

AUTOR

| EDUARDO FERREIRA JORDÃO |

Advogado. Mestrando em Direito Público pela USP.

REPENSANDO A
TEORIA DO
ABUSO DE DIREITO

2006

EDIÇÕES

PODIVM

humana, mas não se compreende porque seria este, exatamente, o valor a ser cumprido através do comodato.

Depois, a aceitação desta tese tem como consequência uma destas duas alternativas: ou se admite que não é possível abusar das prerrogativas que não estejam expressamente consagradas (as chamadas "liberdades"), ou será necessário proceder a um inegável sofisma para identificar um valor tal que teria determinado a não proibição daquela conduta.

Cunha de Sá, importante defensor desta concepção e autor de uma das mais completas obras sobre o assunto, é explícito ao estender o a possibilidade de abuso a todas as prerrogativas jurídicas²⁴¹, inclusive reputando a chamada liberdade como um "verdadeiro direito subjetivo"²⁴². Mas não explica como se daria o abuso em relação a esta.

Como já se disse, no caso de uma prerrogativa expressamente aposta na legislação, tratar-se-ia de violação àquele valor que determinou a consagração. Mas como descobrir o valor imanente a uma prerrogativa decorrente meramente de sua não proibição?

A solução passa por compreender que o traço relevante para o abuso, em-bora limite e integre o direito subjetivo mesmo, não deve ser haurido de um valor que nele esteja supostamente inserido de maneira ontológica, mas que seja imanente ao próprio direito objetivo, entendido e deduzido de forma sistemática. Este valor, compreendido normativamente como um princípio, limita o próprio direito objetivo e, por consequência, o direito subjetivo. É o que vemos a seguir:

241. Em longa e proveitosa exposição, Fernando Augusto CUNHA DE SÁ, *Abuso do direito*, pp. 547-622. A certo ponto, afirma o autor português: "Colocada a questão em toda a sua crueza, eu creio dever inclinar-me decididamente para rasgar fronteiras injustificadas ao conceito de acto abusivo. (...) Nem a que temer a barreira terminológica. Fala-se de abuso do direito antes de mais porque o problema foi inicialmente colocado em relação ao direito subjetivo".

242. É oportuno repetir trecho já anteriormente citado: "a liberdade em geral ou inominada constitui um verdadeiro direito subjetivo, o direito geral de liberdade, que deve ser entendido como o direito de realizar quaisquer actos, positivos ou negativos, materiais ou jurídicos, não proibidos pela lei; objecto deste direito seria, aliás, tanto a liberdade de actuação como a liberdade de abstenção, pois em ambos os casos é o sujeito que é dono da decisão e o seu domínio impor-se-ia ao respeito de toda a gente, como direito da personalidade" (in Fernando Augusto CUNHA DE

CAPÍTULO VI

A NOSSA CONCEPÇÃO DO ABUSO DE DIREITO

6.1. O abuso de direito como ato ilícito

Encontrar a natureza jurídica de um instituto é descobrir o seu local próprio no sistema, permitindo a compreensão e aplicação de regras agrupadas.²⁴³ No caso da natureza do abuso de direito, há dissenso doutrinário. A depender do autor, ele é considerado: (a) ato lícito, (b) ato ilícito ou (c) uma espécie *sui generis*, um *tertium genus*.

Há uma questão que deve ser posta com anterioridade ao enfrentamento do tema: o que é a ilicitude? É que boa parte da controvérsia decorre, na realidade, de não se identificarem as respostas de cada autor a esta pergunta. A civilística tradicional inclui neste conceito os elementos da culpa e do dano. Orlando Gomes sustenta que "ato ilícito é, assim, a ação ou omissão culposa com a qual se infinge, direta e imediatamente, um preceito jurídico do Direito Privado, causando dano a outrem. O conceito de ato ilícito implica a conjugação dos seguintes elementos: a) a ação, ou omissão, de alguém; b) a culpa do agente; c) violação de norma jurídica de Direito Privado; d) dano a outrem."²⁴⁴

Sucedem que a culpa e o dano são meramente acidentais na configuração de um ato ilícito. Há ilícitos sem culpa e ilícitos sem dano.

Quanto à exigência de culpa para a configuração da ilicitude, ela é cada vez mais mitigada pelas exigências do direito moderno, havendo já quem sustente que a maioria dos atos ilícitos prescinde de culpa.²⁴⁵ Há, portanto, ilícitos culposos e ilícitos não culposos. O direito do consumidor é comprobatório desta tese. De acordo com Felipe Peixoto Braga Netto, "a culpa não integra o suporte fático do ilícito civil, como gênero. (...) Dito de outro modo: a afirmativa, corrente em nossos tratadistas clássicos, no sentido de ser o ilícito civil um ato culposo, representa uma desmetida generalização de notas próprias a algumas espécies".²⁴⁶

243. Orlando GOMES, *Introdução ao direito civil*, p. 11.

244. Orlando GOMES, *Introdução ao direito civil*, p. 488. De forma semelhante, Ludwig ENNECCERUS et alh., *Tratado de derecho civil*, Tomo I, Parte II, p. 434.

245. Felipe Peixoto BRAGA NETTO, *Teoria dos ilícitos civis*, p. 98.

246. Felipe Peixoto BRAGA NETTO, *Teoria dos ilícitos civis*, p. 91.

O dano, por sua vez, não é pressuposto da ilicitude, mas da responsabilidade civil. Por isso mesmo, é característico apenas de uma das espécies dos atos ilícitos, os "indenizantes".²⁴⁷ De acordo com a sua eficácia, os ilícitos podem ainda ser classificados como caducificantes (aqueles cujo efeito é a perda de um direito)²⁴⁸, invalidantes (aqueles cujo efeito é a nulidade do ato)²⁴⁹ e autorizantes (aqueles cujo efeito consiste na autorização jurídica ao ofendido para praticar determinado ato)²⁵⁰.

Dano e culpa, portanto, não são elementos constitutivos da ilicitude.

Mais coerente é a construção da Teoria Geral do Direito, que identifica o ato ilícito com o ato antijurídico, definindo a ilicitude como a violação a uma norma jurídica, ou a relação de contrariedade entre uma conduta e um dever jurídico decorrente desta norma.²⁵¹

A definição de Cunha de Sá é exata: "*Ilícito é, assim, o comportamento negador de específicas orientações axiológico-normativas, é a conduta que contradiz concretas proibições de acção ou omissão, como reflexo do juízo de valor contido na norma e, por aí, o oposto do comportamento normativamente qualificado como obrigatório relativamente a uma certa situação concreta*".²⁵²

247. Para uma análise detalhada da natureza e das espécies dos ilícitos, é fundamental consultar a excelente dissertação de mestrado do professor Felipe Peixoto BRAGA NETTO, *Teoria dos ilícitos civis*.

248. A somegação de bens da herança por parte do herdeiro é um ilícito cujo efeito é a perda do direito que lhe cabe. É o que se depreende do art. 1992 do código civil: "*O herdeiro que somegar bens da herança, não os descrevendo no inventário quando existiam em seu poder, ou, com o seu conhecimento, no de outrem, ou que os omitir na colação, a que os deva levar, ou que deixar de restituí-los, perderá o direito que sobre eles lhe cabia*".

249. A renúncia à decadência prevista em lei é um ilícito cujo efeito é a nulidade do ato praticado, por força de previsão expressa do art. 209 do código civil: "*E, nula a renúncia à decadência fixada em lei*".

250. A ingratidão do donatário é um ilícito cujo efeito é a autorização, ao doador, para revogar a doação. É o que se depreende do art. 557 do código civil: "*Podem ser revogadas por ingratidão as doações: (i) se o donatário atenuou contra a vida do doador ou contra a família de honrificado dolo contra ele; (ii) se cometeu contra ele ofensa física; (iii) se o injuriou gravemente ou o caluniou; (iv) se, podendo ministrá-los, recusou os alimentos de que este necessitava*".

251. Eis como se manifesta MACHADO NETO: "*é óbvio, portanto, que aqui não nos ocupará a sutil distinção dos civilistas entre o ato ilícito propriamente dito, isto é, aquele que apresenta 'antijuridicidade' subjetiva ou culpa e a acção contrária ao dever jurídico, mas à qual faltar caracterizadamente a 'antijuridicidade' por parte do agente. Dado que aqui tratamos - no plano lógico-jurídico da Teoria Geral do Direito - de um conceito puro e não de um conceito empírico, construído cientificamente e dogmaticamente, não poderemos negar a condicção de ato ilícito à conduta humana contrária ao dever jurídico ou prestação, concretizada na endonormia"* (in *Compendio de introdução à ciência do Direito*, pp. 185-186).

252. Fernando Augusto CUNHA DE SÁ, *Abuso do direito*, p. 499.

Em outras palavras, ato ilícito é todo aquele que não encontra guarida em dado ordenamento jurídico, por frustrar um dever ou um valor nele fundados. E assim, o ato abusivo é indubitavelmente ilícito.²⁵³ Trata-se de conduta proibida pelo ordenamento jurídico, na medida em que fere uma norma sua. Esta norma, conforme veremos mais detalhadamente a seguir, é o princípio da boa-fé.

Assim, respondendo à questão-chave do capítulo anterior, o ato abusivo deve ser sancionado pura e simplesmente porque é um ato ilícito. O fato eventual de não haver, em um determinado ordenamento jurídico, dispositivo expresso que proíba a realização dos atos abusivos não significa que eles sejam permitidos por aquele sistema jurídico. É que a inexistência de *dispositivos* que determinem explicitamente a ilicitude de atos contrários à boa-fé não equivale à inexistência de *normas* neste sentido. Estas últimas são produto da interpretação dos dispositivos, podendo ser retiradas de um dispositivo específico ou depreendidas de todo o ordenamento jurídico. Por isso mesmo, é inaceitável a identificação do abuso de direito com o ato ilícito.

De acordo com Castanheira Neves, "*não precisa o abuso de direito, para valer, de qualquer prescrição positiva, uma vez ser um princípio normativo. E os princípios normativos, "como expressões que são da própria ideia de Direito", como "postulados axiológico-normativos do direito positivo", não tem de ser traduzidos em lei para vigorem*".²⁵⁴

Não se justifica, igualmente, a idéia de que o abuso de direito é uma categoria à parte, entre os atos lícitos e ilícitos. Estes conceitos são auto-excludentes:

253. Esta é a posição de Humberto THEODORO JR., *Comentários ao novo código civil*, p. 116; Sérgio CAVALLERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, p. 158; Rui STOCO, *Abuso do direito e má-fé processual*, p. 59; Cato Máio da Silva PEREIRA, "Relatório", *Projeto de Código de Obrigações*, p. 675; Carlos Roberto GONÇALVES, *Comentários ao código civil*, p. 295; Maria Helena DINIZ, *Dicionário jurídico*, p. 32; Oswaldo Aranha BANDIERA DE MELLO, *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 477; Carlos Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, p. 36; Everardo da Cunha LUNA, *Abuso de direito*, p. 47.

Em sentido contrário, negando a ilicitude do ato abusivo, Epifânio José Luis CONDORELLI, *El abuso del derecho*, p. 32; e Silvio de Salvo VENOSA, *Teoria geral do direito civil*, p. 608; Mario ROTONDI, *L'abuso di diritto*, p. XX; Luis Alberto WARAT, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, p. XX; Fernando Augusto CUNHA DE SÁ, *Abuso do direito*, p. XX; Jean DABIN, *Le droit subjectif*, p. XX; Paulo de Araújo Campos, *Abuso do direito*, p. XX.

254. Antonio CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto - Questão-de-direito*, p. 529. Este autor observa, ainda, que os referidos princípios têm natureza normativa, devendo ser depreendidos do sistema jurídico: não podem ser metajurídicos, isto é, puramente religiosos, ético-culturais etc. Nesta mesma direção, ensina Carlos Ari SUNDFELD: "*Fundamental notar que todos os princípios jurídicos, inclusive implícitos, têm sede direta no ordenamento jurídico. Não cabe ao jurista inventar os "scuto-principios", isto é, aqueles que gostaria de ver consagrados; o que faz, em relação aos princípios jurídicos implícitos, é sacá-los do ordenamento, não inseri-los nele"* (in *Fundamentos de direito público*, p. 08).

o ato que não é ilícito é necessariamente ilícito, e vice-versa: *tertium non datur*. A propósito, Sessarego afirma com razão que "*la novedad y transcendencia de esta posición, que trastoca una milenaria concepción, requiere de una profunda y medular fundamentación, la misma que, hasta donde alcanza muestra información, aún no se ha producido*".²⁵⁵ De fato, Os autores que sustentam não conseguem dar-lhe justificativa lógica e quase sempre incorrem em tautologias. É o caso de Cunha de Sá, no trecho a seguir transcrito:

*Pelo contrário, é o próprio abuso de direito que nos vem mostrar que entre licitude e ilicitude tertium datur: que entre a conformidade ao direito ou licitude e aquela específica desconformidade ou contrariedade a que se usa dar o nome de ilicitude, tem lugar uma outra espécie de contrariedade, que é tecnicamente qualificada como abuso de direito. O acto abusivo não é, pois, tecnicamente nem um acto lícito, nem um acto ilícito, mas sim, pura e simplesmente... um acto abusivo.*²⁵⁶

Em geral, é perceptível a preocupação destes autores em negar a ilicitude do abuso para que isto não resulte na perda da autonomia dogmática do instituto.²⁵⁷ Mas este é um problema que pode ser contornado sem violar a lógica: basta considerar o abuso de direito como uma espécie diferenciada do gênero ato ilícito. Mantêm-se a coerência e autonomia do abuso de direito. Haveria, assim, os ilícitos abusivos e os ilícitos não abusivos²⁵⁸ (na terminologia de Cas-tanheira Neves, ilícitos formais e ilícitos materiais).

