

Breves considerações acerca da doutrina do abuso do direito
Maria Claudia Chaves de Faria Góes¹

1. Introdução

A vida em sociedade cria choque de interesses que o Direito, através de normas objetivas, nem sempre é capaz de solucionar. Tal tarefa, aliás, é de impossível execução, já que impor-se-ia uma previsão legislativa de todas as prerrogativas conferidas aos indivíduos com a conseqüente diretriz a ser por eles seguida durante o exercício de seus direitos. A solução do problema, quando dos conflitos surgirem ilícitos, está na responsabilidade civil, que é a forma encontrada de reparar lesão do direito de terceiros. De igual maneira, quando os limites objetivos do exercício do direito são ultrapassados, incide o agente na responsabilidade decorrente de seu ato ou abstenção. Contudo, se o campo de ação da responsabilidade restringisse sua aplicação tão somente aos aspectos objetivos da norma, restariam inúmeros atos impunes e o equilíbrio das atividades entre indivíduos se romperia.²

A teoria do abuso do direito veio, na concepção de Alvino Lima, “alargar o âmbito das nossas responsabilidades, cerceando o exercício de nossos direitos subjetivos, no desejo de satisfazer melhor o equilíbrio social e delimitar, tanto quanto possível, a ação nefasta e deletéria do egoísmo humano. Como corretivo indispensável

¹ Assessora de Órgão Julgador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Mestranda em Ciências Jurídicas na Universidade Clássica de Lisboa, Portugal.

² Lima, Alvino, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, por J M de Carvalho Santos, Vol. 1, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, p. 325.

ao exercício do direito, ela veio limitar o poder dos indivíduos, mesmo investidos de direitos reconhecidos pela lei, conciliando estes direitos com os da sociedade.”³

Embora possa parecer uma solução justa no concernente ao equilíbrio das relações jurídicas, tal doutrina, por representar uma formulação que vai de encontro com o direito objetivamente assegurado, na qual se busca limites extra-legais do exercício dos direitos subjetivos, nem sempre foi bem vinda, tendo alguns autores negado sua existência, como Planiol, Esmein e outros. Mas sua consagração na doutrina já fez com que se elaborassem critérios fixadores dos limites do exercício dos direitos, principalmente na equidade, boa-fé e do bem da coletividade e, para alguns, certos princípios constitucionais.

2. Noções Históricas

Não é nosso objetivo fazer uma profunda análise história da evolução da teoria do abuso do direito, mas é importante consignar alguns aspectos de sua origem e evolução.

Muitos autores afirmam ter a teoria sua origem no Direito Francês, mais precisamente através de sua jurisprudência. Contudo, foi no Direito Romano que se observou às primeiras manifestações contrária ao exercício abusivo do direito.

Claro que os princípios romanísticos demonstram a solução de casos concretos. Não havia princípios e normas gerais naquele sistema, que apenas funcionava de acordo com o problema que lhe era submetido. Mas isto não desvaloriza todos os

³ Lima, Alvino, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, por J M de Carvalho Santos, Vol. 1, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, p. 326.

conceitos e aforismos que a partir dali foram criados. Pelo contrário, é no Direito Romano que encontramos a base estrutural de nosso ordenamento jurídico.

Campion, em seu *La Théorie des L'Abus des Droits*, indica que toda a evolução do Direito Romano partiu do respeito a moral e equidade, conclusão corroborada pela passagem de Celsius “Jus est ars boni et aequi”. Segundo o autor, a teoria do abuso do direito, em época Romana, pode ser dividida em dois aspectos: a *théorie étroite*, que seria parte integrante da doutrina da falta quase delitual, que reconhecia a responsabilidade resultante do exercício intencionalmente desagradável ou antifinalista dos direitos subjetivos e a *théorie élargie* que subordinava o exercício dos direitos aos princípios da moral social ou da igualdade⁴.

