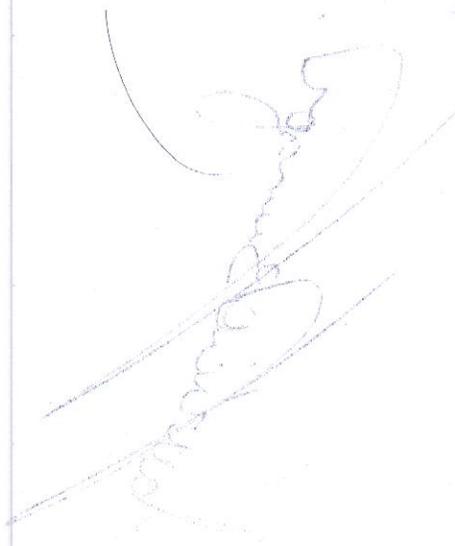


ANTÓNIO MANUEL DA ROCHA E MENEZES CORDEIRO



# DA BOA FÉ

# NO DIREITO CIVIL

DISSERTAÇÃO DE DOUTORAMENTO EM  
CIÊNCIAS JURÍDICAS NA FACULDADE DE  
DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

(3.ª REIMPRESSÃO)

liga o caso concreto. O pendor significativo-ideológico traduz a projecção, também nesse âmbito, da fenomenologia social subjurídica. O direito subjectivo, apresentado como pedra angular do jusprivatismo, não deve alhear-se de nenhum desses aspectos: ficaria mais pobre, pois o oscilar repetido entre ambos exprime a essencialidade dos dois.

Síntese (não) é, porém, somatório dos termos que a precedam. Exprime um estado diferente, na evolução global da ideia, em que, de algum modo, se encontram e destroem os antecedentes. No caso vertente, seria puramente verbal uma saída consistente na defesa dum dum direito subjectivo-técnico, com nível significativo-ideológico; o inverso se-lo-ia, em igual medida. Não há síntese no transcender uma duplicidade de noções: historicamente afirmada, de direito subjectivo; a síntese está no negar uma duplicidade de níveis, historicamente ultrapassada, no direito subjectivo.

Uma técnica(jus)subjectiva, porque relativa ao Direito e ao sujeito, é significativo-ideológica: um jussubjectivismo significativo-ideológico, porque jurídico é técnico. Nessa linha, o considerar o direito subjectivo como uma permissão/normativa de aproveitamento específico é integrar a moderna escola jurídico-formal, correspondendo às necessidades técnicas que a ditaram<sup>(37)</sup>. Mas é ainda introduzir, no coração do Direito privado, a permissibilidade. I é o âmbito de liberdade, reconhecido ao sujeito<sup>(38)</sup>. O direito subjectivo tem, sabidamente, limites. Parte-se, porém, da permissão para os deveres, o que é dizer, da liberdade para as adstricções. Chamar, ao primeiro aspecto, de técnica e, ao segundo, de projecção significativo-ideológica é, apenas, linguagem figurativa, a não tomar pela substância.

Neste esquema de pensamento devem ser articulados o abuso do direito e a boa fé.

#### 64. Gênese: o abuso do direito como produto da jussubjectivação e da segunda sistemática

I. A expressão «abuso do direito» deve-se ao autor Chelga LAURENT<sup>(39)</sup>. Foi criada para nominar uma série de situações jurídicas, ocorridas em França, nas quais o tribunal, reconhecendo

(37) De acordo com a metodologia seguida, não se repete o campo prático de aplicação deste entendimento, o qual foi feito noutros locais. Cf. MENEZES CORDEIRO, D. *Revis* cit., 1, 306.

(38) Numma confluência interessante, J. SCHMIDT, usando de metodologia sociológica, na linha da sistemática de PANSONS — vide, *supra*, 668<sup>34</sup> — estabelece que, nas ordens jurídicas onde o direito subjectivo é estritamente ligado à cominação de deveres, de falta, por impossibilidade de posicionamento fora do sistema social. Desse A., *Subjektives Recht* cit., 313 ss. e 319.

(39) Cf. FAUD, *Franz-ZivR* (1971), 1 C 39 (1, 190).

embora, na questão de fundo, a excelência do direito do réu, veio a condenar, perante irregularidades no exercício desse direito.

As primeiras decisões judiciais do que, mais tarde, na doutrina e na jurisprudência, viria a ser conhecido por abuso do direito, datam da fase inicial da vigência do Código Napoleão<sup>(40)</sup>. Assim, em 1808, condenou-se o proprietário dumma oficina que, no fabrico de chapéus, provocava expropriações desagradáveis para a vizinhança<sup>(41)</sup>. Doze anos volvidos, era condenado, o construtor de um forno que, por carência de precauções, grajudicava um vizinho<sup>(42)</sup>. Em 1853, numa decisão universalmente conhecida, condenou-se o proprietário que construira uma falsa chaminé, para vedar o dia a uma janela do vizinho, com quem andava desavindo<sup>(43)</sup>. Um ano depois, era a vez do proprietário que bombeava, para um rio, a água do próprio poço, com o fito de fazer baixar o nível do do vizinho<sup>(44)</sup>. Em 1861, foi condenada o proprietário que, ao proceder a perfurações no seu prédio, provocou, por falta de cuidado, desabamentos no do vizinho<sup>(45)</sup>. Segur-se-iam, ainda, numerosas decisões similares<sup>(46)</sup>, com relevo para a condenação, em 1913, confirmada pela Cassação, em 1915, por abuso do direito, do proprietário que erguera, no seu terreno, um dispositivo dotado de espigões de ferro, destinado a danificar os dirigíveis construídos pelo vizinho<sup>(47)</sup>.

Motivada pela jurisprudência e por um certo fascínio desprendido da expressão, muito sugestiva, «abuso do direito», a doutrina apressar-se-ia a indagar antecedentes históricos no novo instituto jurídico. Os resultados são modestos.

(40) PLANIOL, an. Douai, 7-Mai.-1902, D 1903, 2, 329-330 (329) e BONNECASE, *Précis de D. Civil* II (1934), 314. A expressão «abuso do direito» teve consagração judicial, apenas, em CassFr 10-Jun.-1902, D 1902, 1, 454-456 (455, 1.ª col.); cf. MENZ, *Vom Schikaneverbot zum Rechtsmissbrauch*, ZRRV 18 (1977), 163.

(41) C. Imp. Metz, 10-Nov.-1808, S 1821, 2, 154.

(42) C. Imp. Metz, 16-Ago.-1820, S 1821, 2, 155.

(43) C. Imp. Colmar, 2-Mai.-1855, D 1856, 2, 9-10.

(44) C. Imp. Lyon, 18-Abr.-1856, D 1856, 2, 199-200.

(45) C. Imp. Colmar, 25-Jul.-1861, S 1861, 2, 578.

(46) C. Ap. Paris, 2-Dec.-1871, D 1873, 2, 185 (organização de batuque e algazarra, para espartar a caça do prédio vizinho); CassFr, 10-Jun.-1902, D 1902, 1, 454-456 (realização de perfurações iniciais, para prejudicar a fonte do vizinho); CassFr, 18-Fev.-1907, S 1907, 1, 77 = D 1907, 1, 385 (emissão de fumos desagradáveis, por meio de forno); Dragulignon, 17-Mai.-1910, D 1911, 2, 133-136 (estragos em mina, praticada por concessionária da exploração, no termo da concessão); Amiens, 7-Fev.-1912, D 1913, 2, 179-180 (batuque e injúrias, para evitar, desta feita, a saída da caça para o prédio vizinho). Cf., ainda, os casos sumariados *infra*.

(47) Compiègne, 19-Fev.-1913, D 1913, 2, 181 e CassFr 3-Ag.-1915, D 1917, 1, 79.

II. A pesquisa histórica do abuso do direito toma por base uma série de fórmulas romanas<sup>(48)</sup>, com relevo para *anillus videtur dolo facere*, *qui suo iure utitur*<sup>(49)</sup>, que isentariam o titular de direitos de quaisquer responsabilidades, por danos emergentes do exercício respectivo<sup>(50)</sup>. As raízes do abuso do direito moderno são, depois, procuradas em limitações a esse princípio. Por uma de duas vias: ou noutras regras gerais, tais de sentido contrário, ou em institutos específicos, de conteúdo restritivo.

A busca de regras gerais que limitando o exercício de direitos subjectivos, dariam corpo ao abuso do direito, conduz ao aproveitamento de brocardos tais como «*sumum ius summa iniuria*»<sup>(51)</sup>, «*non omne quod licet honestum est*»<sup>(52)</sup> e «*malitii non est indulgendum*»<sup>(53)</sup>. Aporta-se mesmo uma derivação para tais princípios: no período clássico, eles adviriam do pensamento histórico-tico-humanitário<sup>(54)</sup> e, na compilação, dos princípios cristãos<sup>(55)</sup>. Esta orientação não colhe. Os trechos citados em seu apoio ganham relevo geral porque desin-scidos dos contextos onde se encontram, acresce que, normalmente, são fontes, uma presença esporádica<sup>(56)</sup>. Contra ela depõe, por

(48) RÜDY, *Der Rechtsmissbrauch* (1934), 7; RUTZEN, *Rechtsmissbrauch und Schikane*, RvglHW 6 (1938), 1; RICCIONE, *La teoria dell'abuso di diritto nella dottrina romana*, BIDR 46 (1939), 3-4; RICCIONE/RICCIONE, *Emulazione (diritto romano)*, NssDI 6 (1960), 520, DE LA MORANDIÈRE, *D. Civil II\** (1966), 331 e CUNHA DE SA, *Abuso do direito* (1973), 49.

(49) GAUJ, D. 50.17.55.

(50) Referência, ainda: PAULUS, D.19.1.42.pr.: *an non fact dolo qui iure perpetuo utitur?*; UPIANUS, D.43.29.3.2.: *quia dolo malo non videtur habere, qui suo iure utitur*; PAULUS, D.50.17.155.1-2.: *Non videtur vim facere, qui iure suo utitur et ordinaria actione expeditur*. Em compensação, a fórmula *Qui iure suo utitur, nemini injuriam facit*, muito repetida, é mais filosófica — FURD, *Der Chikaneparagraf des bürgerlichen Gesetzbuches*, ScufBl 63 (1898), 501 — ou lógico-jurídica — D'EMILIA, *Una media sententia sul problema dell'abuso del diritto*, SDHI 11 (1945), 285ts — do que jurídico-positiva: não consta dos *Digesta* e não fundamenta estudos históricos.

(51) CLEBERO, *De offitiis* cit., 133.

(52) Este brocardo, muito citado, também não consta de fontes jurídicas.

(53) CERSUS, D.6.1.38, a referência exata é: ... neque malitii indulgendum est...

(54) FURD, *Der Chikaneparagraf* cit., 502, focando a Moral e a ideia comunitária e KASER, *RömPR* 12 cit., 221, frisando a filosofia teórica e a jurisprudência das escolas; KASER, porém, admite, no Direito romano, apenas consagrações causísticas do abuso do direito e reconhece a actuação tardia dos factores genéticos que refere — *idem*, loc. cit. (55) RICCIONE/RICCIONE, *Emulazione* cit., 521 e TORRENTE, *Emulazione (diritto civile)*, NssDI, 6 (1960), 521.

(56) D.6.1.38 tem a ver com o *ius tollendi*, não se vislumbrando, nele, um princípio geral de abuso do direito — cf. infra: *sumum ius summa iniuria* surge, apenas, uma vez, em CLEBERO e não tem sentido jurídico-positivo — cf. STROUX, *Summum ius summa iniuria* cit., 8 ss.; *non omne quod licet honestum est* não é jurídico-positivo e traduz tão só uma contraposição do Direito — *quod licet* — à Moral — *honestum est* — cf. D'EMILIA, *Media sententia* cit., 286.

fin e decisivamente, a natureza do *ius romanum*, contrária a teorizações gerais: uma concepção do abuso do direito, como categoria omnipotente, expressa em princípios de alcance genérico, pressupõe conquistado, para a Ciência do Direito, o pensamento sistemático moderno. O que ocorre, apenas, no séc. XVII<sup>(57)</sup>.

A procura de institutos parcelares onde, com casuismo, transparecia de algum modo, a ideia de abuso é, assim, mais promissora. Na pesquisa (fêm sido ensaiadas três áreas: a *emulatio*, a *exceptio doli* e a *regulatio* das relações de vizinhança.

III. *Amulatio* (o exercício de um direito, sem utilidade própria, com a intenção de prejudicar outrem<sup>(58)</sup>). A consagração genérica dos actos emulativos, no Direito romano, foi combatida por SCALTOJA: careciam, em especial, de apoio nas fontes<sup>(59)</sup>. Em sentido diferente pronunciaram-se RICCIONE<sup>(60)</sup> e BARROSE<sup>(61)</sup>: o primeiro, apontando textos onde a emulação seria condenada; o segundo sublinhando a necessidade de tanto o abuso do direito como a sua modalidade mais importante, o acto *ad emulacionem*, existirem em todas as ordens jurídicas. A base textual é, porém fraca, limitando-se, na leitura destes autores, a CERSUS D.6.1.38 e a GAUJ, *Iust.* 1.53<sup>(62)</sup>; falta, pois, seja uma consagração geral, seja uma acumulação de casos específicos que, por unidade explicativa, justificasse o recurso à consagração geral hipotética. O sucesso (escasso) da teoria dos actos emulativos no Direito romano não tem prejudicado a sua defesa como criação medieval, através dos pós-glossadores. Nesse sentido, orientam-se afirmações transitivas na literatura consagrada ao abuso do direito<sup>(63)</sup>. Tal entendimento deve ser

(57) Através de HONNÉS e dos seus continuadores; cf. *supra*, n.º 28.

(58) Vtr. SCALTOJA, *Amulatio* (1892) = *St. giuridici* III (1932), 217. A tónica da emulação coloca-se no nível subjectivo da intenção maligna — TORRENTE, *Emulazione* cit., 521.

(59) Vtr. SCALTOJA, *Amulatio* cit., 216. O A. acaba por concluir que a *amulatio* só seria reprimida quando os actos correspondentes fossem subsuntyveis noutras limities objectivos do Direito.