6.2. A específica norma violada: o princípio da boa-fé

Já afirmamos que o abuso de direito é um ato ilícito porque contraria o dever de boa-fé imposto por uma norma do sistema jurídico, o princípio da boa-fé. É preciso ser um pouco mais específico e aprofundar esta afirmação.

(a) A violação à boa-fé como critério exato do abuso de direito.

Parece-nos possível demonstrar a correção de fundar-se o critério do abuso de direito na violação à boa-fé a partir da análise da experiência internacional. É

255. Carlos Fernández SESSAREGO, *Abuso del derecho*, p. 124.

256. Fernando Augusto CUNHA DE SÁ, *Abuso do direito*, p. 330.

257. Trata-se de preocupação explícita em Paulo de Araújo CAMPOS, *Abuso do direito*, pp. 55 e 72 e ss.

258. Assim também entendem Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito*, p. 46 e Jorge AMERICANO, *Do abuso de direito no exercício da demanda*, p. 6.

interessante observar que os países que não possuem um dispositivo específico estabelecendo sanção aos atos abusivos costumam fundamentá-la no princípio da boa-fé.²⁵⁹ Ou seja: à falta da consagração expressa do abuso de direito, este princípio cumpre-lhe o papel, o que demonstra a estreita relação entre ambos.

É o que acontece na jurisprudência francesa mais recente, em que o abuso de direito é sancionado dentro do quadro de noções gerais do direito das obrigações que permitem a repressão a comportamentos ilícitos e desleais.²⁶⁰ Pascal Ancel observa que "*a maioria dos autores estão hoje convictos do liame muito estreito entre a noção de abuso de direito e aquela da boa-fé*".²⁶¹

Os tribunais italianos, por sua vez, costumam sancionar os atos abusivos com fundamento nos arts. 1175²⁶² e 1375²⁶³ do Código Civil daquele país, os quais se referem à "correção no comportamento" e à boa-fé na execução dos contratos. Para Francesco Galgano, usa-se o cânone da boa-fé como critério de avaliação do exercício do direito, para distinguir entre uso e abuso do direito próprio.²⁶⁴

Defendendo esta mesma idéia, o redator do Código Civil Suíço, Eugen Huber, argumentava que a repressão ao abuso de direito era um corolário lógico do princípio da boa-fé, razão pela qual seria desnecessária a elaboração de um dispositivo expresso a propugnar a sua ilicitude.²⁶⁵

259. No Brasil, o anteprojeto de Código de Obrigações, de autoria de Oroszimbo Nonato, F. Azevedo e H. Guimarães, por seu art. 156, definiu abuso de direito: "*Fica obrigado a reparar o dano quem o causou por exceder, no exercício de direito, os limites de interesse por este protegido ou os decorrentes da boa-fé*".

260. Pascal ANCEL e Gabriel AUBERT, "L'abus de droit en droit français et en droit suisse: deux approches. Dialogue", p. 02.

261. Pascal ANCEL, "Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle". No original: "*La plupart des auteurs sont aujourd'hui convaincus du lien très étroit entre la notion d'abus de droit et celle de bonne foi au sens de l'article 1134*".

262. "Art. 1175. Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza".

263. "Art. 1375. Il contratto deve essere eseguito da buona fede".

264. O renomado jurista italiano faz referência a uma decisão da Corte di Cassazione, de 15/11/1960 (n. 3040), na qual foi decidido que: "*In singoli casi ed in riferimento ai fondamentali perenti sinderditi della buona fede (come regola di condotta) e della rispondenza dell'esercizio del diritto agli scopi etici e sociali per cui il diritto stesso viene riconosciuto e concesso nell'ordinamento giuridico positivo, l'uso autonomo del diritto possa condurre il comportamento del singolo (nel caso concreto) fuori della sfera del diritto soggettivo medesimo e che quindi tale comportamento possa costituire un illecito, secondo le norme generali di diritto in materia*" (in Francesco GALGANO, *Abuso del diritto: l'arbitrario eccesso ad nutum della banca*, p. 19).

265. De acordo com Pascal ANCEL e Gabriel AUBERT, "L'abus de droit en droit français et en droit suisse: deux approches. Dialogue", p. 06. A despeito desta advertência, a Comissão responsável pela elaboração do estatuto civilista suíço optou por explicitar a idéia do abuso de direito. Eis os termos do art. 2º do Código Civil daquele país: "(1) *Characm 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*". Também MENEZES CORDEIRO revela a importância da conexão entre boa-fé e abuso de direito nos sistemas jurídicos alemão e suíço. (in *Da boa-fé no direito civil*, p. 698).

A importância do princípio da boa-fé como critério do abuso de direito é também relevada na análise do ordenamento internacional e das soluções dos conflitos surgidos neste âmbito. É o italiano Marcos Gestri quem o confirma:

*Sob o perfil reconstitutivo, tal exame parece validar as teses que identificam a estreita correlação entre os conceitos de abuso do direito e de boa-fé. (...) Pretendemos fazer referência ao artigo 26 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, pelo qual "every treaty in force... shall be performed... in good faith". A genérica referência à execução do tratado implica a necessidade de relacionar o princípio da boa-fé não apenas ao adimplemento das obrigações, mas também ao exercício dos direitos subjetivos que cabe às partes (...). À luz da jurisprudência e da formulação do art. 26, pode-se identificar uma relevância, também no ordenamento internacional, do conceito de boa-fé na sua acepção objetiva. Vale dizer, da boa-fé como regra de conduta, cuja violação no exercício de uma situação subjetiva determina o fenômeno do abuso do direito e a consequente responsabilidade internacional.*²⁶⁶

Por tudo isso que nos parece ser o dever jurídico de boa-fé (que decorre do princípio normativo respectivo) o critério exato e originário para a repressão ao abuso de direito.

Em outras palavras: aqueles atos abusivos levados a juízos entre o final do século XIX e início do século XX, que deram azo à criação da teoria do abuso de direito não deveriam ser reprimidos porque (i) embora conformes ao direito subjetivo, contrariavam o direito objetivo; nem porque (ii) causaram danos anormais ou violaram o direito de outrem, socialmente mais relevante; nem porque (iii) embora juridicamente lícitos, contrariavam a moral ou a (nova) consciência

266. MARCO GESTRI, "Considerazioni sulla teoria dell'abuso del diritto alla luce della prassi internazionale", pp. 51-52: "Sotto il profilo ricostruttivo, tale esame sembra consolidare le tesi che individuano la stretta correlazione fra i concetti di abuso del diritto e di buona fede. (...) Intendiamo fare riferimento all'art. 26 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, ai sensi del quale "every treaty in force... shall be performed... in good faith". Il generico riferimento all'esecuzione del trattato implica la necessità di relazionare il principio della buona fede non soltanto all'adempimento degli obblighi, ma altresì all'esercizio dei diritti soggettivi spettanti alle parti. (...) Alla luce della giurisprudenza e della formulazione dell'art. 26, si può individuare una rilevanza, anche nell'ordinamento internazionale, del concetto di buona fede nella sua accezione oggettiva. Vale a dire della buona fede quale regola di condotta, la cui violazione nell'esercizio di una situazione soggettiva determina il fenomeno dell'abuso del diritto e la conseguente responsabilità internazionale".

jurídica coletiva; nem porque (iv) contrariavam (ou descumpriam) a suposta função social inerente aos direitos; nem porque (v) violavam limites internos (e posteriores à criação) do direito subjetivo; nem porque (vi) violavam o valor supostamente imanente a cada um dos direitos. Aquelles atos deveriam ser reprimidos simplesmente porque eram atos ilícitos, já que contrariavam uma específica norma do direito objetivo, o princípio da boa-fé.

(b) **A identificação do princípio da boa-fé em um ordenamento jurídico.**²⁶⁷

A positivação de um princípio é o estabelecimento (explícito ou implícito) de um valor ou fim a ser perseguido²⁶⁸. Para a identificação da positivação e vigência de um princípio não é necessária a sua menção explícita em um dispositivo normativo²⁶⁹; ela depende apenas da constatação de um valor positivado. É possível defender que um ordenamento específico consagra um determinado princípio quando, a partir da leitura de seus dispositivos, depreender-se a relevância jurídica de um determinado valor.

Afirmar o acolhimento, por um ordenamento jurídico específico, do princípio da boa-fé, é afirmar que, a partir da interpretação de seus dispositivos, pode-se haurir a valorização das condutas de boa-fé, em detrimento das condutas opostas. Por via de consequência, afirmar o seu não acolhimento é defender que de nenhuma forma se pode extrair deste ordenamento a desvalorização das condutas maliciosas.

Não se trata de hipótese teoricamente impossível, mas tampouco se trata de hipótese razoável. Abstraidas as lições *ad absurdum*, dissemos e repetimos que nunca houve qualquer ordenamento que não acolhesse o princípio da boa-fé. Por esta razão, nunca houve um ordenamento no qual os atos abusivos fossem atos lícitos.

Em nosso sistema jurídico, há diversas e esparsas demonstrações explícitas da consagração do princípio da boa-fé. Ainda que elas não fossem explícitas, a adoção deste valor como juridicamente relevante poderia ser depreendida de inúmeros dispositivos.

267. Para um estudo aprofundado da conceituação, identificação e aplicação dos princípios jurídicos, é imprescindível consultar-se a fantástica obra de Humberto ÁVILA, *Teoria dos princípios*. 268. De acordo com Humberto ÁVILA, "os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido" (in *Teoria dos princípios*, p. 70).

269. Por isto mesmo não se pode concordar com a afirmação de Pierre-Gabriel JOBIN no sentido de que o código civil de Québec não teria consagrado o princípio da boa-fé apenas por não haver dispositivo explícito neste sentido (in "Grand pas et faux pas de l'abus de droit contractuel", págs. 162-163).

Alguns exemplos podem ser úteis.

Demonstrando a sede constitucional deste princípio, poderiam ser citados o preâmbulo (já que uma "sociedade fraterna (...) fundada na harmonia social" evidentemente não se coaduna com a malícia) e o art. 3º, I, que estabelece como objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade de "justa e solidária", o que seria impossível de realizar se fossem admitidas as condutas contrárias à boa-fé. Ainda se atendo a alguns exemplos não explícitos da valorização jurídica da boa-fé, podem ser referidos também os arts. 110, 112, 129, 138, 145, 147, 148 do nosso código civil.

Estes rápidos exemplos servem a comprovar que, entre nós, a boa-fé é juridicamente relevante. Comprovam, ainda, a desnecessidade de haver dispositivos que enunciem literalmente a existência jurídica de um princípio, bastando, para tanto, a constatação da valorização das condutas conformes e o desvalor das condutas opostas.²⁷⁰

(c) O princípio da boa-fé como limitador do conteúdo dos direitos subjetivos.

Constatada a presença, em um determinado ordenamento jurídico, do princípio da boa-fé, quais os efeitos jurídicos que dele decorrem? De que modo esta norma opera?

Judith Martins-Costa identifica, entre as funções do princípio da boa-fé, a de limitação ao exercício de direitos subjetivos.²⁷¹ A lição é frequente e exata, mas um pouco tímida. Como bem observa Wolfgang Siebert, toda limitação do exercício é, ao mesmo tempo, limitação do conteúdo.²⁷² Exercer um direito nada mais é do que traduzir em atos concretos o seu conteúdo normativo. É

270. A extração de princípios a partir de dispositivos cuja formulação corresponde à tradicional estrutura das regras confirma o que Humberto AVILA denomina "alternativas inclusivas". Ensina este professor gaúcho: "Ora, o que não pode ser olvidado é o fato de que os dispositivos que servem de ponto de partida para a construção normativa podem germinar tanto uma regra, se o caráter comportamental for privilegiado pelo aplicador em detrimento da finalidade que lhe dá suporte, como também podem proporcionar a fundamentação de um princípio, se o aspecto valorativo for automatizado para alcançar também comportamentos inseridos noutros contextos" (in *Teoria dos princípios*, p. 62).

271. Judith MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*, p. 428. A doutrina aponta algumas outras funções dos princípios. Neste trabalho, interessa-nos especificamente esta.

272. Apud Pietro RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, p. 24-25. Na tradução para o italiano do original em alemão, "Il contenuto del diritto è relativo; esso no si estende mai sino al punto che un esercizio abusivo possa ancora considerarsi realizzazione del contenuto del diritto. (...) Anche per il diritto tedesco vale la proposizione: Le droit cesse où l'abus commence; ogni limitazione dell'esercizio è, allo stesso tempo, limitazione del contenuto. La critique de forme è dunque esatta: abuso di diritto in realtà è un agire senza diritto".

realizar as condutas por ele permitidas. E se é assim, a limitação do exercício corresponde à limitação do próprio direito.