Em Roma primitiva, atesta o autor, se podia considerar a existência de quatro direitos absolutos relacionados ao *pater familias*. Eram eles o *Patria potestas*, o direito do pai sobre seus filhos; *Dominica Potestas*, direito do senhor sobre seus escravos; *Manus*, direito do marido sobre a esposa e *Dominium ex iure quiritium*, que significava o direito de propriedade. Ainda assim, esses direitos, excluído o da propriedade, ditos absolutos, foram considerados abusivos. Como exemplo, no fim da República, o exercício do direito de venda de filho ficava, de alguma forma, vedado se tal negócio fosse realizado sem algum motivo grave, como a extrema miséria.⁵

Contardo Ferrini, citado por Alvino Lima, afirma que o princípio que vigia na época Romana clássica era o de que uma ação, por si lícita, não se tornaria

⁴ Campion, L, *La Théorie de L'abus des Droits*, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, Paris, 1925, p.5.

⁵ Campion, L, *La Théorie de L'abus des Droits*, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, Paris, 1925, p.8.

juridicamente ilícita, em virtude da intenção maligna de seu autor. “ O princípio da máxima autonomia da propriedade no direito antigo e clássico, não foi formalmente renegado no direito justiniano; era apenas suavizado com um princípio de sociabilidade, em numerosas aplicações, mormente onde o direito de propriedade era uma condição para gozar, de modo especial, de bens comuns a todos, como a água, luz etc.; não devia, em tal caso, a autonomia individualística protegê-lo de modo a tornar possível um desvio ou abuso, em detrimento de outros proprietários, e, conseqüentemente, de toda a sociedade.⁶

Contudo, contrariando, em termos, à afirmativa acima, Salvador Riccobono informa que a partir do século II do Império, o exercício do direito foi limitado com base em considerações éticas e humanitárias, sendo ilícito o exercício do direito por parte do proprietário, v. g., com ânimo de lesar a outrem e sem nenhuma utilidade própria.⁷

Em época medieval, a doutrina do abuso do direito desenvolveu-se com a proibição dos atos emulativos. Na *aemulatio* o exercício do direito subjetivo era praticado com intenção clara de prejudicar alguém. Essa doutrina é usada ainda hoje

⁶ Contardo Ferrini, *apud*, Lima, Alvino, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, por J M de Carvalho Santos, Vol. 1, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, p. 327.

⁷ Lima, Alvino, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, por J M de Carvalho Santos, Vol. 1, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, p. 327. O autor conclui afirmando que “ Esta é a opinião que tem sido geralmente defendida pelos escritores da matéria, afirmando que no direito romano já existia uma teoria geral do abuso do direito, consubstanciada no fr. De Gaio (Ins. I, 53): *male enim nostro iure uti non debemus*, ou, pelo menos, os germes da mesma”

toda vez que não se consegue identificar a forma abusiva do exercício, com a observação de que só há ato emulativo se for comprovada a intenção do dano.

Consta que os primeiros textos legislativos europeus que abordaram a teoria do abuso foram o Código Civil da Prússia, de 1974, que obrigava a reparação do dano àquele que escolhia, comprovada as circunstâncias, a forma de exercício de direito mais prejudicial a outrem e que lhe acarretava dano. E, além deste dispositivo genérico, o referido código civil limitava o exercício do direito de propriedade, com base em critérios utilizados para caracterização dos atos emulativos.⁸

No direito francês, anterior ao Código Civil de 1804, à proibição dos atos emulativos encontram apoio, embora sem a aplicação de um princípio genérico como no Código Civil da Prússia, mais nomeadamente nas relações entre proprietários, sendo considerada uma máxima do direito francês a seguinte assertiva: “Não é permitido a qualquer pessoa fazer em sua propriedade o que não lhe tem serventia e prejudica o outro”.

