

JUSTIÇA, ABUSO DO DIREITO E MINISTÉRIO PÚBLICO

ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA *

SUMÁRIO: 1. O excesso e a intuição do injusto. 2. A injustiça e o abuso do direito. 3. Desenvolvimento e expansão da teoria do abuso do direito. 4. A caracterização do abuso do direito e as respectivas sanções. 5. O Ministério Público, a Justiça e o abuso do direito; 6. Conclusões. 7. Bibliografia.

1. O EXCESSO E A INTUIÇÃO DO INJUSTO

A natureza humana, moldada pela razão, repudia atitudes excessivas, descomedimentos, exageros, abusos. É intuitivo, por exemplo, que sons emitidos em decibéis incompatíveis com o ouvido humano, ainda ao sintonizarem a mais bela das melodias, parecerão desagradáveis e nocivos. As sensações térmicas de calor, ou mesmo de sua ausência, em se tornando exageradas, tornam-se por incômodas. O mais delicioso vinho, se degustado imoderadamente, tornar-se-á prejudicial à saúde¹. Mesmo a água, bem por demais precioso, se advinda de excesso impiedoso de chuvas, causará estragos de monta. Tais noções sobre limitações, portanto, chegam a ser intuitivas, tendo sido percebidas pelo homem desde a mais remota antigüidade². Mas também no campo

* Alexander Araujo de Souza é Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1. Semelhante exemplo é trazido à colação por Chaïm Perelman: "Um exemplo singelo se refere ao uso ou abuso da alimentação: é bom alimentar-se, mas o uso da alimentação, ou o de medicamentos, a partir de quando prejudique a saúde, é qualificado de desarrazoado, portanto, de abusivo" (*Ética e direito*, São Paulo, 2002, p. 682).
2. No extremo oriente, mais precisamente na China, por volta do século XII a.C., já se podia ler no *I Ching*, o Livro das Mutações: "Limitações são penosas, mas eficazes. Vivendo de modo econômico em épocas normais, o homem está preparado par os períodos de carência. Sendo comedido ele evita humilhações. Limitações são também indispensáveis para a ordenação das circunstâncias do mundo. A natureza tem limites fixos para o verão e para o inverno, para o dia e a noite, e são esses limites que dão sentido ao ano. Do mesmo modo a economia, ao fixar limites precisos para as despesas, garante a preservação dos bens, evitando que as pessoas sofram prejuízos. Mas as limitações devem ser aplicadas de forma equilibrada. Se um homem tenta impor restrições muito amargas à sua própria natureza, isso lhe será prejudicial. Se ele exagera ao impor limites aos outros, eles se rebelarão. Portanto, é necessário fixar limites até mesmo às limitações" (Richard Wilhelm, *I Ching – O Livro das Mutações*, São Paulo, 2000, p. 182).

das relações intersubjetivas, principalmente no que toca às noções de direito e de justiça, tal se pode verificar.

Na antigüidade grega, em meados do século VIII a.C., o poeta Hesíodo já afirmava que o descomedimento e a violência se mostravam contrários à concepção que se tinha sobre justiça³. Ainda entre os helênicos, ARISTÓTELES (384-322 a.C.) sustentava que a justiça implicava idéia de proporção, sendo o injusto desproporcional⁴. Na Roma dos Césares, tornou-se célebre o provérbio utilizado pelo jurisconsulto CÍCERO: *summum ius summa iniuria*⁵. Durante a Idade Média, SÃO TOMÁS DE AQUINO, seguidor das diretivas aristotélicas⁶, referia-se ao direito como o *justo meio-termo*, o qual “se encontrava ‘nas coisas’, no real externo (*medium in re*, dizia SÃO TOMÁS)”⁷.

A justiça é uma das noções mais prestigiosas do universo espiritual. Seja-se conservador ou revolucionário, religioso ou incrédulo, todos invocam a justiça, seja para proteger a ordem estabelecida, ou mesmo para justificar as reviravoltas políticas. Neste sentido, o *ideal*, o *sentimento* de justiça, sem dúvida, é um valor universal⁸. Modernamente, contudo, quando se passa ao plano das *definições*, inúmeras vezes têm asseverado que as concepções sobre a justiça são mutáveis no tempo e diante das variadas formas de organização social⁹. Não obstante, quem se debruce sobre a *fixação do conceito* de justiça, –

3. Em *Os Trabalhos e os dias*, o poeta Hesíodo deixou consignado: “(...) O Perse, tali cose nel cuore riponi e ascolta giustizia, e violenza dimentica. Tale è la legge che agli uomini impose il figlio di Crono: ai pesci e alle fiere e agli uccelli alati di mangiarsi fra loro, perché fra loro giustizia non c'è; ma agli uomini diede giustizia che è molto migliore; se infatti qualcuno è disposto a dare giuste sentenze cosciente, a lui dà benessere Zeus onniveggente; ma chi sai testimone e, deliberatamente, commette spergiuro e mente e Giustizia offendendo pecca senza rimedio, oscura dopo lui la sua stirpe sarà; migliore invece sarà la stirpe dell'uomo che il giuramento rispetta” (*Opere e giorni*, tradução do grego para o italiano disponível no site http://www.biblio-net.com/lett_cla/traduzioni/esiodo_opere.htm, consultado em 23/07/2004).

4. “Tudo isto nos possibilita a concluir que o justo – no sentido que aqui o entendemos – é o proporcional, e que o injusto, ao contrário, é o que nega a proporção. Na injustiça, um dos termos torna-se, então, muito grande e o outro, muito pequeno” (Aristóteles, *Obras jurídicas*, São Paulo, 1997, p. 21).

5. Eis o excerto de onde provém o célebre brocardo: “*Ex quo illud 'summum ius summa iniuria' factum est iam tritum sermone proverbium*” (Marcus Tullius Cicero, *De officiis*, Liber Primus, X, 33. Disponível no site: http://www.biblio-net.com/lett_cla/testi/de_officiis.htm, consultado em 15/07/2004).

6. Como afirma Olinto A. Pegoraro: “Na realidade, S. Tomás prefere a definição de Aristóteles: ‘a justiça é uma disposição que torna os homens aptos a realizar ações justas e que os faz agir justamente e querer coisas justas’. De fato, aqui transparece a dupla exigência da justiça: a) uma inclinação da alma que se traduz objetivamente; b) no respeito ao direito dos outros” (*Ética é justiça*, Petrópolis, 2002, p. 48).

7. Michel Villey. *Filosofia do direito*, São Paulo, 2003, pp. 71/72.

8. No sentido do texto, Chaïm Perelman, *Ética e direito*, São Paulo, 2002, p. 146.

9. Assim, Mauro Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, pág. 08, Il Mulino, Bologna, 1994: “È mio convincimento che come la ‘libertà’ non è la stessa per i moderni e per gli antichi, così anche la ‘giustizia’ non possa trovare una definizione valida per tutti i tempi e per tutte le società”. No mesmo sentido, Chaïm Perelman, *op. cit.*, pág. 59. Já afirmava Michel Eyquem Montaigne, citando Cícero, que “a justiça em si, em seu estado natural, é universal e tem regras diferentes e mais elevadas do que essa justiça especial, nacional e condicionada às necessidades dos governos: ‘Não temos modo sólido e positivo do verdadeiro direito e da justiça perfeita; temos apenas uma imagem dela, uma sombra’” (*Ensaio*, Livro III, Brasília, 1987, p. 146).

seja sob o aspecto distributivo, seja sobre o prisma comutativo, como já antevia ARISTÓTELES -, repudiará o desarrazoado, o excesso, a desigualdade, o arbítrio, a iniquidade: seja recorrendo à idéia de uma “lei universal”, imposta pela razão prática, consoante IMMANUEL KANT¹⁰; seja postulando uma separação radical entre o conceito de direito positivo e o de justiça, relegando esta à religião ou à metafísica social, como desejado pelo positivista HANS KELSEN¹¹; seja jungindo à justiça a noção de igualdade, como o fez NORBERTO BOBBIO¹²; seja com o aporte do elemento equidade ou correção (*fairness*), a partir de uma “posição original”, de acordo com a teoria do liberal-igualitário JOHN RAWLS¹³; seja formulando uma “técnica do equilíbrio”, segundo RONALD DWORKIN¹⁴; ou estabelecendo uma conexão conceitual entre a justiça, a verdade e o bem comum, como PETER HÄBERLE¹⁵; ou, ainda, buscando o conteúdo de uma moral universalista, a partir da pressuposição da argumentação, como quer JÜRGEN HABERMAS¹⁶.

Com efeito, aos seres humanos, é inata uma intelecção, uma compreensão instintiva sobre as exigências de justiça¹⁷, especialmente quando se está diante de uma situação na qual brada a arbitrariedade, a desproporção, a tirania. As crianças, por exemplo, não têm necessidade de envelhecer para apelarem às noções de imparcialidade ou de injustiça, principalmente quando uma daquelas recebe um pedaço de maçã de tamanho diverso do que recebera outra criança¹⁸. O desrespeito à prioridade de quem se estabeleça com antecedência em uma fila, provavelmente será tachado como iníquo¹⁹. Ainda neste contexto, pode-se afirmar intuitivo, nos tempos atuais, ser a escravidão injusta²⁰. Ocorre, porém, que o sentimento de justiça leva em conta, simultanea-

10. A respeito, consulte-se Ricardo Terra, *Kant & o direito*, especialmente pp. 11/22, Rio de Janeiro, 2004.

11. Hans Kelsen, *O que é justiça?*, 2001, p. 299.

12. Norberto Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, págs. 06/08, Einaudi contemporanea, Torino, 1997; *Teoria generale della politica*, Torino, 1999, p. 257/265.

13. John Rawls, *Justiça como equidade*, especialmente pp. 55/108, 113/187, 198/204, São Paulo, 2003. A este respeito, pode ser ainda consultada a didática obra de Nythamar de Oliveira intitulada *Rawls*, Rio de Janeiro, 2003.

14. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, 2002, pp. 246/257.