Ante tudo isto, repita-se: não restam dúvidas acerca da ilicitude do ato abusivo. Trata-se de conduta proibida pelo ordenamento jurídico, na medida em que fere uma norma sua, o princípio da boa-fé. Uma correta interpretação sistemática evitaria a contra-argumentação de que a referida conduta seria juridicamente permitida, em razão da existência de um direito subjetivo em cujo conteúdo de atos garantidos ela se integraria. O fato de haver um dispositivo permissivo em cuja hipótese de aplicabilidade se inclui um ato malicioso não importa, *a fortiori*, na permissão de tal ato pelo Direito. Os comandos proibitivos ou permissivos de um ordenamento jurídico não se encontram nos *dispositivos normativos*, mas nas *normas* que deles emanam, após necessária interpretação sistemática. E neste passo, é importante colacionar uma lição de Eros Roberto Grau:

*A todas essas contribuições voltadas a apartar os princípios das regras jurídicas cumpre aditarmos ainda o fato de os princípios atuarem como mecanismo de controle da produção de normas-regras, visto ser a norma produzida pelo intérprete (embora o próprio intérprete produza a norma de princípio). Nisso não há, contudo, nenhuma contradição, na medida em que os princípios podem ser a medida do controle externo da produção de normas.*²⁷³

Para o professor gaúcho, portanto, os princípios desempenham o papel de restringir a "moldura normativa" dos direitos subjetivos (usando a expressão *keiseniana*). Na produção normativa, o intérprete lerá os dispositivos normativos já com as restrições impostas pelos princípios e pelas outras regras que depreenderá dos demais dispositivos. É por esta razão que, possuindo o direito subjetivo um conteúdo normativo, dentre os atos por ele protegidos não se incluem aqueles que forem contrários ao princípio da boa-fé.

Por outro caminho, mas com resultados semelhantes, Marçal Justen Filho ressalta que a normatividade do princípio consiste em tornar inadmissíveis as condutas que o contrariem:

273. Eros Roberto GRAU, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 178. A contradição que o jurista reputa inexistente pode ser melhor retratada em se atendo ao fato de que, quando se fala em princípio a limitar um dispositivo, alude-se implicitamente aos dispositivos que servem de fonte para sua produção. É que, ao se interpretar um dispositivo, leva-se em conta todos os demais dispositivos de um ordenamento jurídico, aí incluídos aqueles que permitem a criação do princípio. A influência que tais dispositivos terão sobre a interpretação do primeiro é a mesma que teria o princípio já formulado, já produzido pelo intérprete.

*De modo geral, a regra torna válida uma solução determinada, enquanto o princípio impõe a invalidade de soluções indeterminadas. Todas as escolhas compatíveis com certo princípio podem ser praticadas – o princípio não fornece solução de escolha dentre as soluções com ele compatíveis. A função do princípio reside, basicamente, em excluir a validade das alternativas que sejam contratórias com os valores nele consagrados. Suponha-se o princípio da boa-fé. Ele não determina a solução a ser adotada concretamente para a defesa dos direitos do credor, mas torna inadmissíveis aquelas relacionadas com abuso, fraude, intento malicioso.*²⁷⁴

Não há, pois, a suposta contradição sistemática, com regulamentação duplice das condutas abusivas. O ato abusivo é “apenas proibido”, por não encontrar guarida no ordenamento jurídico. Tampouco cabe falar em permissão em âmbito jurídico e proibição somente em esfera metajurídica. O ato abusivo é juridicamente defeso, já que sua realização configura violação a uma norma jurídica, o princípio da boa-fé.

É preciso ser enfático: o ato abusivo não é um ato realizado no exercício de um direito subjetivo.²⁷⁵ Exercer um direito subjetivo significa realizar uma das condutas garantidas pela norma que o estatui. A liberdade de agir do titular de um direito subjetivo encontra-se dentro dos limites atribuídos das regras de Direito (ou fora dos limites proibitivos das regras de Direito, se assim se preferir). Destarte, aquele que comete o ato abusivo não realiza conduta permitida pelo direito subjetivo. Não há exercício de um direito subjetivo, não se o está “usando”.

Rememore-se o exemplo do final do capítulo II desta monografia: um ordenamento jurídico cujos únicos dois dispositivos fossem os seguintes: “É garantido a todos o direito de expressar a opinião” e “É proibido escrever livros”. A rigor, não se poderia falar, neste caso, de um direito de “expressar a opinião”, senão, mais corretamente, de um direito de “expressar a opinião, desde que não se o faça através de livros”. Usa-se tão somente a primeira locução por razões de ordem pragmática. Note-se que, se aqui nos ativermos à caracterização de um só limite ao primeiro dispositivo estabelecido, na realidade, os limites costumam ser inúmeros. Além disso, se aqui nos

utilizamos didaticamente de delimitação clara, direta e expressa, não será raro que as limitações constatáveis nos ordenamentos reais sejam obscuras, *obliquas* e *implícitas*.

Não sendo razoável que se aluda à totalidade dos “limites” do direito subjetivo ao se lhes referir, é satisfatória a simples consciência desta limitação. Repita-se: por se falar simplesmente num “direito de expressar a opinião”, não se pode perder de vista que se o faz apenas por razões de ordem prática e que, a rigor, o direito apenas existe quando não se praticarem os atos proibidos, implicitamente ou explicitamente, pelo ordenamento.

De tudo isto se infere que o conteúdo vulgar ou comum de um direito não equivale ao seu real conteúdo jurídico. Numa acepção comum, o “direito de expressar a opinião” é a possibilidade de realizar todos os atos que se subsumam a essa locução. Juridicamente, no entanto, falar-se em um “direito de expressar a opinião” é aludir, implicitamente, à possibilidade de realização garantida de uma série de atos tendentes à expressão da opinião, *nos limites atribuídos das regras de direito*, ou seja, desde que tais atos não sejam proibidos por alguma norma jurídica. É só aí que há direito subjetivo.

Em sentido bastante semelhante, Abbas Karimi distingue entre o que ele chama de “direito aparente” e “direito real” (os quais acima designamos, respectivamente, como *acepção vulgar* e *acepção jurídica* do direito). É proveitoso transcrever a seguinte passagem da obra deste autor iraniano:

Num primeiro momento, disceriremos os dois usos da palavra “direito”: aquele que se pode chamar “aparente” e aquele que se pode denominar “real”. Para explicar aquilo que se entende por “direito aparente” e “direito real”, é necessário examinar uma questão preliminar, a saber, os limites de um direito. Os limites de um direito, como foi dito acima, são majoritariamente determinados pelos textos das leis, limites que se poderiam chamar “textuais”. Mas, eles são às vezes deduzidos de um espírito do sistema jurídico e da vontade do legislador, sem que sejam explicitados por textos legislativos. (...)

Sendo assim, quando se utiliza o termo “direito” para designar uma prerrogativa concedida pela lei cujo exercício se restringe aos limites textuais, trata-se do primeiro uso do termo direito: direito aparente. Ao contrário, quando se utiliza este termo para designar esta mesma prerrogativa, mas desta vez resrita não somente pelos

274. Marçal JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, p. 52.

275. Pascal ANCEL e Gabriel AUBERT, “L’abus de droit en droit français et en droit suisse: deux approches. Dialogue”, p. 6: “*Ainsi, en cas d’abus de droit, le droit allégué n’existe pas, parce que prétention se trouve privée de tout fondement juridique.*”

seus limites textuais, mas também pelos virtuais, então ele foi empregado no seu segundo sentido: direito real. (...)

Quando um proprietário, respeitando todos os limites e todos os deveres precisados pela lei, edifica uma obra com o único fim de prejudicar o seu vizinho, ele abusa de seu direito aparente, porque, na realidade, não há aí verdadeiro direito. Ele poderia até utilizar a palavra "direito" para responder à reclamação de seu vizinho: "É meu direito construir sobre o meu terreno como eu quisser. Eu não construí sobre o seu terreno". O termo direito é efetivamente empregado aqui no seu sentido aparente.²⁷⁶

Imagine-se, *verbi gratia*, a hipótese de interposição de um recurso de má-fé. A referida conduta é ilícita. Ela não deve ser traduzida meramente através da locução "interposição de um recurso processual", mas sim através da locução "interposição de um recurso processual de má-fé". Não há porque considerar só parte das propriedades da conduta, para que se lhe analise a licitude e a conformidade com o direito subjetivo. Não há direito subjetivo a "interpor recurso processual de má-fé", de maneira que não se está, neste caso, usando nenhum direito.²⁷⁷

É oportuno recordar aqui, as lições extraiadas da "textura aberta" de Waismann. Diante de uma determinada conduta que possua certas propriedades que lhe permitam estar enquadrada em dada previsão normativa, cumpre ainda ao ope-

276. Abbas KARIML, *Les classes abusives et la théorie de l'abus de droit*, p. 31. No original: "Dans un premier temps, nous discuterons les deux usages du mot "droit": celui que l'on peut appeler "apparent" et celui qu'on peut nommer "réel". Pour expliquer ce qu'on entend par "droit apparent" et "droit réel", il est nécessaire d'examiner une question préliminaire, à savoir les limites d'un droit. Les limites d'un droit, comme il est dit plus haut, sont les plus souvent déterminées par les textes des lois, limites qu'on pourrait appeler "textuelles". Mais, elles sont parfois déduites de l'esprit du système juridique et de la volonté du législateur, sans qu'elles soient prévues par des textes législatifs. (...) Ceci étant, quand on utilise le terme "droit" pour désigner une prerogative, octroyée par la loi dont l'exercice se borne seulement aux limites textuelles, il s'agit alors du premier usage du terme de droit: droit apparent. En revanche, quand on utilise ce terme pour désigner cette même prerogative, mais cette fois-ci restreinte non seulement par ses limites textuelles mais encore par celles virtuelles, on l'a alors employé dans son deuxième sens: droit réel. (...) Quand un propriétaire, respectant toutes les limites et tous les devoirs prévus par la loi, édifie un ouvrage à seule fin de nuire à son voisin, il abuse de son droit apparent, car en l'occurrence il n'existe pas de véritable droit. Il pourrait bien utiliser le mot "droit" pour répondre au reproche de son voisin: "C'est mon droit de construire sur mon terrain comme je le veux. Je n'ai pas empiété sur votre terrain". Le terme "droit" est en effet employé ici dans son sens apparent".

277. As premissas desta construção foram estabelecidas no capítulo 2. À sua releitura pode ser oportuna.

rador do Direito perquirir se são aquelas as propriedades mais relevantes de dita conduta e, portanto, *por elas* deve ser "catalogada" ou se, ao contrário, há nela outras propriedades relevantes, responsáveis por uma sua descaracterização naquela previsão anterior e melhor enquadramento em outro grupo de condutas. É o que acontece no exemplo acima. A conduta a respeito da qual se perquirirá a licitude não é "a interposição de um recurso processual", mas "a interposição de um recurso processual de má-fé". Enquanto o primeiro destes atos é perfeitamente ilícito, o segundo corresponde a um ato ilícito abusivo. Enquanto no primeiro há exercício de um direito, no segundo não o há.

6.3. O equívoco terminológico. A impossibilidade de "abusar de um direito"

O leitor certamente já percebeu que, como consequência inelutável, chegáramos à crítica da própria denominação do instituto em estudo. O termo "abuso", etimologicamente, significa "uso anormal" (*ab uti*). Assim, abuso de direito seria o "uso anormal de direito". A expressão é equivocada por duas razões.

Em primeiro lugar, já nos manifestamos rapidamente, no capítulo 2, a respeito da impropriedade da expressão "uso de um direito". Na oportunidade, objetamos que mais propriamente se deve referir a "exercício" que a "uso" de um direito.²⁷⁸ É que o termo *exercer* dá uma relativa idéia de prefiguração, de previsão, ainda que geral, dos atos realizáveis sob a égide e a proteção do direito subjetivo. Em contrapartida, ao falar-se em "usar um direito", passa-se a falsa idéia de concessão ao seu titular de uma espécie de poder realizador de condutas das quais só se poderia constatar a licitude *a posteriori*. Este entendimento, é certo, retrocede às antigas concepções do direito subjetivo, destacando o da ordem jurídica. Na realidade, o ordenamento jurídico disciplina, a um só tempo, a aquisição e o exercício do direito. E, por esta razão, todas as condutas possibilidades pela norma — e também a totalidade de suas propriedades objetivas e subjetivas — já estão prefiguradas pelo Direito.²⁷⁹ Qualquer conduta abstratamente imaginável já tem seu lugar respectivo no sistema jurídico.

278. Em direção contrária, Jean DABIN registra a sua predileção pela expressão "uso de um direito". As suas razões, no entanto, são de ordem meramente pragmática, para evitar equívocos decorrentes da terminologia "exercício de um direito", o qual nem sempre é feito pelo seu titular (in *Le droit subjectif*, p. 237).