Não obstante, o Código Civil de Napoleão trouxe uma concepção individualista e metafísica, sob o fundamento de que todos seriam iguais perante a lei, gerando, com isso, uma construção de direitos subjetivos absolutos, com a exaltação do indivíduo como ser abstrato, isolado e senhor irrestrito de seus direitos. Diante disso, qualquer restrição do exercício do direito parecia incabível. Mas, poder-se-ia verificar, nesse código, princípios esparsos proibitivos dos atos emulativos.

⁸ “Ninguém pode mal usar a sua propriedade para lesar outrem e causar-lhe prejuízo. Constitui mal uso da propriedade, todo aquele que por sua natureza, não pode ter outro fim senão o de lesar outrem” (A propriedade, 1ª parte, cap. VIII, §§ 27 e 28).

Foi na jurisprudência francesa que a doutrina do abuso do direito ganhou expressão. Tentou-se aniquilar o princípio extremado individualista e a rigidez do absolutismo dos direitos subjetivos, insurgindo-se contra o exercício intencionalmente malicioso, anormal e antifinalista dos direitos subjetivos.

3. Aspectos da doutrina do abuso do direito

3.1.A relatividade dos direitos subjetivos

O primeiro grande impacto que a doutrina do abuso do direito causou foi à reformulação do conceito, antes estático, de direito subjetivo, derogando seus princípios de direito absoluto. A polêmica foi intensificada com artigo 1.382 do Código Civil Francês que dava margens a ser considerado como uma teoria autônoma, constituindo uma responsabilidade especial ou uma categoria diversa, paralela ao ato ilícito, no sentido clássico.⁹

A concepção dos direitos subjetivos como direitos absolutos, o que fazia permitir ao seu titular o exercício do direito sem limites, mesmo que por consequência, fosse causado dano a alguém, desde que respeitados os próprios limites objetivos do direito concedido, negava a existência de qualquer responsabilidade mesmo que o único interesse na prática daquele exercício fosse a intenção maléfica de causar danos.

⁹ "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer" (Código Civil Francês, artigo 1382)

A evolução fez com que esse absolutismo intransigente se transformasse em um absolutismo temperado que permitia, em algumas situações, o abuso do direito quando houvesse intenção de lesar terceiro. Para isso, fez-se necessário a consagração de uma doutrina que fizesse cumprir a missão social do direito, tendo alguns autores afirmado que o direito não deveria navegar sem direção certa, mas com destino ao cumprimento de uma missão social que poderia espelhar-se em princípios sub-jacentes à legalidade, de um direito natural de conteúdo variável e uma super legalidade.¹⁰

Os direitos não são concedidos aos indivíduos para satisfazer apenas seus interesses e necessidades, não são poderes ilimitados concedidos pela lei, por isso, a finalidade social do direito não pode ser definida em uma fórmula legal. Além dos limites objetivos, possui o direito contornos de ordem teleológica ou social, que, como disciplinam alguns, devem ser orientados sob a influência da equidade, boa-fé e do bem da coletividade.¹¹

A teoria do abuso do direito é a reação concreta contra certos resultados amorais e anti-sociais, fruto de uma doutrina clássica dos direitos absolutos. Ao invés do direito-poder como prerrogativa soberana concedida ao indivíduo, instaura-se o direito-função, como prerrogativa concedida ao homem em sociedade. Deve-se por em mente que a doutrina visa, primordialmente, coibir o abuso do exercício indiscriminado do direito individual para consagrar o respeito pela preservação dos interesses de comunhão social.

¹⁰ Josserand, Louis, *Évolutions et actualités : conférences de droit civil*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1936, p. 71 e ss.

¹¹ Page, Henry de, *Traité élémentaire de droit civil belge : principes, doctrine, jurisprudence*, Bruxelles, E. Bruylant, 1941.

