

## O ABUSO DO DIREITO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

ANTUNES VARELA

### 1 — *A autonomia privada e o abuso do direito*

Tendo o colóquio organizado pelo Diretório Académico Filadelfo de Azevedo como tema central o estudo da *autonomia privada no direito contratual moderno* à luz do direito comparado, e sendo objeto da presente dissertação o *abuso do direito*, importa destacar preliminarmente a relação existente entre ambas as matérias.

O *abuso do direito* tem sido geralmente referido pela jurisprudência e pela doutrina, desde o começo do século, ao *exercício* (ao *mau* exercício) dos *direitos subjetivos*. A *autonomia privada* consiste, por seu turno, na possibilidade reconhecida pela Ordem Jurídica aos particulares de regularem as suas relações, dentro de certos limites, mediante regras *vinculativas* por elas próprias criadas, através dos negócios jurídicos em geral e dos contratos em particular.<sup>1</sup>

Não obstante a disparidade dos seus objetos — o *abuso do direito*, recaindo sobre os *direitos subjetivos*; a *autonomia privada*,

---

<sup>1</sup> LARENZ, *Algemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 5.<sup>a</sup> ed., 1980, § 2, II, pág. 36. Há certamente que distinguir entre as regras jurídicas concebidas através dos canais da *autonomia privada*, que valem apenas *inter partes*, e as regras *normativas* editadas pelo Estado, que gozam de eficácia *geral e abstrata*. Não se justifica, sob este aspecto, a redução que a Teoria Pura do Direito (H. KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, trad. de B. MACHADO, 1962, I, *passim*) faz de umas e outras à categoria genérica de *normas jurídicas*.

A diferença de extensão da sua eficácia não obsta, entretanto, a que tanto as *leis* (normas jurídicas criadas pelo Estado) como as *cláusulas contratuais* (regras emanadas das declarações de vontade dos particulares) sejam verdadeiras *fontes de direito* — e de direito *objetivo*.

Não podem, efetivamente, confundir-se as regras ou cláusulas contratuais, *objetivamente* consideradas, com os direitos subjetivos os direitos potestativos, os estudos de sujeição, os ônus ou as exceções decorrentes de cada cláusula.

E também se não deve identificar a *autonomia privada*, como poder reconhecido às pessoas de *auto-regularem* os seus interesses particulares, com

apostada na criação de *regras jurídicas* — é inquestionável o nexo existente entre as duas figuras.

Por um lado, a ideia do *abuso do direito* abrange tanto os *direitos subjetivos* que brotam diretamente da *lei*, como os direitos que nasçam dos *contratos*, à sombra do princípio reivindicativo da *autonomia privada*. O direito de preferência, por exemplo, pode ser *abusivamente* exercido, tanto quando a preferência (ou preempção) é concedida por lei, como quando resulta dum pacto ou duma cláusula negocial de preferência.

Por outro lado, interessa naturalmente saber se os limites impostos aos direitos subjetivos, para que o seu exercício não seja considerado *abusivo*, valem ou não para a regra básica da *autonomia privada*. Encontra-se o princípio da *autonomia privada* subordinado ou não aos mesmos limites que o comum dos direitos subjetivos? E, no caso afirmativo, é a teoria do *abuso do direito* que chama justificadamente a si a definição de semelhantes limitações?

Constituirá a reação da lei perante o *negócio simulado*, como alguns autores pretendem, uma aplicação concreta do pensamento do *abuso do direito*?

## 2 — A condenação do abuso do direito nas diferentes legislações européias e americanas

O *abuso do direito*, como forma típica de irregularidade no *exercício* do direito subjetivo, é hoje em dia reconhecido e condenado na generalidade dos sistemas jurídicos mais evoluídos, embora em torno da sua formulação se notem ainda muitas divergências e na sua fundamentação jurídica se observem muitas hesitações.

A noção do *abuso do direito* corresponde a uma criação da jurisprudência francesa, logo no primeiro quartel do século. A semelhança do que ocorreu com outras concepções doutrinárias, como a *teoria da inexistência* do contrato e a doutrina da *causa da obrigação*, foram razões de ordem essencialmente *prática* (e não puras especulações de caráter racional) que determinaram a formação da nova corrente.

Já num estudo clássico sobre a matéria, publicado em 1927 com o título "*De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie*

---

a *teoria da vontade* ou o *dogma da vontade*, que é uma corrente doutrinária (há muito definitivamente ultrapassada na sua pureza) relativa ao problema da *falta de vontade* e da *divergência entre a vontade e a declaração*, dentro da teoria geral do negócio jurídico.

*dite de l'abus des droits*”, JOSSERAND faz uma análise sistemática de várias decisões dos tribunais superiores franceses, inspirados no pensamento revolucionário (para a mentalidade iluminista e liberal do século anterior) da *relatividade* dos direitos subjetivos. E os juizes franceses jamais deixaram de aplicar o mesmo princípio, em relação às mais variadas hipóteses de idêntica natureza, enquanto os autores, na França e na doutrina estrangeira, prosseguem na sua disputa acerca do *real fundamento* jurídico e lógico da reação jurisprudencial.

No anteprojeto do novo Código Civil francês foi já incluído um preceito (art. 147) de *ordem geral*, segundo o qual todo o acto ou facto que exceda manifestamente, pela intenção do seu autor, pelo seu objeto ou pelas circunstâncias em que é realizado, o exercício normal de um direito, *não é protegido pela lei* e pode acarretar a responsabilidade do seu autor.<sup>1</sup>

Na literatura jurídica alemã tem-se entendido que o *abuso do direito* (*die Rechtsmissbrauch*), embora se não encontre *direta e globalmente* contemplado em nenhuma disposição legal, é fragmentariamente regulado em quatro disposições muito importantes do Código Civil.

A primeira, que é o § 226 deste Código, proíbe em termos genéricos os atos de exercício de qualquer direito subjetivo, que *não possam ter outro fim* que não seja o de *causar prejuízo a outra pessoa*. Os termos excessivamente apertados em que a disposição se encontra redigida, exigindo que o ato, para ser interdito, *não possa ter outro fim senão o de lesar terceiro* — exigência a que os tribunais alemães se têm mantido escrupulosamente fiéis — deram como resultado que o preceito (circunscrito aos *atos de chicana* ou *manifestamente emulativos*) reveste escasso interesse prático.