(60) RICCIONE, *La teoria dell'abuso di diritto nella dottrina romana* cit., *maxime* 41-42 e RICCIONE/RICCIONE, *Emulazione* cit., 521; R. aceita, no essencial, a posição defendida por H. KREIER, *Die Theorie des Misbruchs der Rechts in der römischen Rechtslehre*, com resumo em Rabalsz 11 (1937), 722, segundo o qual, no período clássico, já haveria meios para fazer frente aos abusos; essa técnica generalizar-se-ia na compilação.

(61) BARROSE, *Sul concetto di atto emulativo spacialmente nel diritto romano* cit., 234-235. (62) BARROSE, *Atto emulativo* cit., 195-196 e 215, não deixa de reconhecer a relação da emulação, no Direito romano. Uma hipótese particular de abuso pode ser confrontada em ERNST SCHÖNBAUER, *Die actio agere pluviae arcentiae*, SZRom 54 (1934), 233-257 (255). Quanto ao texto de CERSUS, refira-se, ainda, HENNRICH STOLL, rec. a MARIO ROTONDI, *L'abuso del diritto*, SZRom 47 (1927), 425-435 (432).

(63) Vtr. SCALTOJA, *Degli atti d'emulazione nell'esercizio dei diritti*, FI 1878, 1, 481 = *St. giuridici* III (1932), 194 e *Amulatio* cit., 218 — refere, em especial, BARROSE; VACCA,

reconduzido a proporções correctas. Na interpretação do dado histórico, o estudioso é levado a usar quadros e instrumentações actuais. A História do Direito, porém, mais do que institutos sortidos — e, ainda estes, deformáveis com facilidade, por falta de perspectiva histórica — deve ocupar-se dos estádios anteriores da Ciência do Direito e, nessa perspectiva, dos seus frutos: os institutos integrados. Não houve, pois, uma teoria geral de actos *ad emulationem*, no sentido emprestado pelos juristas de hoje. Assistiu-se, antes, à elaboração e alargamento subsequente de um elenco de actos tidos por emulativos, centurados, em maioria, nas relações de vizinhança<sup>(64)</sup>. Desses actos, os mais têm, de facto, as características impuradas, por tradição, à *emulatio*: inutilidade do acto para o titular do direito — o proprietário — e *emulatio* maldoxa de prejudicar outrem — o vizinho<sup>(65)</sup>. A sua articulação é, no entanto, empírica e não teórica. Uma pessoa que, no exercício dum direito, prejudique, maliciosamente, outrem, incorre na reprovação do senso comum. Essa reprovação torna-se, sem dificuldade, jurídica, num ambiente social que, como o medieval, fosse dominado por uma axiologia transcendental de tipo humanístico-cristão. Enquanto esta saída, por conforme com a dominante social, dispensou justificações científicas, não deu lugar a uma doutrina em sentido próprio<sup>(66)</sup>. Era justa e evidente. A cientificação do abuso do direito — ou de um qualquer sucedâneo — foi desnecessária enquanto, do direito subjectivo, não foi elaborado um enquadramento científico, conectado com ideias de limitação ou absolutidade. E como os problemas da vida, mormente na área, sempre delicada, dos conflitos de vizinhança, impunham restrições múltiplas, estas surgiram. O *Corpus Iuris Civilis*, quando aproveitável, foi utilizado para as fundamentar. Na falta de apoio romano e através dos processos extensivos da época que, aos pós-glosadores, mereceram o título de conciliadores, não deixou de se encontrar solução adequada.

*apud* VIT. SCALOJA, rec. a *Silla doctrina degli atti ad emulationem*, RISC 3 (1887), 289 = *St. giuridici* III (1932), 260-261 — o Direito romano não teria vedado práticas *ad emulationem*; a proibição só surgiria na Idade Média; CARAVELLA, *Le limitazioni del dominio per ragioni di vicinanza in diritto romano* (1904), reimpr. (1971), 33 — a teoria dos actos emulativos é medieval; RIBCOBONO, *La teoria dell'abuso di diritto* cit., 2 — foca a natureza mais prática do que doutrinária da apreçada proibição medieval de actos emulativos; GUALAZZINI, *Abuso del diritto (diritto intermedio)*, ED 1 (1957), 163 — a proibição do abuso apareceu na Idade Média; este A. afirma que o tema tem merecido um tratamento escasso — *idam*, 165.

<sup>(64)</sup> Uma lista extensa de actos tidos por emulativos, no Direito comum, pode ser confrontada em SCALOJA, *Degli atti d'emulazione nell'esercizio dei diritti* cit., 198-199.

<sup>(65)</sup> A regra não é absoluta; foram tidos por *ad emulationem* actos sem essas características. Por exemplo, de acordo com a lista de SCALOJA, *Emulatio* cit., 224, poderia ser emulativa a actividade de lançar janelas em termos de devaras o prédio vizinho, sem mais considerações.

<sup>(66)</sup> Por isso, segundo RIBCOBONO/RIBCOBONO, *Emulazione* cit., 520, a proibição de abuso tem, na Idade Média, mais relevo prático do que teórico.

Registe-se, por fim, que a boa fé, pelas limitações próprias em todo o período a que se reporta esta problemática<sup>(67)</sup> e pela impossibilidade cultural de, então, surgir uma doutrina geral de actos abusivos, não teve qualquer papel científico nos comportamentos *ad emulationem*<sup>(68)</sup>.

IV. A *exceptio doli* permitia, no Direito romano, uma vez inserida na fórmula, deter uma *actio*, por circunstâncias várias, injusta. Viu-se como, nos *bonae fidei iudicia*, a inserção não era necessária, dada a regra, aí reinante, da inércia<sup>(69)</sup>. Recolheram-se, então, elementos suficientes para infirmar a consagração, no Direito romano, do abuso do direito, através dessa *exceptio*. Recordando o essencial: a *exceptio doli*, ainda que em detrimento da pura reconstrução histórica, pode reconduzir-se a um vector de justiça material no *ius romanum*: a sua ligação à *bona fides* deve ser sublinhada; contudo, não pode falar-se nem de uma teorização da *bona fides*, nem do generalizar da *exceptio doli*<sup>(70)</sup> nem, sobretudo, de um uso específico ou, sequer, institucionalizado, da *exceptio* para enfrentar o exercício irregular do direito.

No Direito comum, a *exceptio doli*, dotada de nível substantivo e despojada de várias aplicações lapidares, em termos de se tornar figura residual, incorreu em tratamentos generalizantes. A sua utilização no combate ao abuso do direito seria, assim, possível. Como, porém, na sequência, nomeadamente, de WENDR — um dos clássicos da boa fé<sup>(71)</sup> — a *exceptio doli*, embora carecida de apoio legal expresso, sobreviveu à codificação, há que estudá-la pelo prisma do Direito em vigor<sup>(72)</sup>.

V. As relações de vizinhança implicavam, já no Direito romano, limitações impostas pela necessidade de uma convivência pacífica. Reside, aí, a origem das servidões prediais mais antigas<sup>(73)</sup>. O desenvolvimento posterior das servidões, que atingiram proporções consideráveis, denota a importância revestida, desde sempre, pelas relações de vizinhança. Insti-

<sup>(67)</sup> Recorde-se que os elementos inicialmente objectivos da *bona fides*, merced da diluição operada pelo *Corpus Iuris Civilis*, haviam-se perdido no Direito comum; a boa fé ficara, aí, subjectivada, com um papel circunscrito à área da prescrição. Cf. *supra*, § 7.º

<sup>(68)</sup> Outros campos estão, ainda, por explorar. Assim WERNERBERG, *Uebelr die Collision der Rechte vorsehender Grundgegenheiten*, JfzB 6 (1863), 34 e 44, agita, respectivamente, as hipóteses de, no Direito comum, se reagir à chicana com a *actio iniuriarum* e com a *Lex Aquilia* citando, mesmo, como defendendo esta última hipótese, SVAREZ.

<sup>(69)</sup> *Supra*, 85.

<sup>(70)</sup> Mais do que uma noção geral de *exceptio doli* e das suas aplicações, as fontes deixaram um elenco de casos em que a sua utilização era facultada pelo pretor. Cf. *infra*, 721.

<sup>(71)</sup> Com cujo trabalho fundamental, neste domínio, o *Archiv für die civilistische Praxis* comemorou, confididamente, o seu centésimo número: *Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse*, AcP 100 (1906), 1-417.

<sup>(72)</sup> *Infra*, § 27.º

<sup>(73)</sup> MENEZES CORDEIRO, *D. Reus* cit., 1031-1032.

tuiram-se mesmo, em prol do interesse comum, limitações não integráveis no sentido clássico de servidão.<sup>(74)</sup> Os conflitos de vizinhança<sup>(75)</sup> são uma área privilegiada para a aplicação do abuso do direito<sup>(76)</sup>, seja no Direito romano, seja no espaço jurídico francês do séc. XIX, seja, finalmente, na actualidade. No entanto, a mera existência de conflitos de vizinhança e de limitações jurídicas aos direitos envolvidos, como forma de os dirimir, não permite, linearmente, concluir pelo abuso do direito. E isso ainda quando o Direito romano já tivesse solucionado questões semelhantes<sup>(76a)</sup>; que, muitos séculos volvidos, levaram os tribunais franceses a decidir a presença de abuso. Os conflitos de vizinhança não constituem uma figura jurídica em si, mas antes uma área social sujeita a regulação técnica multicolor. Essa regulação — que pode envolver a proibição do chl: «abuso do direito» ou outros esquemas<sup>(77)</sup> — prende-se com o estado juscultural da sociedade onde o problema se debata e com a prática jurídica nela reinante; não, directamente, com a natureza das questões subjacentes. Reduz-se, assim, o campo de manobra do abuso do direito nos conflitos de vizinhança. As imitações de vizinhança, sendo expressas, inscrevem-se negativamente no conteúdo dos direitos reais que as suportam.<sup>(78)</sup> A sua inobservância traduz o extravasar do conteúdo formal do direito, com violação directa da norma limitativa. A criação e utilização do termo «abuso do direito», para designar semelhante evidência é teoricamente, pobre e, por unificar fenómenos diversos, até inconveniente; praticamente é, pelo menos, inútil. Em aberto para o abuso do direito fica, apenas, a possibilidade de limitações não expressas, mas presuostas. Estas consubstanciavam-se, porém, nos esquemas já vistos da *emulatio* ou da *exceptio doli*: nenhum outro venia referido na literatura. Salva a eventualidade duma regra geral de vizinhança que delimitasse o exercício de direitos referentes a imóveis: mas a hipótese redundaria na existência, no *ius romanum*, de princípios genéricos sobre abuso do direito; tal existência já foi ponderada e rejeitada<sup>(79)</sup>.

VI. O abuso do direito não teve consagração geral no Direito romano, ainda que sob terminologia diversa. Tão pouco uma alegada proibição de actos *ad emulatioem*, a *exceptio doli* ou a regulação

(74) VIT. SCALTOJA, *T. proprietatē* cit., 1, 303 ss.

(75) Expressão introduzida por OLIVEIRA ASCENÇÃO, *As relações jurídicas reais* (1962), 128 ss, para traduzir o tipo de conflito entre direitos reais referentes a imóveis vizinhos. A sua aplicação mais notável está nas relações reais — ou nas relações *propter rem* onde, com certos requisitos, se incluíam relações reais — OL. ASCENÇÃO, *D. Reais*<sup>4</sup> cit., 232 ss. — que visam solucionar o conflito. Quanto à evolução do pensamento desse A., cf. MENEZES CORDEIRO, *D. Reais* cit., 1, 519-520 e 523-527.

(76) BARTOSK, *Sul concetto di atto emulativo* cit., 200.

(77) Incluindo a *emulatio* e a *exceptio doli*.

(78) MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais* cit., 1, 585 ss. e 590 ss.

(79) *Supra*, II.

dos conflitos de vizinhança podem, com propriedade, ser apontados como seus antecedentes lineares. Ainda quando esses institutos tenham enquadrado soluções materiais romanas integráveis, séculos volvidos, nos meandros das condutas abusivas, obedecem a técnicas próprias e a princípios diversos<sup>(80)</sup>.

A consagração, no Direito romano, do «abuso do direito», como tal, mas do que indemonstrada é hipótese a contraditar<sup>(81)</sup>. Outrotanto sucede no Direito comum: apesar do alargamento, então registado, de actos vedados por *emulatio* — em boa verdade, porém, limitados aos conflitos de vizinhança — e do papel específico aí desempenhado, pela *exceptio doli*, seria dogmaticamente incorrecto e historicamente inexacto reconduzir os elementos parcelares existentes a uma teoria geral do abuso do direito.

A originalidade do abuso do direito, no espaço jurídico francês, toma forma. A confirmação do fenómeno e os seus factores explicativos requerem a análise das jurisprudência e doutrina implicadas.

VII. O Código Napoleão não compreende, no seu articulado, qualquer referência ao abuso do direito. Em contrário, não deve considerar-se nem a consagração de certos limites aos direitos subjetivos — incluindo ao direito de propriedade — nem a existência de

(80) Deve ser rejeitada, por historicamente inexacta, a afirmação, relevante de certas tendências germanistas, de que o Direito romano, singular e individualista, se contraporia, quanto ao tema do exercício inadmissível dos direitos, a um Direito alemão comunitário — P. ex., LINDEMANN, *Ursprüngliche Rechtsansichtung*, DR 1943, 1171. Reconhece-se, ao Direito romano, preocupações de sociabilidade — CANAVELLA, *Le limitazioni del dominio* cit., 15 — embora uma dimensão jurídico-social, no sentido actual do termo, só tenha podido surgir nos princípios deste século. A ideia de que, no exercício dos direitos, deve ser tida em conta a posição das outras pessoas, não era estranha ao Direito romano, como demonstram as relações de vizinhança. O que não coincide, contudo, com o abuso do direito. Outra via, a entender com cautela, é a de ler nos esquemas romanos susceptíveis de aproximação, em termos actualísticos, ao abuso do direito, pretensões de equidade — PERROCE, *Labes/RömPrR*, 2, 12 (1895), 57. A equidade informava a actividade do pretor; este, sem preocupações de teorização geral, decidia, na concessão de acções, por forma a restringir, eventualmente, o exercício de direitos — *supra*, n.º 16. O que não coincide, também, com o abuso do direito.