3.2. Ato lícito, ilícito ou *tertium genus*

Em termos de categorização, seu enquadramento ficou, em um primeiro momento, como um capítulo da responsabilidade civil ou como simples expansão da noção de culpa, constituindo uma responsabilidade especial paralela ao ato ilícito, no sentido clássico. Para os irmãos Mazeaud a questão acerca da doutrina do abuso do direito deveria ser resolvida exclusivamente pela aplicação da definição de culpa porque aquele que exerce um direito com a intenção de prejudicar a outrem comete uma culpa delitual e o que o faz sem intenção de lesar comete uma culpa quase-delitual.¹²

Josserand entendia que o exercício de um direito não é incompatível com a noção de culpa, sendo importante frisar que o conceito de culpa para este fim deveria ser entendido como o de culpa social, ou seja, o desvio da missão social do direito. Para este autor, a doutrina do abuso do direito deveria ser encarada de forma totalmente autônoma e independente da teoria do ato ilícito.¹³

Planiol¹⁴ afirmava que a expressão abuso do direito tratava-se de uma logomaquia já que se houver abuso não há que se falar em direito. Para o autor, não haveria uma doutrina autônoma do abuso do direito, muito embora admitisse as conseqüências da doutrina, desde que se incluísse o critério da intenção de lesar, como expressão de culpa intencional e, por conseguinte, consentâneo da doutrina da

¹² Henri Mazeaud, Leon Mazeaud; préf. M. Henri Capitant, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile : délictuelle et contractuelle*, vol.1, 1934, p. 547 e ss.

¹³ Josserand, Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Librairie Dalloz, Paris, 1927, p.332/336.

¹⁴ Planiol, Marcel et George Ripert, *Traité Pratique de Droits Civil Français*, 2^e Édition, Tome VI, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1952, p.802 e ss.

responsabilidade civil, já que a sanção de reparar o dano é oriunda do abuso. No concernente ao abuso de direito contratual, Planiol entende que este ocorrerá toda a vez que houver uma violação na obrigação de agir de boa-fé. Indica ele, através da jurisprudência francesa, uma hipótese, muito clara, de em uma assembléia social ser modificada uma cláusula do estatuto da sociedade que acarrete, na modificação, a usurpação dos interesses do ente coletivo como um todo, mas, apenas, realça-se interesses de poucos. Além desse, Planiol cita como exemplo de abuso de direito contratual, já consagrado pelos tribunais Franceses, contratos relativos a direitos de vizinhança, direito de estar em juízo, direito de livre opinião e pensamento, direito de greve, conflitos de concorrência econômica etc.¹⁵

Para grande maioria, o ato abusivo enquadra-se na categoria ato ilícito, mas estando para este como sua espécie. Não se trata de considerá-lo como ato ilícito *stricto sensu*, como querem alguns. É um ato ilícito na medida em que o autor, através de uma conduta anti-social, ou de uma omissão, transgride o dever de observar as regras morais e finalidade econômica e social do direito¹⁶.

A posição na qual o abuso do direito poder-se-ia ser entendido com ato ilícito, somente porque o autor estaria agindo dentro dos limites legais é extremamente positivista e nega a existência de limites supra legais do exercício do direito, como, v.g., a finalidade social.

4. Critérios de identificação na doutrina do abuso do direito.

¹⁵ Planiol, *Traité...*, ob. Cit., p. 809/832.

¹⁶ Mattietto, Leonardo, *Do Abuso do Direito: Perfil Histórico*, in site da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (www.uerj.br)

Como mencionado, no direito atual já não se tolera os direitos absolutos, devendo ser observada sua relatividade e sendo caracterizado o abuso toda a vez que ocorrer a ruptura dos interesses sociais em jogo.

Como bem explica Cunha Gonçalves, todo direito subjetivo, embora concedido individualmente, deve realizar um fim socialmente útil. Quando esse fim é desviado, o titular do direito comete um ato ilícito e torna-se responsável. Ainda, cada direito subjetivo tem limites objetivos não só de duração, de forma, de circunstância material, mas também de boa ordem social. O abuso do direito pode ser considerado como o conflito entre o direito de uma pessoa e o dever moral que lhe incumbe.¹⁷