279. A despeito do diverso conceito de direito subjetivo, o jurista italiano Pietro PERLINGIERI parece concluir da mesma forma: "No vigente ordenamento não existe um direito subjetivo - propriedade privada, crédito, usufruto - ilimitado, atribuído ao exclusivo interesse do sujeito, de modo tal que possa ser configurado como entidade pré-dada. Isto é, preexistente ao ordenamento e que deva ser levada em consideração enquanto concreto, móvel, transmitido de geração em geração. O que

É salutar que nos atenhamos e aprofundemos estas considerações. O direito subjetivo é norma, seu conteúdo é normativo. Não se trata de um *bonum des-tacado* do ordenamento jurídico, concedido ao seu titular para que dele faça o que melhor lhe aprouver. Trata-se de um instituto jurídico, e não fático. Assim, não há como “usá-lo”. Só se pode “usar” um instituto fático, não um instituto jurídico. Usa-se uma caneta, um livro, um objeto qualquer. O instituto jurídico, todavia, não é passível de uso.²⁸⁰ É que a sua composição é normativa (em última análise, ele é uma norma) e a relação humana face a uma norma só pode ser de respeito ou desrespeito – nunca de “uso”. Reprise-se: não se usa uma norma, cumpre-se-a ou não se a cumpre.

É óbvio que a norma acarreta consequências fáticas – e dessas seria possível abusar –, mas isso não equivale a admitir que se abuse da própria norma. No caso do instituto em questão, não se pode abusar de um direito. Poder-se-ia abusar, no máximo, do respaldo permissivo por ele concedido, da aura de respeitabilidade ou aparência de licitude que ele faz revestir os atos. Este sim é fático e poderá ser bem ou mal usado, conforme será visto mais adiante.

Em segundo lugar, ainda que coubesse falar em “uso de um direito” – ou ainda que se chame de “uso” de um direito o seu exercício – não haveria como abusar dele. De acordo com o que já afirmou Marcel Planiol, a expressão “abuso de direito” é uma logomquia, uma contradição em termos, por tentava de justapor nomes inconciliáveis. Nos atos abusivos não há exercício de nenhum direito. Não se pode usar o direito de maneira anormal ou irregular, ou já não se o estará usando.

Assim também entende um dos mais importantes autores da doutrina do abuso de direito, o francês Raymond Saleilles. São suas as seguintes palavras:

(Cont.)

existe é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular. Os chamados limites externos, de um ponto de vista lógico, não seguem a existência do princípio (direito subjetivo), mas nascem junto com ele e constituem seu aspecto qualitativo. O ordenamento tutela um interesse somente enquanto atender àquelas razões, também de natureza coletiva, garantidas com a técnica das limitações e dos vínculos. Os limites, que se definem externos ao direito, na realidade não modificam o interesse pelo exterior, mas contribuem à identificação da sua essência, sua função. As situações subjetivas sofrem uma intransmissível limitação pelo conteúdo das cláusulas gerais e especialmente daquelas de ordem pública, de lealdade, de diligência e de boa-fé, que se tornaram expressões gerais do princípio da solidariedade. O ordenamento reconhece a propriedade de um bem, a titularidade de um crédito somente enquanto o direito for exercido em conformidade com as regras; se assim não acontecer, o interesse não será nem reconhecido e nem tutelado” (in *Perfis do direito civil*, p. 26).

280. No mesmo sentido entendia Marcel PLANIOL, de acordo com Paulo NADER, *Curso de direito civil*, p. 551: “Para o jurista francês, as pessoas abusam das coisas, mas não do direito”.

*Eu estou, portanto, plenamente de acordo com Planiol, quando ele diz que, na realidade, na maior parte do tempo, quando se fala de abuso de direito, exprime-se de uma maneira incorreta. Faz-se alusão a uma falta de direito, e não a um direito que se usaria mal; um direito de que se abusa não é outra coisa que uma faculdade que não está mais compreendida dentro do direito que se pretende ter. (...) A propriedade é um direito cujo conteúdo jurídico depende dos costumes e da lei; onde há aquilo que se designa por abuso de direito, trata-se de um fato não mais compreendido dentro do conteúdo jurídico da propriedade.*²⁸¹

Em última análise, portanto, não é correto falar em “uso de um direito” e, ainda que o fosse, não caberia falar em uso anormal ou irregular, pois, neste caso, já não haveria direito.

Nada obstante, não há, nas linhas pretéritas, a pretensão de modificar a denominação já consagrada²⁸² não só no Brasil, como no exterior (vide *abus du droit*, abuso del derecho, abuso del diritto, etc.), consoante também observam Carlos Fernández Sessarego²⁸³ e Jorge Manuel Coutinho de Abreu²⁸⁴. Apenas nos pareceu essencial o registro da crítica, em nome do rigorismo científico que deve orientar todos os estudos jurídicos.

281. Raymond SALEILLES, *La théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du code civil allemand*, p. 372-373. No original: “Je suis donc pleinement d'accord avec M. Planiol, lorsqu'il dit qu'en réalité, la plupart du temps, lorsqu'on parle d'abus de droit, on s'exprime d'une façon incorrecte. On fait allusion à un défaut de droit, et non à un droit dont on userait mal; un droit dont on abuse n'est pas autre chose qu'une faculté qui n'est plus comprise dans le droit que l'on prétend avoir. Le prétendu abus de droit n'est, presque toujours, qu'une limitation du contenu du droit. (...) La propriété est un droit dont le contenu juridique dépend des usages, des moeurs et de la loi; là où il y a ce qu'on désigne par abus de droit, il s'agit d'un fait non compris dans le contenu juridique de la propriété”. Observe-se que o autor francês refere-se a “la plupart du temps”, ou seja, “na maior parte do tempo”. Há casos de efetivo abuso de direito, afirma ele. Eis o seu próprio exemplo: os moradores das cercanias de uma via-férrea, irritados com a fumaça e o barulho do trem, invadem a via e impedem a sua utilização. Com a devida vênia, o exemplo não convence: não há qualquer direito neste caso, trata-se mesmo de ato ilícito *strictu sensu*.

282. Não fala, no entanto, quem o pretende. Wolfgang SIEBERT sugere “desvio de poder” ou “ultrapassagem do direito” (apud Pietro RESCIGNO, *L'abus del diritto*, p. 57).

283. Carlos Fernández SESSAREGO, *Abuso del derecho*, p. 89. “Por constituir el lenguaje un valor entendido y, en homenaje a una tradición difícil de modificar, es que continuamos refiriéndonos a dicho fenómeno jurídico con la expresión «abuso del derecho» a lo largo del presente trabajo. Por lo demás, el término goza de general aceptación”.

284. Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito*, p. 47: “Apesar de a expressão me não parecer feliz – já que o abuso quer dizer, em rigor, mau uso, e o fenômeno não traduz efetivamente um uso ou exercício de um direito –, tem de se reconhecer que ela está enraizada e não deixa de ser sugestiva. E, afinal, o importante é saber-se o que a expressão significa”.

De outra banda, vale registrar que não é raro que se deem a institutos jurídicos denominações inapropriadas, as quais podem persistir a despeito das irrefutáveis contradições que se lhes apontam. Um exemplo clássico é o “ato discricionário”, que, de maneira mais apropriada, deveria chamar-se “ato praticado no exercício de competência discricionária”, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello.²⁸⁵

Mais importante é advertir que a conclusão pela imperfeição ou contradição do *nomen juris* não implica a negação da existência do instituto. Esta intervenção se faz imprescindível na medida em que não são poucos os juristas que se negam mesmo a concebê-lo, ao concluírem que não se pode “abusar de um direito”, ou que se recusam a admitir a incoerência da denominação, para que disto não resulte a inexistência ou irrelevância do instituto. Ora, é óbvio que nada impede que a incorreção seja meramente denominativa, persistindo o instituto, ao qual apenas se deveria conceder outro nome.²⁸⁶ A essência de um objeto, como de um instituto jurídico, não se afeta pela denominação que se lhe dá. “*What’s in a name? That which we call a rose by any other name it would smell as sweet*”.²⁸⁷

O caminho para se descobrir a relevância da persistência da noção do abuso de direito passa por uma pesquisa tendente a constatar, através de análise científica *a posteriori*, se há alguma peculiaridade nos ditos atos abusivos que justifiquem a sua autonomia diante dos atos ilícitos não abusivos. Para tanto, deve-se perquirir-lhe a relevância (a) vulgar; (b) teórico-jurídica e (c) prática-jurídica. Será este o tema da próxima seção deste capítulo.

Antes de ingressar nessa análise, e aproveitando o ensejo das considerações terminológicas, examine-se crítica encontrada em Pontes de Miranda²⁸⁸ e Rui Stoco.²⁸⁹ Estes autores afirmam ser mais própria a denominação “Abuso

285. Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, p. 380.

286. E a conclusão a que parece chegar Jorge AMERICANO. Este autor, embora afirme a correção da denominação tradicional, adverte que o eventual equívoco desta não implicaria a inexistência do próprio instituto: “Quando assim não fosse, porém, quando a locução fosse *definitiva*, seria necessário denotar essa noção jurídica de alguma forma” (in *Do abuso de direito no exercício da demanda*, p. 06).

287. Célebre passagem de “Romeu e Julieta”, do dramaturgo inglês William SHAKESPEARE.

288. FRANCISCO PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, tomo 53, pp. 71-72: “A expressão ‘abuso de direito’ é incorreta. Existe ‘estado de fato’ e ‘estado de direito’; porém não ‘abuso de fato’ ou ‘abuso de direito’. Abusa-se de algum direito, do direito que se tem. O Código de Processo Civil fala de ‘abuso de direito’, expressão que aparece em certos juristas desatentos à terminologia científica e indiferentes à sua exatidão. ‘Abuso do direito’ é que é”.

289. RUI STOCO, *Abuso do direito e má-fé processual*, p. 57.

do direito” que “Abuso de direito”. Argumentam que esta é a denominação consagrada nos demais idiomas e que a expressão “de direito” possui uma indesejável conotação de licitude (como se o abuso fosse lícito, permitido pelo ordenamento: “um abuso, mas de direito”).

No que atine ao primeiro argumento, há duas observações a serem feitas. Em primeiro lugar, é certo que os países de língua italiana e espanhola adotaram os termos “abuso del derecho” e “abuso del diritto”²⁹⁰, mas não é correto afirmar que a mesma unanimidade ocorreu nos países francófonos. Nestes se usa, indistintamente, “abus du droit” e “abus de droit”. Aliás, Jean Dabin, de forma expressa, reputa-os equivalentes.²⁹¹ Por outro lado — e mais importante — o fato de outros países terem adotado uma denominação específica não significa que esta seja a mais adequada.

Já no que atine ao segundo argumento, a suposta confusão terminológica que o termo “abuso de direito” poderia incitar não parece suficientemente factível. De nossa parte, opinamos ser mais correto falar genericamente em abuso de direito e, quando especificamente, no abuso do direito de propriedade, por exemplo.

6.4. A relevância da teoria do abuso de direito

Conforme já foi visto, as condutas abusivas são aprioristicamente ilícitas. Elas não encontram proteção jurídica, a despeito de se adequarem a um preceito normativo permissivo. Diante disto, a conclusão inevitável é a de que, se a intenção é de mera repressão às condutas abusivas, não seria necessário recorrer à teoria do abuso de direito, bastando a correta interpretação e aplicação do direito objetivo. Disto defluem questões insubstituíveis: há necessidade de subsistência do instituto do abuso de direito? Qual a sua relevância atual?

De acordo com o que foi adiantado na seção anterior, a relevância da persistência da concepção de abuso de direito deve ser encarada sob três distintos ângulos: (a) vulgar ou comum; (b) teórico-jurídico; (c) prático-jurídico.

O primeiro destes ângulos é metajurídico. Trata-se da importância da ideia de abuso de direito para o senso comum, para “*el hombre de la calle*”, na expressão constante de Luiz Alberto Warat. Neste particular, a relevância nos parece inquestionável. Já observamos que, numa acepção vulgar, o direito subjetivo é a possibilidade de realizar todos os atos que se subsumam à locução

290. Embora a obra clássica de Mario ROTONDI, por exemplo, chame-se *L’abuso di diritto*.

291. JEAN DABIN, *Le droit subjectif*, p. 269.

que o define. A idéia de abuso de um direito é, pois, bastante válida para retirar dos atos abusivos a “aura de licitude” que os reveste.²⁹²

Já no tocante à relevância jurídica (prática ou teórica), para que se a conserve, deverá ser demonstrado que a circunstância de um determinado ilícito ser abusivo implica tutela jurídica diversa daquela constatável na ausência desta circunstância. Esta demonstração exige, em primeiro lugar, que se constate a existência de alguma particularidade que permita diferenciar aquelas e estas condutas (deve haver um traço distintivo específico que permita identificar a abusividade de uma conduta). Isto porque, como é lógico, só se pode regulamentar de maneira diversa coisas que sejam diversas.

Em seguida, deverá haver regulamentação distinta e específica para os atos abusivos. A primeira constatação serve a conferir relevância teórica ao instituto, pois permite identificar as condutas ilícitas abusivas e distingui-las das não abusivas. A segunda lhe dará importância prática, na medida em que comprova a existência de consequências específicas para a ocorrência de cada uma delas.

(a) A propriedade distintiva: a aparência de licitude dos atos abusivos.

O primeiro passo consiste em relembrar a incoerência lógico-jurídica da idéia de “exercício irregular do direito”, pelos motivos já expendidos e de prescindível repetição. Isto serve a negar que a propriedade distintiva esteja em um suposto exercício regular ou irregular de um direito. Como vimos, no ato abusivo, não há qualquer direito sendo exercido. Não se pode perder de vista, todavia, que tal constatação tem caráter predominantemente acadêmico-científico e não pode fazer o jurista ignorar a realidade. Na prática, a conduta abusiva possui uma espécie de capa de licitude que parece legitimá-la. Ela aparenta conformidade com o Direito, parece nele encontrar proteção. É preciso sempre um olhar mais cauteloso para descobrir-lhe a ilicitude. É exatamente nesta “aparência de licitude”, que é peculiar ao ato abusivo, que cremos residir o seu traço distintivo da conduta ilícita não-abusiva.

