativos", que constitui, na opinião de Ugo Gualazzini,⁶ o embrião da teoria do abuso de direito.

No segundo grupo inserem-se as concepções objetivas, que assinalam a presença de um destino econômico e social, ou de um fim legítimo, ou de uma função social, em todo o direito subjetivo, que subtrai o seu exercício à discricionariedade ou até ao arbítrio, como querem alguns, de seu titular, para sujeitá-lo à realização daqueles fins em atenção aos quais o ordenamento jurídico o reconhece ou confere.

Uma terceira classe de problemas enfrentados pelos doutrinadores pertine ao tratamento da questão do ponto de vista legal. Em outras palavras, importa em verificar se o sistema jurídico, sob enfoque, dá, ou não, acolhida à proibição do abuso, e em que termos o faz.

A quarta, finalmente, coloca em discussão o problema de saber se a ausência de uma proibição textual inibe a repressão dos atos ou omissões abusivos, ou se a existência, no sistema normativo, de cláusulas gerais ordenadoras da conduta dos sujeitos, ou informadoras da atividade do aplicador da lei, seriam suficientes para ensinar as conseqüências da teoria do abuso de direito e sua cabal aplicação.

Advirta-se, ainda, que a questão se põe em termos gerais, amplos e abrangentes, e que, propositadamente, deixa-se de lado o regramento específico de certos institutos, cujo esquema normativo prevê, expressamente, a vedação do exercício abusivo, detalhando com minúcias, que às vezes descem à exemplificação, o que se entende por abuso deste direito, prerrogativa ou poder, em particular. Assim acontece, e.g., com o *abuso do pátrio poder*⁷ e, em menor intensidade, com o *uso nocivo da propriedade*⁸, tal como os regula o Código Civil Brasileiro.

Dentro desse quadro, e afastado o primeiro problema, pertinente à denominação da figura do abuso do direito, reclama exame mais acurado a questão da sua determinação conceitual, ou, de modo singelo, o critério em função do qual se há de identificar o ato abusivo.

⁶GUALLAZZINI, Ugo. In: ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO. Milano, Giuffrè, 1953, t.1. Verbetes "Abuso del diritto", b, Diritto Intermedio, p.163.

⁷Art. 394 — Se o pai, ou mãe, *abusar do seu poder*, faltando aos deveres paternos ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, suspendendo até, quando convenha, o pátrio poder.

Art. 395 — Perderá por ato judicial o pátrio poder o pai, ou mãe:

I — Que castigar imoderadamente o filho.

II — Que o deixar em abandono.

III — Que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes".

Note-se que o abuso de pátrio poder, de acordo com as disposições transcritas, caracteriza-se, tanto por comissão, como por omissão, abrangendo os atos pertinentes à pessoa dos filhos e à administração de seus bens e, além das espécies identificadas no art. 395, tipifica-se, também, pela cláusula geral de incumprimento de deveres.

⁸Art. 554 — O proprietário ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o *mau uso* da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam".

Expostos anteriormente, e de forma breve, o argumento de natureza subjetiva e o discurso desenvolvido pela concepção objetiva, parece que a postura mais equilibrada recomenda a associação de ambos. A valoração da intenção do titular, impregnada de *animus nocendi*, não pode ser afastada, porque a proteção à boa fé e a repressão à malícia constituem verdadeiro imperativo ético-jurídico, e um dos mais sensíveis fundamentos sobre o qual repousa todo o ordenamento jurídico. Parece, também, *de lege ferenda*, que a infirmação de abusiva à conduta do agente, sob esse ângulo, dispensa a prova do dolo, sendo suficiente qualquer modalidade da culpa *lato sensu*.

De outra parte, não pode ser desprezada a pauta teleológica em que se desenha o direito subjetivo exercitado, que, além da satisfação de seu titular, há de cumprir a destinação econômica e social, os fins legítimos, a função, enfim, que as novas concepções do direito subjetivo lhe apontam.

Por esse modo, combinados os dois discursos, obtém-se um esquema mais completo e harmonioso, sob cujo crivo distingue-se o exercício regular do uso abusivo do direito.

Confirmando a conclusão que aqui se propõe, vale lembrar a experiência vivenciada pela doutrina e pela jurisprudência germânicas, na solução de litígios decorrentes de virtual abuso de direito.

Sucedo que o Código Civil alemão dispõe, em seu § 226, que "o exercício de um direito é inadmissível se ele tiver por fim, somente, causar um dano a um outro".⁹ Dita regra, afeiçoada à corrente subjetivista, revela-se insuficiente para coibir o exercício abusivo do direito, tal como modernamente se o compreende. É que, exigindo o texto legal o fito exclusivo de prejudicar, torna-se praticamente inócua, porque o interessado sempre poderá invocar a existência, além do *animus nocendi* que lhe é imputado, de um fim qualquer incensurável.