A doutrina do abuso do direito preconiza a prevalência do interesse geral sobre o interesse individual e nesse prisma Campion, citado por J. M. de Carvalho Santos, enumera alguns pressupostos utilizados como critério de investigação do abuso do direito. São eles: a intenção de prejudicar; a ausência de interesse legítimo e o desvio de finalidade do direito exercido. Mas na verdade, a reunião desses critérios funde-se em um único critério verdadeiro que seria a ruptura do equilíbrio dos interesses em presença. “Dois interesses, prossegue, estão em presença: o do sujeito do direito e o da vítima do exercício do direito. É socialmente útil e necessário que ambos sejam protegidos. É socialmente impossível, entretanto, que sejam ambos mantidos intactos. Começa daí a necessidade de se procurar equilibrá-los. Mas, se, em dado momento, a lesão do interesse do prejudicado aparece como mais grave, do ponto de vista social,

¹⁷ Cunha Gonçalves, Luiz da, *Tratado de Direito Civil*, vol. 1, Coimbra Editora, Coimbra, Portugal, 1929, p. 426/427.

que a lesão do interesse do sujeito, há ruptura do equilíbrio. Essa ruptura determina a intervenção da justiça em favor do interesse ameaçado.”¹⁸

Não é só a lei que determina o modo de exercício do direito, também os costumes, ordem social, o espírito de justiça, equidade e solidariedade social. Também não interessa que o agente esteja realmente agindo dentro dos limites objetivos da lei. Se mesmo dentro de tais limites, o exercício do direito for desprovido de interesse legítimo dá-se o abuso.

Além disso, aproveitando uma afirmativa Kantiana, todo direito é necessariamente limitado pelo direito de outrem, portanto não exerce o próprio direito quem viola direito de outrem, causando-lhe qualquer dano, seja ele intencional ou acidental, derivado de negligência ou imprudência.

O abuso do direito pode derivar tanto de um fato positivo como negativo, e, a intenção de lesar, deve ser presumida nos casos em que o autor pratica um ato inútil para ele, mas com resultado danoso para terceiros. De outra forma, não haverá abuso se no ato, mesmo danoso, contiver uma utilidade para o autor seja qual for sua intenção primária.¹⁹

Também não é de se espantar que a doutrina do abuso do direito deva ser aplicada a todos os tipos de direito e não aos indefinidos, como os de liberalidade, ou aos complexos, como os de propriedade. Em todas as espécies de direitos é possível

¹⁸ J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. III, 4ª Edição, Livraria Freitas Bastos, 1950, Rio de Janeiro, p.343.

¹⁹ Cunha Gonçalves exemplifica o testador que deixa grande legado a terceiro, dentro de sua parte disponível, só para se vingar dos filhos. Ob. Cit., p. 430.

verificar a existência do abuso, pois como já se disse, direito atual não tolera a existência de direitos absolutos.

4.1 A boa-fé, bons costumes e fim social ou econômico do direito: novos limites do direito subjetivo.

Por influência do Código Civil Francês, a doutrina do abuso do direito recebeu contornos limitativos, dando ao intérprete da lei a possibilidade de identificar a ocorrência ou não da prática abusiva de um direito subjetivo. Contudo, os elementos utilizados, e abraçados pelo Código Civil Português e, mais recentemente, pelo novo Código Civil Brasileiro, são cláusulas gerais e dependem, pela sua própria natureza, da correta adequação social, temporal e até mesmo subjetiva²⁰ para sua aplicação.

4.2. A boa-fé.

Como nos ensina Pedro Pais de Vasconcelos, a referência à boa-fé remonta aos tempos antigos, mais precisamente com os mandamentos *honesto agere* e *alterum non laedere* e da prescrição do *venire contra factum proprium*.