292. Para Abbas KARIMI, “La théorie de l’abus de droit a sa propre mission: priver d’apparence légitime l’exercice abusif d’un droit” (in *Les clauses abusives et la théorie de l’abus de droit*, p. 36). Em sentido semelhante, Jorge AMERICANO afirma que “si somos levados a distinguir tal modalidade, que, efectivamente, não constitui categoria especial do acto ilícito, mas tem seu traço característico nesse suposto assente em direito, não é pelo desejo de estabelecer distinções e subdivisões, visto somente pela necessidade de corresponder aos reclamos da prática, que justifica a teoria. (...) A falta de fixação da doutrina tem tido como consequência uma grande liberdade no ministério remédio ao dano causado, sempre que alguém invoca o uso de um direito para acobertar um abuso” (in *Do abuso de direito no exercício da demand*, p. 07).

A tese é compartilhada por Salvatore Natoli, para quem: “característica própria do abuso seria – isto que não se verifica no caso do excesso – ‘a aparente conformidade do comportamento do sujeito ao conteúdo de seu direito’, pelo que ‘abusar do direito’ deveria significar cobrir de aparência de direito um ato que se teria o dever de não realizar”.²⁹³

Poder-se-ia questionar se seria possível estribar a distinção em traço tão abstrato. Parece-nos que sim. Desde que ele tenha relevância fática, é absolutamente compreensível que se lhe dê, igualmente, relevância jurídica.²⁹⁴ Não nos parece questionável que a aparência de licitude que reveste as condutas abusivas tenha, de fato, relevância fática.²⁹⁵ 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. Assim sói imaginar o recorrido, que se resigna de sofrer as consequências de um recurso processual interposto de má-fé. Assim ocorre com aquele que acredita ter o vizinho o direito de prejudicar-lhe com construções desnecessárias pelo só-fato de erigí-las dentro de seus domínios. Há uma evidente situação apriorística de vantagem do agente abusador, frente ao abusado. À primeira vista, parece socorrer-lhe o direito. E então retomamos: se há relevância fática na aparência de licitude, nada impede – é, aliás, absolutamente plausível – que se lhe conceda relevância jurídica, que se a regulamente.

Vale a pena, mais uma vez, citar Marcos Gestri:

293. Apud Pietro RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, p. 68. No original: “Carattere proprio dell’abuso sarebbe – ciò che non si verifica nel caso dell’ eccesso – la ‘apparente conformità del comportamento del soggetto al contenuto del suo diritto’, onde ‘abusare del diritto’ dovrebbe significare coprire dell’apparenza del diritto un atto che si avrebbe il dovere di non compiere”.

294. Marcos Bernardes de MELLO é preciso: “para serem erigidos à categoria de fato jurídico, basta que os fatos do mundo – meros eventos ou condutas – sejam relevantes à vida humana em sua interferência intersubjetiva, independentemente de sua natureza” (in *Teoria do fato jurídico*, p. 40).
295. Aliás, ao contrário do que se possa pensar a relevância da aparência para o Direito é muito antiga. Há o caso clássico do escravo Barbarius Philippus, que se passou por homem livre e exerceu, na época do primeiro triunvirato, em Roma, o cargo de pretor. Descoberta a farsa, optou-se, por sugestão de Ulpiano, por considerar válidos os seus edictos, em benefício daqueles a quem eles interessavam, e que na sua aparente jurisdicção acreditaram de boa-fé. No último século, ganhou força a chamada “teoria da aparência”, surgida na Alemanha. De acordo com Fábio Maria de MATTIA, “cuida a doutrina da aparência de direito dos efeitos jurídicos que podem surgir de fatos que provocam a aparência de uma situação jurídica que, na verdade, não existe. A aparência de direito é uma das formas de proteção da confiança asseguradas pela ordem jurídica” (in *Aparência de representação*, p. VIII). Entre nós, no entanto, os aprofundamentos se centraram quase que exclusivamente na figura da “representação aparente” e nos efeitos da aparência de licitude para o terceiro de boa-fé. Para aprofundamento, vale a pena consultar, além da obra retrocitada, os trabalhos de Hélio BORCHI, *A teoria da aparência no direito brasileiro*; Luiz Fabiano CORREA, *Aparência de direito em matéria patrimonial*; e José Ignácio Cano Martínez VELASCO, *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*.

*Sustentou-se, de fato, que, sendo o resultado perseguido invariavelmente ilícito, o emprego da noção de abuso seria de todo inútil. Afirmação não compartilhada, dado que ignora o elemento característico das fattispecie aqui consideradas, vale dizer, que o resultado ilícito é alcançado mediante um comportamento em aparência totalmente lícito, conforme ao conteúdo de um direito subjetivo. O recurso à técnica do abuso permite ao intérprete ir além da aparência do comportamento isolado, superando qualquer defesa fundada sobre o exercício do direito, pra inseri-lo em um contexto mais amplo, do qual resulta sua concreta licitude. E a prática demonstra como, em certos casos, somente uma complexa avaliação do conjunto de circunstâncias de fato permite identificar a subsistência do abuso.*²⁹⁶

A nosso entender, portanto, a partir da criação da teoria do abuso, passou-se a tutelar juridicamente a aparência de licitude. Deu-se-lhe relevância jurídica e regulamentou-se-lhe o uso por aquele a quem ela aproveitasse. O fato de os criadores da doutrina imaginarem que estariam tutelando o “exercício do direito” não impede que estudos posteriores constatem que o que se acabou por tutelar foi coisa diversa, no caso, apenas a “aparência do direito”. A partir da percepção de vantagem jurídica daquele a quem a aparência aproveitava, criaram-se regras para o uso de tal situação fática. Assim, a diferença entre o ato ilícito abusivo e o não-abusivo é que, nada obstante sejam ambos atos ilícitos, o primeiro deles foi perpetrado sob aparência lícitude e o segundo, não.

296. Marco GESTRI, “Considerazioni sulla teoria dell’abuso del diritto alla luce della prassi internazionale”, p. 53. No original: “Si è infatti sostenuto che, essendo il risultato perseguito comunque illecito, l’impiego della nozione di abuso sarebbe del tutto inutile. Affermazione non condivisibile, dato che ignora l’elemento caratteristico delle fattispecie qui considerate, vale a dire che il risultato illecito è conseguito mediante un comportamento in apparenza del tutto lecito, in quanto conforme al contenuto di un diritto soggettivo. Il ricorso alla tecnica dell’abuso permette all’interprete di andare al di là dell’apparenza del comportamento lesato, superando ogni difesa fondata sull’esercizio del diritto, per inserirlo in un contesto più ampio, dal quale risulti la sua concreta licitudine. E la prassi dimostra come, in certi casi, soltanto una complessa valutazione dell’insieme delle circostanze di fatto consente di individuare la sussistenza dell’abuso”.

297. Silvio de Salvo VENOSA, *Teoria geral do direito civil*, p. 604. “No abuso de direito, pois, sob a máscara de ato legítimo esconde-se uma ilegalidade. Trata-se de ato aparentemente lícito, mas que, levado a efeito sem a devida regularidade, ocasiona resultado tido como ilícito.”

298. Maria Helena DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro*, p. 462.

299. Fernão Justen de OLIVEIRA, *Abuso do direito do acionista minoritário*, p. 22.

A mera “aparência de licitude” do ato abusivo já foi destacada por autores nacionais, como Silvio Venosa²⁹⁷, Maria Helena Diniz²⁹⁸ e Fernão Justen de Oliveira²⁹⁹. Contraditoriamente, no entanto, estes juristas não assumem a inexistência de exercício de um direito e aludem expressamente a “uso de prerrogativas de maneira irregular” ou “exercício anormal de um direito” até mesmo na conceituação do instituto que apresentam. Nesta mesma contradição incorre Pascal AnceI.³⁰⁰

Mais enfático e coerente é René Demogue, para quem o abuso de direito é uma espécie de ato ilícito dissimulado sob a aparência de exercício de direito.³⁰¹ A idéia parece ser aceita também no direito alemão. Wolfgang Siebert, na obra *Vom Wesen des Rechtsmissbrauchs – Über die Konkrete Gestalt und Rechte* (“Da Natureza do Abuso de Direito – Sobre a organização concreta dos direitos”), defende que o abuso de direito seria uma “ultrapassagem do direito, uma atuação sem direito”, mas coberta pela “aparência de direito”, não sendo assim o exercício abusivo “nenhum exercício, mas um aparente exercício”.³⁰²

Em sentido parecido, embora com uma concepção um pouco diversa das razões da antijuridicidade do abuso³⁰³, já vimos a definição de Castanheira Neves:

*um comportamento que tenha a aparência de licitude jurídica, por não contrariar a estrutura formal definidora (legal ou conceitualmente) de um direito, à qual mesmo externamente corresponde – e, no entanto, viole ou não cumpria, no seu sentido concreto-matematicamente realizado, a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado, ou de que o comportamento realizado se diz exercício, é o que juridicamente se deverá entender por exercício abusivo de um direito.*³⁰⁴

300. Pascal ANCEI, “Critères et sanctions de l’abus de droit en matière contractuelle”. Para o professor da faculdade de Saint-Étienne, o abusador “*bénéficie d’une sorte de préjugé de licéité*”. Em outros trechos, no entanto, AnceI alude ao “exercício de um direito”.

301. Apud Jorge A. CARRANZA, *El abuso del derecho en la reforma del código civil*, p. 29.

302. Apud Lino Rodríguez-Arias BUSTAMANTE, *El abuso del derecho*, p. 46.

303. Para nossos comentários à tese de CASTANHEIRA NEVES, v. seção 5.7 desta monografia.

304. Antonio CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-fato - Questão-de-direito*, p. 524. Assim também: Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito*, p. 45; e Fernando Augusto CUNHA DE SÁ, *Abuso do direito*, pp. 454-465. Para este último autor: “Nesta aparência da estrutura que surge objetivamente o direito é que está, afinal, o abuso desse direito”.

A esta altura, já é possível apresentarmos a nossa definição do abuso de direito. De maneira sintética, o que se convencionou chamar de 'abuso de direito' é o ato ilícito perpetrado sob aparente titularidade de direito.

Numa definição analítica, poder-se-ia afirmar que o 'abuso de direito' é o ato ilícito que, embora aparentemente tenha sido perpetrado no exercício de um direito, viola princípios gerais limitadores dos direitos subjetivos.

Cumprir, todavia, ir mais além: É necessário questionar o que confere à conduta abusiva esta referida aparência de licitude. A resposta mais óbvia é a de que seria a subsunção imediata da conduta a um dispositivo que "estabeleça um direito".³⁰⁵

Neste passo, se alguém pretendesse ir a juízo para requerer indenização por danos decorrentes de "abuso de direito", caberia, em primeiro lugar, indicar sob qual "aparente direito" foi perpetrado o ato ilícito. Isto se faria apontando o dispositivo específico que estabelece este direito, obtendo-se, assim, a sua "licitude formal". No caso, por exemplo, de um abuso perpetrado na interposição de má-fé de uma apelação, caberia ao lesado apontar, na ação de indenização, o art. 513 do Código de Processo Civil, como fundador da "aparência de licitude" do ato do réu. Em seguida, caber-lhe-ia caracterizar a violação ao princípio da boa-fé. Assim, restaria configurado o abuso de direito e, portanto, poder-se-ia requerer a condenação na reparação pelos danos que dele emanaram.

Esta é, de fato, a fórmula geral. É imprescindível notar, todavia, que nem sempre o direito subjetivo surge de um dispositivo claro e específico, razão pela qual nem sempre a configuração do "direito de que se abusou" será tão fácil. Parece-nos, em última análise, que caberá sempre ao juiz, na análise do caso concreto, apreciar se o ato ilícito foi perpetrado valendo-se de uma aura de licitude, devendo, em caso afirmativo, aplicar-lhe as consequências específicas que o ordenamento lhes reserva.³⁰⁶

(b) A regulamentação específica aos atos abusivos.

Já foi afirmado anteriormente que, para que se conserve a relevância jurídica do abuso de direito, deverá ser demonstrado que a circunstância de um

305. De acordo com José Ignacio Cano Martínez VELASCO, "La apariencia deriva directamente de una norma jurídica" (in *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, p. 50).

306. Luiz Fabiano CORRÊA adverte que "embora a aparência de direito seja uma distorção da realidade jurídica, que leva à falsa ideia de um direito ou poder jurídico, a sua causa não pode ser, contudo, uma simples quimera, uma pura fantasia, de quem a invoca para buscar a proteção da ordem jurídica. O que produz esse desvio é, ao revés, um fato real e objetivo" (in *Aparência de direito em matéria patrimonial*, p. 10).

determinado ilícito ser abusivo implica tutela jurídica diversa daquela constatável na ausência desta circunstância.