(81) Embora discutida, esta asserção impõe-se na literatura romanista; assim, VIT. SCALTOJA, *Sopra alcune limitazioni dell'esercizio della proprietà e di nuovo sull'emulatio* (1878), = *St. giuridici* III (1932), 207-209 (208) e, por último, KASER, *RömPrR* cit., 13, 221. Vaz Serra, *Os actos emulativos no Direito Romano*, BFD 10 (1929), 529-553, depois de ponderar vários textos aduzidos pela doutrina contrária, afasta, também, a emulação no Direito romano, quer como regra geral, quer como manifestação específica — *ob. cit. maxime* 552-553.

uma cláusula geral de responsabilidade civil — art. 1382: no primeiro caso, a violação redunha não em abuso, mas na inobservância das normas limitativas; no segundo, depara-se um instituto que, podendo estatuir em função de práticas abusivas, não comporta, definida, uma previsão de abuso.

As decisões judiciais que consagraram o abuso do direito não puderam, pois, basear-se em disposições legais. Tão pouco recorrem, porém, a elementos constantes da tradição romanística.

A independência do abuso do direito, na concepção francesa inicial, perante a tradição romanística, que tem passado despercebida, deve ser sublinhada. Traduzem-na as justificações constantes das decisões judiciais respectivas. A C. Imp. Colmar, no caso conhecido da *chaminé falsa*, limita-se a afirmar que «... se é de princípio que o direito de propriedade é um direito de algum modo absoluto, autorizando o proprietário a usar e abusar da coisa, o exercício desse direito, no entanto, como o de qualquer outro, deve ter por limite a satisfação de um interesse legítimo: os princípios da moral e da equidade opõem-se a que a justiça sancione uma acção inspirada pela malquerença, cometida sob o domínio de uma má paixão e provocando um prejuízo grave a outrem... » (82). A análise de outras decisões reforça a constatação: recorre-se, na condenação por abuso do direito, à necessidade de deixar o vizinho gozar, também da propriedade (83), à inexistência de utilidade própria no acto de exercício questionado (84), à utilização do direito com fim diverso do considerado pela lei que o atribuiu (85), à ocorrência de falta grave (86) ou de intenção de prejudicar (87), por exemplo, sem fazer qualquer referência à *admiratio*, à *exceptio doli* ou à *bona fides* (88).

(82) C. Imp. Colmar, 2-Mai-1855, D 1856, 2, 10. A referência aos princípios da moral e da equidade não autoriza conclusões diferentes das extraídas no texto: embora com conteúdo cultural, trata-se de um recurso linguístico expedito a expressões indutoras de sentimentos jurídicos; nada tem a ver com utilizações técnico-jurídicas dos *mores* ou da *aequitas*.

(83) C. Imp. Lyon, 18-Abr-1856, D 1856, 2, 200.

(84) CassFr, 10-Jun-1902, D 1902, 1, 455; Dranguignon, 17-Mai-1910, D 1911, 2, 136; Chambéry, 22-Jul-1912, cit. *infra*, 678<sup>ss</sup>.

(85) Compiègne, 19-Fev-1913, D 1913, 2, 181; Douai, 7-Mai-1902, D 1903, 2, 329-330 (330); o R., um sindicato, colocara, com publicidade em cartazes, um empregador no índice; a prática é, em si, legal, mas foi tida por abusiva, por não pretender quaisquer reivindicações laborais mas, tão só, vexar.

(86) CassFr, 18-Dec-1940, GP 1940, 2, 324-325 (325); o R. transportara, sem qualquer cuidado, determinadas malas valiosas do A., de mistura com produtos altamente explosivos; do facto ocorreu uma explosão que as inutilizou. Quanto à expressão «falta» cf. *infra*, 682<sup>96</sup>.

(87) C. Imp. Colmar, cit. *supra*, 678<sup>2</sup>.

(88) JOSSERAND, em an. a Amiens, 7-Fev-1912, Chambéry, 22-Jul-1912 e Compiègne, 19-Fev-1913, refere a má fé do autor do abuso — D 1913, 2, 177-179 (178) — numa das

Um juízo definitivo, sobre o problema, advem da doutrina, uma vez que à jurisprudência compete, apenas, justificar, em termos actualistas, o que decida e não, em rigor, estabelecer conexões históricas complexas. Ora a doutrina francesa não recorre, na justificação do abuso do direito, à lei — nem podia fazê-lo — tão pouco realizando qualquer esforço para amparar o abuso do direito em antecedentes históricos ou para o tratar com esquemas oriundos da tradição romanística (89): as suas asserções amparam-se em lugares incompreensíveis na lexicografia jurídica clássica (90). Como se vai ver.

VIII. A fundamentação doutrinária assumida, em França, pelo abuso do direito, reveste-se de importância ontológica. Não se trata de explicar um dado adquirido, legal ou culturalmente, mas antes de o conquistar ou afastar. As soluções propostas podem ser ordenadas em tendências (91). Em posição especial, surgem teorias negativistas

poucas referências desse tipo existentes em França, a propósito do abuso do direito. Esse recurso não permite, porém, tal como está feito, qualquer ligação à *bona fides*.

(89) Esta afirmação não é prejudicada pela existência natural de estudos históricos ou de níveis históricos em trabalhos gerais: estes não actuam, directamente, na dogmatização do abuso do direito.

(90) Adiantem-se, como metro exemplo, CHARMOY, *L'abus des droits*, RTDC 1 (1902), 113-125, DERRERAUX, *Abus de droit ou conflit de droits*, RTDC 5 (1906), 119-139, MAZEAUD/TUNC, *Respons. Civile* 1<sup>o</sup> (1957), 622 ss. e 1<sup>o</sup> (1965), 651 ss., DE LA MORANDIÈRE, *D. Civil* 2<sup>a</sup> (1966), 331 ss., CARBONNIER, *D. Civil* 2<sup>a</sup> (1967), 619 e CORNU, *D. Civil* (1980), 63; todos estes autores justificam o abuso do direito no sistema actual — *infra* VIII — sem recorrer a esquemas romanísticos, numa orientação que fica clara se se confrontar com a da doutrina alemã — *infra*, 687. RUPERT, *La règle morale dans les obligations civiles* (1947), 160, afirma, porém, que o abuso do direito nada tem, na sua doutrina, de revolucionário, antes sendo extremamente clássico. A afirmação deve ser entendida no sentido geral do trabalho de RUPERT, destinando a exprimir uma pretendida interpenetração, por entre Direito e Moral, não visa firmar qualquer evolução histórica para a qual não aponta, aliás, elementos. Se por revolução não se entende o que implique rotura como estruturas importantes pré-existentes, RUPERT citação se entende o que implique rotura como estruturas importantes pré-existentes, RUPERT tem razão: o abuso do direito respeitou ao máximo o Direito anterior. Tecnicamente, contudo, há, se não ruptura, pelo menos, novidade.

(91) Um apanhado da doutrina francesa do abuso do direito pode ser confrontado em STEINER, *Verwirkung und Untzähigkeit der Rechtsansprüche | Eine rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur exceptio doli* (§§ 226, 242, 826 BGB) unter besonderer Berücksichtigung des generellen Rechtsschutzes (§ 1 UWG), (1934), 77. Apesar de antiga, esta obra está pouco desactualizada pois, de então para cá, em França, no abuso do direito, as novidades são escassas. STEINER, no que toca aos critérios do abuso, uma vez admitido, distingue: 1. Critério subjectivo forte — a intenção, por parte do titular exercente, de prejudicar; 2. Critério subjectivo suave — a consciência de prejudicar; 3. Critério económico — a falta de interesse na actuação, por parte do titular exercente — a que, com mais propriedade, se deveria chamar, como quer OLVEIRA ASCENSO, *D. Respons. civ.*, 189, de função pessoal; 4. Critério



ser objecto de apreciação sumária: a supressão do direito subjectivo altera os dados do problema, provando em excesso; a recondução do abuso do direito a limitações jussubjectivas comuns é impraticável,

casos decididos como de abuso do direito, um direito, por parte do prejudicado: um direito ao sol<sup>98</sup> em C. Imp. Colmar, 2-Mai.-1855 — o caso da falsa chamné — ou um direito de deslocação aerea em Compiègne, 19-Fev.-1913 — o dos dirigíveis Clément-Bayard. O abuso do direito postula o exercício dum direito; não requer, porém, a violação de outro. Pode, pois, haver abuso com conflito, mas não necessariamente. As estatuições de comportamento, implícitas no abuso do direito e no conflito de direitos, são, contudo, diferentes. O abuso de direito é atento a factores objectivos e genéricos — a boa fé, os bons costumes e o fim económico-social do direito; o conflito de direitos reporta-se à ponderação singular — quase de equidade! — dos direitos em presença — art. 335<sup>o</sup>. E como tanto o abuso como o conflito vêm abordados, na lei, pelo prisma patológico da sua ocorrência, a diversidade apontada a nível de estatuições de comportamento implícitas, integra divergência no nível previsivo das duas figuras. Essa divergência não abre no mesmo universo lógico; pode, pois, o mesmo exercício jussubjectivo, integrar uma hipótese de abuso e outra de conflito. A saída desse concurso implícita a determinação da natureza do abuso.

(98) Defendida, em especial, por RUPERT, *La règle morale dans les obligations civiles* (1947), 157-182 e *Les forces créatrices du droit* (1955), 233-238. A ideia restritiva que, da Moral, RUPERT defende, leva-o a limitar, também, o abuso do direito: este só ocorreria quando fosse praticado um acto irrepresentável em si, mas informado por espírito de malquerença — *La règle morale* — art. 171. A ponderação definitiva de tal construção — e outras aparentadas — implica a determinação da Moral e a sua articulação com o Direito, em especial a nível de cláusulas gerais e de boa fé. Vide *infra*, n.<sup>o</sup> 108-109. Note-se, porém, a ausência, em RUPERT, do manuseamento técnico desses instrumentos, o que retira, ao seu discurso, precisão e eficácia.

(99) Utiliza-se «falta» para designar a *faute*, cuja tradução para «culpa» é, sabidamente, incorrecta. A falta, significando «...cometer um acto proibido ou abster-se de um acto prescrito, em condições tais que se fique sujeito à censura» — AUBRY/RAU/ESMEIN, *D. C. Français*, 6<sup>a</sup> (1951), 425 — implicaria, numa doutrina mais analítica, um misto de ilicitude e de culpa. A recondução do abuso à falta é preconizada, em especial, por MAZEAUD/TUNEZ, *Repons. civile* 1<sup>o</sup> cit., 623 e 1<sup>o</sup> cit., 516: «A questão [do abuso do direito] deve ser resolvida simplesmente pela aplicação da definição da falta: aquele que exerce um direito com o desejo de causar um prejuizo comete uma falta delictual...». Também de LA MORANDIÈRE, *D. Civil* 11<sup>a</sup> cit., 332, que distingue, com outros autores, a possibilidade de a falta ser intencional ou, apenas, quase-delictual, i. é, negligente.

(97) Esta concepção, defendida, em especial, por JOSSEBRAND tem, na sua base, o abalo provocado na doutrina francesa por GÉNY. GÉNY, ao explanar a necessidade de, na interpretação da lei, não limitar a acção a um trabalho interno, estendendo-a antes a factores exteriores, como a teleologia legal e o condicionalismo da sociedade — *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* II<sup>a</sup> (1919), 171 e 173 — abriu as portas à consideração do direito subjectivo como algo de não autosuficiente, mas antes de subordinado ao escopo da lei e a factores ambientais: cf. CUNHA DE SÁ, *Abuso do direito* cit., 404. JOSSEBRAND considera, pois, que, tal como a lei, também os direitos têm o seu espírito próprio; uma vez concedidos, são-no com um determinado fim social — JOSSEBRAND, *De l'esprit des lois et de leur réalité* | *Théorie dite de l'abus du droit*? (1927), 10. O abuso do direito adequaria, assim, o exercício jussubjectivo ao espírito de cada direito, à sua função — *idem*, 415.

pelo menos, nas ordens jurídicas que, como a portuguesa, apresentam uma previsão diferenciada de actos abusivos, outrotanto sucedendo com a sua equiparação ao conflito de direitos: a concepção ética requer o equacionar do Direito e da Moral no jusprivatismo; o recurso à falta, por esta implicar um factor de ilicitude (98), deixa em aberto a natureza da norma violada, aquando do abuso; a utilização do fim económico ou social do direito, com uma relativização subsequente do direito subjectivo, prende-se com âmbitos preceptivos imanescentes, nas normas jurídicas. Tomar-se-á posição quanto às leituras em aberto (99); para já mais do que dizem, interessa focar o que as várias orientações calam: prescindem de ligações romanístico-culturais, revestindo uma conceptualização incompreensível para os quadros anteriores e ignoram as aplicações periféricas do abuso no firmar do princípio (100), antes as pretendendo deduzir deste. Omitem, ainda, a boa fé.

IX. Confirma-se a natureza recente do abuso do direito. Não tem antecedentes históricos directos nem concita, para se fundamentar, o recurso a quadros tradicionais romanísticos.

Dois factores enquadram culturalmente o abuso do direito na doutrina francesa, determinam o seu nascer tardio e imprimem-lhe um cunho dogmático próprio: a jussubjectivação e a segunda sistemática. Apenas um refinamento permanente do direito subjectivo, elevado a categoria fundamental do jusprivatismo, possibilita a ideia de abuso do direito. As soluções permitidas por ele estão ao alcance de outros esquemas jurídicos próprios dos sistemas romanísticos; comprovam-no os Direitos romano e comum e, mais tarde, os Direitos alemão e italiano (101). Em conjunturas centradas no enlevo jussubjectivo (102), impõe-se a ideia de firmar limitações aos comportamentos dos sujeitos através dos direitos próprios de cada um.

(98) Cf. *supra*, 682<sup>a</sup>.