Pelo *honesto agere* entende-se a ordem de se exercer o direito honestamente, tal como o faria um homem de bem. Pela sua transgressão, caracteriza-se a má-fé que

²⁰ Assim, por exemplo, a cláusula dos bons costumes não deverá ter a mesma aplicação em todo território mundial. O que pode parecer bons costumes para os ocidentais pode não sê-lo para os orientais.

será repelida através da “tradicional designação *exceptio doli* e também o tipo de exercício inadmissível recentemente denominado *tu quoque* que se traduz na proscrição da invocação e do aproveitamento de ilicitude própria, da própria torpeza, e que corresponde ao velho brocardo *nemo auditur turpitudinem suam allegans* .”²¹

Por *alterum non laedere* entende-se o modo de exercício do direito subjetivo que menos dano causar. Tem como corolário o princípio do mínimo dano que exige do titular do direito que o exerça de modo a evitar a causação do dano ou, em isso sendo impossível, que procure causar o menor dano possível. Tal expressão contrária, em termos, a regra de que o titular que exercer seu direito dentro dos limites legais é isento de responsabilidade civil. Como já se viu, esta não é uma regra absoluta e a responsabilidade pelo abuso do direito é oriunda justamente de seu exercício dentro dos limites objetivamente impostos pela lei.

O *venire contra factum proprium*, visa impedir que o titular do direito frustre a confiança que tenha suscitado em outrem oriunda de expectativas por ele mesmo criadas. Proíbe, ou tenta reparar ou coibir, que o titular, no momento do início da relação, crie futuras promessas que, em razão da boa-fé da outra parte, faz o negócio mais atrativo. Caso seja comprovado que a relação se estabeleceu, ou desenvolveu-se, com base nessas expectativas, o autor não poderá delas eximir-se , ao contrário, deve honrar toda a confiança depositada à outra parte. De outra maneira, estar-se-ia beneficiando o autor de má-fé e penitenciando a parte que, de boa-fé, acolheu toda a confiança tratada.

²¹ Vasconcelos, Pedro Pais de, Teoria Geral de Direito Civil, vol II, Almedina, Coimbra, 2002, p.171/172.

5. O Código Civil Brasileiro

No sistema do Código Civil Brasileiro de 1916, o abuso do direito, para a maioria da doutrina, estaria compreendido no ato ilícito, acompanhando o raciocínio de Josserand no sentido de que se o exercício do direito é desacompanhado de motivos legítimos faz com que desapareça o próprio direito, não mais se podendo vislumbrar diferença entre o ato ilícito e o ato abusivo, muito embora Josserand negue essa equiparação. Em verdade, tendo o código colocado a doutrina do abuso na mesma categoria do ato ilícito demonstra que não se pode acolher a doutrina de *salleilles* que coloca como requisito essencial do abuso a intenção de prejudicar, já que o código admite como causa do abuso do direito a simples culpa.

Em verdade, a doutrina o enxergava no antigo artigo 160 do Código Civil de 1916, através de uma interpretação *a contrario sensu*, que propugnava ser lícito o ato se praticado dentro do exercício regular de um direito, portanto, em uma leitura reversa, seria ilícito – abusivo - o ato se praticado em exercício irregular.

Não obstante, já se vislumbravam hipóteses legais como a do artigo 554 do citado Código Civil de 1916, que, como exemplo de abuso de direito, permitia ao proprietário ou inquilino impedir que a utilização do uso da propriedade pelo seu vizinho lhe prejudicasse a segurança, sossego ou saúde.²² É bem verdade, como nos informa Caio Mário da Silva Pereira, que nesse caso não há extremos de ato ilícito, mas do exercício abusivo do direito de propriedade e tanto é assim que o mesmo

²² “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.” (artigo 554 do Código Civil Brasileiro de 1916)

comportamento poderá ser tolerado, ou não, conforme a casa seja em lugar ermo ou afastado de outros.²³

Também o artigo 20 da Lei de Falências Brasileira (Decreto-Lei n ° 7.661, de 21 de junho de 1945), ergue o pedido abusivo de falência em ato sujeito à indenização.²⁴

O Novo Código Civil Brasileiro consagrou, expressamente, a definição de abuso de direito no título que trata dos atos ilícitos, moldando sua definição através dos limites, também utilizados pela codificação portuguesa, do fim econômico ou social, boa-fé e bons costumes.²⁵