A segunda disposição, que é o § 826, impõe a todo aquele que, infringindo os *bons costumes*, causar intencionalmente um *dano* a outrem, a obrigação de reparar o dano causado. Quer a doutrina, quer a jurisprudência têm entendido, desde há muito, que o ato assim *reprovado* por lei, tanto pode consistir na violação de um *dever jurídico* — seja de um dever *específico* de *prestar*, seja de um *dever geral de abstenção* —, como provir do *exercício de um direito*. O § 826 do BGB é deste modo considerado, com apoio

---

<sup>1</sup> CARBONNIER. *Droit Civil*, 3, *Les biens*, 7.<sup>a</sup> ed., 1973, n. 58, pág. 203.

aliás nos próprios trabalhos preparatórios da lei, como um dos *limites de ordem geral* aplicáveis ao *exercício* de qualquer *direito subjetivo*.<sup>1</sup>

A disposição mais importante, porém, dentro da área do instituto, pela sua intensíssima aplicação prática, é a contida no § 242 do Código Civil, segundo a qual o devedor é obrigado a realizar a prestação, de acordo com os ditames da boa fé aplicáveis ao comércio jurídico (*wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*). Também neste ponto, apesar de o texto da disposição se referir apenas ao *cumprimento do dever de prestar* resultante de uma *relação de crédito*, a doutrina e a jurisprudência alemãs são hoje unânimes no entendimento de que o mesmo princípio se estende, não só ao *direito correlativo do credor* à prestação, mas ainda ao *exercício* do direito emergente de *qualquer outra relação* estabelecida *entre pessoas determinadas*.<sup>2</sup>

Ao lado destes preceitos de *ordem geral*, várias outras disposições de caráter *especial* são apontadas pela doutrina germânica como *afioramentos* acidentais do mesmo juízo de reação contra o exercício *anormal* de certos direitos subjetivos. Entre essas disposições destaca-se, pelo seu sentido *positivo*, a do § 1.020, ainda do Código Civil, segundo a qual o titular da *servidão predial* deve, no exercício dela, acautelar quanto possível (*tunlichst zu schonen*) os interesses do proprietário do prédio onerado.

A 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 deste teor: "Ninguém pode exercer o próprio direito *em contraste com o fim* para o qual esse direito lhe é conferido."

Em contrapartida, foi introduzida no regime jurídico do direito de propriedade uma disposição (art. 833) segundo a qual "o proprietário não pode realizar atos que *não tenham outro fim* que não seja o de prejudicar ou causar dano a outrem."

1 ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 15.<sup>a</sup> ed., 1960, I, 2.<sup>o</sup> tomo, § 239, pág. 1445. Na sua primitiva redação o § 826 ressaltava a obrigação de indenizar os atos praticados no exercício de um direito de que o lesante fosse titular. A isenção foi eliminada pela comissão do Reichstag, por se entender que, nem mesmo no *exercício formal de um direito*, uma pessoa pode prejudicar outra, violando os bons costumes.

2 ENNECCERUS-NIPPERDEY, *ob.*, ed., e vol. *cits.*, § 239, IV, pág. 1443; LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 5.<sup>a</sup> ed., 1980, § 13, IV, 3, pág. 205.

Esta condenação expressa dos atos *ad aemulationem*, conjugada com as várias disposições que mandam recorrer ao princípio da *boa fé*, em sentido *objetivo*, no domínio dos contratos e das obrigações em geral, e com a norma que considera a *ameaça de exercer um direito* como fundamento da anulação do contrato, sempre que através dela se visa conseguir uma *vantagem injusta* (art. 1.438), explicam a forte propensão da doutrina mais qualificada para dar guarida, no direito italiano, à reação genérica contra o *exercício abusivo* de qualquer direito subjetivo.<sup>1</sup>

Essa fora, entretanto, a solução expressamente consignada, em termos demasiado abertos, pelo interessante Código suíço, cujo art. 2.º prescreve que todos devem exercer os seus direitos e cumprir as suas obrigações segundo as regras de *boa fé* e remata, dizendo que “o *abuso manifesto* de um direito não é protegido pela lei”.

Pela mesma linha de rumo, embora com uma trajetória mais precisa, se orientou o Código português de 1966, que trata diretamente do *abuso do direito* nas disposições *gerais* relativas ao *exercício e tutela dos direitos* (art. 334) e não no capítulo restrito da *responsabilidade civil*, em relação aos direitos de crédito, como fora proposto no anteprojeto de VAZ SERRA.<sup>2</sup>

“É ilegítimo o exercício de um direito, diz o artigo 334 segundo uma Diretriz duplamente dimensionada, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela *boa fé*, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.”

Além disso, o diploma lusitano manda expressamente observar os *ditames (objetivos)* da *boa fé*, tanto no cumprimento da obrigação, como no *exercício do direito de crédito*. “No cumprimento da obrigação” diz o art. 762, n.º 2, “assim como no *exercício do direito correspondente*, devem as partes proceder de *boa fé*.”

E a mesma receptividade perante o sentimento de reação contra o exercício discricionário do direito subjetivo, que a prestigiada jurisprudência francesa foi ressuscitar à velha *exceptio doli* — à *exceptio doli generalis* e à *exceptio doli specialis* —, se nota em várias outras legislações.

---

<sup>1</sup> Vide, por todos, GIORGIANNI, *L'abuso del Diritto nella teoria della norma giuridica*, 1963; SALVATORE ROMANO, *Abuso del diritto*, na *Enciclopedia del diritto*, I, 1958, e SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 1957 — este, em termos especiais, devido à concepção de direito subjetivo por ele aceite.

<sup>2</sup> CUNHA DE SÁ (*Abuso do direito*, 1973, págs. 99 e segs.), numa cuidada dissertação sobre o tema, faz a história minuciosa dos trabalhos preparatórios que antecederam a redação definitiva do artigo 334.º.

Na Rússia, por exemplo, já o Código Civil de 1922, logo no art. 1.º, declarava que os direitos civis são protegidos por lei, salvo no caso de serem exercidos num sentido *contrário* à sua *destinação econômica e social*; e doutrina *substancialmente análoga* veio a transitar para o art. 5.º do novo Código Civil soviético de 1 de agosto de 1964, embora não seja difícil prognosticar a enorme distância que há-de mediar, por óbvias razões, entre o idealismo da fórmula exarada na lei e a secura dos resultados práticos alcançados, à sombra do texto legal, pela magistratura soviética.<sup>1</sup>

Em termos relativamente próximos se proclama, no art. 1.071 do Código argentino, que a lei *não protege* o exercício *abusivo* dos direitos, considerando-se como tal, numa orientação acentuadamente objetivista, o que contrariar os *fins* que a lei teve em vista ao concedê-los ou o que exceder os limites impostos pela *boa fé*, pela *moral* ou pelos *bons costumes*.

### 3 — O abuso do direito e a legislação brasileira

E no Direito brasileiro? Que receptividade encontra no Código de BEVILAQUA, ou na legislação posterior, a reação da jurisprudência, da doutrina e da própria legislação européia contra o exercício arbitrário dos direitos subjetivos?

Não há no Código Civil brasileiro, nem na legislação posterior, nenhum preceito legal que *consagre* ou que *repudie*, em termos gerais, a teoria do *abuso do direito*.<sup>2</sup>

E o fato não pode surpreender, atendendo a que, à data da elaboração do projeto do Código, mal se balbuciavam ainda na jurisprudência francesa as primeiras letras da nova doutrina e sabendo-se, além disso, que as *limitações gerais* ao caráter absolutista dos direitos subjetivos repugnavam ao pensamento *liberal* da época, bem como às correntes *positivistas* que então dominavam a literatura jurídica brasileira.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Sobre as razões da escassa projeção prática desses preceitos, vejam-se R. DAVID e J. HAZARD, *Le droit soviétique*, Paris, I, págs. 249 e segs.

