

AUTOR

| EDUARDO FERREIRA JORDÃO |

Advogado. Mestrando em Direito Público pela USP.

REPENSANDO A
TEORIA DO
ABUSO DE DIREITO

2006

EDIÇÕES

PODIVM

CAPÍTULO VII

CONCLUSÃO

Estão absolutamente superados os ideais propugnados pela Escola de Exegese. O acaso não tem origem exclusiva no insucesso social dos métodos hermenêuticos defendidos pelo movimento oitocentista, mas ainda na sua insuficiência para realizar os próprios fins para os quais foram patrocinados. A pretendida segurança jurídica se revelou inexecutível, em razão da imperfeição compartilhada pelo legislador, pelo intérprete e pela própria linguagem humana. De outra parte, mesmo a segurança de uma disposição teoricamente perfeita haveria de sucumbir quando confrontada com situações excepcionais.

Disto resultou drástica alteração nas técnicas hermenêuticas. Compreendeu-se que não se deveria interpretar um *dispositivo específico*, mas todo o *sistema jurídico*; ou, ainda, que a compreensão do significado de um dispositivo específico depende da leitura do todo sistemático. É a idéia de que um dispositivo não tem vida isolada dos demais e de que a força normativa do seu preceito depende da sua conformação com os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico que lhe concede.

Possuindo também o direito subjetivo estrutura e conteúdo normativos, de certo que essas conclusões se lhe aplicam. Os contornos de um direito não se têm a partir da isolada interpretação do “dispositivo que o estabelece”, mas através da leitura sistemática deste, da sua conformação aos outros comandos (implícitos ou explícitos) da ordem jurídica vigente. Não é correto pensar que o direito é criado por um dispositivo específico, sendo que os demais lhe conferiam limitações posteriores. O direito subjetivo *só* nasce e *já* nasce com todas as limitações que lhe impõe o sistema jurídico.

Neste passo, deve-se atentar que conforma também os direitos subjetivos o princípio da boa-fé (norma implicitamente ou explicitamente constante de qualquer ordenamento jurídico já existente), que incide de maneira a retirar a proteção jurídica de todos os atos que o contrariem.

Daí porque o ato abusivo (que, *a priori*, antes da extensão da teoria respectiva, cabia no gênero “atos contrários à boa-fé”) é indubitavelmente ilícito e, a rigor, não corresponde a um ato praticado no exercício de um direito subjetivo. E se é assim, a denominação “abuso de direito” (uso irregular de um direito) é inapropriada para designá-lo.

Nada obstante, a imperfeição ou contradição do *nomen juris* — e o fato de não ser juridicamente possível falar em “abuso de direito” — não implica necessariamente a negação da existência do instituto. Nada impede que a incorreção seja meramente denominativa, persistindo o instituto, ao qual apenas se deveria conceder outro nome.

Além disso, o fato de ser possível reprimir os atos abusivos pelo simples fato de que eles são ilícitos (não havendo qualquer proteção jurídica deles) não significa que a idéia de abuso de direito não guarde qualquer relevância. Esta dependerá da demonstração de peculiaridades teóricas e práticas dos ilícitos abusivos, para justificar a sua distinção dos ilícitos não abusivos.

Conforme acreditamos ter demonstrado, o traço distintivo do ato ilícito abusivo é a sua aparência de legalidade. Ele aparenta conformidade com o Direito, parece nele encontrar proteção. É preciso sempre um olhar mais cauteloso para descobrir a sua ilicitude. Não é nada raro que tal propriedade avalize a dita conduta perante aquele a quem causará danos. Este, no mais das vezes, entende-a como “mal a ser aceito”, sem a denunciar a juízo. E se ha relevância social nesta aparência de licitude, é absolutamente plausível que se lhe conceda relevância jurídica, que se a regulamente.

O ato abusivo é, assim, o *ato ilícito perpetrado sob aparente titularidade de direito*; ou, destrinchando este conceito, é o *ato ilícito que, embora aparentemente tenha sido perpetrado no exercício de um direito, viola princípios gerais limitadores dos direitos subjetivos*.

Sendo possível distinguir os atos ilícitos abusivos dos não abusivos, já a teoria em estudo tem relevância teórica. Por outro lado, a relevância prática da teoria vai depender de terem sido estabelecidas em um determinado ordenamento jurídico conseqüências específicas para os atos abusivos. Se assim for, haverá relevância prática na distinção entre eles (já que a aplicação destas conseqüências dependerá da demonstração da abusividade). Caso contrário, a relevância será meramente vulgar e teórica. Vale dizer: a distinção segue tendo importância para o homem comum, e segue sendo possível configurá-la juridicamente, mas não há interesse prático em fazê-lo, pois a circunstância da abusividade em nada influiria.

À margem disso, a explicitação da idéia do abuso de direito em um dispositivo de direito positivo poderá ter outras duas funções: (a) simplificar a interpretação jurídica, possibilitando ao hermeneuta o fácil reconhecimento da existência de um limite já existente, e constatável implicitamente; (b) estabelecer novos limites gerais aos direitos subjetivos, os quais, em não havendo a explicitação, não seriam depreensíveis do ordenamento jurídico.

Em resumo e enfim, a aplicação da teoria do abuso de direito em uma determinada ordem jurídica independe de previsão normativa expressa, mas esta, quando existente, poderá cumprir o papel de elevar-lhe a relevância ou a extensão.