Por esta razão, Lehmann, Larenz, Ennecerus e outros autores de prestígio demonstram — comentando as decisões mais significativas dos tribunais alemães sobre o tema — que estas têm invariavelmente recorrido às disposições dos parágrafos 242 e 826, que, referenciando o comportamento dos sujeitos à boa fé e aos bons costumes, teceram os sólidos fundamentos em que se arrima a condenação do abuso de direito naquele sistema.

Retomando, com mais vagar, o problema pertinente ao tratamento legal dispensado ao abuso de direito, cabe destacar três grupos de legislações: as que expressamente proíbem o abuso de direito, as que são omissas e as que o penalizam por via reflexa.

No primeiro grupo, são bastante representativos os Códigos suíço, português e argentino (este no art. 1071)¹⁰ que, em disposições já referidas, prescrevem diretrizes gerais para o exercício dos direitos, fornecem os critérios indicadores do exercício anormal e negam, finalmente, legitimidade e conseqüente proteção ao ato abusivo. Embora variem as expressões e formas consignadas nesses Códigos, entre os quais se pode incluir o BGB, resta neles clara a fulminação do abuso.¹¹

Entre as legislações omissas, carentes de regra geral a respeito, subressai o vetusto Código Civil da França, paradoxalmente, ou, talvez, até por essa razão, berço da teoria do abuso de direito.

Do último grupo, faz parte o Código Civil brasileiro, e isto porque a vedação do abuso em nosso sistema decorre de interpretação *a contrario sensu* do artigo 160, que, ao enumerar as hipóteses de pré-exclusão de contrariedade a direito, entre elas menciona "o exercício regular de um direito reconhecido".

É interessante observar-se aqui a última, — mas não a menor, das questões enfrentadas na matéria — que a doutrina e a jurisprudência, embora sempre subordinadas aos padrões

⁹CÓDIGO CIVIL ALEMÃO. Rio de Janeiro, Record, 1960.

¹⁰Nova redação resultante da Reforma operada pela Lei nº 17.711, de 26.04.1968, in *Código Civil*. Editorial Claridad, Buenos Aires, 1970.

¹¹Em contrário, quanto ao Código Civil alemão, a opinião ponderável do prof. Antunes Varela, extensiva ao Código Civil italiano, de 1942. (VARELA, Antunes. O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro. *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1, 1982).

normativos vigentes em cada sistema jurídico, têm desenvolvido e aplicado instrumentos de repressão ao exercício abusivo dos direitos, quer a partir dos textos legais, quer, à mínima desses, socorrendo-se dos conceitos ético-juridicizados, ou, até mesmo, de cláusulas gerais previstas no complexo legislativo vigente, em relação a uma determinada espécie de relações jurídicas. Assim, pode a jurisprudência alemã, nas referências de Larenz e von Thur¹², estender ao exercício dos direitos, em geral, a recomendação de observância da boa-fé, prevista limitadamente ao campo das reações obrigacionais, no parágrafo 242 do BGB.

Partindo de regras diversas, ou até da falta de disposição expressa, puderam cortes e tribunais de diferentes sistemas jurídicos alcançar, na prática, resultados análogos — como a França, no clássico caso Coquerel x Bayard, decidido em 1913, pela Corte de Amiens, a Espanha,¹³ na questão Central Elétrica de San Adrián x Consórcio Zona Franca de Barcelona, através de decisão do Tribunal Supremo, de 14 de fevereiro de 1914, e a Alemanha, por decisão do Tribunal Supremo do Reich, em demanda intentada por um filho, proibido pelo pai de visitar a sepultura da mãe situada no jardim da casa paterna — todos caracterizando o exercício abusivo do direito, com repercussão lesiva na esfera jurídica alheia, para, consoante as peculiaridades de cada caso, fazer cessar o abuso.

No Brasil, conforme já foi acentuado, a proibição do abuso se dá por via reflexa, quando a interpretação *a contrario sensu*, do artigo 160, I, 2ª parte, leva a incluir o exercício irregular, anormal ou abusivo do direito, como o ilícito absoluto, tal como se conceitua este no artigo 159.