<sup>2</sup> Já o mesmo não ocorre com o *Projeto* do Código civil de 1975 cujo artigo 185 (manifestamente inspirado no art. 334 do Código Civil português) se refere à figura do **abuso do direito** nos seguintes termos: "Também comete **ato ilícito** o titular de um direito que, ao **exercê-lo**, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes."

<sup>3</sup> É interessante verificar como a interferência do positivismo se nota, com toda a transparência, mesmo em autores, como JORGE AMERICANO (*Do abuso do Direito no exercício da demanda*, 1923, n. 10, pág. 27), propensos à aceitação da nova doutrina, quando escreve: "Do rigor requerido no estudo

Também se sabe, no entanto, que, a despeito de nenhum preceito legal chamar ao *abuso do direito* pelo seu nome, várias disposições do sistema brasileiro contêm vestígios inequívocos da reação da lei contra o exercício *anormal* de certos direitos.<sup>1</sup>

Logo no art. 160, ao enumerar as *causas da exclusão da ilicitude*, entre as quais se contam a *legítima defesa* e o *estado de necessidade*, o Código Civil prescreve que “não constituem atos *ilícitos*... os praticados... no exercício *regular* de um direito reconhecido”, insinuando por argumento *a contrario* a conclusão de que constituem atos *ilícitos* os praticados no exercício *irregular* de qualquer direito.

Ilação paralela faculta o artigo 100 do mesmo Código quando, ao delimitar os contornos da *coação* como vício do consentimento, prescreve que “não se considera coação a ameaça do *exercício normal* de um direito, nem o simples temor reverencial.” Do texto transcrito se depreende, com efeito, que já pode considerar-se coação a ameaça do exercício *anormal* de um direito; e se a lei assim reprova a *mera ameaça* do exercício anormal de um direito, para extorquir de outrem uma declaração de vontade, por igual ou com maior razão há-de, obviamente, reprovar e castigar o *efetivo* exercício *anormal* desse direito.

Também na regulamentação do direito de propriedade, designadamente nos artigos 554 e 564, se encontram formas *específicas* de reação contra o exercício *abusivo* dos poderes do proprietário: no primeiro caso, contra o mau uso da propriedade, em termos que prejudiquem a *segurança*, o *sossego* ou a *saúde* dos que habitam o prédio vizinho; no segundo, contra a atuação do proprietário que, desviando as águas do seu curso normal para utilizá-las em prédio que lhe pertença, pretenda em seguida *onerar* com o *escoamento* delas o dono do prédio inferiormente situado.

---

2 Por essa e outras razões se explica, aliás, a indisfarçada simpatia, que os mestres do direito brasileiro, sem exclusão de algumas reservas, revelam pela nova teoria. Cf. por todos, ORLANDO GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, 6.<sup>a</sup> ed., 1979, n. 84, págs. 151 e segs. E assim se explica, outrossim, que o Projeto do Código Civil de 1975 incluía a tal disposição (art. 185) que, em termos gerais, condena o exercício *abusivo* de qualquer direito subjetivo.

---

de uma ciência que, como o direito, tende dia a dia a desprender-se das brumas da metafísica para subordinar-se aos métodos positivos, únicos pelos quais se pode atingir a constatação das verdades objetivas, não parece próprio subordiná-las à verificação subjetiva do elemento intencional do agente.”

No mesmo sentido se podem alinhar as disposições (arts. 14 e segs.) particularmente significativas<sup>1</sup> que, no Código de Processo Civil, ordenam às partes que, no exercício tanto do *direito de ação*, como do *direito de defesa*, procedam com *lealdade* e *boa fé*, sob pena de *responderem*, como *litigantes de má fé*, pelos danos causados à contraparte.

E no mesmo pendor se orientavam já as disposições do Código Civil (arts. 1.530 e 1.531) que mandam aplicar determinadas sanções ao credor que comete alguma das seguintes irregularidades: demandar o devedor antes de vencida a dívida; demandar o devedor por dívida já paga; pedir ao devedor mais do que é devido.

Em face dos elementos coligidos, a questão fundamental posta ao intérprete, depois de fixar o sentido exato das várias disposições passadas em revista, cujo texto não prima pela *precisão*, consiste em saber se essas disposições refletem um *princípio geral* de relevância do *abuso do direito* ou constituem, pelo contrário, soluções de caráter *excepcional*, que indiciam a existência, latente no sistema, de uma *regra de sinal oposto*.

Para responder com a necessária segurança à interrogação formulada, convirá saber como reage o sistema brasileiro, através das disposições legais em vigor, ao tratamento jurídico das espécies *típicas* do *exercício abusivo* dos direitos, apontadas pela jurisprudência e doutrina européia.

Todos sabem que o juiz se não exime de sentenciar ou despachar, com o pretexto de a lei ser *omissa* ou *obscura* (art. 126 do Cód. Proc. Civil), desde que o caso deva efetivamente recair sob a alçada do Direito, cumprindo-lhe recorrer sucessivamente à *lei*, à *analogia*, aos *costumes* e aos *princípios gerais de direito*. Assim sendo, cabe naturalmente perguntar como deveriam os Tribunais brasileiros julgar as espécies mais significativas do abuso do direito, que têm passado pela justiça européia ou têm sido comentadas pelos autores do Velho Continente.

#### 4 — A casuística do abuso do direito

A) Os atos "*ad emulationem*". Um dos contingentes mais destacados da casuística do *abuso do direito*, em cujo tratamento

---

<sup>1</sup> Quer aludir-se ao fato de a regra básica da *boa fé* ser expressamente imposta num ramo do direito dominado pelo **princípio do contraditório** e destinado a regular a atividade litigiosa dos particulares: CASTRO FILHO, **O abuso do Direito no direito processual civil**, 2.<sup>a</sup> ed., págs. 31 e segs.; CELSO BARBI, **Comentários ao Código de Processo Civil**, I, tomo 1.<sup>o</sup> FORENSE, 1975, ns. 154 e segs., CALAMANDREI, **Il processo come giuoco**, Riv. dir. proc. civ., 1950 págs. 23 e segs.



o direito moderno se inspirou nas velhas fontes romanistas, é o dos atos *ad emulationem*. Trata-se dos atos praticados no exercício *formal* de um direito, por via de regra o *direito de propriedade*, não com o intuito de satisfazer uma *necessidade* (séria) do titular, mas com o firme propósito de *prejudicar* uma outra pessoa.

São geralmente conhecidos os casos desse tipo apreciados e julgados pela jurisprudência francesa, podendo referir-se, a título de exemplo, ao lado da hipótese clássica do caso BAYARD, o do proprietário que construiu no seu imóvel uma falsa chaminé com o notório propósito de retirar luz ao prédio vizinho.<sup>1</sup>

Apesar de o artigo 572 do Código brasileiro reconhecer ao proprietário a faculdade de levantar no seu terreno todas as construções que lhe aprouver e de a construção da falsa chaminé se não achar incursa nas restrições provenientes das relações de vizinhança, de que tratam os artigos 573 e seguintes, nenhuma dúvida pode restar de que o direito civil brasileiro reprova todos aqueles atos *emulativos* que a jurisprudência francesa tem sistematicamente condenado, obrigando o proprietário lesante a indenizar os danos causados ao vizinho.