15. Peter Häberle, *Diritto e verità*, Einaudi contemporanea, Torino, 2000, p. 110

16. Jürgen Habermas, *De l'éthique de la discussion*, especialmente p. 69, Champs Flammarion, Paris, 1992, pp. 67/72.

17. Assim, Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 246; John Rawls, *op. cit.*, pp. 40/41; Alf Ross, *Diritto e giustizia*, p. 254, Piccola Biblioteca Einaudi - Scienze sociali, Torino, 2001. Em sentido aproximado, Hans Kelsen, *op. cit.*, pp. 292/293.

18. O exemplo mencionado é extraído de Alf Ross, *op. cit.*, p. 254.

19. Não obstante se possa constatar, como assinala espiritualmente Luís Fernando Veríssimo, que “romano não acredita em fila. Para comprar entradas num cinema, por exemplo, forma-se uma aglomeração na frente do guichê e pouco a pouco, com paciência e discretos empurrões, cada um vai conseguindo a sua vez. É que se poderia chamar de técnica do bolo solidário. Não há o menor sentido de prioridade ou justiça - chega primeiro ao guichê não quem chegou primeiro ao bolo, mas quem abriu seu caminho com mais decisão - mas também não há briga” (*Traçando Roma*, 4ª edição, Porto Alegre, 1998, p. 45).

20. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 246.

mente, várias categorias essenciais independentes, nem sempre concordantes²¹, e por vezes mutuamente irreconciliáveis²². E como os homens diferem muito quanto a seus sentimentos, variadas serão as concepções sobre justiça²³. Vale dizer, a percepção do sentimento de justiça é conatural ao instinto humano; traçar os exatos contornos soa penosamente intrincado, diante das inegáveis concepções particulares que pode aquela vir a assumir. Situação similar se verifica, por exemplo, quando se tenta passar à definição do que seja belo: extremamente plausível senti-lo; dificultoso, porém, delimitá-lo com precisão²⁴.

Vê-se, portanto, o quão delicado é definir com precisão o que seja *justiça*. Muito mais confortável, nesta empreitada, recorrer-se a um *procedimento negativo*, no qual se parte do delineamento do *injusto*. PLATÃO, em sua célebre obra *A República*, ao buscar uma definição de justiça, examinava o que a esta repudiava, tirando proveito das conclusões negativas²⁵. Tal postura ainda se reputa bastante utilizável, sendo adotada modernamente por vários jusfilósofos²⁶, mas mesmo a escolha do qualificativo *injusto* supõe que se apele

21. Chaïm Perelman, *op. cit.*, p. 34. O mesmo autor adverte: "A sede de justiça que incita os homens a realizarem o ideal da sociedade de seus sonhos, a se revoltarem contra a injustiça de certos atos, de certas situações, fornece uma motivação suficiente tanto para os mais sublimes sacrifícios como para os piores delitos. O mesmo ímpeto entusiasta que os lança na perseguição de um mundo melhor pode varrer sem piedade tudo quanto lhe faz obstáculo: *percat mundus, fiat justitia*" (*op. cit.*, p. 146).
22. Assim, Hans Kelsen, *op. cit.*, pág. 222. Neste passo, John Rawls chega a afirmar, ao cuidar do chamado "equilíbrio reflexivo", que "nossos juízos refletidos não só podem diferir dos das outras pessoas, mas às vezes nossos próprios juízos contradizem-se entre si" (*op. cit.*, p. 41).
23. Neste particular, como bem assinala Chaïm Perelman "cada qual defenderá uma concepção de justiça que lhe dá razão e deixa o adversário em má posição" (*op. cit.*, p. 8).
24. Já questionava Denis Diderot, em seu *Tratado sobre o belo*: "Como acontece então que quase todos os homens estejam de acordo que há um *belo*; que existam tantos entre eles que o sintam vivamente onde ele está e que tão poucos saibam o que ele é?" (*in Obras II – Estética, poética, contos*, São Paulo, 2000, p. 232).
25. Jayme Paviani, *Platão & A República*, Rio de Janeiro, 2003, p. 24. Nos *Diálogos*, de Platão, pode-se vislumbrar a dialética travada entre Sócrates e Critão: "(...) Sóc. – Logo, jamais se deve proceder contra a justiça. Cr. – Jamais, por certo. Sóc. – Nem mesmo retribuir a injustiça com a injustiça, como pensa a multidão, pois o procedimento injusto é sempre inadmissível. Cr. – Parece que não. Sóc. – E daí? Devemos praticar maldades ou não, Critão? Cr. – Não devemos, sem dúvida, Sócrates. Sóc. – Adiante. Retribuir o mal que nos fazem é justo, como diz a multidão, ou injusto? Cr. – Absolutamente injusto. Sóc. – Sim, porque entre fazer mal a uma pessoa e cometer uma injustiça não há diferença nenhuma. Cr. – Dizes a verdade" (*Diálogos*, Critão, ou O dever, São Paulo, 2002, p. 127).
26. Utilizando-se de tal procedimento, vide, por exemplo, Karl Larenz: "Da maior importância prática é, na minha opinião, precisamente esta 'função negativa', uma vez que, segundo a experiência, é muito mais fácil reconhecer que uma determinada resolução seria injusta do que qual seria a única justa" (*Metodologia da ciência do direito*, Lisboa, 1997, p. 257). Tal proceder também pode ser observado, em certa medida, na obra de Chaïm Perelman: "O ato justo é correção, rejeição de desigualdade. A regra justa é razão, rejeição de arbitrariedade. O homem justo é consciência, rejeição da desumanidade. O ideal de justiça, tal como vive na tradição ocidental, combina todos esses pontos de vista, concedendo a prioridade a um ou a outro, conforme as visões do mundo e as disciplinas que o elaboram" (*op. cit.*, p. 82).

a um critério estabelecido, a um padrão comum, às vezes até comunitário, e que não é meramente a expressão de uma opinião preconcebida²⁷. Daí teóricos outros tentarem fixar *princípios* na busca da construção de uma teoria da justiça²⁸. De qualquer sorte, subjacente a quaisquer tentativas de apreciação do conceito de justiça se encontrará a supressão ao desarrazoado, à tirania, ao excesso, à iniquidade, ao descomedimento, enfim, ao abuso, os quais intuitivamente ter-se-ão por *injustos*.

2. A INJUSTIÇA E O ABUSO DO DIREITO

Cuidando-se de noções complexas, como as dos qualificativos *justo* e *injusto*, não existe procedimento unanimemente admitido referente ao seu manejo. Porém, sempre haverá um limite que não se deve transgredir: o que beira ao *desarrazoado*²⁹. Ainda que nem sempre se esteja de acordo sobre a maneira de agir em determinada situação, pois várias soluções podem ser igualmente razoáveis, existe normalmente, numa comunidade humana, em dado momento, um acordo sobre o que se tem como *não razoável* e, conseqüentemente, como intolerável³⁰. Vê-se, portanto, que imbricada à noção de *injusto* tem-se a do *abuso*, a qual se interpenetra com a idéia de *uso desarrazoado*. Esta assume relevante papel no âmbito dos sistemas jurídicos, notadamente no que toca ao denominado *abuso do direito*³¹. O recurso à etimologia já revela a afinidade deste instituto com a iniquidade, com a ausência de razoabilidade: o vocábulo *abuso* deriva do latim *abusus*, significando *ab*: contra, afastamento, e *usus*: uso³²; vale dizer, abusar de um direito significa afastar-se de seu uso normal, utilizá-lo inadequadamente³³.

27. Chaïm Perelman, *op. cit.*, p. 206.

28. Assim, por exemplo, John Rawls, o qual estabelece dois princípios de justiça: "(a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdade para todos; e (b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença)" (*Justiça como equidade*, pág. 60, Editora Martins Fontes, São Paulo, 2003). Em sentido aproximado, porém com substancial desenvolvimento, vide Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 234/275.

29. Em conformidade com o texto, Chaïm Perelman, *op. cit.*, p. 682.

30. Quase textualmente é o que escreve Chaïm Perelman, *op. cit.*, p. 682.

31. Assinala, com propriedade, Chaïm Perelman: "É em direito (*law*) que a distinção entre o uso e o abuso, entre o uso razoável e desarrazoado de um direito (*right*), foi posto em evidência pela doutrina e pela jurisprudência. Foi por ocasião do abuso do direito de propriedade que a teoria do abuso de direito foi desenvolvida. Há abuso quando o exercício desse direito visa essencialmente a prejudicar outrem: o direito de propriedade, que antes era considerado absoluto, deixa, nesse caso, de ser protegido pelas cortes e tribunais" (*op. cit.*, p. 682).

32. Segundo importante léxico, o vocábulo *abuso* tem a acepção de "mau uso ou uso errado, excessivo ou injusto" (Aurélio Buarque de Holanda, *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, vocábulo *abuso*, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1986, p. 17).

33. Em idêntico sentido, recorrendo à etimologia, vide Levanti Sandra, *Abuso del diritto*. Texto disponível no site: <http://www.diritto.it/articoli/civile/levanti.html>, consultado em 05/03/2004.

Tal conexão entre o abuso do direito e a intelecção do que seja injusto ou desarrazoado remete à necessária vinculação entre o direito e o comportamento moral. Ao contrário do que faziam os chamados positivistas, os quais postulavam uma precisa e nítida separação entre o direito e a moral³⁴, os teóricos aos quais se denominaram pós-positivistas, descontentes com tal concepção formalista do direito, “insistem na importância do elemento moral no funcionamento do direito, no papel que nele desempenham a boa-fé e a má-fé, a intenção maldosa, os bons costumes, a equidade, e tantas outras noções cujo aspecto ético não pode ser desprezado”³⁵. Predomina, portanto, entre estes a idéia de que entre direito e moral existem conexões necessárias, seja sob o plano conceitual, seja sob o normativo³⁶.