(99) Cf. *infra*, § 33.º

(100) Não quer isto dizer uma ausência de menções a casos concretos — tanto mais naturais quanto é certa a origem jurisprudencial da figura — sendo mesmo de apontar tentativas de reagrupamento.

(101) Cf. *supra*, 673 ss. e *infra*, 687 ss. e 700 ss., respectivamente.

(102) Estão implicados os aspectos técnico-jurídicos e significativo-ideológicos: ambos contribuem para centrar o pensamento jurídico no direito subjectivo e, daí, para fomentar a ideia do seu abuso.

O abuso do direito é uma figura de grau elevado de abstracção. Está-lhe ligado o conceito de direito subjectivo, ele próprio muito abstracto. Acrescente-se-lhe o peso da tradição cartesiana, os hábitos mentais proporcionados por uma codificação jusracionalista e a própria esquematização económico-social das sociedades liberais de oitocentos: tudo se conjuga para a confecção de um conceito central de abuso, isto é, um conceito constituído em torno de princípios teóricos gerais, a partir do qual se geram, depois, aplicações várias, por dedução <sup>(103)</sup>. O abuso do direito é filho do jussubjectivismo e da segunda sistemática.

Não se tome, porém, o abuso do direito por factor de ruptura dentro da continuidade jurídica traduzida pela codificação napoleónica e pela doutrina a ela subjacente: o abuso do direito visa, precisamente, encerrar conjunturas novas sem perturbar a harmonia do tecido românico, cujo espírito respeita. A novidade é de entender a nível cultural. Incapaz de, imediatamente, gerar novas sínteses, o jussubjectivismo origina, apenas, um avanço tímido, por negação: o abuso do direito.

A condenação de certos comportamentos, por abusivos, alicerce-se, pois, no espaço jurídico francês, em cisão com dados culturais românicos e em divórcio com aplicações sectoriais, cujo tratamento forme um sistema periférico <sup>(104)</sup>. Por isso, a boa fé não se conecta com a orientação original do abuso do direito.

<sup>(103)</sup> Quanto aos parâmetros da segunda sistemática, cf. *supra*, 219. Note-se que ao promulgar, em 1804, o seu Código, Napoleão provocou uma cisão formal no romanismo. A partir de então, o texto jurídico de referência deixou, em França, de ser o *Corpus Iuris Civilis*. A doutrina passou, por isso, a comunicar de forma diferente, numa exteriorização que, a breve trecho, ganharia relevância interna.

<sup>(104)</sup> Cf. *supra*, § 10.<sup>o</sup>

## § 26.<sup>o</sup> A DECADÊNCIA DO ABUSO DO DIREITO <sup>(105)</sup>

### 65. A segunda codificação e a cientificação do abuso do direito

I. Do espaço jurídico napoleónico, o abuso do direito estendeu-se ao alemão <sup>(105)</sup>. As condições doutrinárias, aí remanescentes, não permitiram uma recepção pura e simples. A repressão de com-

<sup>(105)</sup> Apenas a partir da década de trinta, e mercê de vários estudos comparatistas — cf. STEWERT, *Vernichtung* cit., 68 ss., RUDY, *Der Rechtsmissbrauch* cit., 2 ss., e WEDER, *Treu und Glauben* cit., 742 — se pode, em rigor, falar dum influxo francês na doutrina alemã, quanto ao abuso do direito. Vários outros institutos desempenhavam esse papel — vide *infra*, 687. A própria expressão «abuso do direito» mal surge na doutrina civil alemã do virar do século: AUCENTE de HEITRON, *Bürgerl* 1 (1897), de PINTNER, *Bürgerl* (1899), de CROWE, *Deutschl* 1 (1900), de DENBURG, *Allg. Lehre d. Bürgerl. d. Deutschl. u. Pr.* I (1902), de LANDSBERG, *Recht d. BGB* 1 (1904), de MATTHIAS, *Bürgerl* 7 (1914), de MAVER, *Bürgerl* 1 (1922), de COSACK/MITTELS, *Bürgerl* 1 (1927), de RUD. SCHMIDT, *Bürgerl* (1927), de KRÜCKEMANN, *Int. d. BGB* (1929) e de BURGHAAR/DE BOOR, *Bürgerl* (1930), ela aparece em ENDEMANN, *Bürgerl* (1903) 1, 421, em KONIGER, *Bürgerl* (1906) 1, 147 — aqui diz-se, apenas, a propósito da chicana, que o uso do direito não deve ser um abuso — em ENGELMANN, *Bürgerl* (1913), 33 e em SIMÉON/DAVID, *Bürgerl* (1928), 270, mas de modo incidental. Note-se que todos estes autores tratam o problema material do abuso do direito, ainda quando, para tal, recorram a outras expressões ou institutos, como a chicana e a *exceptio adli*. Curiosamente, RAMDONN, *Rechtsmissbrauch* cit. (1902), 577, que não refere elementos franceses, propõe a expressão «abuso do direito» para substituir a não-alemã «chicana»; esse A. acaba, contudo, no decurso do seu estudo, por utilizar, a cada momento, os termos «chicana», «chicanos» e «chicanos» — sobre a origem da expressão francesa «chicana», RAEZLER, *Rechtsmissbrauch* cit., 2. Em *Grundriss Deutschl* 1 (1901) e 2 (1902), RAMDONN não toca o problema. Algumas monografias datadas do início do século — BRUBAKER, *Die Lehre vom böswilligen Rechtsmissbrauch* (1900) e HAGER, *Schikane und Rechtsmissbrauch im heutigen bürgerlichen Rechte* (1913), 10, p. ex. — foram, porém, divulgando o termo.

Não se confunda, finalmente, a doutrina alemã com a suíça, de expressão alemã: nesta última, num esforço doutrinário que desembocaria no art. 212 do Cod. Civ. Suíço, a expressão «abuso do direito» era de uso corrente, no princípio do século. Cf. TRUBA, *Der Rechtsmissbrauch (Schikane) im modernen Rechte unter besonderer Berücksichtigung von Art. 22 des schweiz. Zivilgesetzbuches* (1909), 70 ss.

tamentos abusivos revestira, por isso, na pandectística e na codificação de 1896, bem como em toda a evolução posterior, uma feição própria, qualitativamente diferente.

A terceira sistemática não foi favorável a retirar, dos velhos institutos romanos ou medievais, conclusões que a aproximassem do abuso do direito (106). Duas razões contribuíram para tanto: a inexistência, no pensamento jurídico alemão, de uma concepção jussubjectiva tão absoluta como no francês (107) e a impossibilidade de, nos textos romanos, encontrar uma base inequívoca para a teoria nova (108).

O divórcio entre a pandectística e o tema do exercício abusivo deve ser precisado. Embora considerando o problema numa perspectiva de

(106) STREINBACH, *Die Moral als Schranke des Rechtsvertrahs und der Rechtsausübung* (1898), 26, entende que o abuso do direito só foi reconhecido na pandectística nova. A afirmação não é totalmente exacta. De facto, REGENSBERGER, *Pandekten* 1 cit. (1893), § 54, 229-231 (230), DERNBURG/BIERMANN, *Pandekten* 1<sup>o</sup> cit. (1902), § 41, 88 ss. (89) e WINDSCHEID/KIPP, *Pandekten*<sup>9</sup> cit., § 121, 602 ss. (603), são favoráveis ao abuso, embora em termos modestos: o primeiro, partindo da regra *qui iure suo utitur neminem laedit*, exclui dela a hipótese de, das circunstâncias, resultar clara má fé e refere, a tal propósito, o brocardo *malitius non est indulgendum*; os segundos afirmam: «Por fim, o direito destina-se a servir necessidades humanas. Por isso é inadmissível abusar do seu direito para prejudicar outrem. Tal dolus obriga também a indemnizar; os terceiros, citando já o § 226 BGB — proibição de chicana — constata, aí, o exercício meramente aparente de um direito. Contra o abuso do direito — ou figuras aparentadas — pronunciaráram-se, porém, JAHNKE, *ob. e loc. cit. infra*, 688/92, REWORT, *Das Verbot der Chikane*, Gruchot 24 (1880), 702 — limita o papel da chicana a ratio da lei, quando se trate de delimitar os direitos; isso dadas as dificuldades de provar o escopo dos exercícios — VON WÄCHTER, *Pandekten* cit. (1880), § 33, 169 — escreve: «Pode-se, assim, usar o seu próprio direito, mesmo, também, quando se faz isso por mais motivos; pois enquanto a pessoa se movimentar apenas no círculo do seu direito, não interessam, ao âmbito jurídico, as razões do nosso proceder; refutando, *Pand.* cit., 1697, as opiniões contrárias de WINDSCHEID e de VON VANGEROW, v. WÄCHTER explica incorretamente esses autores numa confusão inadmissível entre Direito e Moral — e BEKKER, *Pandekten* cit. (1886), § 22, 69 — afirma: «Que o exercício puramente chicaneiro de um direito, apenas para prejudicar outrem, seja proibido, é uma regra muito afirmada, mas que não resulta das fontes utilizadas, normalmente, para isso». Já antes, porém, VON VANGEROW, *Pandekten*<sup>7</sup> cit. (1875), § 297, 544, defendera, embora com timidez, a admissibilidade do abuso — cita a máxima *qui iure suo utitur*... mas assevera que ela não funciona na chicana; outrotanto o fizeram, com discrição extrema, GÜTCK (1807), THIBAUT (1805) e WERENBERG (1863) — *cit. inf.* notas 110, 112 e 113. Pode, pois, afirmar-se que a terceira sistemática ou contrariou directamente a hipótese de condenação do abuso ou a admitiu, em termos muito apagados e sem apoios histórico-culturais clássicos. Foi, ainda, frequente a atitude de não referir sequer o problema. Em caso algum apareceram, no entanto, as expressões «abuso do direito» ou, reportada a ele, «boa fé».

(107) Recorde-se que a doutrina alemã do séc. XIX não parou de acentuar o aspecto técnico-jurídico do direito subjectivo.

(108) Cf. *supra*, 673.

reconstituição histórica — a terceira sistemática parte de textos romanos para propor soluções actualísticas — SCALOJA aponta alguns autores alemães como defensores da *annulatio* no Direito romano (109); GÜTCK, THIBAUT, WERENBERG e PERNICE. GÜTCK limita-se, porém a, depois de explanar o largo conteúdo do direito de propriedade, afirmar que o título não deve, dolosamente (110), troçar ou zangar os outros (111); THIBAUT constata a equiparação do exercício doloso de direitos, apenas com intenção de provocar outrem, aos comportamentos proibidos (112); WERENBERG afirma expressamente a inexistência de meios para combater comportamentos desagradáveis do proprietário (113); mas em caso de chicana, caber-lhe-ia o recurso à *actio iniuriarum* (114); PERNICE, finalmente, recorrendo já à terminologia francesa, acaba por considerar o abuso do direito como «penas a construção jurídica da pretensão de equidade» (115).

O abuso do direito é, como teoria, estranho à pandectística.

II. Uma série de práticas, socialmente reprováveis que, em França, de forma um tanto acrítica, foram reconduzidas a um abuso do direito, informe, necesseam, no espaço jurídico alemão, um tratamento diferenciado. Nota característica, a reportar ao espírito da terceira sistemática, foi o esforço constante dos tribunais e da doutrina em reconduzir ao *Corpus Iuris Civilis* e aos esquemas do Direito comum, com ele conexionados, as soluções subscritas para as práticas abusivas. Foram seguidas duas vias: a da *exceptio doli* e a da chicana. A *exceptio doli* será vista em separado (116). A chicana

(109) Vm. SCALOJA, *Annulatio* cit., 239.

(110) GÜTCK, *Pandekten* 8 (1807), 43; G. utiliza a expressão *arglistige Absicht* — intenção maldosa, dado o emprego de *Einrede der Arglist* como tradução dital literal, embora inconveniente — GADOW, *Die Einrede der Arglist* cit., 174 — de *exceptio doli*, não oferece dificuldade admitir, em GÜTCK, a figuração do *dolus* latino.

(111) GÜTCK, *ob. e loc. cit.*

(112) THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts* 1 (1805), § 49, 53; Th. começa por afirmar a regra de que cada um pode usar o seu direito, mesmo causando danos a outras pessoas; excluem-se, apenas, os comportamentos destinados a contornar a lei e os referidos no texto. Note-se, ainda, que Th. utiliza, também, a expressão *arglistige Absicht*: a proximidade entre ele e GÜTCK é manifesta.

(113) WERENBERG, *Ueber die Collision der Rechte verschiedener Grundigentümer*, Jhb 6 (1863), 1-80 (52).

(114) WERENBERG, *Ueber die Collision* cit., 52 e 34.

(115) PERNICE, *Lehrb. RömPrR* 2, 12 cit., 57. Outros autores, não referidos em SCALOJA, que admitiram, nas mesmas época e espaço jurídico, de algum modo, a proscricção de abuso, fizeram-no, também, de forma não conclusiva — *supra*, 686/90.

(116) *Infra*, n.º 68. A possibilidade de combater o abuso por meio da *exceptio doli* já estava, de algum modo, presente em THIBAUT e em GÜTCK — *supra*, notas 106 e 110, respectivamente.

provocou, ao longo do século XIX, acesa discussão doutrinária. Podia ser entendida de dois modos: em sentido amplo, traduzia o exercício do direito para prejudicar outrem; em sentido restrito, o exercício do direito sem interesse próprio para prejudicar outrem (117). O problema era reportado ao Direito comum, havendo autores que decelavam a uma proibição (118). Na preparação do BGB, a questão foi discutida tendo, a princípio, sido tratada de modo restritivo (119). Duas razões imediatas terão determinado essa atitude: por um lado, o prisma por que era encarada a chicana, requerendo-se mesmo, por parte do titular exercente, a intenção de prejudicar outrem, coadunava-se mal com o Objectivismo germânico, sensível às dificuldades de prova (120) por outro, a posição doutrinária, oriunda de SAVIGNY (121), de desvalorizar ou ignorar o ALR, que, à chicana, fazia referência (122), vedando o aproveitamento do que, de outra forma, teria constituído um século de experiência na proibição desse tipo de abuso, na área então mais significativa: a da propriedade. Acresce, ainda, como desincentivos a uma consagração ampla da proi-

(117) REWORT, *Das Verbot der Chikane*, Gruchot 24 (1880), 677-702 (677), reconado, neste ponto, por TARBEN, *Der Rechtsmissbrauch (Schikane) im modernen Recht* cit., 14.