Com efeito, o artigo 554 proíbe os atos do proprietário (ou ocupante) do imóvel capazes de prejudicar a *segurança*, o *sossego* ou a *saúde* das pessoas que habitam o prédio vizinho, mesmo que esses atos satisfaçam algum interesse de quem os pratica.

Por outro lado, ao definir os limites materiais da propriedade imóvel, o art. 526, colocando o critério da *utilidade real*<sup>2</sup> acima do princípio do *poder ilimitado* ou *arbitrário*, retira ao proprietário o direito de se opor aos trabalhos que, pela altura ou profundidade a que são efetuados, ele *não tenha interesse em impedir*, contanto que, como é óbvio, esses trabalhos correspondam a um *legítimo interesse* de terceiro.

Em tais circunstâncias, o ato praticado pelo proprietário, *sem utilidade relevante* para ele e com o propósito essencial de prejudicar o prédio vizinho, não pode deixar de considerar-se como

---

1. É o célebre caso **DOERR**, do tribunal de COLMAR, de 2 de maio de 1855. Cf. CARBONNIER, *Droit Civil*, 3, *Les biens*, 7.<sup>a</sup> ed., 1973, n. 57, págs. 200 e segs. sobre os elementos constitutivos do **abuso do direito** de propriedade.

2. O critério da **utilidade real** começa por ser logo perfilhado na primeira parte do texto do artigo 526, quando nele se afirma que à propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda a profundidade, "**úteis ao seu exercício**".

uma forma de exercício *irregular* do direito de propriedade, para o efeito do disposto no artigo 160, I, do Código Civil, sejam quais forem as precisões de que necessite o pensamento vagamente formulado na lei.

Maiores dúvidas pode já suscitar o diagnóstico de um dos raros casos em que a jurisprudência alemã aceitou a existência de um ato *emulativo* ou de *chicana*: o do pai que, gravemente incompatibilizado com o filho, proíbe este de visitar a sepultura da mãe, localizada no jardim de um seu imóvel, com a alegação de ser doente cardíaco e o encontro com o filho poder ser fatal à sua vida.

Pode, efetivamente, entender-se que não há neste caso *um direito único*, cujo exercício possa ser considerado irregular, mas uma verdadeira *colisão de direitos*: o direito de propriedade do pai sobre o jardim, que lhe permite interditar a entrada nele de qualquer pessoa, incluindo o filho; o *direito pessoal familiar* do filho a visitar a sepultura da mãe, onde quer que ela se encontre. Para quem sustente, como parece mais criterioso, que o direito de propriedade do pai deve ceder, *em parte*, ao direito pessoal familiar do filho, faltará sempre encontrar o fundamento jurídico dessa cedência. Fundamento que LARENZ,<sup>1</sup> comentando a decisão, coloca no fato de a proibição da visita do filho à sepultura da mãe, nos termos absolutos em que o pai a estabeleceu, ser *contrária aos bons costumes (sittenwidrig)*.

E que os atos ofensivos dos bons costumes não encontram cobertura na ordem jurídica brasileira resulta desde logo do disposto no art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil e de outros preceitos isolados do sistema.

B) *Os atos ofensivos dos bons costumes ou contrários à boa fé.* O *segundo contingente* de espécies geralmente incluído na órbita do *abuso do direito* é, na verdade, constituído pelos atos que, praticados embora no exercício *formal* de um direito subjetivo, são *substancialmente* ofensivos dos *bons costumes* ou do princípio da *boa fé*.

Imaginemos, para exemplificar, que o credor, depois de ter cedido o seu crédito, mas sabendo que o cessionário não notificou ainda o devedor, interpela este e obtém o pagamento da prestação devida. De acordo com o disposto no artigo 1.069 do Código Civil, que considera a cessão de créditos ineficaz em relação ao devedor, enquanto a este não for notificada, o devedor cumpriu correta-

---

<sup>1</sup> Allgemeiner Teil, 5.<sup>a</sup> ed., § 13, IV, 1, pág. 204.

mente a sua obrigação, entregando a prestação ao cedente; e este exerceu *formalmente* o seu direito de crédito perante o devedor, interpelando-o para cumprir.

Todos acordarão, no entanto, em que o cedente terá que restituir ao cessionário aquilo com que *injustamente* se locupletou à custa dele. Mas terá o cedente, agindo assim de *má fé*, de restituir nos mesmos termos em que é obrigado a restituir o cedente a quem o devedor *espontaneamente*, na *ignorância da cessão*, remeteu ou mandou entregar a prestação devida?

Um e outro terão que indenizar de igual modo as *despesas* inúteis que o cessionário venha a fazer, para *notificar* a cessão ao devedor e tentar *cobrar* dele a prestação devida?

A interpelação do devedor feita pelo cedente em tais circunstâncias, embora nenhum dano cause ao *interpelado*, constituirá o exercício *regular* de um direito reconhecido, para usar a terminologia do artigo 160 do Código Civil?

Suponhamos ainda um outro caso.

O vendedor de jogo de loteria vendeu um bilhete a um cliente, *já depois* de o respectivo sorteio se ter efetuado. O cliente sabe que o sorteio já se realizou, mas *ignora o seu resultado*; por seu turno, o vendedor *já conhece* o resultado do sorteio e sabe que o bilhete está branco.

Pode ou não o cliente *anular* o negócio, alegando e provando a *má fé* com que o vendedor agiu?

Vendendo o bilhete que lhe pertencia, dir-se-á que o alienante mais não fez do que *exercer o seu direito de propriedade*, dispondo da coisa que era sua; e acrescentar-se-á que o comprador, sabendo que o sorteio já se efetuara, contou com a possibilidade de adquirir um bilhete em branco, já sem nenhum valor no momento da aquisição, e que não houve, conseqüentemente, nenhum erro substancial da sua parte acerca das qualidades essenciais do objeto.

Mas o silêncio do vendedor, *dissimulando* um fato essencial à declaração da contraparte, constitui violação manifesta do princípio da *boa fé* a observar na preparação e celebração do contrato. O direito brasileiro, que tão sensível se revela a esse princípio na atividade das partes em juízo, *não pode* evidentemente, sob pena de grave e injustificada incoerência, ser *insensível* a ele no domínio dos contratos e das obrigações.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Cf., aliás, o disposto no artigo 1.446.º do Código Civil, relativamente ao caso, bastante próximo, do segurador que, ao tempo do contrato, sabe estar passado o risco de que o segurado se pretende cobrir.

Neste conjunto de atos *contrários* ao princípio da *boa fé*, no *exercício de um direito*, cabem ainda aquelas situações em que o ato praticado pelo titular do direito revela manifesta incoerência com o seu comportamento anterior perante a contraparte. Fala-se nesses casos num *venire contra factum proprium*. E também nesse caso se encontra um indício sintomático da reação salutar do código brasileiro, através do disposto no artigo 155, que impede o menor com mais de 16 anos, que *dolosamente* se fez passar por maior, de requerer a anulação do ato.

Decerto por entender que constituiria verdadeiro *abuso do direito potestativo de anulação* o seu exercício em semelhantes circunstâncias.