A jurisprudência brasileira, ainda resistente, admite a simples anormalidade do exercício do direito, assim, o direito exercido ou com dolo, negligência ou imprudência. Não se tolera que o direito seja exercido de maneira imoderada. O interesse legítimo é sempre excludente de qualquer responsabilidade, devendo ser permitido ao agente provar que teve interesse legítimo em proceder da forma como o

²³ Pereira, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil, Vol. I, Forense, Rio de Janeiro, 1991, p. 468.

²⁴ "Quem por dolo requerer a falência de outrem, será condenado, na sentença que denegar a falência, em primeira ou segunda instância, a indenizar ao devedor, liquidando-se na execução da sentença as perdas e danos. Sendo a falência requerida por mais de uma pessoa, serão solidariamente responsáveis os requerentes." (Artigo 20 do Decreto-Lei 7.661/45 - Lei de Falências Brasileira)

²⁵ "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." (Artigo 187 do Novo Código Civil Brasileiro)

Na verdade, o Código Civil Português catalogou o abuso de direito na categoria dos atos ilegítimos, no capítulo que trata do exercício e tutela dos direitos. "É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito." (Artigo 334 do Código Civil Português)

fez. E se isto restar comprovado desaparecerá o ato abusivo ainda que por detrás dele esteja a intenção de prejudicar. Vale mencionar que o aspecto psicológico puro e simples não pode ser considerado dado que não é lícito penetrar-se no foro íntimo de outrem.

6. A importância da doutrina de Ihering.

Como visto, a teoria do abuso do direito é, ainda, carecedora de uma fundamentação que a fortaleça, principalmente em países, como o Brasil, que adotam, já temperadamente, uma defesa pelo absolutismo dos direitos objetivos.

Não temos como suficiente à definição calcada em princípios, boa-fé, fim econômico e social, estas cláusulas gerais, já que o cerne da questão encontra-se, ao nosso pensar, na própria definição de direito subjetivo.

Segundo Ihering, o sujeito do direito é aquele a quem se destina à utilidade do direito e a missão do direito não seria outra do que garantir essa utilidade. Essa missão, tal como a medida da vontade, seria a medida das convenções. Assim, todas as convenções que desrespeitem ou deixem de garantir a utilidade do direito, para nada

servem, já que “os direitos não produzem nada inútil; a utilidade, não a vontade, é a substância do direito.”²⁶

Ainda criticando a teoria da vontade, Ihering nos ensina que se o objetivo do direito fosse a vontade, como preconiza mencionada teoria, “todos os convênios que nada têm de imoral, nem de ilícito, devem ter força juridicamente obrigatória; e, de facto, muitos juristas e filósofos do direito erigiram em dogma a força obrigatória abstrata dos convênios. Disso resultaria que o convênio que impusesse a uma das partes uma restrição, sem conseguir nenhuma utilidade para a outra, por exemplo, o convênio de não poder alienar seus bens nem exercer certa profissão, seria perfeitamente válido(...) Todo direito privado existe para assegurar ao homem um bem qualquer, socorrer as suas necessidades, defender os seus interesses, concorrer ao cumprimento dos fins de sua vida.”²⁷

A utilidade, portanto, é o centro principal de um direito. Aquilo que não for útil, não pode ser considerado direito. Não existe interesse sem utilidade, como também não existirá legitimidade sem ela. Assim, é possível afirmar que, verificar-se-á abuso do direito toda a vez que este for exercido sem interesse, sem utilidade para seu agente, logo, exercido de forma ilegítima.