(118) ASSIM, WINDSCHEID/KRUP, *Pandekten* cit., 603 e DERNBURG/BIERMANN, *Pandekten* cit., 897.

(119) Os trabalhos preparatórios do actual § 226 — a proibição de chicana — muito referidos — p. ex. STERNBACH, *Maral als Schikane* cit., 27 ss.; HÖNDEN, *Komm.-BGB* (1900), § 226, 445; RAMDONN, *Rechtsmissbrauch* cit., 581-582; BODE, *Die sogenannte Chikane nach dem BGB* (1905), 20 ss.; HERBMAN, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert* (1910), reimpr. (1968) 1, 127 ss.; OERTMANN, *Komm.-BGB/AT* (1927), 783-784 e na actualidade, SOVAGE/KNOPF, *BGB* 11, § 226, 1 (1136) — revelam flutuações, referidas abaixo, no texto. Na justificação de motivos, descreve-se a situação no Direito comum, onde alguns aceitavam a proibição da chicana enquanto outros, chamando a atenção para a especialidade dos locais que a referiam, a recusavam; o ALR — cf. *infra*, nota 122 — era citado afirmando-se, porém, o princípio do alcance geral da figura: finalmente, sossegavam-se os cépticos afirmando as dificuldades em provar que um exercício não pode ter outro escopo senão o de prejudicar — *Motiv zu dem Entwurfe eines Bürgerliches Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, 12 (1896), 274-275.

(120) REWORT, *Das Verbot der Chikane* cit., 702 e RAMDONN, *Rechtsmissbrauch* cit., 581. JENNING considerara a proibição de chicana nem fundamentada nas fontes, nem legislativamente necessária — JENNING, *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundigentümers im Interesse der Nachbarn*, *Jahrb* 6 (1861), 81-130 (103-104).

(121) SAVIGNY, 286.

(122) ALR, I, 8 §§ 27 e 28: «Ninguém pode abusar da sua propriedade para moléstia ou prejuizo de outrem e diz-se abuso uma utilização tal da propriedade que, pela sua natureza, só possa ter por intenção a moléstia de outrem».

bição, no Código em estudo, a presença, no espaço jurídico alemão, de várias valvulas inexistentes em França — com primado para a *exceptio doli* — e uma regulação menos parcimoniosa das relações de vizinhança, conseguida no Direito comum, capaz de, sem rupturas, responder às situações gritantes que, aquém Reno, levaram os tribunais a afastar-se da letra do Código Napoleão. Assim, numa primeira versão do projecto, conseguiu-se, apenas, inscricir uma proibição tímida do exercício da propriedade, com o escopo de prejudicar outrem (123). A comissão do *Reichstag* acabou, porém, por situar a disposição na parte geral do Código, por forma a estender a sua aplicação aos diversos domínios do Direito civil (124). Chegou-se, deste modo, ao § 226 actual, assim concebido (125): «O exercício de um direito é inadmissível quando ele só possa ter por escopo infringir um dano a outrem».

III. A proibição de chicana, constante do § 226 BGB, tinha duas vantagens: inscrita na Parte geral do Código, comportava uma aplicação a todo o Direito privado, libertando o problema, em definitivo, da propriedade e dos conflitos de vizinhança e era, na doutrina dominante, firmamente objectiva, não exigindo, na sua aplicação, a culpa ou qualquer elemento subjectivo, por parte do titular actante.

Se a aplicação geral do § 226, até pela história do preceito, não suscitou muita dúvida sérias (126), o mesmo não sucedeu com a sua objectividade. Logo em 1902, RAMDONN defende-a, porém, com convicção (127). Baseava-se, no essencial, numa contraposição entre «intenção» e «escopo» (128): ao preferir o segundo termo, o legislador teria optado,

(123) § 887/2: «Um exercício da propriedade, que só possa ter o escopo de provocar um dano a um outro é inadmissível»; cf. *Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs / Dem Reichstage vorgelegt in der vierten Session der neunten Legislaturperiode* (1896), 192. Mesmo esta disposição, assim limitada, mereceu, por parte de VON JACQUEZZKY, *Zur Frage des allgemeinen Chikaneverbot*, Gruchot 40 (1896), 591-596 (596), juízos de ponderação e cautela.

(124) FRANCK'S/KOMM 14 (1913), § 226, 563.

(125) E cuja erigação, não oficial, é, precisamente, «proibição de chicana».

(126) OERTMANN, *BGB/AT* (1927), § 226, 785. Recordou-se a transposição desse preceito para a parte geral do Código.

(127) RAMDONN, *Rechtsmissbrauch* cit., 817 ss.; antetoponamente, porém, НЕПВЮН, *BürgerlR* cit., 1, 87, salientara, como factor da chicana, a intenção.

(128) *Absticht* e *Zweck*, como RAMDONN não deixa de reconhecer, as duas expressões têm, no uso corrente, uma utilização similar; mas a diferença é perceptível.

com nitidez, por uma qualidade do próprio acto, desistindo da intenção do seu autor (129). Insuperável ao facto desta orientação traduzir um avanço importante em relação ao abuso do direito assente na falta ou noutras realidades similarmente dotadas de níveis subjectivos, HAGER sujeitaria a tese objectivista de RAMDONN a crítica acesa (130). Não teve, contudo, sucesso (131).

Mas tinha um inconveniente grave: ao exigir que o exercício inadmissível «só possa ter — e não, apenas, «só tenha» — por escopo, infligir danos, o § 226 comprometeu o seu campo de aplicação: qualquer comportamento pode, sempre, ter um número ilimitado de escopos, entre os quais, fatalmente, algum ou alguns não danosos (132). A proibição de chicana, no BGB, não satisfiz as necessidades

(129) RAMDONN, *Rechtmissbrauch* cit., 824.

(130) HAGER, *Drei Grundfragen zur Auslegung des Schikanebots im § 226 BGB* (1913), 3 ss. e *Schikane und Rechtmissbrauch* cit., 67 ss. Centra o debate no sentido das palavras «intenção» e «escopo»: se «intenção» traduz um estado de espírito, «escopo» é aquilo que se quer, implicando, também, um momento subjectivo; a intenção subjectiva seria a única relação entre o exercício e o dano — *Drei Grundfragen* cit., 8 e 17 — tomando-se o «escopo», como momento objectivo, uma impossibilidade absoluta — *Schikane und Rechtmissbrauch* cit., 69. A motivação de HAGER é, no entanto, outra. Muito impressionado pela formulação stamlietiana do Direito justo e do ideal social — *supra*, 339 — vide HAGER, *Drei Grundfragen* cit., 1 e *Schikane und Rechtmissbrauch* 3, 11, 65 e 129, H. coloca o § 226 entre a Moral e o Direito — *Schikane und Rechtmissbrauch* cit., 4, ora, como para H., em conhecida linha kantiana, a Moral toca a consciência e o Direito, os comportamentos — *idem*, 5 — houve que confeccionar, de «escopo», um entendimento duplo, originando-se, desse modo, a sua teoria, dita expressamente, de subjectiva — *Drei Grundfragen* cit., 24.

(131) A favor do entendimento objectivo, para além de RAMDONN, manifestou-se, de algum modo, CROWE, *DeutBürglR* cit., 1, 531 e, em especial, VON TURM, *AllgTeil* 2, 2 (1918), reimpr. (1957), 567 — «Pressuposto [de aplicação do § 226] não é intenção do exercente, mas sim a qualidade objectiva que dele resulta, de não ter qualquer outro escopo, em especial nenhum interesse próprio do titular» — e SEDLMAIR, *Die Auslegung der Rechte und ihre allgemeinen Schranken* (1937), 29, bem como RGRK/BGB<sup>10</sup> (1953), § 226, 1 (422). Actualmente, pronunciam-se pela objectividade do escopo referido no § 226, p. ex., STAUDINGER/*Duchснаr*2, (1980), § 226, 10 (890) e BROX, *AllgTeil* (1982), 268. Apesar de a letra do § 226 comportar, de facto, o entendimento objectivo, tal como demonstrou RAMDONN, e de ele ter sido defendido, porventura, pelos autores mais significativos que se ocuparam do problema, alguma doutrina continuou a forçar, ainda que de modo implícito, um pendor subjectivo nessa disposição — cf. SIEBERT, *Verwirklichung* cit., 106-107 e *Vom Wesen des Rechtsmissbrauchs* (1935), 8 e WERNER, *Treu und Glauben* cit., 743. Essas tentativas podem ser interpretadas como uma justificação antecipada de fazer intervir a boa fé neste problema: sendo subjectivo, o § 226 não poderia combater, com eficácia, o abuso do direito.

(132) SCHNEIDER, *Das Schikanebot des § 226 BGB*, DR 10 (1906), 603-605 (603), reputa impossível demonstrar que um exercício não possa ter outro escopo que o de prejudicar.

que requerem essa medida (133) Surgiram tentativas doutrinárias corajosas de alargar o seu campo de aplicação (134): em vão (135).

Um dos poucos exemplos da aplicação do § 226, muito citado (136), é uma decisão do *Reichsgericht*, de 3-Dez-1909. Discutia-se, aí, a situação a um pátio do seu castelo, onde se encontrava o sepulcro da mãe. O RG optou pela existência de chicana: tal proibição não podia ter outro escopo que não o de causar um dano — neste caso, não patrimonial. Decidiu, ainda, decretar a omissão do acto chicaneiro (137). Mas mesmo este exemplo escasso é discutido. LARENZ, setenta e tal anos volvidos sobre a decisão, vem afirmar que, no caso em apreço, devia ter sido antes encarado — um exercício indevido, por contrariedade aos bons costumes (138). Mas sem razão; a chicana pode atentar, em simultâneo,

(133) BODE, *Die sogenannte Chikane* cit., 52. PASK'S *Komm* 14 cit., 564. COSACK/*BürglR* 18 cit., 320, RUD. SCHMIDT, *BürglR* cit., 126 e BURKHARD/DE BOOR, *BürglR* cit., 94.

(134) Logo em 1900, HÖLDER, *KommBGB*, § 226, an. 3 (457), faz notar a impossibilidade de cada acção ter, apenas, um escopo: o § 226 contentar-se-ia, pois, em que o escopo fosse revertida por escopos acessórios ou parciais, mas sendo, em contrapartida, admitidos os que pressupusessem escopos secundários com objectivos diversos. O pensamento de HÖLDER transparece em BODE, *Die sogenannte Chikane* cit., 12. Também ENDERMANN, *BürglR* 19 cit., 42219, requeria, apenas, o escopo principal como destinado a causar danos, para integrar a previsão legal de proibição de chicana. VON ZAHN, por seu turno, *Zur Auslegung von § 226 BGB*, DR 10 (1906), 847-848 (848), impressionado pelas considerações de SCHNEIDER — cit. *supra*, n. 132 — afirma que o § 226 se contentaria com um comportamento cujo escopo de prejudicar fosse tão dano que quaisquer outros, por muito graves, não merecessem consideração jurídico-moral. OERTMANN, *BGB/AT*3 cit., 4 b (785), tem o alargamento do § 226 por politicamente justificado, embora reconheça que ultrapassa a letra da lei. Estes esforços, nem sempre citados com fidelidade, na própria doutrina alemã, permitiram mesmo a WILACKER, *Wandlungen der Eigentumsverfassung* (1935), 41, falar num certo desenvolvimento na interpretação da proibição de chicana; mas com muito optimismo.

(135) A doutrina actual é unânime em considerar o § 226 como apertado, pouco significativo ou inútil; assim, STAUDINGER/CONG, *BGB*1 cit., § 226, 5 (1185), SOMMER/KNOOP, *BGB*2 cit., § 226, 8 (889), BROX, *AllgTeil*3 cit., n.º 637 (268) e PALANDT/HEINRICHS, *BGB*2 (1983), § 226 (194).

(136) Por último, BROX, *AllgTeil*6 cit., n.º 636 (268).

(137) RG, 3-Dez-1909, RGAZ 72, 251-255 (252 e 254, respectivamente).

(138) LARENZ, *AllgTeil*5 cit., § 13, IV, 1 (204).

Outro exemplo de aplicação do § 226 — o único coligido em LM/BGB, § 226 — é o de BGH 12-Jul-1951, LM/BGB, § 226, n.º 1 = BGHZ 3, 94-110 = NJW 1951, 917-918 = MDR 1951, 667-668. Discutia-se o seguinte: um ex-dignatário nacional-socialista perpetrara costumes, demandado em indemnização, o R. defende-se com o art. 131 da Const. Weimar

contra os bons costumes e a própria boa fé, no Direito alemão, porém, a inadmissibilidade de exercício por contrariedade aos bons costumes exige dolo — § 826 — o que não sucede com a chicana. No caso, onde não vem focada a hipótese de dolo, cai-se, de imediato, na chicana do § 226.

A proibição da chicana falhou. Não basta, para explicar esse fenómeno, atribuir, como tem feito a doutrina alemã, as culpas à forma restritiva por que dispôs o § 226 BGB. A perspectiva histórica, há muito possível, perante as codificações — primeira e segunda — mostra como é viável, através da doutrina e da jurisprudência, alargar e até contrariar disposições codificadas. O que podia ter sido feito, com certa facilidade aliás, em relação ao § 226. Iniciou-se mesmo um processo nesse sentido, acima relatado. Tal desenvolvimento foi travado por razões mais profundas. Uma proibição pura e simples de chicana, sem outro critério do que o do prejuízo causado a outrem — no fundo, a própria definição de que atribua ao Estado a responsabilidade por danos emergentes de actos dos seus agentes. O BGH entendeu ver, nesta defesa, abuso do direito, explicitando mesmo que o abuso pode advir do recurso indevido às possibilidades formais dadas pela lei — BGHZ 3, 103-104 = NJW 1951, 917 = MDR 1951, 668. No entanto, apesar de o § 226 surgir referido nos sumários da decisão, ele não fundamenta, no texto, a decisão; não se fala, aí, sequer, de chicana. Os termos da causa, embora deixem antever, de facto, abuso do direito, não permitem uma recondução ao § 226, ainda que entendido por forma alargada.