C) *Atos contrários ao fim social ou econômico do direito subjetivo*. Um outro núcleo de casos geralmente incluído pelos autores no âmbito do *abuso do direito* é constituído pelos atos de exercício dum direito subjetivo, praticados com uma finalidade contrária ao fim *econômico* ou *social* desse direito.

A, credor de B, encontrando-se este gravemente doente e endividado, ameaça a filha do devedor com o requerimento judicial de falência do pai, se ela não casar com ele.

Também neste caso não existem razões para duvidar da solução em princípio aceite pelo direito brasileiro: a *cominação* do requerimento da falência, não para obter do comerciante o pagamento das suas dívidas em mora, mas com o revelado intuito de *extorquir* da filha do devedor a *declaração de casar*, enquadra-se na ameaça do exercício *anormal* de um direito, que o art. 100 do Código Civil expressamente considera como *coação sobre o declarante*.

Imaginemos um outro exemplo, não previsto diretamente na lei.

O proprietário de uma vivenda nova, no Rio, indignado com o imposto predial elevado que a Prefeitura lhe cobra, pretende lançar fogo ao imóvel, para desse modo se eximir ao pagamento do imposto.

O direito de propriedade ainda hoje envolve, em princípio, o chamado *ius abutendi*, quer se trate de coisa móvel, quer de coisa imóvel. Abstraindo, porém, do *ilícito administrativo* que possa ocorrer, agirá regularmente, em face do próprio direito privado, o *dono do imóvel* acabado de construir que *pretenda destruí-lo*, com o puro intuito de se subtrair ao imposto predial? E atuará *ilicitamente* a pessoa que, *pela força*, impeça o proprietário de consumir o seu desígnio?

## 5 — Sequência

O ensaio que acaba de ser feito em torno da casuística do *abuso do direito* confirma, nas suas linhas gerais, a idéia de que o sistema brasileiro constituído reage de modo francamente positivo contra o exercício *irregular* de certos direitos subjetivos.

Resta saber, entretanto, se essa reação se deixa reconduzir a um *princípio geral*, semelhante em extensão ao consagrado expressamente na legislação helvética, russa e portuguesa, ou se, pelo contrário, tal como ocorre na legislação italiana e, de certo modo, no direito alemão, ela compreende apenas *certas formas* de abuso ou atinge somente *determinados direitos*.

Para formar um juízo devidamente fundamentado acerca desse ponto fulcral da matéria, importa agora saber qual o *fundamento* em que assenta realmente a reação da ordem jurídica contra o exercício chamado *abusivo* dos direitos subjetivos. Problema que tem suscitado as maiores divergências e hesitações entre os autores, por virtude da zona nevrálgica em que se situa a crise do direito subjetivo, desencadeada pelo *mau exercício* dos poderes nele contidos.

## 6 — Dificuldade criada à autonomia dogmática do abuso do direito pelos quadros do positivismo jurídico

A doutrina sentiu, de fato, as maiores dificuldades em definir *dogmaticamente* a figura do *abuso do direito*, enquanto não conseguiu libertar-se da idéia *lógico-conceitual* do *direito subjetivo* imposta pelos quadros do positivismo jurídico e da *teoria pura do Direito*.

A própria expressão — *abuso de direito* — escolhida para designar as situações, contra as quais a jurisprudência gaulesa começou a reagir desde a segunda metade do século findo, parece conter dentro de si uma contradição nos seus termos, denunciadora da perplexidade teórica que dominou a sua criação.

Falou-se em *abuso do direito* e, a breve trecho, a expressão ganhou foros de cidade. Mas, comentam alguns autores, a denominação da figura assenta numa verdadeira *logomaquia*. *Se há abuso, não pode haver direito; se há direito, que envolve prevalência de um interesse sobre os interesses com ele conflitantes, não pode haver abuso.*

E as dificuldades de conciliação das duas idéias opostas propagavam-se à própria justificação do tratamento jurídico das espécies abrangidas pela nova teoria.

O abuso do direito foi invocado pelos tribunais franceses para fundamentar a *anulação* do ato praticado pelo titular no exercício do direito ou para lhe impor a obrigação de *indenizar* os danos causados a outrem, sem negar a validade *geral* do direito subjetivo com base no qual os atos eram praticados.

Mas como explicar a *anulação* do ato se, apesar de tudo, ao praticá-lo, o titular do direito *não violou a lei*, não cometeu nenhuma *ilegalidade*, exercendo apenas o *seu direito*? E como justificar a obrigação de *indenizar* os danos sofridos por terceiro, se quem exerce o seu direito não pode deixar de agir *licitamente*,<sup>1</sup> e se a jurisprudência obrigava o titular do direito a indenizar, mesmo que nenhum proveito ele houvesse arrecadado do ato, ao invés do que ocorre com os atos *licitos* geradores do dever de indenizar?

Para ladear a dificuldade (patente no próprio texto do artigo 160 do Código Civil,<sup>2</sup> quando confunde o exercício *irregular* do direito subjetivo com o *ato ilícito*, que consiste na violação de um *dever jurídico* ou na infração de uma *norma* destinada a tutelar *interesses de outrem*), muitos autores procuraram a cobertura *dogmática* do abuso do direito subjetivo fora do *mundo* normativo do *Direito* constituído.

Alguns deles, como RORONDI,<sup>3</sup> consideram o abuso do direito um fenômeno essencialmente *sociológico*, proveniente do inevitável desajustamento entre as condições históricas que serviram de base, na data de publicação da lei, à formulação do *conteúdo* do direito subjetivo e as condições sociais ou as concepções morais vigentes à data do ato praticado pelo respectivo titular.

*Abusar* do direito não significa assim *violar o direito*, tal como a *lei o concebeu*; quer apenas dizer que o titular exerce o direito em termos que são reprovados pela consciência social duma época posterior à definição da lei.

---

1 *Qui iure suo utitur*, diziam os textos do direito romano, *neminem laedit*.

Claro que a sentença precisa de ser entendida em termos hábeis.

Com efeito, a atribuição de um direito subjetivo a uma pessoa envolve o sacrifício deliberado dos interesses que se contraponham ao interesse tutelado. Quando o titular exerce o direito (reclamando a prestação devida, utilizando a água que se escoava para o prédio inferior, construindo no seu terreno, etc.) é sabido que ele sacrificará muitas vezes interesses alheios. O que não há, por via de regra, é *ilicitude* nesse sacrifício.

2 É patente outrossim no texto do art. 185 do projeto (de 1975) do novo Código Civil brasileiro, quando indevidamente enquadra na moldura legal do *ato ilícito* o exercício abusivo do direito.

3 *L'abuso del diritto*, na *Rivista di diritto civile*, XV, 1923, págs. 295 e segs., e *Istituzioni di diritto privato*, 7.<sup>a</sup> ed. 1962, págs. 101 e segs.

Outros, é o caso de DABIN<sup>1</sup> e RIPERT,<sup>2</sup> consideram o abuso do direito (à semelhança do que ocorria em alguns sistemas com o instituto do *não locupletamento à custa alheia* e, em parte, com as *obrigações naturais*) como fruto da reação da *moral social* contra certos atos que, apesar de estritamente legais, porque praticados no exercício de um direito subjetivo, violam determinados deveres éticos, de *justiça* ou de *equidade*.