O aporte do elemento moral, bem como do substrato ético, sem dúvida, foi decisivo na tentativa de moldar ou delimitar a concepção do abuso do direito³⁷. Vários juriconsultos recorreram à noção de moral em seu intento de defender a tese de ser possível o exercício abusivo dos direitos³⁸. Assim, por exemplo, GEORGES RIPERT chegou a afirmar não se cuidar de simples problema de responsabilidade civil, mas “de uma questão geral de moralidade no exercício dos direitos”³⁹. Houve até quem chegasse a sustentar que o art. 2º do Código Civil suíço, ao recusar proteção legal ao abuso manifesto de um direito, “proclamou mesmo implicitamente a vitória da moral sobre o direito estrito”⁴⁰. As tentativas de fixação dos contornos do abuso do direito, realizadas pelos legisladores ou pela doutrina, sempre se reportam a expressões como

34. Assim, por exemplo, Hans Kelsen, *op. cit.*, pp. 230/231.

35. Chaím Perelman, *op. cit.*, p. 299. Aproximada, neste sentido, a passagem de Albert Calsamiglia sobre Ronald Dworkin: “*En resumen, la crítica la separación absoluta entre el derecho y la moral, le conduce a la construcción de una teoría del derecho en la cual la moral y la política ocupan un lugar relevante. Dworkin se ha preocupado de analizar las relaciones entre el derecho y la moral. No ha desgajado ambas parcelas como lo habían hecho los metodólogos de la pureza*” (*Ensayo sobre Dworkin*, in *Los derechos en serio*, p. 12, Barcelona, 2002).

36. Robert Alexy, *Concetto e validità del diritto*, Biblioteca Einaudi, Torino, 1997, p. 20. Concepção similar, sob outra ótica, pode ser vista ainda em Adolfo Sánchez Vásquez, *Ética*, Rio de Janeiro, 1982.

37. Neste particular, soa oportuno trazer à coleção o ensinamento de Rodolfo L. Vigo: “*¿El abuso es lo ‘inmoral’?: Guillermo Borda, en sintonía con abundante doctrina, subraya: ‘el punto de vista moral es el más decisivo y fecundo en la dilucidación de este problema (el del abuso de derecho)’.* Esta afirmación tomada literalmente puede ser interpretada en términos ‘moralistas’ en tanto no distingue Derecho de moral, con las consecuencias potenciales y actuales que ello encierra” (*Consideraciones iusfilosóficas sobre el “abuso de derecho”*, in *Abuso del derecho*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 16. Buenos Aires, 1998, p. 315).

38. A afirmação também é de Leonardo Mattietto, *Do abuso de direito: perfil histórico da teoria*. Texto disponível no site: http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/do_abuso_de_direito.html, consultado em 23/07/2004.

39. Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4.ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1949, p. 159.

40. Claude Du Pasquier. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 4.ed. Neuchâtel: Delachaux & Niestlé, 1967, p. 316.

boa-fé, finalidade econômica ou social ou *bons costumes*, as quais têm suas acepções vinculadas necessariamente a uma essência de moralidade ou de eticidade⁴¹.

3. DESENVOLVIMENTO E EXPANSÃO DA TEORIA DO ABUSO DO DIREITO

A germinação da noção do exercício abusivo de um direito remonta, no mínimo, à velha Roma⁴². Não há, porém, opinião unânime quanto à existência de uma teoria sobre aquele instituto no direito romano. Parcela considerável de juristas sustenta que neste período já se experimentava a proscrição ao abuso do direito. Outras vozes, por sua vez, asseveram não ser possível constatar sua teorização na Roma Antiga⁴³. Tal controvérsia se prende à diversidade de adágios que se contradiziam no direito romano. Com efeito, GAIO proclamava: *Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*, o que não destoava do brocardo concebido por PAULO: *Nemo damnum fecit, nisi qui id fecit quod facere ius non habet*, tampouco da formulação de ULPIANO: *Neminem lædit, nemo damnum facit, qui suo iure utitur*, todos de feição individualista. Mas, por outro lado, como bem assinalam os irmãos MAZEUD, na realidade, tais fórmulas não devem ser isoladas do contexto em que formuladas⁴⁴. Até porque do mesmo GAIO provinha a parêmia *Male enim nostro jure uti non debemus*; de CELSO já se tinha que *Ius est ars boni et æqui*; valendo remarcar, em sentido similar, a célebre máxima de CICERO: *summum ius, summa iniuria*, nas quais se pode antever a marcha triunfal da teoria do abuso⁴⁵. Deve-se assentar, neste particular, não ser comum no direito romano a revogação das leis, tal qual se pratica atualmente. Promulgavam-se leis novas, mas as anteriores subsistiam, não obstante as contradições⁴⁶. Assim, preceitos porventura contraditórios acabavam por se acomodar às exigências impostas pela evolução social.

41. Vale a citação, neste particular, da lição de Clóvis Bevilacqua: "A evolução do direito se tem operado no sentido do maior desenvolvimento e accentuação de seus intuitos éticos, e correspondente redução dos seus elementos egoísticos. A sociologia, compreendendo-o como força moral destinada a manter o equilíbrio das energias sociais em ação, contribuiu fortemente para a solução do problema do abuso do direito" (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Volume I, Rio de Janeiro, 1940, p. 430).

42. Assinala, com precisão, José Carlos Barbosa Moreira: "Não é nova, em absoluto, a noção de que um direito pode ser exercido de maneira irregular: rastrear-lhe o histórico levaria o pesquisador, quando menos, à velha Roma" (*Abuso de direito*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 13, Rio de Janeiro, janeiro a março de 2003, p. 97).

43. Assim, Giuseppe Grosso, *Abuso del diritto (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, v. I, p. 161. Milano: Giuffrè, 1958; Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, p. 131, Rio de Janeiro, 1999; Heloísa Carpena, *Abuso do direito nos contratos de consumo*, Rio de Janeiro, 2001, p. 39.

44. Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil*, Tome deuxième. Paris, 1956, p. 391.

45. Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*. Paris, 1927, pp. 3/4.

46. Fustel de Coulanges, *A cidade antiga*, p. 246, Rio de Janeiro, 2003. Como assevera o mesmo autor, "O Código de Drácon não foi abolido pelo de Sólon, nem as Leis Reais pelas Doze Tábuas. A

Não restam dúvidas, porém, que a *idéia* do exercício abusivo dos direitos já se fazia presente no direito romano⁴⁷. Inclusive na órbita processual, dentre outros institutos, já se podia vislumbrar tentativa de repúdio ao abuso e à temeridade das partes com a *legis actio sacramento*, bem como à resistência maliciosa do demandado no instituto da *infinitio*; ou punições à conduta não correta do autor com a *pluris petitio*; a similar objetivo visava o instituto do *iusiurandum calumniae*, no qual o autor assumia formal empenho de *non vexandi adversarii gratia actionem instituere*, e o demandado de *non calumniae causa infitias ire*⁴⁸. Enfim, o que não se tinha, àquela época, era tão-somente uma *teoria perfeitamente delineada* sobre o abuso do direito, nos moldes em que formulada modernamente⁴⁹.

Com o advento da Idade Média, desenvolveu-se a teoria dos atos emulativos, cujas origens já se encontravam no direito romano (*aemulatio*), e que se pode considerar como um imediato antecedente da teoria do abuso do direito⁵⁰. Para a caracterização do ato emulativo se fazia necessário: “a) o exercício de um direito; b) que desse exercício resultasse um dano a terceiro; c) que o ato realizado fosse inútil para o agente; d) que a realização fosse determinada exclusivamente pela intenção de causar dano a outrem”⁵¹. O titular

pedra onde a lei estava gravada era inviolável; quando muito, os menos escrupulosos se atreviam a interpretá-la a seu modo. Este princípio foi a causa maior da grande confusão observada no direito antigo. Leis opostas e de diferentes épocas estavam reunidas e todas deviam ser igualmente respeitadas” (*op. cit.*, pp. 246/247).

47. Assim, Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, pp. 03/04. Paris: Dalloz, 1927; Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e Jean Mazeaud, *op. cit.*, p. 391; Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp & Martin Wolff. *Derecho civil (parte general)*. Primer Tomo, II. Tradução de Blás Perez González e José Alguer. Barcelona, 1935, p. 531; Pedro Baptista Martins, *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª edição, Rio de Janeiro, 2002, p. 17; Alexandre Augusto de Castro Corrêa, *Abuso de direito (direito romano)*, in *Enciclopédia Saraiva de Direito*, V. 2, São Paulo, 1977, p. 48; Rodolfo L. Vigo, *op. cit.*, p. 310.

48. Francesco Cordopatri, *L'abuso del processo, I, Presupposti storici*, Padova, 2000, p. 95. Sobre os institutos mencionados, *vide* ainda, Osvaldo Alfredo Gozaíni. *Temeridad y malicia en el proceso*, pp. 31/33, Buenos Aires, 2002 e *La conducta en el proceso*, pp. 19/20. La Plata, 1988; Walter Zeiss, *El dolo procesal – Aporte a la precisión teórica de una prohibición del dolo en el proceso de cognición civilístico*, pp. 14/20. Buenos Aires, 1979. Para uma completa análise, inclusive de outros vários institutos, com ampla referência bibliográfica, *vide* Francesco Cordopatri, *op. cit.*, pp. 51/314.

49. Assim, Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, Volume I, Rio de Janeiro, 1996, p. 534. Vale citar, neste passo, a lição de Francisco dos Santos Amaral Neto, “vários textos do direito clássico parecem demonstrar a existência desta teoria (D. 24.1.63; D. 30.1.43.1; Gaio 1.53; Cl. 8.51.2). Não obstante estes textos, opinião predominante assevera não existir em Roma essa teoria. As leis, a equidade e a jurisdição imperial e pretoriana eram suficientes para corrigir o abuso do direito, não se sentindo a necessidade de construir uma teoria a esse respeito” (Individualismo e universalismo no direito civil brasileiro. Permanência ou superação de paradigmas romanos?, in *Revista de Direito Civil*, v. 19, n° 71, São Paulo, jan./mar. 1995).

50. Carlos Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, Buenos Aires, 1992, p. 99.

51. Pedro Baptista Martins, *op. cit.*, p. 18.

do direito agiria com *animus nocendi* ou *vexandi*⁵², vale dizer, com fito exclusivo de prejudicar.