JAUERNG, *BGB*² (1981), § 226 (141) menciona como exemplo de aplicação do § 226, BGH, 11-Abt-1975, NJW 1975, 1313-1314; discute-se, aí, porém, o sentido do dever do proprietário de tolerar, por parte do vizinho, o prolongamento, pelo seu prédio, de construção, salva a hipótese de dolo ou de negligência grosseira — § 912 BGB — e os limites desse dever; o § 226 e a chicana vêm apenas referidas incidentalmente, sem aplicação ao caso e sem considerações dogmáticas — 1314.

Em compensação, existem várias decisões judiciais que documentam, com clareza, a forma muito restritiva por que a jurisprudência alemã entendeu a proibição de chicana, constante do BGB. Assim: RG 9-Mai-1905, JW 1905, 388 — o trabalhador que formula determinados pedidos não comete chicana por não haver, aí, um acto que só possa ter por escopo prejudicar o patrão; RG 26-Mai-1908, RGZ 68, 424-426 (426) — a oposição da mulher à penhora, embora prejudique o credor, não integra o § 226; RGZ 30-Oct-1908, RGZ 69, 376-380 (380) — a oposição ao uso de uma marca não atenta contra o § 226 por não ter, apenas, por fim, infligir um dano; RG 10-Jun-1929, RGZ 125, 108-114 (111) — a cidade que entrava a ocupação da via pública por vendedor ambulante não cai no § 226 por não ter, apenas, o escopo de prejudicar; RG 1-Dec-1932, RGZ 138, 373-376 (375) — a alegação de nulidade de contrato sucessório não realiza a chicana do § 226 por não ter só o escopo de prejudicar; RG 17-Ag-1936, JW 1936, 3308-3309 (3309) — determinados recursos indevidos, a propósito de acidente de viação, não caem no § 226, por este não exigir que o acto contestado só tenha o escopo de prejudicar, mas só possa ter tal escopo...

chicana — é uma medida pontual, de carácter tóxico, difícil de conectar dentro da ordem jurídica. O pensamento sistemático tinha outras exigências. A proibição da chicana fracassou por insuficiência científico-sistemática. O fracasso prenunciou a ascensão de outros esquemas jurídicos, entre os quais a boa fé.

IV. Sobre a ruína prática (e) teórica da proibição da chicana, procurou erguer-se uma teoria da proibição de exercício inadmissível dos direitos com recurso à cláusula dos bons costumes, contida no § 826 BGB: «Aquele que, de uma forma que atente contra os bons costumes, inflija dolosamente um dano a outrem, fica obrigado à indemnização do dano». O sentido da expressão «bons costumes» foi, no início, resolvida com celeridade: atenta contra os bons costumes «o que viole o sentimento de decoro de todos os que pensam justa e acertadamente»<sup>(139)</sup>. Tratou-se, então, de articular este dispositivo com o da proibição da chicana. A delimitação era pouco clara, como se fizera notar ainda no período de *vacatio* do BGB<sup>(140)</sup>. No princípio, surgiram tentativas de reparar, dos §§ 226 e 826, campos de aplicação: HAGER propõe que o § 826 não tenha aplicação aos actos praticados no exercício dos direitos<sup>(141)</sup> e VON TURN opina que o atentar contra os bons costumes, pela exigência do dolo, exigiria a consciência da ilicitude, contrastando com a chicana, totalmente objectiva<sup>(142)</sup>. Aos pouco, porém, a doutrina vai admitindo a sobreposição entre as duas disposições<sup>(143)</sup>. O passo seguinte foi o de apresentar o § 826, confessadamente, como disposição a usar para suprir as insuficiências detectadas e manifestar da proibição da chicana<sup>(144)</sup>. No termo da evolução, o § 226 desaparece, num fenómeno de consumpção prevista com o § 826<sup>(145)</sup>.

(139) *Motive* cit., 22, 727.

(140) FULD, *Der Chikaneparagraph* cit., 504.

(141) HAGER, *Schikane und Rechtsmissbrauch* cit., 123; H. explicara antes que, de outro modo, o § 226 ficaria inusitado — *idem*, 122.

(142) VON TURN, *Allg'Teil* cit., 2, 2, 570.

(143) Já HENTHORN, *BürglR* cit. (1897), 88, havia, a propósito da chicana, feito remissão para o § 826; também MATTHIAS, *BürglR*⁷ cit. (1914), 158, refere que o exercício chicanesco cai sob o § 826.

(144) O passo foi dado, p. ex., por RUD. SCHMIDT, *BürglR* cit., 126 e, sobretudo, por COSACK/MUTTUS, *BürglR* 18 cit. (1927), 318.

(145) ERMAN/HEBENMANN, *BGB*⁶ (1975), § 226, 2 (427), embora imputando a consumpção, também, ao § 242 BGB. FIEDMANN, *Münch-Komm.*, 1, (1978), § 226, n.º 1 (1360),

O § 826 levantava, contudo, os seus problemas: o requisito do dolo deixava sem cobertura uma série de exercícios negligentes ou, simplesmente, indemonstráveis, uma vez que o dolo não se presume; a estatuição de indemnizar vedava a saída mais adequada para o acto inadmissível: a cessação do abuso<sup>(146)</sup>. Havia, ainda, outro óbice da maior importância: a ideia de bons costumes, conexiada, apesar de todos os esforços em contrário, com a Moral, interiorizadamente entendida ao sabor do neo-kantismo jurídico em voga no princípio do século (não conciou desde o início do século, estudos bastantes que, permitindo uma concretização, apontassem para o tratamento científico do tema<sup>(147)</sup>).

Nas insuficiências do § 826, houve que buscar uma disposição portadora de um princípio geral de Direito, suficientemente vasto para controlar o exercício de quaisquer direitos privados, positivo no sentido de prescrever condutas e (não) apenas, na sua falta, indemnizações, e objectivo, por ignorar elementos atinentes ao agente, como o dolo ou a negligência. A disposição em causa, que deveria, também, estar em plena expansão científica, foi encontrada no § 242 BGB: «O devedor está obrigado a executar a prestação tal como o exige a boa fé, com consideração dos costumes do tráfico».

V. O desenvolvimento do abuso do direito, na doutrina da segunda codificação, que, da proibição, da chicana, levou à conformidade com os bons costumes e, por fim, à boa fé, foi, no entanto, mais complexo. Não ocorreu um aprofundar da doutrina, em termos centrais, isto é, processados a partir e em torno do próprio conceito de abuso. Assitiu-se, antes a uma sedimentação jurisprudencial e, até, doutrinária, de situações tipicamente abusivas<sup>(148)</sup>. O recurso

considera, significativamente, que o § 226 podia ter sido poupado. Cf., ainda, as referências feitas supra, 691/135, bem como *Minch-Kohn*, *Meerens*, 3, 2 (1980), § 826, n.º 93 (1360).

<sup>(146)</sup> Não obstante a crítica, o § 826, que, inicialmente, teria permitido solucionar muitos casos de abuso do direito, depois encartados através da boa fé — *Senger/Kroppe*, BGBio (1969), § 826, n.º 83 (996) — tem sido valorizado nalguns sectores: por um lado não pressuporia, como o § 242, uma obrigação específica e, por outro permitia, com clareza, arbitrar indemnizações — *idem* n.º 84.

<sup>(147)</sup> Cf. *Iliffa*, n.º 113.

<sup>(148)</sup> As decisões, à medida que foram surgindo, apresentaram, como é natural, coberturas jurídicas, recorreu-se, para o efeito, sobretudo à *exceptio doli generalis*, cujas ligações culturais à boa fé são conhecidas. Foram, contudo, justificações ainda provisórias. Só quando se acumulou uma experiência jurisprudencial considerável foi possível um aprofundamento científico do problema.

aos bons costumes e à boa fé intensificou-se em volta dessas situações típicas: no termo dum desenvolvimento sectorial marcado pode, então, falar-se em exercício inadmissível de direitos, reportado à boa fé.

A condenação jurídica do exercício inadmissível dos direitos derivou, inicialmente, da ponderação pontual de casos concretos, à luz de normas e princípios jurídicos. Presente uma série de decisões, em prática jurisprudencial consagrada, pode passar-se à elaboração duma teoria jurídica do abuso. A via percorrida é, com clareza, a da Ciência do Direito. Opõe-se, metodologicamente, a uma outra, traduzida no pensar do abuso a partir de considerações gerais, políticas, ou sociais, como ocorreu em França. Neste sentido, a evolução do abuso do direito, na doutrina da segunda codificação, conduziu à identificação do conceito.

O art. 334.º recebeu o conceito científico.

VI. Um caso interessante de recepção, parcial e incompleta, da doutrina do abuso do direito tal como foi elaborada na sequência da segunda codificação, é o do Direito austríaco. O ABGB não fazia, na sua versão original de 1811, qualquer referência ao abuso do direito. Pelo contrário, o seu § 1305, proclamava: «Aquele que faz uso do seu direito dentro dos limites jurídicos, não tem de responder pela desvantagem correspondente para com outro». Este dispositivo era aproximado pela doutrina, sem dificuldade, do brocardo «*qui iure suo utitur, neminem laedit*»<sup>(149)</sup>. Na reforma do ABGB de 1916, o preceito foi substituído por outro, de sentido diverso<sup>(150)</sup>. Acrescentou-se, porém, ao § 1295, um n.º 2, assim redigido: «Também aquele que de um modo atentatório aos bons costumes provoque danos intencionalmente, responde por isso; contudo, caso isso suceda no exercício de um direito, só se o exercício do direito tiver manifestamente o escopo de prejudicar outrem». O § 1295/2 ABGB, assim concebido, é uma recepção clara do Direito alemão da época<sup>(151)</sup>: somou-se à regra da chicana, algo amaciada, a contrariedade aos bons costumes, a intencionalidade e o requisito de o escopo de prejudicar ser patente. A recepção foi parcial porque absorveu

<sup>(149)</sup> VON STUBENRAUCH, ABGB II<sup>r</sup> (1899), § 1305 (618).

<sup>(150)</sup> Relativo ao estado de necessidade; aprovou-se, pois, o espaço deixado por uma norma suprimida, para nele inserir uma norma referente a questão diferente.

<sup>(151)</sup> *Meitz*, *Vom Schikenerbort zum Rechtsmissbrauch* cit., 166, faz notar a presença, também, da orientação francesa tendente a tratar o abuso pelo prisma da responsabilidade. Observe-se, no entanto, que só em período posterior a doutrina francesa encaminhou o abuso do direito para a falta e a responsabilidade civil; a inserção sistemática da nova disposição austríaca justifica-se, antes, por uma questão de oportunidade.

a evolução alemã numa altura em que, não tendo ainda atingido a boa fé, se quedava pelos bons costumes. E foi incompleta por não ter redimido na aprendizagem dos dados científicos subjacentes à fórmula adoptada (157). A doutrina faz apenas referências tímidas ao problema, mormente pelo prisma da chicana, sem apresentar uma teoria fundamentada (153). A jurisprudência, num teste básico para a apreciação do problema, é ainda mais restritiva: em regra, recusa a aplicação da ideia do abuso com uma justificação, transcrita em várias decisões: «Só se pode falar de um exercício abusivo contrário aos bons costumes quando aquele que exerça o seu direito deva ser negado qualquer outro interesse do que o de infligir danos ao outro» (154). Reconhecendo, ainda que com pouca clareza, hipóteses de abusos, soem apontar-se duas decisões do *Oberster Gerichtshof* austríaco, de 15-Dez-1965 e 3-Jan-1968. Na primeira (155), entendeu-se que o fazer valer a nulidade de um contrato celebrado por interdito, através do parceiro no contrato que seja, em simultâneo, tutor, e que actuou sem ter em conta o dever perante o tutelado, é contrário aos bons costumes; na segunda (156), teve-se, também, por contrária aos bons costumes, a acção posta pelo pai contra uma filha, ainda que casada, para a fazer abandonar a sua casa, provocando, assim, a partida da sua mulher velha e doente, a quem a filha assistia (157).

(152) Quanto ao conceito de recepção, cf. *supra*, 179.

(153) EHEMZWIEG, *Syst. d. öst. allg. Priv. R.* 2, 12 (1928), § 391 (623), K. WOLFF, *Grund. Österr. R.* (1948), 25 e KIANG/WOLFF, ABGB<sup>2</sup> (1951), § 1295/2 (43); estes autores referem a chicana como ausência de interesse próprio e intenção de prejudicar; o desenvolvimento que apresentam é de modéstia extrema, não havendo qualquer esforço de análise global do tema, nem qualquer apelo a princípios gerais, como, p. ex., o da boa fé.

(154) OGH 11-Mai.-1955, OGH SZ 28 (1958), 336-337 (337) — explicita que, apesar de falar no Direito austríaco o § 226 BGR, a chicana pode dar lugar ao dever de indemnizar se intentar contra os bons costumes ou uma norma explícita; segue, porém, com o togo citado no texto; OGH 16-Abt.-1969, JBl (Ö) 92 (1970), 376-377 — um caso típico de *venire contra factum proprium*: o locador denuncia o arrendamento, depois de ter dado a concluir outra atitude (376); o tribunal recusa o abuso transcrevendo a passagem em causa; OGH 24-Set.-1969, JBl (Ö) 92 (1970), 371-372 — um caso de desequilíbrio em situação bilateral: o dono da obra não paga ao empreiteiro, movendo a excepção de *non rite adimpleti contractus* por um pequeno vício (371); o tribunal recusa o abuso, com o trecho focado (372); OGH 18-Jan.-1970, JBl (Ö) 94 (1972), 210-211 — um caso de actuação por risco próprio: uma mulher, que tem dívidas fundadas sobre a lealdade do marido, pretende receber, deste, os custos da vigilância detectivista a que, sem resultados, o sujeito (210); o tribunal recusa o abuso com a frase referida; OGH 25-Jan.-1973, JBl (Ö) 95 (1973), 315-317 — uma excepção, a propósito dum autónovo; o tribunal recusa, de novo a hipótese de abuso, sempre com a mesma afirmação.