Outros ainda, como DUGUIT<sup>3</sup> e a escola realista francesa de um modo geral, tentaram *eliminar a doença, liquidando o doente*. Combatem a figura do *abuso do direito* e a sua aparente contradição, suprimindo o conceito de *direito subjetivo*, todo ele obsoleto impregnado das concepções metafísicas importadas da teologia, da escola do direito natural e do romantismo da escola histórica.

A verdade, porém, é que a *escola realista* francesa, substituindo a categoria clássica dos *direitos subjetivos* pela novidade doutrinária das *situações jurídicas subjetivas*, não resolve, apenas *desloca* a sede formal do problema do abuso do direito, tal como a jurisprudência o concebeu e solucionou.

Por sua vez, a tese do abuso do direito como fenômeno estritamente *sociológico* ignora a premência atual da sua *implantação jurídica*, enquanto a doutrina do exercício abusivo dos direitos, como corretivo da *legalidade* através da válvula de segurança da *moralidade*, não retrata os efeitos próprios do fenômeno no *campo específico do Direito*. E são esses efeitos *jurídicos*, seja qual for a sua matriz *ontológica*, que à doutrina cumpre *definir*, em primeiro lugar, e *aglutinar* logicamente, através da figura *dogmática* adequada, numa segunda fase da sua intervenção.

### 7 — Identificação do abuso com a falta do direito

Uma segunda corrente doutrinária, de igual modo presa às *seqüelas* do positivismo na concepção *formal* dos direitos subjetivos, é a que entende não haver lugar ao *abuso do direito* como realidade dogmática *autônoma*.

1 L'abus du droit et la responsabilité dans l'exercice des droits, in *La Belgique judiciaire*, 1921, págs. 307 e segs.

2 L'exercice des droits et la responsabilité civile, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1905, págs. 352 e segs.; id., *Abus ou relativité des droits...*, *Rev. cit.*, 1929, págs. 33 e segs.

3 *Traité de droit constitutionnel*, 2.<sup>a</sup> ed., 1921, I.

“*Si j’use de mon droit, escrevia PLANIOL,<sup>1</sup> mon acte est licite, et quand il est illicite, c’est que je dépasse mon droit et que j’agis sans droit.*”

E o seu pensamento remata com esta síntese lapidar, doravante repetida por muitos autores: “*Le droit cesse où l’abus commence.*”

Não haveria assim lugar a esse *meio-termo*, a esse *estádio intermédio*, entre a existência do direito (*legalidade*) e a carência do direito (*ilegalidade*), que seria o *abuso do direito*. O exercício abusivo do direito não constituiria uma categoria dogmática autônoma, sendo o *abuso* igual à *falta* ou *carência do direito*.

É certo que os autores não deixavam de notar uma diferença de recorte *morfológico* entre os casos de *falta pura e simples* do direito (vendedor que aliena coisa alheia) e as situações de exercício *abusivo* do direito (alienante que, sendo dono da coisa, vende um direito que sabe nenhum *valor objetivo* possuir já).

Mas o abuso consiste no *excesso dos limites externos* impostos ao exercício do direito. E essa transposição, sem salvo-conduto, do limite das águas territoriais em que a embarcação do direito subjetivo pode *livremente* navegar determina o *afundamento* lógico da nave, a *falta* do direito.

Os autores, equiparando deste modo o *abuso à falta do direito*, resolviam em termos *aparentemente satisfatórios*<sup>2</sup> a questão do *regime jurídico* das espécies mais significativas examinadas nos tribunais.

Mas não conseguiam *detetar* o elemento *específico* do abuso do direito, capaz de justificar, no vasto arsenal dos instrumentos jurídicos, a sua fundada *autonomia dogmática*, ao lado das figuras próximas ou afins, como a *falta do direito*, a *fraude à lei* ou o *ato ilícito*.

#### 8 — A concepção axiológica do direito subjetivo e a consolidação da teoria do abuso do direito

Na segunda metade do século, a doutrina rompeu, porém, definitivamente e em várias frentes, os quadros do *conceitualismo lógico-formal* traçados pelo *positivismo*, através da ciência pandectística.

E o direito subjetivo foi uma das áreas especialmente revolvidas pela nova vaga do pensamento jurídico.

<sup>1</sup> PLANIOL e RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, 10.<sup>a</sup> ed., II, págs. 297 e segs.

<sup>2</sup> Só aparentemente satisfatórios porque, na realidade, os efeitos jurídicos do *abuso do direito* não coincidem com as conseqüências da *falta do direito*. Sobre os efeitos próprios do abuso do direito, vide, *infra*, n. 11.



O direito subjetivo deixou de ser considerado como um *poder formal absoluto* entregue à vontade *omnipotente e incontrolável* do respectivo titular e passou a compreender, como *componente essencial*, o elemento *valorativo* capaz de justificar a sua atribuição.<sup>1</sup>

Esse elemento substancial *valorativo* não tem sido, no entanto, concebido em termos uniformes pelas diversas correntes doutrinárias superadoras do positivismo jurídico.

Uns, como JOSSE-RAND,<sup>2</sup> por exemplo, realçando o *finalismo sociológico* de toda a ordem jurídica, consideram o direito subjetivo subordinado à prossecução dos fins socialmente relevantes (à *finalidade ou função social*), que inspiram o seu reconhecimento.

Outros, como MULLER-ERZBACH,<sup>3</sup> fiel à sua concepção *causal* do direito, consideram o direito subjetivo ligado aos *interesses* a que ele se encontra funcionalmente adstrito e às razões justificativas da sua prevalência, tendo estes interesses não um papel puramente *descritivo, explicativo* ou *epistemológico*, para o comentário da lei ou a construção doutrinária, mas uma função verdadeiramente *causal, real* ou *substancial* na modelação do direito subjetivo.

Outros, finalmente, como SALVATORE ROMANO,<sup>4</sup> GIORGIANNI, NIPPERDEY,<sup>5</sup> e CASTANHEIRA NEVES<sup>6</sup> entre os autores portugueses, com o manifesto intuito de não subordinarem o Direito às *motivações ideológicas* fixadas na lei pelo poder constituído, incluem no direito subjetivo o fundamento *axiológico-normativo* nele imanente, entendendo que o direito só tem verdadeira *validade jurídica*, enquanto na sua aplicação *concreta* corresponder a esse *fundamento*.

---

1 Vide, por todos, GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, 1963, págs. 317 e segs.

2 *De l'esprit des droits e de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, 1927.

3 *Die Rechtswissenschaft im Umbau*, 1950, págs. 116 e segs. e *L'abuso del diritto secundo la dotrina giuridica teleologica na Riv. dir. com.*, 48, 1.<sup>a</sup> Parte, págs. 89 e segs.

4 *Locs. cit.*

5 ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allg. Teil*, I, 2.<sup>o</sup> § 239, pág. 1.441 que, a propósito do exercício dos direitos, referem os limites que decorrem, não só do conceito e essência do direito subjetivo, mas também da sua função ética e social. "Um ato de exercício estranho aos seus fins ou contrário à sua função, comentam os autores, não é mais coberto pelo conteúdo do direito".