²⁶ Ihering, Rudolf Von, *O Espírito do Direito Romano*, Tradução de Rafael Benaion, vol. III, Alba Editora, Rio de Janeiro, 1943, p.219. Para o autor “ Dois elementos constituem o princípio do direito: um substancial, que reside no fim prático do direito, produzindo a utilidade, as vantagens e os lucros que asseguram; outro formal, refer-se a esse fim, unicamente como meio, a saber: proteção do direito, ação da justiça(...) A segurança jurídica do gozo é a base jurídica do direito. Os direitos são interesses juridicamente protegidos.”(Para uma melhor leitura é mais correto afirmar que o direito é a proteção jurídica dos interesses)

²⁷ Ihering, ob.cit., p. 220/221

7. Conclusão.

Desde épocas remotas tenta-se encontrar uma justificativa para a existência de uma doutrina do abuso do direito. Diante da resistência dos defensores de um direito subjetivo absoluto, procurou-se adequar a teoria em diversas categorias: ato lícito, ou *tertium genus*.

Ocorre que a dificuldade maior está em poder explicar a aparente incoerência de se afirmar que um sujeito, titular de direitos, poderá ser responsável em uma relação jurídica, mesmo se agir dentro dos limites legais estabelecidos no ordenamento ou em qualquer outro tipo de convenção.

A única forma que encontramos para tal paradoxo é de lembrarmos que o presente estudo não tem a intenção de impor novos pensamentos jurídicos, mas, apenas, levantar idéias e sugestões para, aí sim, futuras teses, foi erigir a doutrina de Ihering como ponto nevrálgico da questão, pois ela identifica no direito a importância do interesse e utilidade. Sem esses elementos, não há que se falar em legitimidade.

Dessa forma, fica mais fácil entender porque um determinado proprietário não pode construir, lícitamente, em seu telhado, uma chaminé falsa que possa bloquear a passagem de luz de seu vizinho. O interesse é a ponte de equilíbrio na relação jurídica. Por conseguinte, a utilidade que o bem da vida pode arrecadar.

Assim somos do entendimento de que a correta classificação, ao menos em termos sistemáticos, para a doutrina do abuso do direito é a escolhida pelo Código Civil Português que o erigiu à categoria dos atos ilegítimos, ao contrário do que fez o Novo Código Civil Brasileiro que o incluiu na seção dos atos ilícitos.

8. Bibliografia

1. Campion, L, La Théorie de l'abus des Droits, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, Paris, 1925.
2. Contardo Ferrini, *apud*, Lima, Alvino, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, por J M de Carvalho Santos, Vol. 1, Editor Borsoi, Rio de Janeiro.
3. Cunha Gonçalves, Luiz da, Tratado de Direito Civil, vol. 1, Coimbra Editora, Coimbra, Portugal, 1929.
4. Henri Mazeaud, Leon Mazeaud; préf. M. Henri Capitant, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile : délictuelle et contractuelle, vol.1, 1934.
5. Ihering, Rudolf Von, O Espírito do Direito Romano, Tradução de Rafael Benaion, vol. III, Alba Editora, Rio de Janeiro.
6. Josserand, Louis, De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits, Librairie Dalloz, Paris, 1927.
7. Josserand, Louis, Évolutions et actualités : conférences de droit civil, Librairie du Recueil Sirey, Paris.
8. Lima, Alvino, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, por J M de Carvalho Santos, Vol. 1, Editor Borsoi, Rio de Janeiro.

9. Mattietto, Leonardo, Do Abuso do Direito: Perfil Histórico, *in site* da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (www.uerj.br)

10. Page, Henry de, *Traité élémentaire de droit civil belge : principes, doctrine, jurisprudence*, Bruxelles, E. Bruylant, 1941.

11. Pereira, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, Vol. I, Forense, Rio de Janeiro, 1991.

12. Planiol, Marcel et George Ripert, *Traité Pratique de Droits Civil Français*, 2^e Édition, Tome VI, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1952.

13. Santos, J. M. de Carvalho, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. III, 4^a Edição, Livraria Freitas Bastos, 1950, Rio de Janeiro.

14. Vasconcelos, Pedro Pais de, *Teoria Geral de Direito Civil*, vol II, Almedina, Coimbra, 2002.