Dita conclusão apresenta-se amplamente corroborada pela doutrina, desde Clóvis Beviláqua, que reconhece a proscricção do abuso de direito no artigo citado, a Pontes de Miranda, que afirma:

"A regra jurídica do art. 159, a que o art. 160, I, 2ª parte, corta, não limita o conteúdo do direito de ninguém, nem o nega; apenas prevê como suporte fáctico de ilícito absoluto o exercício que seja irregular.

A inclusão do exercício irregular como ilícito absoluto tem como conseqüências poder o que vai ser lesado defender-se (legítima defesa) e o direito à reparação".¹⁴

Com entendimento semelhante, no sentido de que através do dispositivo indicado, repudiou o Código Civil Brasileiro o abuso de direito, pronunciaram-se, entre outros, Pedro B. Martins¹⁵, Plínio Barreto¹⁶, Carvalho Santos¹⁷ e Orozimbo Nonato, havendo, por igual, farta jurisprudência sobre o tema.¹⁸

¹²LARENZ, Karl. *Deracho de obligaciones*. Madrid, ERPD, 1958, v.1. VON THUR, Andreas. *Deracho civil*; parte general. Buenos Aires, Depalma, 1951, v.3. t.1.

¹³Observe-se que, à época, não havia no sistema espanhol qualquer regra geral repressiva do abuso, introduzida muito mais tarde, através do artigo 9º da Lei de Arrendamentos Urbanos (12 de dezembro de 1955) e, portanto, com abrangência parcial, e, posteriormente, com incidência ampla, no artigo 7º, 2, do novo Título Preliminar do Código Civil.

¹⁴BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil comentado*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1974. t.2, § 184, n.4, p. 293-4

¹⁵Revista Forense, 68: 745.

¹⁶Revista dos Tribunais, 79: 506.

¹⁷CARVALHO SANTOS. *Código civil brasileiro comentado*. 3.ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1942, v.3.

¹⁸Ver, entre os repertórios de jurisprudência: KELLY, Octávio. *Interpretação do Código Civil no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro, Mauá, 1944. v.1. Itens 468-72.

6. CONCLUSÃO

De tudo quanto foi exposto, é lícito concluir que o abuso de direito pode ser visualizado, no plano prático, sob dupla perspectiva: como princípio diretor da atividade legislativa, inspirando a configuração mais clara dos direitos subjetivos e a definição mais precisa dos limites e fins a que estão, ou devem estar, estes subordinados: e, como preceito de direito positivo, acolhido nos Códigos, de preferência em Título Preliminar ou na Parte Geral, a significar que não se confina a este ou àquele instituto, nem mesmo a esta ou àquele província do direito.

De toda sorte, forçoso é concluir que a teoria em questão vem progressivamente conquistando espaço, abrindo fissuras, em sistemas construídos sob o primado da absolutidade dos direitos e sobre uma concepção no mínimo ultrapassada do direito subjetivo.

Se, de um lado, há os que, como Rotondi¹, negam a possibilidade de aplicação dos postulados da teoria do abuso de direito, à falta de disposição expressa, também há, e muito mais numerosos, os que, diante da lacuna legal, não hesitam em sustentar a plena positividade dos preceitos condenatórios do ato abusivo, socorrendo-se dos modos e meios de interpretação e integração das normas jurídicas.

Diante do fato inconteste representado pelos notáveis avanços que esta doutrina tem experimentado, é preciso compreender que, à base desse fenômeno, está a identidade entre os seus fundamentos éticos e o sentimento jurídico da comunidade.

Impõe-se à doutrina e à jurisprudência, e termina finalmente por se impor ao legislador, porque nada mais é que a tradução da *recta ratio*, de que falava Cícero, que comove e sensibiliza o homem médio, porque corresponde ao seu "sentimento" de justiça.

Previsto no Código Civil Brasileiro como ilícito absoluto², e sem os foros de autonomia que lhe concedem outros sistemas, nem por isto é menos eficaz, embora, de uma certa maneira, pudesse sofrer as restrições que, via de regra, se opõem às previsões decorrentes de interpretação *a contrario*.

Por fim, resta mencionar que o Projeto de Código Civil, em tramitação no Congresso Nacional, confirma a caracterização do abuso como ilícito absoluto, agora, porém, de forma direta, aludindo, ainda, os limites impostos ao exercício dos direitos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.³

¹Cf. ROTONDI, Mario; em longo artigo intitulado *L'abuso del diritto*, em 6 fascículos (*Rivista di Diritto Civile* 1923).

²Virgilio Giorgianni objeta ao que classifica de confusão entre a figura jurídica cientificamente designada como abuso de direito e aquela do ato ilícito. (*L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*. Giuffrè, Milano, 1963, p. 324-5).

³Projeto cit., arts. 185 e 186.