Contudo, somente no final do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, se veio a assistir a uma intensa fermentação de idéias, sobretudo na França, que conduziriam à teoria do abuso do direito. O liberalismo individualista anterior àquele período teve de ceder passo, não sem grandes resistências, à emergente doutrina sobre a *relatividade dos direitos subjetivos*⁵³. A oposição a esta teoria, porém, não foi de pouca monta. Escritores houve, como MARCEL PLANIOL, que chegaram a encarar o instituto do abuso do direito como verdadeira contradição resultante de sua própria denominação, afirmando que um ato não pode, ao mesmo tempo, ser conforme ao direito e contrário ao direito⁵⁴.

Todavia, os direitos até então tidos como absolutos (como por exemplo o direito de propriedade)⁵⁵ não se coadunavam com a realidade vigente, tendo de se curvar à tese da relatividade, pois, como bem observou o notável PONTES DE MIRANDA, "se pudessem ser exercidos sem outros limites que os da lei escrita, com indiferença, se não desprezo, da missão social das relações jurídicas, os absolutistas teriam razão. Mas, a despeito das intransigências deles, fruto da crença a que se aludiu, a vida sempre obrigou a que os direitos se adaptassem entre si, no plano do exercício"⁵⁶. Passou-se a entender, portanto, de maneira predominante, que o direito, em verdade, não é um conceito absoluto, havendo limites ao seu exercício⁵⁷.

Contribuiu enormemente para a construção da teoria do abuso do direito, precedendo inclusive à doutrina, a jurisprudência dos Tribunais, sobretudo na França. A literatura jurídica registra uma decisão do Tribunal de Colmar, proferida em 1855, na qual foi condenado um proprietário que construía sobre sua casa uma falsa, volumosa e inútil chaminé, em frente à janela de um

52. Carlos Fernández Sessarego, *op. cit.*, p. 99.

53. Com precisão, José Carlos Barbosa Moreira consigna que "na época do individualismo burguês triunfante, bem estreito era o terreno propício ao florescimento de uma doutrina assente sobre a hipótese, então pouco prestigiosa, da *relatividade dos direitos subjetivos*" (*op. cit.*, p. 97).

54. Deixou consignado Marcel Planiol: "le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut pas y avoir usage abusive d'un droit quelconque, par la raison irrefutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit. Ce qui est vrai, c'est que les droits ne sont presque jamais absolus; la plupart sont limités dans leur étendue et soumis pour leur exercice à des conditions diverses. Quand on sort des ces limites ou qu'on n'observe pas ces conditions, on agit en réalité sans droit. Il peut donc y avoir des abus dans la conduite des hommes, mais ce n'est pas quand ils exercent leurs droits, c'est quand ils les dépassent; l'homme abuse des choses, il n'abuse pas des droits" (*Traité élémentaire de droit civil*, Tome Deuxième, Paris, 1949, p. 337).

55. Dispõe o art. 544 do Código Civil napoleônico de 1804: "La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements".

56. Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo I, Rio de Janeiro, 1996, p. 354.

57. Mariano D'Amelio. *Abuso del diritto*, in *Nuovo Digesto italiano*. Torino, 1937, p. 49.

vizinho, com o único objetivo de tapar a este a entrada de luz. A Corte determinou a demolição da chaminé construída, deixando a salvo, ainda, o direito do vizinho ao ressarcimento⁵⁸. Já em 1856, o Tribunal de Lyon decidiu uma lide em que certo proprietário havia adaptado à sua fonte de água mineral uma bomba cujo jarro contínuo determinava uma diminuição de aproximadamente dois terços no rendimento de uma outra fonte existente em terreno contíguo. A intenção maliciosa do proprietário se revelava pelo fato de nenhuma utilização ter sido extraída do aumento da quantidade de água que jorrava de sua fonte, que, aliás, se perdia em um córrego vizinho, sem nenhum proveito para aquele. Condenando-o, o Tribunal deixou consignado que o direito do proprietário encontra limites na obrigação de permitir que o vizinho goze de seu direito, bem como não ser juridicamente tolerável um ato inspirado exclusivamente na intenção de prejudicar⁵⁹. Célebre ainda foi o *affaire* CLÉMENT BAYARD: um proprietário da região de *Pierrefond*, foi condenado pela Corte de Amiens, em 1912, pelo fato de ter erguido em seu terreno, próximo de um hangar de balões dirigíveis, altas torres de madeira, nos vértices das quais instalou lanças de ferro capazes de danificar os balões que se alçavam ou aterrissavam. Considerou a Corte que era manifesto o propósito de prejudicar, faltando ao proprietário do terreno qualquer interesse ou utilidade em erigir as torres⁶⁰.

À teorização do abuso do direito não ficaram alheios os legisladores dos mais diversos países. Contudo, apesar de o desenvolvimento da teoria ter-se devido à sensibilidade da jurisprudência e doutrina francesas, não encontrou amparo no Código Civil napoleônico de 1804, ainda excessivamente impregnado de concepções individualistas⁶¹. A primazia parece haver cabido ao Código Civil alemão de 1900, o qual em seu § 226 dispôs: “*Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen*”⁶². Por sua vez, e com conotação um pouco distinta da alemã, o Código Civil suíço, de 1907, em seu art. 2º, estatuiu: “*Art. 2 – 1. Chacun est tenu d’exercer ses droits et d’exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi; 2. L’abus manifeste d’un droit n’est pas protégé par la loi*”.

Em Portugal, o Código Civil de 1966 dispôs, em seu art. 334, que “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico

58. O caso é citado por Carlos Fernández Sessarego, *op. cit.*, pp. 109/110.

59. O exemplo é mencionado por Louis Josserand, *De l’esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l’abus des droits*, Paris, 1927, pp. 28/29.

60. Também este caso foi trazido à colação por Louis Josserand, *De l’esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l’abus des droits*, Paris, 1927, pp. 27/28.

61. Deixou consignado, a este respeito, Pontes de Miranda: “Quando, no começo do presente século, Marcel Planiol, L. Barde, A. Esmein e outros se opõem em atitude hostil à teoria do abuso do direito, ou do abuso do exercício do direito, ainda representavam a mentalidade que presidiu à feitura do Code Napoléon” (*op. cit.*, p. 355).

62. “É inadmissível o exercício de um direito, quando só possa ter o fim de causar dano a outrem” (tradução livre do autor).

desse direito". O Código Civil espanhol de 1889, inicialmente não fez previsão quanto ao abuso de direito, todavia, seu Título Preliminar foi reformado em 1974, passando o art. 7.2 a contar com a seguinte redação: "*La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*".

Passando a terrenos latino-americanos, no México, o Código Civil para el Distrito Federal en materia comun y para toda la República en materia federal, de 1928, dispôs em seu artículo 1912: "*Cuando al ejercitar un derecho se cause dano a outro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho solo se ejercitó a fin de causar el dano, sin utilidad para el titular del derecho*".

Na Argentina, por força da Lei nº 17.711, de 1968, o art. 1.071 de seu Código Civil passou a abrigar a teoria do abuso do direito nos termos seguintes: "*El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*"⁶³.

Ainda na América do Sul, a Bolívia, no art. 107 do Código Civil de 1976, adotou expressamente a teoria do abuso do direito, proibindo ainda os atos emulativos: "*El propietario no puede realizar actos con el único propósito de perjudicar o de ocasionar molestias a otros y, en general, no le está permitido ejercer su derecho en forma contraria al fin económico o social en vista al cual se le ha conferido el derecho*". Ao Código Civil da Venezuela, de 1982, também não escapou a tratativa no abuso do direito, dispendo em seu artículo 1.185: "*El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a outro, esta obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a outro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho*". Já o Paraguai, no art. 372 do Código Civil de 1985, estatuiu: "*Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente*".

63. Sobre o abuso do direito na Argentina, *vide*, em especial, Aída Kemelmajer de Carlucci, *Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina*, in *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 16, Buenos Aires, 1998, pp. 209/286, e Luis Moisset de Espanés, *El abuso del derecho*, Disponível no site: <http://www.acader.unc.edu.ar/artabusodelderecho.pdf>, consultado em 23/07/2004.

Desenvolvimento peculiar do abuso do direito pode observar-se no ordenamento jurídico peruano. De início, o Código Civil de 1936, no *artículo II* de seu Título Preliminar, estabeleceu “*La ley no ampara el abuso del derecho*”; em 1984, outro Código Civil substituiu àquele, dispondo, também no mesmo *artículo II* de seu Título Preliminar, que “*la ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho. Al demandar, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso*”. Contudo, tal norma foi modificada em 1992, por intermédio do *decreto-ley 25.490*, ganhando ainda maior amplitude: “*La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u outra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso*”. A evolução do abuso do direito no Peru terminou por chegar ao patamar de norma constitucional: a Constituição peruana de 1993, na quarta alínea de seu art. 103 estabeleceu: “*La Constitución no ampara el abuso del derecho*”⁶⁴.

Mesmo em terrenos distantes do Ocidente, como por exemplo em Macau, pode-se atestar a proscrição ao abuso do direito. Este país, no art. 326° de seu Código Civil de 1999, adotou regra idêntica àquela que prescrevera o antigo colonizador português em 1966: “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 económico desse direito”. Na República Popular da China, embora sem referência expressa à vedação ao abuso do direito, consagrou o artigo 7 dos Princípios Gerais do Direito Civil, adotados em 1986: “*Civil activities shall have respect for social ethics and shall not harm the public interest, undermine state economic plans or disrupt social economic order*”.

No Brasil, o Código Civil de 1916 não se referiu de maneira explícita à figura do abuso de direito. O art. 160, I, daquele diploma estatuiu não constituírem atos ilícitos os praticados “*no exercício regular de um direito reconhecido*”. Por força da expressão “*exercício regular*”, a doutrina civilística passou a afirmar que, utilizando-se de interpretação *a contrario sensu*, pode-se constatar que o Código consagrou, ainda indiretamente e de modo genérico, a tese do abuso do direito⁶⁵. Também se enxergou no art. 554 do mesmo Diploma⁶⁶, ao

64. Especificamente sobre o Peru, *vide* Marcial Rubio Correa, *El abuso del derecho en el Perú*, in *Abuso del derecho*, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 16, Buenos Aires, 1998, pp. 193/207.