É preciso esclarecer, todavia, que, quando se afirma a necessidade de estabelecimento de consequências jurídicas específicas para os atos abusivos para a relevância da teoria, não se defende a inevitabilidade de uma regulamentação peculiar dos atos abusivos. *Necessariedade*, neste caso, não equivale a *inevitabilidade*. Decerto, a regulamentação específica não é intrínseca aos atos abusivos, não decorre necessariamente de sua natureza, como defendem alguns autores.

Tampouco se pretende — pelo menos não neste momento — defender a conveniência social da regulamentação peculiar. *Necessariedade*, neste caso, não equivale a *conveniência*. De início, interessa-nos apenas observar que, se há consequências jurídicas específicas, há relevância prática na distinção entre atos abusivos e atos não abusivos. Se não o há, a relevância é meramente vulgar e teórica. Vale dizer: a distinção segue tendo importância para o homem comum, e segue sendo possível figurá-la juridicamente, mas não há interesse prático em fazê-lo, pois independente da espécie de ato ilícito, a consequência jurídica será a mesma.

Desta forma, ao afirmar-se a necessidade de estabelecimento de regimes jurídicos peculiares aos atos ilícitos abusivos procede-se tão somente a uma constatação relativa à relevância da persistência da distinção destes e dos ilícitos não abusivos — trata-se de mera constatação da existência de condição fundamental para a relevância do instituto. Isto porque, conforme já foi dito, a representação aos atos abusivos não depende de regulamentação específica, já que é possível sancioná-los pelo mero fato de serem ilícitos. Repita-se: se a intenção é de mera repressão às condutas abusivas, não se precisa recorrer à teoria do abuso de direito, bastando a correta interpretação e aplicação do direito objetivo.

Assim, para que se possa afirmar que a teoria do abuso de direito tem relevância prática, será preciso que a circunstância de um determinado ilícito ser abusivo implique tutela jurídica diversa daquela constatável na ausência desta circunstância. Como é o próprio ordenamento jurídico que determina as consequências jurídicas dos atos jurídicos, tem-se que a análise da relevância da teoria em estudo deve ser feita em ordenamentos específicos.

Neste segundo momento, portanto, tendo-se absorvido a lição anterior, parte-se para uma investigação eminentemente positivista. Cumprirá interpretar um dado ordenamento jurídico e ver se ele se reporta especificamente aos atos abusivos, dando-lhes consequências jurídicas exclusivas. Se a resposta for positiva, neste ordenamento a teoria do abuso de direito terá relevância prática.

Já afirmamos que este trabalho possui um caráter eminentemente teórico e supra-positivo, pelas razões já explicitadas na Introdução. Com a devida vênia, no entanto, parece-nos interessante analisar o ordenamento jurídico brasileiro (embora também com ilustrações de sistemas estrangeiros), tanto para aplicar as considerações teóricas tecidas acima, quanto pela curiosidade de perquirir a relevância da teoria em estudo no nosso ordenamento jurídico. É o que passamos a fazer.

(c) A relevância prática da teoria do abuso de direito no ordenamento brasileiro.

De acordo com os efeitos jurídicos produzidos, os atos ilícitos podem ser (i) indenizantes, (ii) autorizantes, (iii) nulificantes e (iv) caducificantes.³⁰⁷ No nosso ordenamento jurídico, há atos ilícitos abusivos de todas as espécies. Vejamos, sumariamente, alguns exemplos.

Em princípio, e nos termos do disposto pelo art. 596 do código de processo civil, os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da pessoa jurídica de que eles fazem parte. No entanto, o abuso da personalidade jurídica é um ilícito cujo efeito é a autorização ao ofendido, para requerer a extensão dos efeitos das obrigações aos bens particulares dos seus administradores ou sócios (*disregard doctrine*), a teor do art. 50 do código civil.³⁰⁸ Trata-se de hipótese de ilícito abusivo *autorizante*.³⁰⁹

As partes é facultado o estabelecimento de cláusulas contratuais a reger o negócio jurídico entre elas celebrado. É cediço, todavia, que, numa relação de consumo, a parte hipersuficiente não pode valer-se desta condição subjetiva para estabelecer cláusulas danosas ao outro contratante. A inserção contratual de cláusulas abusivas é um ilícito cujo efeito é a nulidade do ato praticado, de acordo com o art. 51 do código de proteção e defesa do consumidor (Lei n.º 8.078/90). Trata-se de hipótese de ilícito abusivo *nulificante*.³¹⁰

307. Felipe Peixoto BRAGA NETTO, *Teoria dos ilícitos civis*, pp. 99 e ss.

308. Observe-se que, nos termos do dito dispositivo, que a desconsideração da personalidade jurídica depende do requerimento da parte, o que confirma a natureza autorizante da consequência deste ilícito.

309. O art. 2367 do código civil italiano atribui aos sócios que representam pelo menos um quinto do capital social o direito de pedir a convocação de uma assembleia. A jurisprudentia deste país é formada no sentido de que, quando houver manifesto abuso deste direito, os administradores estão autorizados a rejeitar o pedido. De acordo com Maria Paola MARTINES, "gli amministratori hanno il diritto-dovere di non accedere a richieste che appaiono illegittime, immotivate, inutilmente ripetitive e come tali rivolterici di nero spirito di chicanerie" (in "Abuso del diritto: la chicanerie del socio di minoranza", p. 27).

310. No direito suíço, a sanção principal ao ato praticado abusivamente é a sua nulificação, como informam Pascal ANCEL e Gabriel AUBERT, "L'abus de droit en droit français et en droit suisse: deux approches: Dialogue", p. 03; e Femto Justen de OLIVEIRA, *Abuso de direito do acionista minoritário*,

O poder familiar é um complexo de direitos e deveres conferidos pelo Direito aos pais para manter, proteger e educar os seus filhos. As prerrogativas inerentes a este poder devem ser exercidas moderadamente, em atenção à boa formação dos filhos. Da conjugação dos arts. 1635, 1637 e 1638 do nosso código civil, tem-se que o abuso do poder familiar é um ato ilícito cujo efeito poderá ser o da extinção deste poder. Trata-se de hipótese de ilícito abusivo *caducificante*.³¹¹

Da conjugação dos arts. 187 e 927 do código civil, tem-se uma regra geral para o ilícito abusivo que gere danos. Por força destes dispositivos, este ato tem como efeito a responsabilidade civil do seu causador, que deverá repará-los. O ilícito abusivo que causa danos é *indenizante*.

Em todos estes casos, é relevante o caráter da abusividade dos ilícitos. Sem que esta circunstância fática (traduzida, como vimos, pela aparência de licitude) esteja presente, não há subsunção. É que a abusividade é um elemento componente do suporte fático destes dispositivos.³¹² Ou seja: para que se possa pleitear em juízo a efetivação das consequências jurídicas indenizantes, caducificantes, autorizantes e nulificantes acima elencadas, deve-se, como pressuposto, demonstrar a abusividade da conduta. Eis aí a importância prática da teoria do abuso de direito entre nós.

(Cont.)

p. 66. Esta forma de sanção cumpre papel relevante também na França, de acordo com Abbas KARIM, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, p. 45. Na Itália, a Corte di Cassazione já decidiu a favor da possibilidade de anulação de deliberação em uma sociedade em função do "abuso de direito de voto": "L'annullabilità di simili deliberazioni non è certo una novità nella giurisprudenza della Cassazione. È nuova, invece, l'identificazione del vizio che il Supremo Collegio ravvisa nella deliberazione, che non è più il paragrafabilistico eccesso di potere della maggioranza, ma è l'abuso del diritto di voto. La sentenza muove dalla premessa che, con l'esercizio del voto, il socio dà esecuzione al contratto di società, sicché il diritto di voto deve, a norma dell'art. 1375, essere esercitato secondo buona fede; la conclusione è che il voto espresso per realizzare un interesse extrasociale, con danno per la minoranza, integra gli estremi dell'abuso del diritto. In questa sentenza, (...) il canone della buona fede è utilizzato come criterio di valutazione dell'esercizio del diritto, atto a distinguere fra uso ed abuso del proprio diritto" (in Francesco GALGANO, *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, p. 23).

311. A mesma consequência é prevista para o abuso do poder familiar no art. 330 do código civil da Itália. Ainda neste país, o abuso do usufrutuário pode resultar na perda do direito do usufruto, a teor do art. 1015 do estatuto civil. É possível, também, em caso de abuso, a perda do próprio direito de propriedade (uma hipótese é a edificação indevida), consoante Francesco GALGANO, *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, p. 19.

312. A este respeito, consulte-se, com bastante proveito, Marcos Bernardes de MELLO, *Teoria do fato jurídico*, pp. 40 e ss.

(d) A natureza da responsabilidade decorrente do ilícito abusivo indenizante.

Vejam os de que forma o nosso código civil regulamentou os atos ilícitos indenizantes:

“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.*”

Art. 187. *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.*

Art. 927. *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

Parágrafo único. *Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*

Há algumas considerações preliminares que são oportunas.

Em primeiro lugar, veja-se que o legislador foi explícito ao classificar como ilícito o ato abusivo. Com isso não se quer dizer que ele seja ilícito porque assim se dispôs expressamente. Independentemente de disposição normativa explícita, o ato abusivo seria um ato ilícito. A referência somente ambiciona demonstrar a correção do quanto se estatuiu.

Em segundo lugar, fique claro que os arts. 186 e 187 não contêm definições da ilicitude, mas *exemplificação de algumas espécies de atos ilícitos*. De fato, não cabe à lei definir a ilicitude. O que pode a lei fazer, evidentemente, é, através de seus dispositivos, prever hipóteses de atos contrários ao Direito. Para tanto, basta estabelecer um dever jurídico (qualificando, assim, a conduta contrária como ilícita) ou, diretamente, dispor que esta ou aquela conduta é proibida, defesa, ou, de forma expressa, ilícita.

Isto não quer dizer que estes dispositivos do diploma civil sejam *incorretos*. Eles permitem a interpretação aqui defendida. O art. 186 estabelece que “X é ato ilícito”, e não que “ato ilícito é X”, o que é coisa bem diversa (dizer que X é ato ilícito não é forçosamente dizer que X seja a única espécie de ato

ilícito ou que a definição de ato ilícito seja X). Portanto, o que o art. 186 dispõe é que, se alguém causar dano a outrem de forma culposa ou dolosa, este alguém cometeu ato ilícito. Observe-se que o dano, por si só, não causa a ilicitude. O que é ilícito é a “causação” de danos subjetivamente qualificada pela culpa ou pelo dolo.

Em suma: ilícita é toda conduta que seja contrária a um dever jurídico ou uma prestação. Nos arts. 186 e 187 do código civil, o ordenamento dá dois *exemplos* de atos ilícitos (a) a causação de dano de forma culposa ou dolosa; (b) o abuso de direito.

O art. 927, por sua vez, estabelece *uma* consequência jurídica (não necessariamente a única) para o ato ilícito que causa danos: faz nascer a obrigação de repará-lo.

Aqui se põe a questão relevante desta seção: na hipótese de um ato ilícito causador de danos, há relevância prática para as considerações da teoria do abuso de direito? Há regulamentação específica e diferenciada para os ilícitos indenizantes abusivos ou, neste caso específico, a circunstância da abusividade é juridicamente irrelevante?

De acordo com a nossa interpretação, o “fator abusividade” é relevante mesmo no que atine especificamente aos atos ilícitos indenizantes. É que a regra geral nos casos da indenização por atos ilícitos abusivos é de responsabilidade objetiva, enquanto, nos casos de indenização por atos ilícitos não abusivos, ela é subjetiva.³¹³

Esta interpretação não é pacífica. A corrente subjetivista é integrada, por exemplo, por autores como Rui Stoco³¹⁴ e Humberto Theodoro Júnior. Para este autor mineiro, “nosso direito positivo atual não dá ensejo a dúvidas: adotou claramente a orientação preconizada pela teoria subjetivista do abuso de direito. Primeiro definiu o ato ilícito absoluto, como fato humano integrado pelo elemento subjetivo (art. 186). Em seguida, qualifi-

313. Neste sentido, Sívio de Salvo VENOSA, *Teoria geral do direito civil*, p. 609; Pablo Stolze GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO, *Novo curso de direito civil*, p. 467; Carlos Roberto GONÇALVES, *Comentários ao código civil*, p. 293; Paulo NADER, *Curso de direito civil*, p. 555; Sérgio CAVALLERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, p. 160; Cato Mário da SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, p. 675.

314. Rui STOCO, *Abuso do direito e má-fé processual*, p. 70. Este autor cita Limongi França e argumenta que “a noção do abuso de direito está intimamente ligada à de responsabilidade civil. Por sua vez, ao que pensamos, esta só pode ser compreendida a partir da idéia de culpa”. Em outra passagem, sustenta que “não há como afastar a concepção subjetiva, sob pena de incoerência lógica”.

cou, de forma expressa, o exercício abusivo de direito como um ato ilícito (art. 187).³¹⁵

Em defesa da responsabilidade subjetiva para os atos ilícitos indenizantes abusivos, além desta leitura dos arts. 186 e 187, argumenta-se que o parágrafo único do art. 927 restringe a responsabilidade objetiva “aos casos especificados em lei” e que tal especificação não consitaria da letra do dispositivo relativo aos atos ilícitos abusivos.