(155) JBl (Ö) 88 (1966), 313-315 (314).

(156) JBl (Ö) 91 (1969), 89-90.

(157) MERZ, *Vom Schikaneverbot zum Rechtsmissbrauch* cit., 166, procura agrupar a jurisprudência austríaca referente ao abuso — com inclusão de decisões acima mencionadas — em três grupos: 1) Decisões que consideram a chicana apenas quando não se prossegue outro

A doutrina do abuso do direito está, pois, num estado incipiente e mesmo contraditório, na Austria. Demonstra-se, deste modo que uma transposição pura e simples de fórmulas legais, quando não acompanhada das deslocções científico-culturais correspondentes, não tem significado.

## 66. Decadência; as codificações tardias; o confinar do abuso do direito a aspectos teóricos

1. O abuso do direito entrou, no último meio século, em decadência progressiva. Enquadrado nos parâmetros contrapostos franceses e alemães, exigia, para a sua sobrevivência evolutiva, uma síntese que nunca surgiu. O fenómeno tem passado despercebido, apesar da multiplicidade de sinais que o atestam; tem, porém, uma importância que transcende o problema do abuso, estendendo-se a áreas largas da Ciência do Direito. Há, pois, que determiná-lo, explicá-lo e valorá-lo.

Deve ponderar-se, em primeiro lugar, a teoria e a prática das codificações deste século — as codificações tardias. Assim a codificação suíça (158). Concretizada no princípio do século — 1907 — num período de rápida expansão doutrinária do abuso do direito, o Código suíço dispôs, no seu art. 2/2: «O abuso, manifesto do próprio direito (não é protegido pela lei) (159). O diagnóstico é fácil, mercê dos elementos já colhidos: o art. 2/2 exprime uma construção de tipo central, onde a lei, em vez de remeter para quaisquer critérios ou, mais simplesmente, de indicar margens dentro das quais deva ter lugar o exercício não abusivo do direito, utiliza,

interesse do que o de causar danos a outrem; 2) Decisões que têm o mesmo ponto de vista em relação ao comportamento contrário aos bons costumes; 3) Decisões que negam a protecção jurídica, apesar da não intenção exclusiva de prejudicar. Os dois primeiros grupos, porém, quando confrontadas as decisões neles incluídas, confundem-se. A quebra de critério, em relação ao terceiro, é patente.

(158) Quanto à codificação suíça e às suas raízes, cf. WIEACKER, *História Dr. Pr. moderno*, trad. port. cit., 561 ss.

(159) A história do preceito foi movimentada: em anteprojecto havia, apenas, a proibição de exercício da propriedade com o escopo exclusivo de prejudicar outrem; posteriormente — e ao que parece em intuição genial do conhecido autor material do Código suíço, EUGEN HUBER — houve uma generalização do preceito e a sua aproximação com a boa fé, referida no art. 2/1; TRÜBB, *Der Rechtsmissbrauch (Schikane) im modernen Rechte* cit., 70 ss., e *Berner Kommentar/MERZ*, Art. 2, (1962) 228-229.

apenas, a nomenclatura francesa «abuso do direito», a partir da qual devem, depois, ser feitas as derivações competentes. A inserção sistemática da proibição do abuso — recorde-se que o art. 2/1 do Código suíço trata a boa fé — bem como a proximidade da doutrina alemã, determinante na Ciência Jurídica suíça, levaram ao entendimento do abuso do direito como exercício não conforme com a boa fé (160). A doutrina suíça, sempre sob o influxo alemão, chega a proceder a um tratamento descentralizado e muito desenvolvido do problema do abuso (161). Dúvidosa é, porém, a correspondência efectiva entre tais desenvolvimentos e a vivência do art. 2/2 ZGB: na falta de uma resposta judicial, as tentativas doutrinárias não são, mais do que exposições de Ciência Jurídica teórica, aprofundada na Alemanha (162).

(160) *Zürcher Kommentar/EscOFFER*, Art. 2 (1930), 73, Büschi, *Ursprung und Bedeutung der Begriffe «Treu und Glauben» und «Billigkeit» im schweizerischen Zivilrecht* cit., (1939), 132 e TuOH/SCHWYDER, ZGB<sup>9</sup> (1975), 48, todos definindo o abuso do direito como actuação contra a boa fé. O peso do pensamento alemão, nestas obras, resulta claro se se tiver em conta que, no início da vigência do ZGB, quando a doutrina alemã ainda não reconduzira o abuso à boa fé, os súbdos, apesar do seu art. 2 ZGB, também não o faziam com clareza. P. ex., TRÜBS, *Der Rechtsmissbrauch* cit., 15, que assimila o abuso à chicana, e GMEIN/ZGB<sup>2</sup> (1919) 1, Art. 2, 56.

(161) É o que sucede com o *Berner Kommentar*, Art. 2 cit., 213-380, pela pena de MERTZ, comparável aos grandes tratados alemães sobre a boa fé. Aí, a propósito de exercício inadmissível e abusivo do direito, MERTZ distingue, sucessivamente, o exercício contrário ao escopo, como problema de interpretação, o exercício inútil do direito, a desproporção crassa de interesses, o exercício imoderado do direito, o comportamento contraditório — *venit contra factum proprium* — a alegação inadmissível de nulidade formal, a *suppressio* — *Verwirkung* — e a aquisição jurídica desleal. Compare-se este tratamento com os comentários ao § 242 BGB de STAUDINGER/WEBER<sup>11</sup> e SOERGEL/SIEBER<sup>10</sup> e, mais recentemente, com os de RGRK/AUER<sup>12</sup>, EMMAN/SIRRY<sup>6</sup>, *Münch-KommZ*/ROTH, AK/TEUBNER e STAUDINGER/SCHMIDT<sup>12</sup>, entre outros.

(162) Alguma doutrina suíça tenta valorizar o seu esquema de abuso do direito, contrapondo-o ao alemão. Assim ESCOFFER, no *Zürcher Kommentar* cit., 73, vem dizer que o sistema suíço consagra, pela remissão à boa fé, um abuso do direito em termos objectivos, i. é, sem a inclusão, como requisito de existência, da vontade de prejudicar, por parte do titular exercente; pelo contrário, o § 226 BGB estabeleceria um esquema subjectivo. Também BÜSCHI, *Treu u. Glauben* cit., 132, emite tal opinião, acrescentando mesmo que o abuso do direito, em França e na Alemanha, se limitaria à chicana, subjectivamente entendida. Este tipo de considerações não colhe e encontra-se hoje totalmente abandonado. De facto, o § 226 BGB, segundo a doutrina de RAMDORN (1902), depois dominante, não estabelece, como pressuposto de chicana, a intenção de prejudicar, mas o facto de prejudicar, tão pouco na Alemanha se tem limitado o abuso do direito à chicana, outrossim sucedendo em França. Vide MERTZ/*Berner Kommentar* cit., 256-257, que, sinteticamente, expõe a extensão do abuso do direito, em França e na Alemanha. Do mesmo A. cf., ainda, *Vom Schikenerbot zum Rechtsmissbrauch* cit., 168-170.

De facto, o confronto da jurisprudência suíça, referida habitualmente como ilustrativa de alegada expansão do abuso do direito, revela uma incipiência assistemática e uma não implantação clara.

Decidiu-se, por exemplo, a inexistência de abuso do direito quando haja algum interesse por parte do titular exercente (163), que, pelo contrário, a actuação sem vantagem própria, mas com dano para outrem, é abusiva (164) que, sem qualquer referência à função social, um particular pode privar de água uma comuna desde que, com isso, possa vir a ter alguma vantagem (165) e que, em situação similar, o captar águas em prejuízo comum só caira no art. 2/2 ZGB se fosse chicanero (166).

A prática do art. 2/2 ZGB (167), apesar da extensão verbal do seu dispositivo, do empolamento doutrinário e da proximidade do pensamento alemão é, pois, parcimoniosa (168). Sublinhe-se, ainda, a ausência, nas decisões judiciais escassas que se reportam ao abuso do direito, de referências à boa fé, em arrepio do que deixariam entender a sistemática do ZGB e a doutrina suíça unânime. A situação é paradoxal.

(163) ObG Schaffhausen, 29-Jul-1923, SchwYZ 21 (1924-25), 124-125; discute-se, aí, se o proprietário pode optar, entre vários, por um projecto de construção que implique danos ao vizinho; uma vez que o projecto em causa tinha interesse para ele, poderia fazê-lo, por, nos termos do art. 2/2 ZGB, o abuso só ser reprimido quando manifesto.

(164) AppG 1-Jul-1930, SchwYZ 27 (1930-31), 166: o titular de uma servidão de passagem exigira a renovação de uma construção; a exigência foi recusada por abusiva, uma vez que a construção não o afectava, provocando contudo, a sua supressão, grande dano à outra parte.

(165) SchwBG 21-Mai-1931, BGE 57, 2 (1931), 258-263 (263).

(166) SchwBG 4-Nov-1938, BGE 64, 2 (1938), 340-346 (341 e 344).

(167) Outras decisões referidas na doutrina suíça como reportadas ao abuso do direito não revelam, uma vez confrontadas, uma referência directa à figura; assim SchwBG 10-Set-1925, BGE 51, 2 (1926), 323-327 — um atraso, ainda que de apenas algumas horas, pode ser incumprimento — e Freiburg/KG 3-Nov-1955, SchwYZ 53 (1957), 259 (— apenas o sumário) — a demora do comprador de um animal, durante um ou dois dias, em recebê-lo, não justifica a rescisão do contrato pelo vendedor.

A limitação das várias decisões judiciais suíças, acima citadas, é accentuada pelo facto de elas se situarem no domínio das relações de vizinhança; estas, em regra, proporcionam as hipóteses mais lineares e, dogmaticamente, menos elevadas, de abuso do direito. O próprio MERTZ, *Berner Kommentar*, Art. 2 cit., 228, afirma a propriedade imobiliária, ainda hoje, como domínio do abuso do direito. Cf., também, MERTZ, *ob. cit.*, 310. Esta afirmação não poderia ser subscrita noutras doutrinas.

(168) O exercício inadmissível de direito tem, ainda, uma certa aplicação periférica, um tanto na linha do modelo alemão.

O paradoxo suíço traduz uma correlação fundamental no desenvolvimento histórico das cláusulas gerais (169): a simples referência legal, ainda que solene, a grandes princípios, a não ser precedida ou acompanhada de um esforço doutrinário e jurisprudencial de concretização e aplicação, é insuficiente para corporizar, na prática, a orientação pretendida. Pelo contrário, as necessidades jurídicas, mesmo quando desamparadas de apoio legal expresso, logram encontrar soluções reais que, uma vez científicas, dão conteúdo efectivo a princípios não escritos (170).

II. No sentido da decadência do abuso do direito nas codificações tardias, é muito significativo o rumo tomado pelo Código italiano de 1942. Este diploma teve, na elaboração do Código português em vigor, uma importância (171) que lhe confere um interesse especial.

Os antecedentes da segunda codificação italiana eram pouco favoráveis ao abuso do direito. O Código italiano de 1865, tal como o Napoleão, não fazia qualquer referência aos actos abusivos. A doutrina veio a ocupar-se da figura, não pela necessidade de nominar toda uma vivência jurisprudencial ou de assumir uma fenomenologia cultural complexa, animada por exigências de problemas concretos, mas por osmose com o ocorrido em França e na Alemanha (172). O nível elevado atingido, em Itália, pelos estudos românticos e que, no Código de 1942, provocaria um regresso claro a muitas soluções romanas, constituiu mais um factor negativo em relação à doutrina do abuso do direito (173). Algumas decisões

(169) E que exprime o aforamento de um princípio geral relativo ao fenómeno da recepção, encontrado, por exemplo, aquando da referência ao abuso do direito na Austria.

(170) Esta correção pode reconduzir-se a uma outra, mais profunda e já allora várias vezes: a das cláusulas gerais — a da boa fé — com o tipo de sistema jurídico em causa. Um sistema de tipo central — corporizado pela referência legal expressa, carecida de desenvolvimento posterior — pela impossibilidade de, à boa fé, aplicar um pensamento deductivo, torna-se incapaz de a desenvolver. Pelo contrário, os sistemas periféricos e os de síntese tornam esse desenvolvimento possível.

(171) OLIVIERA ASCENSAO, *O Direito* cit., 318 e *D. Revis* cit., 134, p. ex.

(172) MAZZONI, *Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto*, RDCIV 15 (1969) 2, 601-619 (601), referindo que, na sequência do Cód. it. de 1865, as teorias do abuso do direito estavam, em Itália, próximas das alemãs e francesas.

(173) Recorde-se que Vtr. SCARLOJA defendera, com convicção, a natureza não romana da proibição da *arbitratio* — *supra*, 673 — no que foi seguido por outro autores. Esta posição

judiciais que, antes da guerra, a haviam consagrado, não têm comparação com as correspondentes francesas, nem pelo teor doutrinário, nem pelas consequências materiais extraídas. Tão pouco se aproximam, porém, do afinamento dogmático alemão.

De entre as decisões mais citadas, reírram-se duas que, em relação ao abuso do direito tomam, aliás, posições contrárias: Cassit 16-Nov-1931 e Cassit 1-Abr-1936. Na primeira (174), considerou-se, com radicalidade, que a relação *ad viam irriti* — na ocorrência, o exercício do direito de comunhão, na sobrelevação de muro — não pode integrar os termos do acto emulativo, seja qual for a concepção que deste se tenha; na segunda (175), afirmou-se que os actos emulativos, feitos com o escopo único da vexação ou de despeito, não podem ser consentidos.

A ausência de qualquer apelo a princípios gerais — como a boa fé ou os bons costumes — ou de qualquer enquadrar doutrinário do abuso do direito é patente.

As primeiras décadas do século presenciaram, assim, uma aceitação muito modesta do abuso do direito, em Itália. Contra ela manifestaram-se, ainda, vozes importantes, num fenómeno sem paralelo nas doutrinas vizinhas (176).