65. Neste sentido, Clóvis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Volume I, Rio de Janeiro, 1940, p. 429; J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*. Parte Geral. Volume III, Rio de Janeiro, 1950, p. 338; Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, Volume I, Rio de Janeiro, 1996, p. 536; Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, 1º Volume, São Paulo, 1991, p. 282; Sílvio Rodrigues, *Direito Civil – Parte geral*, Volume I, 18ª edição, São Paulo, 1988, p. 337; José Carlos Barbosa Moreira, *op. cit.*, p. 100.

66. Dispunha o art. 554 do Código Civil brasileiro de 1916: “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”.

reprimir o uso nocivo da propriedade, uma aplicação da referida teoria⁶⁷. Mas o Código de Processo Civil de 1939, em seu art. 3º, fez alusão expressa ao instituto: “Responderá por perdas e danos a parte que intentar a demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro”. E o parágrafo único do referido dispositivo aduzia: “O abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo”. O recente Código Civil de 2002 cuida do abuso do direito em seu art. 187, o qual estatui: “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”. Ressalte-se, por oportuno, que a Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, XXIII, já havia determinado que “a propriedade atenderá a sua função social”, estabelecendo regras sobre a função social da propriedade urbana (art. 182, § 2º) e rural (art. 186)⁶⁸.

Atualmente, os reclamos ao abuso do direito podem ser verificados nos mais variados setores do universo jurídico⁶⁹. Decerto, a teoria fincou raízes e se desenvolveu no direito privado, com os principais dispositivos a regulamentar a matéria sendo encontrados, de início, em Códigos e leis civis. Não obstante, a tese encontrou guarida legislativa nos mais diversos ramos do direito, podendo ser generalizada a ponto de se erigir em *verdadeiro princípio geral*⁷⁰.

No próprio direito civil, o abuso se pode verificar, *e.g.*, no direito de propriedade, nas relações contratuais⁷¹, no exercício do pátrio poder (hoje melhor

67. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituição de direito civil*, Volume I, Rio de Janeiro, 1994, p. 431.

68. Dispõe o art. 182, § 2º, da Constituição da República de 1988: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. Já o art. 186 da mesma Carta estatui: “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

69. Neste sentido, dentre inúmeros, cite-se, na doutrina italiana, Anna Canova, *Atti emulativi e abusi del diritto proprio*, artigo disponível em <http://www.giuridicamente.com/atti.html>, consultado em 02/08/2004. Vide, ainda, com amplo apanhado de hipóteses concretas, Aída Kemelmajer de Carlucci, *Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina*, *op. cit.*, pp. 209/286.

70. Assim, Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp & Martin Wolff. *Derecho civil (parte general)*. Primer Tomo II, Barcelona, 1935, pp. 531/532. Bem ressalta Chaim Perelman: “Mas essa teoria do abuso de direito pode ser generalizada. Todo uso desarrazoado de um poder discricionário será censurado como abusivo, e isto em todos os ramos do direito” (*op. cit.*, p. 682).

71. A respeito deste tema, em especial, *vide* Rosalice Fidalgo Pinheiro, *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro, 2002.

denominado *poder familiar* pelo art. 1.603 do Código Civil de 2002⁷² e mesmo nas relações conjugais⁷³. No campo empresarial, é comum a invocação do abuso no direito, por majorias ou minorias societárias⁷⁴ e também nos requerimentos abusivos de falência (art. 20 do Decreto-lei n° 7.661/45)⁷⁵. Nas relações de consumo, também no âmbito contratual⁷⁶, ou em questões relativas à desconsideração da personalidade jurídica⁷⁷, a figura do abuso também pode fazer-se presente. Ainda se pode vislumbrar referido instituto no direito do trabalho (*v.g.*, no exercício abusivo do direito de greve). No direito administrativo, a faceta do abuso do direito se desenvolveu por intermédio da teoria do abuso de poder, do qual constituem espécies de abuso e o excesso de poder⁷⁸. Relativamente ao direito penal, o abuso de autoridade foi erigido à categoria de ilícito penal, nos termos da Lei n° 4.898/65. No direito eleitoral, o abuso pode surgir no procedimento eletivo⁷⁹. O abuso também pode verificar-se no

72. Precisa, no tocante à nomenclatura, a advertência de José Carlos Barbosa Moreira: “Certos exemplos afiguram-se impertinentes, porque não se referem a *direitos* propriamente ditos, senão a *poderes-deveres* que o ordenamento outorga a determinadas pessoas no interesse de outra (ou de outras). É o que se dá com o ‘poder paternal’ (entre nós se diria ‘poder familiar’: art. 1.603 do novo Código Civil), a que só em acepção pouco técnica se pode chamar ‘direito’. Decerto pode ocorrer abuso no exercício desses poderes-deveres” (Abuso de direito, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 13, Rio de Janeiro, janeiro a março de 2003, pp. 106/107).

73. Sobre o abuso nas relações conjugais, consulte-se, na doutrina argentina, Eduardo A. Zannoni, *El abuso de derecho y las relaciones conyugales*, in *Abuso del derecho*, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 16. Buenos Aires, 1998, pp. 127/137.

74. Especificamente na doutrina argentina, *vide* Héctor Alegría, *El abuso de mayoría y de minoría en las sociedades anónimas*, in *Abuso del derecho*, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 16. Buenos Aires, 1998, pp. 319/392.

75. Dispõe o art. 20 da Decreto-lei n° 7.661/45 (Lei de Falências): “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. Parágrafo único. Por ação própria, pode o prejudicado reclamar a indenização, no caso de culpa ou *abuso* do requerente da falência denegada”.

76. *Vide*, por exemplo, os arts. 51 a 53 da Lei n° 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), os quais se inserem na Seção II, do Capítulo VI do referido Diploma, a qual se denomina *Das cláusulas abusivas*. Quanto a esta particularidade, *vide* a primorosa obra de Heloísa Carpena, *Abuso do direito nos contratos de consumo*, Rio de Janeiro, 2001.

77. Regulamentando a desconsideração da personalidade jurídica, dispôs o art. 28 da Lei n° 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor): “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver *abuso de direito*, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração” (grifos nossos).

78. Assim, Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*. 2ª ed. São Paulo, 1966, pp. 78/79.

79. Discorrendo com propriedade sobre o assunto, Emerson Garcia deixou consignado: “Especificamente no âmbito do procedimento eletivo, identificar-se-á o ato abusivo sempre que alguém, ao exercer o seu direito, prejudicar o direito de igualdade de todos no pleito, afetando sua normalidade e legitimidade” (*O abuso de poder no procedimento eletivo*, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* n° 11, jan./jul.2000, p. 95).

direito processual civil⁸⁰, por exemplo, com o instituto da litigância de má-fé (art. 17 do Código de Processo Civil)⁸¹ e na hipótese de interposição do recurso de embargos de declaração com caráter manifestamente protelatório (art. 538 do Código de Processo Civil). Igualmente no processo penal, *v.g.*, na inadmissão da fungibilidade recursal quando o recorrente tenha procedido de má-fé (art. 579 do Código de Processo Penal). Ajunte-se que neste ramo do direito processual, em vários outros institutos e matérias, a figura do abuso do direito vem ganhando especial tratativa, de acordo com o que vem estatuinto as mais recentes codificações latino-americanas, como na Venezuela⁸², no Paraguai⁸³, na Colômbia⁸⁴ e no Equador⁸⁵. Frise-se que até mesmo no ramo do

80. Com maior desenvolvimento, pode-se consultar, na doutrina argentina, a obra coletiva dirigida por Jorge W. Peyrano e coordenada por Juan Alberto Rambaldo, *Abuso procesal*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2001. Ainda na doutrina argentina, *vide* Alberto Luis Maurino, *Abuso del derecho en el proceso*. Buenos Aires, 2001. Na doutrina brasileira, *vide* a obra coletiva, coordenada por José Carlos Barbosa Moreira, *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000; e, ainda, Rui Stoco, *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo, 2002, e Brunela Vieira de Vincenzi, *A boa-fé no processo civil*. São Paulo, 2003.

81. Estatui o art. 17 do Código de Processo Civil: “Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expreso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos; III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI – provocar incidentes manifestamente infundados; VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”. Para maiores detalhes, em doutrina, *vide* Ana Lúcia Iucker Meirelles de Oliveira, *Litigância de má-fé*. São Paulo, 2000.

82. Assim, por exemplo, o *Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela*, de 1998, que em seu artículo 102, dispôs: “Artículo 102. Buena Fe. Las partes deben litigar con buena fe, evitando los planteamientos dilatorios, meramente formales y cualquier abuso de las facultades que este Código les concede. Se evitará, en forma especial, solicitar la privación preventiva de libertad del imputado cuando ella no sea absolutamente necesaria para asegurar las finalidades del proceso”.

83. O *Código Procesal Penal do Paraguay*, também do ano de 1998, dispôs em seu artículo 112: “Artículo 112. Buena Fe. Las partes deberán litigar con buena fe, evitando los planteos dilatorios y cualquier abuso de las facultades que este código les concede. No se peticionará la prisión preventiva del procesado cuando ella no sea absolutamente necesaria para asegurar las finalidades del procedimiento (...)”.

84. No ano de 2000, o *Código de Procedimiento Penal da Colômbia*, estabeleceu em seu artículo 17: “Artículo 17. Lealtad. Quienes intervienen en la actuación procesal están en el deber de hacerlo con absoluta lealtad y buena fe. Deben obrar sin temeridad en el ejercicio de los derechos y deberes procesales”. Em seu artículo 146, o mesmo Código cuidou das condutas temerárias e da má-fé processual: “Artículo 146. Temeridad o mala fe. Se considera que ha existido temeridad o mala fe, en los siguientes casos: 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal en la denuncia, recurso, incidente o cualquier otra petición formulada dentro de la actuación procesal; 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; 3. Cuando se utilice cualquier actuación procesal para fines claramente ilegales, dolosos o fraudulentos; 4. Cuando se obstruya la práctica de pruebas u otra diligencia; 5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal de la actuación procesal”.