No que atine à objeção relativa ao parágrafo único do art. 927, atente-se que por “especificado” não se deve entender que seja necessário empregar a expressão “independentemente de culpa”, para que se estabeleça a responsabilidade objetiva. A expressão significa apenas que a regra geral do código civil é, ainda, a responsabilidade subjetiva, e que a responsabilidade objetiva deve estar sinalizada. E, no caso do art. 187, ela é facilmente depreensível de sua redação.

O texto dos artigos 186 e 187 é flagrantemente distinto. Os referidos dispositivos trazem dois exemplos de como cometer um ato ilícito: (i) causando dano a outrem – ainda que exclusivamente moral – por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; e (ii) excedendo os limites impostos aos direitos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, ao exercê-los. À primeira hipótese corresponde um ato ilícito não-abusivo; à segunda, um ato ilícito abusivo.

Embora o conteúdo seja diverso, a estrutura dos arts. 186 e 187 é semelhante e clara: quem fizer X comete ato ilícito. No primeiro caso, X é a “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que causa dano a outrem”. No segundo caso, X é o simples excesso dos limites impostos pelo fim econômico ou social de um direito, pela boa fé ou pelos bons costumes, ao “exercê-lo”. Deste excesso (cominado com o dano referido no art. 927) estabeleceu-se como decorrência a responsabilidade, independente de qualquer elemento subjetivo.

De fato, no primeiro caso, não é suficiente que se tenha violado um direito, ou que se tenha causado dano, ou que se tenham feito as duas coisas. Será necessário que se a tenha feito através de “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”. Só assim, estando presente um destes elementos subjetivos, será cumprida a hipótese de aplicabilidade do art. 186.

315. Humberto THEODORO JR., *Comentários ao novo código civil*, p. 118.

Ao revés, no segundo caso, sem mudar o texto legal: “*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*”. São objetivos o fim econômico e o fim social do direito, a boa-fé e os bons costumes.³¹⁶ Em se os contrariando, independentemente de culpa, tem lugar o abuso de direito.

Neste mesmo sentido, Sérgio Cavalieri Filho anota o seguinte: “*Depreende-se da redação desse artigo, em primeiro lugar, que a concepção adotada em relação ao abuso do direito é a objetiva, pois não é necessária a consciência de se excederem, com o seu exercício, os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do direito; basta que se excedam estes limites.*”³¹⁷

Cumpre ainda reportar-se à conclusão da reunião promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em setembro de 2002, para analisar o novo estatuto civil brasileiro. A comissão, coordenada por Ruy Rosa do de Aguiar, ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, divulgou o enunciado nº 37, cujo conteúdo é o seguinte: “*a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico*”.

É certo, portanto, que ordenamento jurídico brasileiro prevê a responsabilidade objetiva para os danos decorrentes do abuso de direito. Feito este registro, parece-nos válido analisar a coerência e a conveniência desta opção legislativa.

Em primeiro lugar, reflete-se idêntica de que a responsabilidade objetiva para o ato abusivo seria incoerente, na medida em que concederia consequências jurídicas mais graves para uma situação menos reprovável. A tese parte da idéia de que o “abusador” estaria no exercício de seu direito, enquanto aquele que pratica um ato ilícito não abusivo nem mesmo contaria com esta proteção legal apriorística. Esta idéia é falsa, como cremos já haver demonstrado, uma vez

316. Parece-nos claro, de outra parte, que a boa-fé a que se refere o artigo em comento é a boa-fé objetiva, e não a subjetiva. Com efeito, não se fala que comete um ato ilícito quem exerce o direito “de má-fé”, mas “excedendo os limites da boa-fé”, ou, em outros termos, “contrariando a boa-fé”. A boa-fé que se contraria é a boa-fé objetiva. Neste mesmo sentido, Paulo NADER informa que “*Luís A. Cavalho Fernândez, ao analisar o art. 334 do Código Civil português, que é a fonte direta do art. 187 do Código Civil de 2002, reconhece na aludida boa-fé o caráter objetivo: “A doutrina corrente não põe em dúvida que é a boa-fé objetiva que o art. 334 faz apelo” (in Curso de direito civil, p. 555). Antônio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO corrobora este entendimento: “O artigo 334 (...) não versa factores atinentes, directamente, ao sujeito, mas antes elementos que, enquadrando o seu comportamento, se lhe contrapõem” (in Da boa-fé no direito civil, p. 662). Sobre a boa-fé objetiva ver, por todos, Judith MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*, p. 410 e ss.*

317. Sérgio CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, p. 160.

que não há qualquer direito sendo exercido no caso do ato ilícito abusivo. De outra parte, é interessante observar que há, ao contrário, uma maior – e não menor – reprovabilidade social da conduta abusiva, na medida em que o seu agente, no mais das vezes de forma ardilosa, se vale de uma aparência de legalidade para causar danos a terceiros.

Em segundo lugar, a respeito da conveniência da imputação da responsabilidade objetiva para o ato abusivo, pode-se analisá-la sob o ponto de vista da efetividade da repressão ou do resultado social da previsão legislativa. Do ponto de vista da efetividade, cumpre transcrever as palavras do primeiro autor a defendê-la, o francês Raymond Saleilles:

*Nada é mais perigoso, de fato, ou senão nada é mais inútil que querer se remeter unicamente à psicologia individual para fornecer o critério do abuso de direito: não há ninguém que tenha, em casos tais, a ingenuidade de admitir que não tinha outro objetivo além de prejudicar a outrem. Será sempre fácil de alegar um interesse individual.*³¹⁸

Da mesma preocupação compartilha o mestre baiano Orlando Gomes: “Aceitar a doutrina subjetiva, segundo a qual o abuso de direito só se configura quando há exercício malicioso do direito, seria confiná-lo aos casos em que se pode comprovar a intenção de prejudicar a outrem. Dificilmente se obtém essa comprovação”.³¹⁹

Por outro lado, no que concerne à conveniência segundo o resultado social da previsão legislativa, a imputação da responsabilidade objetiva para o ato abusivo cumpre o papel de criar uma espécie de responsabilidade social no uso da aparência de legalidade, o que, nos parece, vai ao encontro das correntes aspirações sociais. Cria-se um dever jurídico de bem portar-se em situação jurídica de vantagem, como a de aparente titularidade do direito, não se valendo dela para causar danos a terceiros.

318. RAYMOND SALEILLES, *La théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du Code Civil allemand*, p. 371. No original: “‘Rien n'est plus dangereux, en effet, ou sinon rien n'est plus inutile, que de vouloir s'en remettre uniquement à la psychologie individuelle du soin de fournir le critérium de l'abus de droit: il n'est personne qui ait, en pareil cas, l'ingenuité d'avouer qu'il n'aurait d'autre but que de nuire à autrui. Il sera toujours facile d'alléguer un intérêt individuel.’” E completar: “‘L'abus de droit, se caractérise par son caractère objectif et non par son but; ce qu'il faut dire, c'est qu'un acte dommageable qui aurait eu pour but exclusif le préjudice réel, serait par lui-même, un acte objectivement contraire aux moeurs; mais cette même atteinte aux moeurs peut se présenter dans le seul fait d'un exercice anormal, alors même qu'il ne serait qu'imprudent’”.

319. Apud PAULO NADER, *Curso de direito civil*, p. 554. A mesma observação é encontrada em SÍLVIO DE SALVO VENOSA, *Teoria geral do direito civil*, p. 608; e JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *Da responsabilidade civil*, p. 544.

Por fim, anote-se que o tratamento objetivista é mesmo uma tendência mundial.³²⁰ Mesmo em países que não contam com dispositivo expresso, a jurisprudência já tem aplicado a responsabilidade objetiva (normalmente como violação à boa-fé) para os casos de abuso de direito.³²¹

6.5. As consequências da positivação

Alguns autores entendem que a essência do abuso de direito é necessariamente metajurídica, de maneira que a positivação de suas hipóteses significaria a sua perda de sentido. Luis Alberto Warat advoga que “*sólo se puede hablar (...) de abuso del derecho, cuando la teoría no está incorporada a los códigos. El reconocimiento de la teoría importa la muerte de la misma porque ya no podemos hablar de abuso del derecho sino simplemente de actos ilícitos, de acciones y omisiones cumplidas sin derecho y contra el derecho, o sea contra la nueva norma legal.*”³²²

Jean Dabin, por sua vez, afirma que “*o abuso, no sentido técnico, desaparece quando o legislador estabelece o direito apenas sob a reserva de que não se o exercite de uma maneira 'abusiva'*”.³²³ É a mesma visão de Pietro Rescigno:

Para nós (embora estranhamente disto não pareçam aparecer-se tantos sustentadores da teoria do abuso) não é absolutamente mais o caso de falar aqui de abuso de direito no sentido dito mais acima e no qual se usa a teoria homônima: isto se podia fazer antes que o legislador intervisse, mas depois de sua intervenção, a linha que determina os confins do direito foi assinalada e quem a superar, excedendo o próprio direito, indo contra o direito de outrem, violando uma norma de direito objetivo, realiza inequivocamente um ato ilícito. É por isso que a fórmula do De Vareilles-Sommière: où l'abus commence le droit cesse, que juridicamente não nos diz nada, me

320. PONTES DE MIRANDA alude em algumas passagens de sua obra à inevitabilidade do movimento objetivista (in *Tratado de direito privado*, Tomo 53, pp. 66 e 72).

321. Mesmo na Alemanha, em que o dispositivo legal alude à “intenção exclusiva de provocar dano a outrem”, a doutrina entendia pela aplicação da responsabilidade objetiva, como informa Antônio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, p. 689. Assim é também França e na Itália, consoante Pascal ANCEL e Gabriel AUBERT, “L'abus de droit en droit français et en droit suisse: deux approches. Dialogue”, e Sandra LEVANTI, *Abuso del diritto*.

322. Luis Alberto WARAT, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, pp. 84-85.

323. Jean DABIN, *Le droit subjectif*, p. 272.

parece poderia ser utilmente invertida de modo a afirmar uma verdade histórica: ou le droit commence l'abus cesse, o que interpretado historicamente viria a dizer que, desde que o direito intervieio a disciplinar um caso determinado, não se pode mais falar de abuso (que exigiria a interland a que se aludia acima), mas de ato lícito o ilícito, jurídico o antijurídico, exercício de direito ou ato lesivo do interesse de outrem.³²⁴

Entre os autores brasileiros, a idéia é defendida, por exemplo, por Pedro Baptista Martins³²⁵, Fernão Justen de Oliveira³²⁶, Rui Stoco³²⁷ e José de Aguiar Dias³²⁸.

De acordo com o nosso ponto de vista, essa posição é equivocada. Em primeiro lugar, já observamos que a repressão ao abuso de direito não é estranha à ordem jurídica, ao direito positivo, uma vez que os atos abusivos são sempre atos juridicamente defesos, por contrariarem o princípio normativo da boa-fé.

Outrossim, afirmamos necessariamente a compreensão da distinção entre dispositivos e normas, destacando não haver correspondência binívoca entre as duas noções, no sentido de haver aquelas sempre que houver estas, e vice-versa. Diante disso, não procede a idéia de que a positivação das hipóteses do abuso de direito produza algum efeito na natureza jurídica dos atos abusivos, como se a sua ilicitude dependesse de dispositivo específico que a proclamasse. A expressa disposição normativa produz uma sobreposição — e não uma inovação — normativa.

324. Pietro RESCIGNO, *L'abuso di diritto*, p. 21. No original: "Ora secondo noi (benché strettamente di ciò non potiamo avvedersi tanti sostenitori della teoria dell'abuso) non è assolutamente più il caso di parlare qui di abuso di diritto nel senso detto più sopra e in cui l'usa la teoria omonima: ciò si poteva fare prima che il legislatore fosse intervenuto, ma dopo il suo intervento la linea che determina il confine del diritto fu segnata, e chi la valica, eccedendo il proprio diritto, andando contro il diritto altrui, violando una norma di diritto obiettivo, compie innegabilmente un atto illecito. È perciò che la formula del De Vatteltes-Sommèrè: où l'abus commence le droit cesse, che giuridicamente non ci dice nulla, mi pare potrebbe essere utilmente capovolta in modo da affermare una verità storica: où le droit commence l'abus cesse, il che interpretato storicamente verrebbe a dire che, dacché il diritto è intervenuto a disciplinare un caso determinato, non si può più parlare di abuso (che richiamerebbe l'intervento di cui si disse sopra) ma di atto lecito o illecito, giuridico o antigiuridico, esercizio di diritto od atto lesivo dell'altri diritto".

325. Pedro Baptista MARTINS, *O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 203.

326. Fernão Justen de OLIVEIRA, *Abuso de direito do acionista minoritário*, p. 61.

327. Rui STOCO, *Abuso do direito e má-fé processual*, p. 56.

328. José de AGUIAR DIAS, *Da responsabilidade civil*, p. 542.

Todavia, esta posição não implica defender a absoluta irrelevância da positivação da idéia de abuso de direito. Esta previsão explícita pode cumprir três funções.