6 "Questão-de-facto — Questão-de-direito ou o Problema metodológico da juridicidade, 1967, pág. 526: "... o comportamento abusivo outra coisa não é senão o exercício de um direito aparente."

O abuso do direito consiste assim, para esses autores, na *contradição* existente entre o respeito das estruturas *formais* do direito subjetivo e a violação *concreta* do *real fundamento axiológico-normativo* em que esse direito repousa. Há, por conseguinte, no *abuso do direito* uma simples *aparência* de direito, uma *ausência* real do direito. E o elemento tipificador do *abuso do direito*, que explica a sua autonomia dogmática, está precisamente na *contradição* entre a observância da estrutura *formal* do direito traçada na lei e a violação *concreta* do fundamento *substancial* desse direito.

Quando o proprietário levanta no seu prédio a chaminé falsa, que nenhum interesse satisfaz senão o de prejudicar o dono do imóvel vizinho, só *aparentemente* o autor da obra exerce um direito, na medida em que, usando o poder de edificar no seu solo *formalmente* conferido pela Ordem Jurídica, ele viola com o ato concreto praticado o fundamento *axiológico-normativo* da propriedade, apostada em garantir a satisfação de reais necessidades do seu titular.

#### 9 — A evolução do conceito de direito subjetivo

Para se compreender esta fase final de fixação do *abuso do direito* como figura dogmática *autônoma*, torna-se mister conhecer as linhas essenciais da evolução do conceito do *direito subjetivo*.

O direito subjetivo, como uma das pedras angulares da ciência jurídica, começou por ser definido por SAVIGNY, WINDSCHEID, e outros autores da sua época, como um *poder da vontade tutelado pela ordem jurídica*. A propriedade, o usufruto, a servidão, o crédito do locador ou do mutuante constituem *direitos subjetivos*, na medida em que, através do respectivo regime, se reconhece à *vontade* do seu titular o poder de exigir determinado comportamento de outras pessoas.

A essa concepção de raiz *voluntarista* se moveram, além de outras, duas objeções capitais. Identificando o direito subjetivo com um *poder da vontade* do respectivo titular, a concepção windscheidiana não cobria os direitos dos incapazes, em que o sujeito do direito carece de vontade juridicamente relevante.

Além disso, a concepção *formal* do direito subjetivo deixa inteiramente de lado o elemento substancial da relação, que é o *interesse* subjacente à norma jurídica.

Reconhecendo a procedência desta dupla observação crítica, definiu IHERING o direito subjetivo como o *interesse juridicamente*

*protegido*. Os incapazes em geral, os menores em especial, são portadores de direitos, embora *desprovidos de vontade relevante*, por serem titulares de *interesses juridicamente tutelados*, que não se confundem com os interesses próprios dos seus representantes legais.

Mas a doutrina de IHERING, não obstante o mérito de realçar o elemento *substancial* da relação jurídica, oferece o flanco desguarnecido a dois reparos fundamentais.

Por um lado, não faltam na vida social interesses juridicamente protegidos a que *não corresponde nenhum direito subjetivo*, como sucede com muitos interesses do plano familiar e com os interesses dos particulares só *reflexamente* tutelados através de providências do foro *publicístico*. Por outro lado, mesmo quando à proteção legal de certo interesse corresponda a atribuição de um direito subjetivo, não pode confundir-se a *forma* da proteção legal (que é a *essência* do direito) com o *interesse* protegido (que é o *fim* ou o *escopo* do direito).

A doutrina moderna, conciliando o que há de pertinente na crítica a cada uma das concepções clássicas, inclui na noção de direito subjetivo um *duplo* elemento, expurgado das impurezas censuradas pelos autores.

O direito subjetivo é um *poder conferido pela ordem jurídica* a alguém para *satisfação dos seus interesses* (materiais, morais ou espirituais).

Trata-se de um *poder jurídico*, não de um *poder econômico* (haja em vista os direitos reais sobre as coisas consumíveis) ou de um *poder social* (pense-se nos direitos de crédito ou nos direitos potestativos).

E embora o seu *conteúdo* ou *objeto imediato* seja variável, consoante a natureza do direito, considera-se nota comum a todos eles o fato de visarem à *satisfação* de um interesse do respectivo titular.

#### 10 — *Valor relativo dos elementos que integram o direito subjetivo*

I) *O elemento formal ou estrutural*. Dos dois elementos incluídos pela doutrina moderna no conceito genérico de direito subjetivo — o *poder jurídico*, por um lado; o *valor* ou *interesse* a ele subjacente, o seu *fundamento axiológico-normativo*, a sua função *ético-social*, por outro — não resta dúvida de que o primeiro constitui a *peça essencial* do direito.

Quando, por exemplo, se examina a relação jurídica do arrendamento, convém certamente saber que, através dela, a lei protege o *interesse* do senhorio, como dono ou usufrutuário do imóvel, na *exploração econômica* do prédio que lhe pertence, bem como o *interesse* do arrendatário e do seu agregado familiar na *estabilidade da habitação* ou o *interesse* do comerciante locatário no *ponto* do seu estabelecimento comercial.

Mas o que *direta e fundamentalmente* importa ao jurista — nesse aspecto se distinguindo a perspectiva do *homem de leis* da visão específica do *sociólogo*, do *economista*, do *historiador* ou do *psicólogo* — são os *poderes* que emergem da relação arrendatícia para o locador e o locatário, os *poderes* que dela advêm para os familiares, o critério com que se regula o conflito eventual de *poderes* entre o locatário e o seu cônjuge ou entre os diversos familiares, o modo como cada um dos *poderes* deve ser exercido, o tempo dentro do qual são exercitáveis.

De igual modo convém ao jurista saber que na raiz dos chamados *impedimentos matrimoniais* se encontram envolvidos certos *interesses* dos nubentes, outros *interesses* dos familiares, ao lado de *valores essenciais* da comunidade em geral (condenação do incesto; proibição da poligamia). Mas o que *primacialmente* compete ao Direito é definir os *poderes* atribuídos aos nubentes, aos familiares, aos estranhos, ao Ministério Público, ou ao juiz em representação da coletividade, no caso de se pretender violar ou se ter efetivamente violado um desses impedimentos; é regular o eventual conflito entre os titulares desses *poderes*; é estabelecer o modo como tais *poderes* devem ser exercidos.

Isto significa que o *direito*, tanto objetivo, como subjetivo, se não confunde com os *interesses*, nem com os *valores*, que lhe estão subjacentes e que o direito é, nesse aspecto, uma realidade essencialmente *formal*.

A *substância* do poder jurídico não está no *interesse*, mas na *proteção formal* do interesse.

“Uma coisa, escreveu MANUEL ANDRADE,<sup>1</sup> é o direito subjetivo em si mesmo e outra coisa é a razão por que, ou o fim em vista do qual, a lei atribui esse direito, ou seja, o interesse para cuja prevalência tal direito foi concedido.”