85. No mesmo ano de 2000, o *Código de Procedimiento Penal do Equador*, permitiu em seu art. 249 a responsabilização do acusador particular quando tiver atuado de maneira temerária ou maliciosa: “Art. 249. Acciones por denuncia o acusación temerarias o maliciosas.- Si la denuncia o la acusación particular han sido calificadas en el auto de sobreseimiento definitivo como maliciosas o temerarias el que obtuvo a su favor el sobreseimiento podrá ejercer contra el denunciante o el acusador, las acciones respectivas conforme a lo establecido en este Código”.

direito internacional público podem os Estados soberanos exercer abusivamente direitos que lhes são conferidos⁸⁶.

4. A CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO E AS RESPECTIVAS SANÇÕES

O Código Civil de 2002, de maneira inovadora em relação ao texto revogado, consagrou como regra geral, e de forma expressa, o instituto do abuso do direito, embora sem utilizar-se desta nomenclatura. Inspirando-se o legislador brasileiro no art. 334 do Código Civil português de 1966, fez constar do art. 187 do novo Código Civil: "*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*". A redação do dispositivo, com a expressão "*também*", faz transparecer que, *de lege lata*, houve subsunção do abuso do direito ao ato ilícito. Este teria duas espécies: a violação de direito alheio, prevista no art. 186 ("*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*"), e o abuso do direito (art. 187).

Contudo, apesar de alguma resistência doutrinária⁸⁷, pode-se afirmar que as figuras do abuso do direito e do ato ilícito distinguem-se de maneira nítida. Como bem assinala HELOÍSA CARPENA, "o ilícito, sendo resultante da violação de limites formais, pressupõe a existência de concretas proibições normativas, ou seja, é a própria lei que irá fixar limites para o exercício do direito. No abuso não há limites definidos e fixados aprioristicamente, pois estes serão dados pelos princípios que regem o ordenamento, os quais contêm seus valores fundamentais. Por este mesmo motivo pode-se afirmar que o abuso supõe um direito subjetivo lícito atribuído a seu titular, que, ao exercê-lo, o torna antijurídico. Já o ilícito, por ser contrário à disposição legal, mostra-se previamente reprovado pelo ordenamento, não comportando controle de abusividade"⁸⁸. Mas às figuras da violação de direito alheio (art. 186) e do

86. Neste sentido, consulte-se Celso de Albuquerque Mello, *Responsabilidade internacional do Estado*. Rio de Janeiro, 1995, p. 163.

87. Já sob a égide do Código Civil de 1916, sustentava a identificação do abuso do direito com o ato ilícito Everardo da Cunha Luna, *O abuso de direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro, 1988, p. 55, e J. M. de Carvalho Santos, *op. cit.*, pp. 338/339.

88. *O abuso do direito no Código Civil de 2002 – Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*, in *A Parte Geral do novo Código Civil* (obra coordenada por Gustavo Tepedino), p. 382. 2ª ed. Rio de Janeiro, 2003. No mesmo sentido, pondera José Carlos Barbosa Moreira: "Semelhante equiparação, já se registrou, não é pacífica em doutrina. E, na verdade, parece razoável, do ponto de vista teórico, o entendimento que distingue as duas figuras. Uma é a situação de quem, sem poder invocar a titularidade de direito algum, simplesmente viola direito *alheio*: seria esse o autêntico perfil do ato ilícito. Outra situação é a daquele que, sendo titular de um direito, *irregularmente o exerce*" (*op. cit.*, p. 104). No mesmo sentido, Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, 14ª edição, Rio de Janeiro, 1999, p. 135.

abuso do direito (art. 187) atribuiu-se uma conseqüência comum, segundo o art. 927: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Para a caracterização do abuso do direito, a pedra de toque fundamental é a ultrapassagem de determinados limites, quando do respectivo exercício do direito. "Tais limites podem ser impostos: a) pelo fim econômico ou social do direito exercido; b) pela boa-fé; c) pelos bons costumes. O titular precisa exceder ao menos uma dessas categorias de limites. Não é necessário que exceda mais de uma: a enumeração é alternativa, não cumulativa"⁸⁹. As expressões elencadas como critérios para a aferição do ato abusivo se consubstanciam em conceitos juridicamente indeterminados, competindo ao Juiz concretizá-los, tendo em vista as características de cada espécie.

Já no tocante às sanções ao abuso do direito, uma se mostra bastante clara, saltando aos olhos: a obrigação de reparar o dano causado, resultante da conduta abusiva, consoante estabelecido no art. 927 do novo Código Civil. Esta a regra geral: o dano causado pelo exercício abusivo de um direito leva à indenização. Mas à sanção pecuniária também fizeram alusão outros diplomas legais, como o Código de Processo Civil, ao reprimir a litigância de má-fé (art. 16)⁹⁰, ou ao impor multa ao recorrente que interponha embargos de declaração manifestamente protelatórios (art. 538, parágrafo único)⁹¹. Também assim a o parágrafo único do art. 20 da Decreto-lei nº 7.661/45 (Lei de Falências), na hipótese de falência abusivamente requerida⁹².

Mas por um outro modo o abuso do direito pode vir a ser sancionado de maneira genérica pela ordem jurídica: "quando possível e adequado, mediante a supressão ou anulação do fato ou ato abusivo, restabelecendo-se o *status quo ante*"⁹³. Como afirmou JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "basta deixar de aplicar a regra consagradora do benefício que se quis maliciosamente fazer incidir"⁹⁴.

89. José Carlos Barbosa Moreira, *op. cit.*, p. 105.

90. Dispõe o art. 16 do Código de Processo Civil: "responderá por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente".

91. Já o art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, estatui: "Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de um por cento sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até dez por cento (10%), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo".

92. Dispõe o parágrafo único do art. 20 da Decreto-lei nº 7.661/45: "Por ação própria, pode o prejudicado reclamar a indenização, no caso de culpa ou abuso do requerente da falência denegada".

93. Miguel Maria de Serpa Lopes, *op. cit.*, p. 540.

94. José Carlos Barbosa Moreira, *op. cit.*, p. 102.

5. O MINISTÉRIO PÚBLICO, A JUSTIÇA E O ABUSO DE DIREITO

As mais diversas concepções acerca das origens históricas do Ministério Público vinculam os possíveis antecedentes desta instituição à idéia de Justiça. Seja com os antigos funcionários do Egito antigo, conhecidos como *magiaí*, que tinham a “função de denunciar os infratores, participar dos atos de instrução, zelar pelos interesses do soberano e proteger os cidadãos pacíficos”⁹⁵. Ou com os *Procuratores Cæsaris*, instituídos pelo Imperador AUGUSTO (27 a. C./ 14 d. C.), e que cuidavam da gestão dos domínios imperiais e da arrecadação de receitas, passando, subseqüentemente, a confiscar bens de cidadãos condenados, interessando-se, deste modo, pela persecução criminal⁹⁶. Também assim com os *Gemeiner Anklager*, na então Alemanha do século X, os quais ficavam encarregados de exercer a acusação criminal, diante da inércia do particular⁹⁷. Diga-se o mesmo a respeito dos *procurateurs du Roi*, aos quais fez referência a *Ordonnance* de 25.03.1302, de *Philippe, le Bel*, sendo que as *Ordonnances* de 28.12.1335, de 20.07.1367 e de 22.11.1371, encarregaram os *procurateurs* de perseguir os fatos criminosos castigados pelas Ordenações, inclusive se a parte lesionada não o fizesse⁹⁸.

Modernamente, intensificou-se ainda mais a relação do Ministério Público com os proclamos da Justiça. Assim, a Constituição da República de 1988, em seu Título IV (“Da organização dos poderes”), após regulamentar o Poder Judiciário, abriu um Capítulo IV, intitulado “Das funções essenciais à Justiça”, sendo o Ministério Público a primeira instituição a figurar dentre as assim consideradas. Já no primeiro artigo a cuidar da instituição ministerial, proclamou o constituinte ser ela “essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Quanto à redação deste preceito constitucional, já se afirmou, com propriedade: “Unindo as características do substantivo instituição e do adjetivo essencial, é possível afirmar que somente o Ministério Público pode desempenhar as atividades que lhe tenham sido privativamente outorgadas pelo Constituinte originário e pelo legislador infraconstitucional, e que são imprescindíveis à salvaguarda do bem-estar da população, vale dizer, à consecução do ideal de Justiça”⁹⁹.

Mas como guardião da ordem jurídica, o Ministério Público também possui importante função na prevenção e repressão ao abuso do direito. Sempre

95. Emerson Garcia, *Ministério Público – Organização, atribuições e regime jurídico*. Rio de Janeiro, 2004, p. 8.

96. Hugo Nigro Mazzilli, *Regime jurídico do Ministério Público*. 5ª edição. São Paulo, 2001, pp. 42/43.

97. Emerson Garcia, *Ministério Público – Organização, atribuições e regime jurídico*. Rio de Janeiro, 2004, p. 8.

98. Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*. 2º Volume. 17ª ed. São Paulo, 1995, p. 298.

99. Emerson Garcia, *Ministério Público – Organização, atribuições e regime jurídico*. Rio de Janeiro, 2004, p. 42.

que atuar como autor ou interveniente, em qualquer relação jurídica, no desempenho de sua missão de defesa da ordem jurídica, deverá prevenir a ocorrência do exercício abusivo dos direitos; ou ainda buscar a devida efetivação da sanção, quando aquele se verificar. Assim, por exemplo, no âmbito cível, no qual parecem avultar as hipóteses de abuso dos direitos, quando chamado a intervir nos termos do art. 82 do Código de Processo Civil¹⁰⁰. Já no processo penal, a par da titularidade privativa da ação penal pública (art. 129, I, da Constituição da República), expressão de parcela da soberania estatal¹⁰¹, atua também o *Parquet* promovendo e fiscalizando a execução da lei (art. 257 do Código de Processo Penal). Quanto a esta última função, impõe-se ao Ministério Público, sempre respeitando as garantias constitucionais do acusado, – pelas quais, inclusive, tem o dever de velar –, impedir a chicana processual, bem como os propósitos protelatórios da defesa técnica. A imposterável e sacrossanta garantia da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição da República) deve ser exercida sempre de acordo com os ditames legais.