A uma, atua como simplificador interpretativo, possibilitando ao intérprete o fácil reconhecimento da existência de um limite já existente, e constatável implicitamente. Neste sentido, a previsão explícita dos limites gerais dos direitos subjetivos "poupa" o intérprete deste procedimento interpretativo. Observe-se que, segundo a linha desenvolvida neste trabalho, a previsão de ilicitude dos atos contrários à boa-fé seria, na realidade, desnecessária. Ainda que ela não estivesse presente no referido dispositivo, tais atos seriam ilícitos, porque seguiriam contrários ao princípio respectivo. Por outro lado, ainda no que se refere à função de simplificador interpretativo, a explicitação serve à efetividade do comando normativo, já que a fluidez dos comandos implícitos muitas vezes conspira contra sua aplicação efetiva e facilita que se o ignore.³²⁹

A duas, a explicitação poderá funcionar como veiculadora de regulamentação distinta, possibilitando que se estabeleça para os atos com aquelas características, por exemplo, a responsabilidade objetiva. Foi justamente o que ocorreu, ao nosso ver, no caso do ordenamento jurídico brasileiro. À falta do art. 187 em nosso ordenamento, o ato abusivo seguiria sendo ilícito e sua repressão continuaria sendo juridicamente possível. Sem embargo, na hipótese de um ato destes causar danos, a procedência do pleito de indenização correspondente dependeria da demonstração de culpa.

Por fim, como terceira função da explicitação há a possibilidade de, através dela, estabelecerem-se novos limites gerais aos direitos subjetivos, os quais, em não havendo a explicitação, não seriam depreensíveis do ordenamento jurídico. Trata-se aqui do que se poderia denominar "extensão da teoria do abuso de direito".³³⁰

Há, neste ponto, um importante esclarecimento a ser feito. Afirmou-se algumas vezes, em linhas pretéritas, que o ato abusivo é aprioristicamente ilícito, por configurar relação de contrariedade com o sistema jurídico. É necessário firmar os precisos contornos desta afirmação. Ela tem origem na pesquisa histórica do abuso de direito. Analisando os casos que motivaram a criação da doutrina, na França, e mesmo os antecedentes históricos do instituto, observa-se claramente que os primeiros atos abusivos foram atos que contrariavam a

329. No mesmo sentido, Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito*, p. 49.

330. Também Pierre-Gabriel JOBIN sustenta que a positivação do abuso pode ampliar as hipóteses de aplicabilidade da teoria. (in "Grand pas et faux pas de droit contractuel", p. 155).

boa-fé. É neste sentido que dissemos ser despicienda a noção do abuso, porque qualquer ato com estas características é já ilícito, uma vez que certamente nunca houve qualquer ordenamento jurídico do qual não se pudesse depreender o princípio normativo da boa-fé.

Sucedo que a evolução da teoria do abuso de direito motivou o estabelecimento de uma série de outros limites gerais aos direitos subjetivos, cujo desrepeito também causaria um ato abusivo. Em outras palavras: originariamente, o ato abusivo foi aquele que contrariava a boa-fé. Os casos que motivaram a criação da teoria do abuso de direito sempre puderam ser resolvidos através da simples aplicação deste princípio normativo e da declaração de ilicitude do ato abusivo em razão de sua contrariedade a ele. Tanto é assim, aliás, que países em cujos ordenamentos a hipótese de abuso de direito não foi positivada, os atos abusivos são reprimidos através da aplicação do princípio da boa-fé.

Nada obstante, dado o potencial "moralizante" ou "socializante" da teoria,³³¹, foi impossível evitar que alguns autores dela se valessem para reclamar-lhe a extensão. Analisando os casos clássicos do abuso de direito, muitos autores sustentaram que a repressão a eles adviria de sua contrariedade, por exemplo, aos bons costumes, à moral ou à função social e econômica dos direitos. E se, sob o ponto de vista de *lege lata*, esta argumentação é débil, o mesmo não se pode dizer sob o ponto de vista de *lege ferenda*. À força da sedução dos argumentos socializantes sucumbiram muitos. Vingaram as promessas de "moralização do Direito" e "efetivação da justiça social", especialmente na pena de Josserrand, e o instituto terminou por ganhar contornos bem mais genéricos do que aqueles que lhe são "essenciais" ou "inerentes".

Eis aí a terceira função da explicitação das hipóteses do abuso de direito: se não se pode depreender de um ordenamento jurídico, ainda que implicitamente, a repressão a atos contrários à moral ou aos bons costumes, por exemplo, esta poderá ser estabelecida através da inserção de um dispositivo que a preveja.

Feito isto, é evidente que tampouco se poderão ignorar os efeitos destas alterações no resultado de interpretação da ordem jurídica. Se se alargarem os limites gerais aos direitos subjetivos para além daquilo que antes já era depreensível, é assim que agora deve ser interpretado o sistema. Uma vez mais, trata-se de aplicação de lição singela, mas tão esquecida, de que a leitura de um sistema jurídico depende de suas proposições implícitas e explícitas. Assim, as peculiaridades

331. A esta mesma característica se refere Orlando GOMES, ao advertir que "A extensão dada à teoria do abuso de direito tem determinado exageros contra os quais se levanta a voz sensata de eminentes juristas. A sedução que a teoria exerce sobre os espíritos, por seu teor moralizante, está conduzindo a extremos condanáveis. Válida, assim, a advertência de que o jurista deve preterir-se contra "as generalizações puramente sentimentais", porque, "sob o pretexto de humanização do Direito não se deve cair no domínio da caridade" (De Page) (in *Introdução ao Direito Civil*, p. 134).

dades do abuso de direito em cada ordenamento jurídico dependerão dos limites gerais que se impõe (explicitamente ou implicitamente) aos direitos subjetivos:

Entre nós, por força do quanto disposto no art. 187 do código civil, são três as hipóteses de cometimento do abuso de direito: o "exercício de um direito que viole (a) o fim econômico ou social do dispositivo permissivo, (b) a boa-fé, ou (c) os bons costumes.

Em primeiro lugar, ressalte-se a ausência da aposição do limite imposto pela "moral", constante em outros ordenamentos jurídicos, como o argentino.³³² Parece-nos salutar a escolha legislativa pátria. Resta superada a teoria do mínimo ético, propugnada por Jeremias Bentham e Georg Jellinek, segundo a qual o Direito estaria inteiramente inserido na Moral, de maneira que os comandos normativos seriam necessariamente morais. Atualmente, o entendimento majoritário a respeito da relação entre esses dois sistemas normativos é o que poderia ser figurativamente representado por dois círculos secantes (e não mais dois círculos concêntricos). Assim, haverá atos praticados em exercício de direitos subjetivos que, conquanto possam ser reputados de imorais, não serão, só por isso, abusivos.

No que se refere à previsão de abusividade dos atos violadores dos bons costumes, entendemo-la como inovação legislativa, na medida em que não cremos serem forçosamente ilícitas as condutas que os contrariam. Ressaltamos apenas que a indeterminação do termo, combinada com o conservadorismo exacerbado de alguns magistrados, poderá causar resultados inesperados e indesejáveis.

A "funcionalidade social ou econômica" dos direitos subjetivos, influência clara da obra de Josserrand³³³, é certamente a hipótese mais controversa de "extensão" da teoria do abuso de direito.³³⁴ A idéia suscitou fortes e diversas críticas. A começar por Ripert, que qualificou Josserrand de "bolechevique" e propôs ter lugar o abuso apenas quando houvesse violação à "moral cristã".³³⁵ A crítica mais citada na doutrina, no entanto, é a dos irmãos Mazeaud, que a seguir se transcreve:

332. Eis o conteúdo do art. 1.071 do Código Civil argentino, inserido pela Lei 17.114/68: "La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquella tiene en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y la buena costumbre". De acordo com FEMIO JUSTEN de OLIVEIRA, trata-se de dispositivo copiado literalmente do projeto de Teixeira de Freitas (in *Abuso de direito do acionista minoritário*, p. 27).

333. É curioso observar que alguns autores mais modernos observam que as idéias de JOSSERRAND tiveram maior aceitação internacional do que nacional. Assim, por exemplo: JACQUES GHESTIN, "L'abus dans les contrats", p. 379; e PASCAL ANCEL e GABRIEL AUBERT, "L'abus de droit en droit français et en droit suisse: deux approches. Dialogue", p. 07.

334. Já observamos, na seção 5.2 desta monografia, que a "funcionalidade social" do direito subjetivo não é constatável em todos os ordenamentos jurídicos, decorrendo de uma determinada escolha ideológica.

335. CHRISTOPHE JAMIN, "Typologie des théories juridiques de l'abus", p. 09.

Diríamos que o critério finalista nos parece perigoso. Não que tenhamos demais o arbítrio do juiz; confiamos nele; é indispensável não o prender a regras fixas. Ao menos é preciso que eles saibam o que se lhes pede. Ora, o que se lhes pede? Pode-se-lhes de determinar a função social de um direito, de dizer com que escopo o legislador reconhece a existência do direito de propriedade, do pátrio poder etc. Uma tal questão não comporta solução sobre o terreno jurídico, porque é imensa. O juiz, cometido a respondê-la, deverá sair do domínio do Direito; ele cairá no domínio da política. Eis o perigo do critério: um socialista terá o mesmo conceito sobre o fim para o qual é conferido o direito de propriedade, ou o direito de associação, que um adversário da doutrina de Karl Marx? Evidentemente não. Defender a doutrina da finalidade social dos direitos não é absolutamente cair no socialismo, mas é compelir o juiz a encarar o problema da responsabilidade sob o ângulo da política.³³⁶

Por outro lado, Baudry-Lacantinerie e Barde suscitam uma curiosa consequência desta limitação: "Los jueces pueden siempre decir que este destino se ha modificado en tal o cual medida, debido a la evolución social. Pueden también declarar que un cierto derecho no tiene ya fin económico, no tiene ya fin social y que, por consiguiente, se abusa desde que se hace uso de él".³³⁷

336. Apud Everardo da Cunha LUNA, *Abuso de direito*, pp. 86-87. No original, citado pelo autor brasileiro: "Nous dirions alors que le critère finaliste nous paraît dangereux. Non pas que nous craignons beaucoup l'arbitraire des juges, nous leurs faisons confiance: il est indispensable de ne pas les lier par des règles fixes. Du moins faut-il qu'ils sachent ce qu'on leur demande. Or, que leur demande-t-on? De déterminer la fonction sociale d'un droit, de dire dans quel but le législateur reconnaît l'existence d'un droit de propriété, du droit de puissance paternelle, etc... Une pareille question ne comporte plus de solution sur le terrain juridique, parce qu'elle est immense. Le juge, contraint d'y répondre, devra sortir du domaine du droit: il tombera dans celui de la politique. Voilà le danger du critère: un socialiste se fait-il la même conception du but dans lequel est conféré le droit de propriété ou de droit de coalition qu'un adversaire de la doctrine de Karl Marx? Evidemment non. Certes défendre la doctrine du but social des droits, ce n'est nullement verser dans le socialisme, mais c'est contraindre des juges à envisager le problème de la responsabilité sous l'angle de la politique". Nesse mesmo sentido, o argentino Epifanio José Luis CONDORELLI afirma que "la justicia está integrada por hombres, hombres socialistas o liberales, anarquistas o imperialistas, nacionalistas o internacionalistas, hombres, en definitiva, con sus concepciones diversas, y sus valoraciones específicas, con nociones distintas de lo que es justo, y que por ende pueden declarar o ideología política, su idea de la justicia, de "su" definición de qué es lo conveniente y adecuado a la realidad social" (in *El abuso del derecho*, p. 41).

337. Apud Epifanio José Luis CONDORELLI *El abuso del derecho*, p. 42.

As críticas podem ser analisadas sob dois pontos de vista: (a) o perigo da discricionariedade; (b) o perigo do conteúdo ideológico-político da expressão "função social".

Em relação ao primeiro deles, afirma o próprio Louis Josserrand:

*Es fácil responder que en todos los tiempos el juez ha desempeñado el papel de censor y se ha entregado a investigaciones psicológicas diversas y delicadas. No es él el caso soberano apreciador de la buena fe o de la mala fe de los contractantes, de los litigantes, de los esposos? (...) Y no es él quien, en materia delictuosa o cuasidelictuosa, averigua si se ha cometido una falta? En cualquier ocasión, cada día, los tribunales sondando las intenciones y los corazones, al confiarles, pues la investigación y apreciación de los móviles no se hace otra cosa que mantenerlos en su papel tradicional.*³³⁸

No que concerne ao risco de a expressão "função social" possuir diferentes significados, a depender de quem a interprete, há risco igual de interpretações equivocadas de dispositivos que não contêm qualquer conteúdo ideológico. A interpretação jurídica que levar em consideração as ideologias do intérprete, e não aquela adotada pelo sistema interpretado, é incorreta nesta mesma medida. Recordando as já citadas palavras do professor paraense Marçal Justen Filho: "incumbe ao jurista o dever de imparcialidade e de submeter-se às valorações coletivas e aos princípios fundamentais consagrados pela ordem jurídica. A heteronomia do Direito não pode ser substituída pela autonomia do hermenêutica".³³⁹

Por outro lado, não nos parece que a previsão da "funcionalidade social" do direito subjetivo seja absolutamente positiva ou negativa. Há, de fato, vantagens em cada uma das duas posições. O que motiva a escolha por uma delas é menos o mérito de cada uma, que a posição ideológica do optante. No caso do direito brasileiro, a idéia se coaduna com o espírito socializante do legislador que sucedeu a Constituição Federal e do próprio constituinte.

338. Louis JOSSE RAND, *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, p. 24. Neste mesmo sentido, Sérgio CAVALLERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, p. 162.