II) O *elemento funcional* (*interesse, valor, fundamento axiomático*). Ao lado, porém, do *poder jurídico*, que é o elemento *estrutural* do direito subjetivo, uma outra *componente* integra este

---

<sup>1</sup> Teoria geral da relação jurídica, I, 1960, pág. 8.

direito, que é precisamente o *interesse* ou o *valor subjacente* ao *poder de autonomia* reconhecido ao seu titular.

Embora se trate de um elemento *conceitualmente* distinto do *poder jurídico* e seja neste poder que reside a *peça essencial* do direito subjetivo, não pode *negar-se* nem *subestimar-se* a presença daquele *elemento valorativo* na realidade global do direito subjetivo. Fazê-lo seria como negar a *existência* ou a *importância* do *volante* ou do *combustível* na marcha do automóvel, a pretexto de que é o *motor* que faz andar o veículo.

Tudo está entretanto em saber qual o *papel* deste elemento *funcional* ou *substancial* na definição do *conteúdo* do direito subjetivo.

Durante muito tempo, enquanto persistiu a influência *agnóstica* da escola positivista, hostil a todas as reminiscências de sabor metafísico conotadas com a *teologia*, o *direito natural*, a *boa razão*, o *espírito do povo* herdado da escola histórica, o *interesse* ligado à nova corrente da *jurisprudência dos interesses* ou os *valores* exaltados pela escola de Marburgo, aconteceu que no elemento *axiológico* do direito subjetivo era reconhecido um valor puramente *heurístico*.

O *interesse* subjacente a cada direito subjetivo só valia como puro subsídio interpretativo da *vontade* soberana e onisciente do legislador, ou seja, para saber como é que o *legislador* definiu na lei o *poder* atribuído ao titular do direito.

Hoje, no entanto, diversas correntes doutrinárias superadoras do positivismo tendem a reconhecer a esse elemento *axiológico* uma função que transcende em larga medida a pura exegese das disposições legais definidoras do *conteúdo* de cada direito subjetivo.

A determinação precisa dessa função integradora varia muito de autor para autor.

E um dos instrumentos fundamentais através dos quais se opera a intervenção *corretiva* do elemento axiológico normativo no *conteúdo* do direito subjetivo é exatamente o abuso do direito.

Enquanto a *ilegalidade* (a *ilegalidade formal*), consiste na ofensa dos limites ao exercício do direito formulados diretamente na própria lei, ao regular determinado direito subjetivo, o *abuso do direito* traduz-se na violação dos limites *materiais* ou *substanciais genericamente* formulados no sistema para a generalidade dos direitos ou para certas categorias deles, embora respeitando a *estrutura formal* do direito exercido, tal como a lei a descreve.

Há sistemas legislativos, como o suíço, o russo e o português que, regulando *direta e globalmente* o fenômeno do *abuso do*

*direito*, formulam esses limites *substanciais* ou *materiais*, em termos *unitários*, para a *generalidade* dos direitos subjetivos.

Há outros sistemas, como o alemão e o italiano, que, sacrificando em alguma medida a *justiça ideal* da ordem constituída aos valores da *certeza* do direito e à *segurança* do comércio jurídico, definem tais limites, não em termos *globais* ou *unitários*, mas parcelarmente, a propósito das situações em que o conflito real ou concreto entre o elemento *formal* e o elemento *axiológico-normativo* do direito subjetivo fere mais vivamente a consciência jurídica.

O direito brasileiro vigente, pela forma como encara e soluciona o problema, enfileira neste segundo núcleo de legislações.

Esta atitude *real* do legislador pouco interessa obviamente àqueles autores que, *exagerando a função da judicatura na criação do direito*, consideram a solução do problema do *abuso do direito* independente das determinações da lei a seu respeito.

Não é essa a posição de SALVATORE ROMANO, de NIPPERDEY ou de LARENZ, que procuram solucionar a questão de acordo com as coordenadas fundamentais do sistema.

E também não é esse o nosso pensamento, a despeito da função criadora que entendemos dever ser reconhecida ao julgador na regulamentação *normativa* das espécies omissas e apesar do apelo sistemático feito pela própria interpretação das normas legais, quer à reconstrução histórica das situações materiais subjacentes à lei, quer ao exame crítico dos critérios usados pelo legislador.

Na seqüência desta linha geral de pensamento, caberá ao investigador definir *com precisão*, no plano da legislação interna, os limites traçados pelo direito brasileiro constituído ao exercício dos direitos subjetivos, em nome do elemento axiológico-normativo desses direitos, nos diferentes lugares do sistema em que aflora o pensamento latente na teoria do *abuso do direito*. Melhor do que ninguém poderão investigar o tema os verdadeiros mestres do direito brasileiro, conhecedores dos *valores fundamentais* que, ao lado da *autonomia privada*, latejam nas artérias do sistema jurídico nacional.

## 11 — *Efeitos do abuso do direito*

Para concluir, resta entretanto acentuar que os *efeitos jurídicos* do *abuso do direito* se não confinam, como erroneamente poderia supor-se em face da mais antiga jurisprudência francesa, à *obrigação de indenizar* os danos causados a outrem pelo exercício abusivo do direito.

Podem ser outros, muito diferentes, os efeitos decorrentes da ofensa do elemento axiológico-normativo do direito, consoante a natureza da violação cometida.

Se o abuso consiste na ameaça do exercício anormal de um direito para extorquir do ameaçado certa declaração de vontade, o seu efeito consiste na *anulabilidade* do negócio jurídico (artigos 100 e 147, II, do Cód. Civil).

Se o abuso consistir no impedimento *malicioso* da *condição desfavorável* ou na *provocação maliciosa da condição favorável*, a consequência jurídica do fato será, no primeiro caso, a consideração da condição como verificada e, no segundo, o ter-se a condição preenchida como não verificada (art. 120, Cód. Civil).

Se o abuso resultar de o menor com mais de dezesseis anos pretender invocar a sua incapacidade para anular o negócio, depois de dolosamente se ter feito passar por maior, a consequência específica do caso será a *inoponibilidade* da menoridade à contraparte, com a consequente *convalidação* dum negócio que, em princípio, seria anulável (art. 155 do Cód. Civil).

E outrotanto se diga, *mutatis mutandis*, relativamente ao negócio *simulado*.

Se o abuso consistir, como sucedeu no célebre caso BAYARD, na construção de uma obra nociva à propriedade vizinha, a sanção traduzir-se-á na demolição da obra feita, que é uma espécie de *restauração natural* da situação pretérita.

Estes e outros exemplos que poderiam ser facilmente coligidos no mesmo sentido bastam para mostrar a extraordinária riqueza que, também nesse aspecto, reveste a figura do *abuso do direito*. Nela encontrarão assim os jovens investigadores brasileiros um tema digno da sua reflexão, seja pelo *terreno* em que se situa, no coração dos *direitos do homem*, seja pelos *valores essenciais* com que se defronta, no conflito entre o *arbitrio do cidadão* e os *valores éticos* da ordem jurídica, seja enfim pela delicadeza da *construção*, numa zona de luta aberta entre a *rigidez lógica* do positivismo e o idealismo sociológico das novas correntes do pensamento jurídico.