Advirta-se, porém, que o próprio Ministério Público, seja como agente, seja como interveniente nas relações jurídico-processuais, deve esquivar-se de abusar dos direitos de que é titular. Cumpre asseverar, com efeito, que, diante de sua importantíssima destinação constitucional, na quase totalidade dos casos, os agentes ministeriais não agirão de maneira dolosa ou fraudulenta, o que lhes poderia trazer responsabilização pessoal, nos termos do art. 85 do Código de Processo Civil¹⁰². Porém, em algumas hipóteses não será impossível uma atuação temerária, leviana ou mesmo abusiva.

Portanto, não poderá, por exemplo, no processo penal, ajuizar temerariamente a ação penal pública, cujo exercício lhe é privativo por mandamento constitucional (art. 129, I, da Constituição da República). A acusação deverá sempre se lastrear em um suporte probatório idôneo, sobe pena de tornar-se a expressão arbitrária da vontade pessoal do órgão acusador¹⁰³. Por outro lado,

100. Dispõe o art. 82 do Código de Processo Civil: “Compete ao Ministério Público intervir: I – nas causas em que há interesses de incapazes; II – nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade; III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”.

101. Hugo Nigro Mazzilli, *op. cit.*, p. 407.

102. O art. 85 do Código de Processo Civil estatui: “O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude”.

103. Assim, aliás, já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “O abuso do poder de acusar e a possibilidade de seu controle jurisdicional. A imputação penal não pode ser a expressão arbitrária da vontade pessoal do órgão acusador. A válida formulação de denúncia penal supõe a existência de base empírica idônea, apoiada em prova lícita, sob pena de o poder de acusar – consideradas as graves implicações de ordem ético-jurídica que dele decorrem – converter-se em instrumento de abuso estatal” (STF, 2ª Turma, HC 80.542/MG, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 26.06.2001, p. 34).

vale também aqui a advertência de não ser o simples fato de o pedido formulado na ação penal vir a ser julgado improcedente, que levará ao cometimento de qualquer ilícito¹⁰⁴. Também deverá abster-se de requerimentos de prisões preventivas infundados, ou desnecessários às finalidades do processo¹⁰⁵. Ainda de maneira exemplificativa, apesar de autorizado pelo art. 654 do Código de Processo Penal, não será possível ao órgão do Ministério Público impetrar *habeas corpus* com desvio de finalidade, visando a tutelar interesses outros que não os daquele submetido à coação ilegal em sua liberdade de locomoção¹⁰⁶.

No plano processual civil, dispõe o Código de 1973, em seu art. 82 que “o Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes”. A parte final do dispositivo deixa claro que o *Parquet* se submete aos mesmos gravames que às partes. Logo, como autor, poderá vir a ser condenado a reparar o dano causado, nos termos do art. 16 do Código de Processo Civil, quando pleitear de má-fé, ou

104. Já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Não pode ter curso ação penal contra membro do Ministério Público pelo crime de denunciação caluniosa senão quando evidente a temeridade ou o abuso de poder. Se a investigação policial leva à suspeita consistente, o Ministério Público deve agir na conformidade de seu dever constitucional, não quedando intimidado pela perspectiva da acusação de denunciação caluniosa sempre que resultar provada a inocência do suspeito. Hipótese de trancamento da ação penal por atipicidade” (STF, 2ª Turma, HC 74.318, Rel. Min. Francisco Resek, DJU de 17.12.1996, p. 441).

105. A respeito dos requerimentos abusivos de prisão preventiva dispuseram os Códigos de Processo Penal da Venezuela e do Paraguai. O *Código Orgânico Procesal Penal* da Venezuela, de 1998, em seu *artículo 102*, dispôs: “*Artículo 102. Buena Fe. Las partes deben litigar con buena fe, evitando los planteamientos dilatorios, meramente formales y cualquier abuso de las facultades que este Código les concede.* Se evitará, en forma especial, solicitar la privación preventiva de libertad del imputado cuando ella no sea absolutamente necesaria para asegurar las finalidades del proceso”. Já o *Código Procesal Penal* do Paraguai, também do ano de 1998, dispôs em seu *artículo 112*: “*Artículo 112. Buena Fe. Las partes deberán litigar con buena fe, evitando los planteos dilatorios y cualquier abuso de las facultades que este código les concede.* No se peticionará la prisión preventiva del procesado cuando élla no sea absolutamente necesaria para asegurar las finalidades del procedimiento (...)” (destaques nossos).

106. Decidiu o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez: “*Habeas corpus*. Legitimação ativa do Ministério Público. Utilização abusiva contra o interesse do paciente: não conhecimento. A legitimação do Ministério Público para requerer *habeas corpus* é um poder a ser utilizado segundo a destinação própria do instrumento processual, qual seja, a de garantir a liberdade de locomoção ilicitamente coartada ou ameaçada: utilizar-se o Ministério Público de *habeas corpus* – ainda que em nome da melhor interpretação da lei – para alcançar objetivos potencialmente lesivos à liberdade do cidadão é caso típico de abuso de poder, com o qual não transige o Tribunal” (STF, 1ª Turma, HC 72046/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 09.06.1995, p. 17.232); “O Ministério Público dispõe de legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar, em favor de terceiros, a ação penal de *habeas corpus*. O remédio processual do *habeas corpus* não pode ser utilizado como instrumento de tutela dos direitos do Estado. Esse writ constitucional há de ser visto e interpretado em função de sua específica destinação tutelar: a salvaguarda do estado de liberdade do paciente. A impetração de *habeas corpus*, com desvio de sua finalidade jurídico-constitucional, objetivando satisfazer, ainda que por via reflexa, porém de modo ilegítimo, os interesses da Acusação, descaracteriza a essência desse instrumento exclusivamente vocacionado à proteção da liberdade individual” (STF, 1ª Turma, HC 69889/ES, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 01.07.1993, p. 13.143).

responder pelas despesas relativas ao retardamento ou à repetição do ato processual a que tiver dado causa (art. 29 do Código de Processo Civil). Ajunte-se, finalmente, que, na importantíssima função de tutela dos interesses transindividuais, por intermédio do ajuizamento de ações civis públicas (art. 129, III, da Constituição da República), possível temeridade, má-fé ou exercício abusivo, por parte do agente do Ministério Público, implicará condenação por perdas e danos causados. Apesar de o art. 87, parágrafo único, da Lei nº 8.078/90, e o art. 17 da Lei nº 7.347/85, não se referirem diretamente ao *Parquet*, a responsabilização se impõe, por violação ao dever de lealdade processual imposto a todos os litigantes¹⁰⁷.

6. CONCLUSÕES

Sem qualquer pretensão de demonstrar o acerto das teses expostas durante todo o itinerário, apresentam-se a seguir as idéias desenvolvidas no presente ensaio, que podem ser reconduzidas, em apertada síntese, às proposições objetivas que se seguem:

a) Desde a mais remota antigüidade, o gênero humano foi capaz de intuir o sentimento de injustiça, relacionado-o sempre ao imoderado, ao excessivo, ao descomedido, ao abusivo;

b) Nas mais diversas concepções sobre a Justiça, dos pensadores mais antigos ao jusfilósofos contemporâneos, encontrar-se-á a supressão ao desarrazoado, à tirania, ao excesso, à iniquidade, ao descomedimento, enfim, ao abuso, os quais intuitivamente ter-se-ão por *injustos*;

c) Existe uma conexão entre o abuso do direito e a intelecção do que seja injusto ou desarrazoado, o que remete à necessária vinculação entre o direito e o comportamento moral. Predomina, portanto, entre estes a idéia de que entre direito e moral existem conexões necessárias, seja sob o plano conceitual, seja sob o normativo;

107. É o que afirma Kazuo Watanabe: "Também os demais legitimados do art. 82 devem responder pela litigância de má-fé, pois essa é a regra que vige no sistema processual pátrio por força das normas inscritas nos arts. 16, 17 e 18 do CPC. A lealdade processual é um dever que se impõe a todos os litigantes, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas. O parágrafo único do art. 87 não teve o objetivo de limitar às associações a responsabilidade pela litigância de má-fé" (*Código brasileiro de defesa do consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*, 4ª edição, Rio de Janeiro, 1998, p. 533). Na mesma obra, quanto ao art. 17 da Lei nº 7.347/85, assevera Nelson Nery Júnior: "A lei não distingue quem pode ser considerado litigante de má-fé. Assim, podem ser levados à categoria de litigante de má-fé o autor, o réu, os litisconsortes, os sucessores processuais e os intervenientes (Ministério público, assistente simples, assistente litisconsorcial, chamado ao processo, litisdenuciado, oponente, terceiro prejudicado, arrematante, credor hipotecário que requer a adjudicação ou remidor)" (*Código brasileiro de defesa do consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*, 4ª edição, Rio de Janeiro, 1998, pp. 655/656).

d) A *idéia* do exercício abusivo dos direitos já se fazia presente no direito romano. O que não se tinha, àquela época, era tão-somente uma *teoria perfeitamente delineada* sobre o abuso do direito, nos moldes em que formulada modernamente.

e) Com o advento da Idade Média, desenvolveu-se a teoria dos atos emulativos, cujas origens já se encontravam no direito romano (*aemulatio*), e que se pode considerar como um imediato antecedente da teoria do abuso do direito;

f) Somente no final do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, se veio a assistir a uma intensa fermentação de idéias, sobretudo na França, que conduziram à teoria do abuso do direito. Contribuiu enormemente para a construção desta, precedendo inclusive à doutrina, a jurisprudência dos Tribunais. O liberalismo individualista anterior àquele período teve de ceder passo, não sem grandes resistências, à emergente doutrina sobre a *relatividade dos direitos subjetivos*;

g) À teorização do abuso do direito não ficaram alheios os legisladores dos mais diversos países. Atualmente, os reclamos ao abuso do direito podem ser verificados nos mais variados setores do universo jurídico, podendo a tese ser generalizada a ponto de se erigir em *verdadeiro princípio geral*;

h) Para a caracterização do abuso do direito, a pedra de toque fundamental é a ultrapassagem de determinados limites, os quais podem ser impostos: a) pelo fim econômico ou social do direito exercido; b) pela boa-fé; c) pelos bons costumes;

i) No tocante às sanções ao abuso do direito, estas podem consistir na obrigação de reparar o dano causado, ou na não-aplicação da regra consagrada do benefício que se quis maliciosamente fazer incidir;

j) O Ministério Público, desde as mais diversas concepções acerca de suas origens históricas, até as sua mais moderna concretização, sempre foi uma instituição vinculada intrinsecamente à *idéia* de Justiça;

l) Como guardião da ordem jurídica, o Ministério Público também possui importante função na prevenção e repressão ao abuso do direito. Sempre que atuar como autor ou interveniente, em qualquer relação jurídica, no desempenho de sua missão de defesa da ordem jurídica, deverá prevenir a ocorrência do exercício abusivo dos direitos; ou ainda buscar a devida efetivação da sanção, quando aquele se verificar;

m) Advirta-se, porém, que o próprio Ministério Público, seja como agente, seja como interveniente nas relações jurídico-processuais, deve esquivar-se de abusar dos direitos de que é titular.

7. BIBLIOGRAFIA

ALEGRÍA, Héctor. *El abuso de mayoría y de minoría en las sociedades anónimas, in Abuso del derecho, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 16. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, 1998.

ALEXY, Robert. *Concetto e validità del diritto* (trad. italiana do original *Begriff und Geltung des Rechts*). Torino: Biblioteca Einaudi, 1997.

ARISTÓTELES. *Obra jurídica*. São Paulo: Ícone Editora, 1997.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Volume I*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1940.

BOBBIO, Norberto. *Eguaglianza e libertà*. Torino: Einaudi Contemporanea, 1997.

_____. *Teoria generale della politica*. Torino: Biblioteca Einaudi, 1999.

CALSAMIGLIA, Albert. *Ensayo sobre Dworkin*, in *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 2002.

CANOVA, Anna. *Atti emulativi e abusi del diritto proprio*. Disponível no site <http://www.giuridicamente.com/atti.html>, consultado em 02/08/2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*. Bologna: Il Mulino, 1994.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. *Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina*, in *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 16. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1998.

CARPENA, Heloisa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

_____. *O abuso do direito no Código Civil de 2002 – Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*, in *A Parte Geral do novo Código Civil* (obra coordenada por Gustavo Tepedino). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CICERO, Marcus Tullius. *De officiis*, Liber Primus, X, 33. Disponível no site: http://www.biblio-net.com/lett_cla/testi/de_officiis.htm, consultado em 15/07/2004.

CORDOPATRI, Francesco. *L'abuso del processo, I, Presupposti storici*. Padova: Cedam, 2000.

CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro. *Abuso de direito (direito romano)*, in *Enciclopédia Saraiva de Direito*, V. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1977.

CORREA, Marcial Rubio. *El abuso del derecho en el Perú*, in *Abuso del derecho, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 16. Buenos Aires: Rubinzal — Culzoni Editores, 1998.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Aurélio Barroso Rebello e Laura Alves. Ediouro: Rio de Janeiro, 2003.

DABIN, Jean. *Le droit subjectif*. Dalloz: Paris, 1952.

D'AMELIO, Mariano. *Abuso del diritto*, in *Nuovo Digesto italiano*, I, A-AU, a cura di Mariano D'Amelio con la collaborazione de Antonio Azara. Torino: Unione Tipografico — Editrice Torinese, 1937.

DIDEROT, Denis. *Obras II – Estética, poética e contos*. Tradução de J. Guinsburg. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000.

DU PASQUIER, Claude. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*. 4.ed. Neuchâtel: Delachaux & Niestlé, 1967.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio* (tradução espanhola do original *Taking rights seriously*). Barcelona: Ariel Derecho, 2002.

ENNECCERUS, Ludwig, Kipp, Theodor, & Wolff, Martin. *Derecho civil (parte general)*, Primer Tomo, II. Tradução de Blás Perez González e José Alguer. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1935.

ESPANÉS, Luis Moisset de, *El abuso del derecho*, Disponível no site: <http://www.acader.unc.edu.ar/artabusodelderecho.pdf>, consultado em 23/07/2004.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho, *Processo Penal*. 2º Volume. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público – Organização, atribuições e regime jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

_____. O abuso de poder no procedimento eletivo, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 11, jan./jul. 2000.

GOMES, Orlando, *Introdução ao direito civil*, 14ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1999.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Temeridad y malicia en el proceso*. Buenos Aires: Rubinzal — Culzoni Editores, 2002.

_____. *La conducta en el proceso*. La Plata: Libreria Editora Platense, 1988.

GROSSO, Giuseppe. *Abuso del diritto (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, v. I. Milano: Giuffrè, 1958.

HÄBERLE, Peter. *Diritto e verità*. Tradução de Fabio Fiore. Einaudi contemporanea, Torino, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion* (tradução francesa do original *Erläuterungen zur Diskursethik*), Champs Flammarion, Paris, 1992.

HESÍODO. *Opere e giorni*. Tradução do grego para o italiano disponível no site http://www.biblio-net.com/lett_cla/traduzioni/esiodo_opere.htm, consultado em 23/07/2004.

JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*, I, deuxième édition, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932.

_____. *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*. Paris: Dalloz, 1927.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?* (tradução brasileira do original inglês *What is justice?*), 3ª edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* (tradução portuguesa do original *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*), 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*, Volume I, 8ª edição, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1996.

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

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

MARTINS, Plínio Lacerda. *O Ministério Público e o Código de Defesa do Consumidor em casos concretos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1996.

MATTIETTO, Leonardo. *Do abuso de direito: perfil histórico da teoria*. Texto disponível no site: http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/do_abuso_de_direito.html, consultado em 23/07/2004.

MAURINO, Alberto Luis. *Abuso del derecho en el proceso*. Buenos Aires: La Ley, 2001.

MAZEAUD, Henri, Mazeaud, Léon, & Mazeaud, Jean. *Leçons de droit civil*, Tome deuxième. Paris: Éditions Montchrestien, 1956.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Responsabilidade internacional do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo I, arts. 1º a 45, 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.

MONTAIGNE, Michel Eyquem. *Ensaio*, Livro III. Tradução de Sérgio Milliet, Editora Universidade de Brasília. Brasília: Hucitec, 2ª edição, 1987.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, 1º Volume, 30ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Abuso de direito*, in Revista Trimestral de Direito Civil vol. 13, Rio de Janeiro: Editora Padma, janeiro a março de 2003.

NETO, Francisco dos Santos Amaral. Individualismo e universalismo no direito civil brasileiro. Permanência ou superação de paradigmas romanos?, in *Revista de Direito Civil*, v. 19, n° 71, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1995.

OLIVEIRA, Ana Lúcia Iucker Meirelles de. *Litigância de má-fé*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Nythamar de. *Raws*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

PAVIANI, Jayme. *Platão e a República*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

PEGORARO, Olinto A., *Ética é justiça*, 7ª edição, Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituição de direito civil*, Volume I, 16ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito* (tradução brasileira do original *Éthique et droit*), 1ª edição, 4ª tiragem, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, Tome Deuxième, troisième édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949.

PLATÃO. *A República*. Tradução de Enrico Corvisieri. Editora Nova Cultural, São Paulo, 2000.

_____. *Diálogos*. Tradução de Jaime Bruna. Editora Cultrix, São Paulo, 2002.

RAWLS, John, *Justiça como equidade* (tradução brasileira do original *Justice as fairness*). São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

RIBEIRO, Diaulas Costa, *Ministério Público – Dimensão constitucional e repercussão no processo penal*, São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4.ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1949.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Parte geral*. Volume I. 18ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

ROSS, Alf. *Diritto e giustizia* (tradução italiana do original *On Law and Justice*). Torino: Piccola Biblioteca Einaudi – Scienze sociali, 2001.

ROXIN, Claus; Maier, Julio B. J.; Rusconi, Maximiliano A.; Guariglia, Fabricio O.; Bruzzone, Gustavo A.; Bertoni, Eduardo A; Folgueiro, Hernán L.; Cerletti, Marco L.. *El Ministerio Público en el Proceso Penal*. Reimpresión. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

SANDRA, Levanti. *Abuso del diritto*. Texto disponível no site: <http://www.diritto.it/articoli/civile/levanti.html>, consultado em 05/03/2004.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Parte Geral. Volume III. 4ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1950.

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

STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TERRA, Ricardo. *Kant & o direito*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez, *Ética*. Tradução de João Dell'Anna. 5ª edição, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1982.

VERÍSSIMO, Luís Fernando & Fonseca, Joaquim da. *Traçando Roma*. 4ª edição, Porto Alegre: Artes e Ofícios, 1998.

VIGO, Rodolfo L. Consideraciones iusfilosóficas sobre el "abuso de derecho", in *Abuso del derecho, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 16. Buenos Aires: Rubinzal — Culzoni Editores, 1998.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito* (tradução brasileira do original *Philosophie du droit*). São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

VINCENZI, Brunela Vieira de, *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

WILHELM, Richard, *I Ching – O Livro das Mutações*, São Paulo: Editora Pensamento, 2000.

ZANNONI, Eduardo A.. *El abuso de derecho y las relaciones conyugales*, in *Abuso del derecho, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 16. Buenos Aires: Rubinzal — Culzoni Editores, 1998.

ZEISS, Walter. *El dolo procesal – Aporte a la precisión teórica de una prohibición del dolo en el proceso de cognición civilístico*. Tradução de Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.