III. Apesar de tais antecedentes, o projecto ministerial do que viria a ser o Código de 1942 compreendia, na lei de introdução, um artigo pelo qual «Ninguém pode exercer o próprio direito em contradição com o escopo para o qual o direito lhe é concedido» (177). Dificuldades de ordem prática, explicáveis pela inexistência duma tradição jurisprudencial ou de uma doutrina que, a tal formulação, dessem conteúdo e o peso das posições negativistas, acima referidas, levaram a que, na comissão parlamentar, essa disposição fosse suprimida. Para sua substituição, aprovou-se o esquema de, em cada

constitui afirmação habitual nas obras que, na actualidade, abordam o problema do abuso do direito, introduzindo logo uma nota negativa no tenor: p. ex., PISCATORE, *Comma. PASCATORE/ALBANO, Proprietà* (1958), 147.

(174) FI 1932, 1, 95-99.

(175) FI (R) 1936, 1701.

(176) ASSISI, NICOLA COVELLO, *Manuale di diritto civile italiano / Parte generale* (1942), 484 ss. (487), firme na regra *qui iure suo utitur...*, nega seja a proibição dos actos emulativos, seja a figura do abuso do direito. Negativo, também, F. SANTORO-PASSARELLI, *Teoria geral*, trad. port. cit., 56, segundo o qual a doutrina do abuso teria merecido um repúdio generalizado. Cf., ainda, F. B. CICALA, *Il rapporto giuridico* (1959), 296 ss.

(177) D'AMERIO, *Abuso del diritto*, NssDI, 11 (1957), 96; SAV. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto vigente)*, ED 1 (1958), 166.

instituto singular, vincar limites (178). Na redacção final do Código, encontra-se apenas, a propósito da propriedade, uma disposição referente a actos emulatórios: «O proprietário não pode praticar actos que não tenham outro escopo do que o de prejudicar ou causar moléstia a outrem» — art. 833 (179).

Esta disposição parece, na sua leitura, uma versão italiana do § 226 BGB, restringido, embora, à propriedade. Curiosamente, num fenómeno não notado, a jurisprudência e a doutrina italianas têm retirado, dum preceito semelhante, normas muito diferentes das extraídas pelos alemães. A doutrina alemã maioritária vê, no § 226 BGB (180), uma proibição de chicaneria objectiva, i. é, independente da intenção do titular exercente; as doutrinas (181) e jurisprudência (182) italianas, pelo contrário, vêem, no art. 833 do *Codice*, um critério duplo: requerer-se-ia, para haver emulação, um dano efectivo — critério objectivo — e um *animus nocendi* — critério subjectivo. Este último factor, como bem explica DE MARTINO (183), retira a consagração expressa da proibição de actos emulatórios o alcance anti-individualista pretendido pelos autores do Código de 42: afinal, é sempre a vontade individual a controlar a situação, em detrimento das dimensões sociais do exercício dos direitos.

O art. 833 do Cód. it. não é considerado inovador pela própria jurisprudência (184), numa afirmação natural se se atentar no seu âmbito restrito e pouco avançado: o dos actos emulatórios no domínio imobiliário.

(178) D'AMENIO, *Abuso del diritto* cit., 96<sup>o</sup>.

(179) Outras disposições, embora menos dadas, têm sido referidas como exprimindo a ideia de proibição do abuso: RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, RDGIV 11 (1965), 205-290 (268 ss.) e CUNHA DE SÁ, *Abuso do direito* cit., 56-57.

(180) *Supra*, 689.

(181) PISCATORE, *Proprietà* cit., 147; DE MARTINO, *Comm. SCALOJA/BRANCA, Della proprietá* (1976), 153; *Comm. CIAN/TRABUCCHI* (1981), art. 833 (319).

(182) Refira-se, por último, *Cassit* 7-Set-1977, *GiustCiv* Mass. 26 (1977), 1580, segundo a qual a noção de acto emulativo, tal como se depende do art. 833, implica dois extremos: o objectivo — a falta de utilidade — o o subjectivo — o *animus nocendi*. No entanto, em *Cassit* 16-Nov-1956, FI(R) 1956, 887, afirma-se que a mera anormalidade no modo de exercício do direito conduz à obrigação de indemnizar, sem mais precisões. Esta orientação ficou sem sequência.

(183) DE MARTINO, *Comm. SCALOJA/BRANCA, Della proprietá* cit., 152-153.

(184) *Cassit*. 5-Out-1948, *GiurCompCassCiv* 1948, 3, 726-727, com art. TAMBURINO, 727-728, (727) = FI 1948, 1, 1034-1037 (1036). Considerou-se, aí, não haver emulação por parte do proprietário que, aproveitando o período de *vacatio* da lei, obtem determinada vantagem económica, impossível à luz do diploma novo, iludindo, com isso, a expectativa do beneficiário da abstenção.

Na Itália do pós-guerra, a doutrina do abuso do direito tem importância teórica escassa, acompanhando, aliás, a timidez do seu relevo prático (185). Está pouco representada na literatura (186). A jurisprudência nega-lhe uma aplicação de relevo (187), incorrendo, quando excepcionalmente o faz, nas críticas da doutrina (188). E, numa

(185) O que leva, p. ex., ROUERT, *Le caractere artificiel de la théorie de l'abus du droit en droit international public* (1958), 29 ss., a considerar o Direito italiano, em paralelo com o inglês, como um sistema oposto ao abuso do direito.

(186) SALV. ROMANO, *Abuso del diritto* cit., 170; existe, além disso, uma forte corrente doutrinária contraditória do abuso do direito: cf. RESCIGNO, *L'abuso del diritto* cit., 207, bem como *supra*, nota 176. Sinotoma do não funcionamento prático do abuso do direito é, ainda, a presença, nos melhores autores, de justificações vagas e muito abstractas desse instituto, incapazes de guiarem a resolução de casos concretos; assim BERTU, *TG del negozio giuridico* (1955), 393 — a teoria do abuso do direito enquadra-se na fenomenologia do direito, produto contingente da impossibilidade em que o Direito se encontra de seguir de perto a vida social.

(187) Das decisões referidas, recorde-se que *Cassit* 16-Nov-1931, FI 1932, 1, 95-99 (99) e *Cassit* 5-Out-1948, *GiurCompCassCiv* 1948, 3, 726-727 (727) = FI 1948, 1, 1034-1037 (1037), não admitem, em termos puramente conceptuais, o abuso. A esses cabe acrescentar *Cassit* 14-Jan-1964, *GiustCiv* 1964, 37-38 (38) e *Cassit* 24-Jun-1971, *GiustCiv* 1971, 1076-1077 (1077): em ambas se entendeu, em puro conceptualismo, uma vez que não se relevam as circunstâncias específicas, que o pedir, nas relações de vizinhança, respeito pelas distâncias legais, não é emulativo. Na literatura vêm-se, por vezes, referências jurisprudenciais a propósito do abuso do direito, simplesmente, ora as decisões mencionadas recusam, na realidade, a ocorrência de abuso, ora são de data antiga. A esse propósito, anote-se que a pesquisa, realizada através da *GiustCiv*, de todas as decisões da *Cassit* sobre emulação ou abuso do direito, a partir de 1970, apenas permite detectar as duas, já citadas: *Cassit* 24-Jun-1971 e 7-Set-1977. Sobre a incipiência jurisprudencial do abuso do direito em Itália, vide MENZ, *Vom Schikaneverbot zum Rechtsmissbrauch* cit. (1977), 167 — o Tribunal Supremo recusou expressamente a aplicação analógica da proibição de actos emulatórios, na propriedade, a outros âmbitos jurídicos e a prática só admite exercícios abusivos quando fundados exclusivamente na intenção de prejudicar outrem — e *Comm. CIAN/TRABUCCHI* cit. (1981), 319 — a jurisprudência entende que o abuso do direito não dá lugar a um princípio geral.

(188) Foi o caso, dogmaticamente muito interessante, de *Cassit* 15-Nov-1960, FI 1961, 1, 256-261: um instituto de casas populares não agia no sentido de acucelar as partes comuns, com inconveniente para os moradores adquirentes (258); a *Cassit* entendeu ser, neste caso, o não exercício do direito, abuso do direito. A partir de reflexões suscitadas por esta decisão declara RESCIGNO ter escrito o seu trabalho *L'abuso del diritto*; cf., aí, 205. A decisão em causa mereceu a anotação *Il non uso è abuso del diritto soggettivo?*, assinada A. SCALOJA, FI 1961, 1, 256-258, fortemente discordante. Em termos coloridos, A. SCALOJA diz, no essencial, que, sendo o direito subjectivo *facultas agendi*, não pode haver abuso no não uso. A solução pretendida pelo Supremo Tribunal italiano poderia ter sido obtida com recurso a outros esquemas, incluindo a boa fé; retira-se, porém, que, para A. SCALOJA — o qual não põe essa hipótese — do abuso do direito e dos princípios que o informem, não podem emergir deveres de actuação. A incipiência é clara.

situação que, pelo prisma da Ciência do Direito, é de grande eloquência, não se vislumbra, nas poucas decisões judiciais italianas consagradas ao abuso do direito, um esforço tendente a transcender o estádio da emulação ou uma referência, ainda que sucinta, a princípios orientadores, entre os quais a boa fé<sup>(187)</sup>.

IV. O abuso do direito (não) é um instituto comum. A ideia de que seja possível actuar, no seio da permissão jussubjectiva, por forma abusiva, transcede a mera contingência: é um fenómeno jurídico, um elemento da Ciência do Direito ou, se se quiser, um modo de pensar dos juristas. O seu sucesso (não) depende, pois, de consagrações legislativas — decaí, recorde-se, nos Direitos suíço e italiano, apesar de as respectivas codificações assumirem posições diversas. E daí, também, que, salva a divergência entre as segunda e terceira sistemática, não seja de esperar grandes diferenças entre as doutrinas que compartilham a mesma cultura jurídica: a Ciência Jurídica (não) tem fronteiras nacionais: tão só jurisdicionais<sup>(189)</sup>.

Ocorrendo, como ocorre, uma decadência acentuada do abuso do direito no domínio das codificações tardias, é de esperar que o mesmo suceda nos âmbitos das próprias primeira e segunda codificações. E sucede, embora em termos diferenciados.

Em França, a decadência do abuso do direito cifra-se, doutrina-riamente, na sua recondução à responsabilidade. Um certo positivismo, coadjuvado pelas razões estruturais que inviabilizaram uma utilização profíqua de certas cláusulas gerais, entre as quais a boa fé<sup>(191)</sup>, levou, desde cedo, a que o art. 1382 do Código Napo-

(187) Chamando a atenção para o facto da jurisprudência recente — em 1965 — fazer confusão entre emulação e abuso do direito, RESCIENO, *L'abus del diritto* cit., 209. Mas isso sucede, também, quer em relação à jurisprudência muito anterior ao trabalho de RESCIENO, quer à posterior; recorde-se, todas da Casle, 16-Nov.-1931, FI 1932, 1, 99, 1-Abr.-1936, FI (R) 1936, 1701, 5-Out.-1948, GiurComp/CasCiv, 1948, 3, 727, 14-Jan.-1964, GiustCiv 1964, 38, 24-Jan.-1971, GiustCiv 1971, 1077 e 7-Set.-1977, GiustCiv 1977, 1580. Nestas diversas decisões falta, ainda, qualquer referência à boa fé; boas costumes, função social e económica do direito ou a princípios similares. A própria doutrina só por excepção — p. ex., SAV. ROMANO, *Abuso del diritto* cit., 168 e RESCIENO, *L'abus del diritto* cit., 279, este último, aliás, em contexto que revela a pura osmose alemã — refere a boa fé a propósito do abuso do direito.

(189) Mesmo essas cessam a um nível de maior abstracção, face à ponderação de uma praxe jurídica. Têm assim, sido apontadas similitudes entre o *Common Law* e o *Civil Law*, cf. FERMANO JOSÉ BRONZE, «*Continentalização do Direito Inglês ou cristianização do Direito Continental?*», Supl. 22 BFD 1975 (mas 1981), 1-234 (158 ss., 160, p. ex.).

(191) *Supra*, n.º 33.

leão fosse apontado como base legal da repressão do abuso<sup>(192)</sup>.

O apagamento — mesmo técnico — em que incorreu o direito subjectivo, depois das exacerbações liberal e neo-liberal, quebrou parte da atracção suscitada pelo termo «abusos». A incapacidade técnica de, finalmente, reconduzir o abuso a vectores evolutivos implícados, com efectividade, na resolução de casos concretos, retirou-lhe um papel de relevo nas saídas para problemas novos. Nos sistemas de exposição civil, o abuso do direito (foi) reduzido a um tema ou subtema da responsabilidade civil<sup>(193)</sup>. Mantêm-se, como era de esperar, referências translativamente repetidas de tratado em tratado sobre as origens do abuso, as decisões judiciais que o fundaram, e as posições inevitáveis de PLANIOL, sobre a logomaquia da expressão e de JOSSERAND, sobre a relatividade dos direitos<sup>(194)</sup>. Nada mais se faz, porém, de seguida, do que aplicar, aos casos antigos, os esquemas da falta (e) da responsabilidade civil.

Mais do que a própria doutrina, a situação jurisprudencial acentua a decadência do abuso do direito: faltam nos últimos anos, decisões judiciais que o apliquem ou, de algum modo, o tenham em conta<sup>(195)</sup>.

V. Um desenvolvimento técnico insuficiente perdeu, em França, o abuso do direito. Na Alemanha, factores técnicos submergiram-no. Recorde-se que, além-Reno, o abuso foi reconduzido à boa fé, na

(192) FERD, *Frankfurter* cit., 1 C 50 (1, 193).

(193) P. ex., AUBRY/RAU/ESMÉN, *D. c. Français 6<sup>e</sup>* cit., (1951), § 444 bis (459, *maxime*); NRDalloz<sup>2</sup> (1962), *Abus du droit* n.º 10 (22) — a aplicação prática do abuso do direito é a responsabilidade civil; MAZEAUD/TUNG, *Tr. th. et prat. respons. civile* cit., 1<sup>o</sup> (1957), n.º 547 (623) e 1<sup>o</sup> (1965), n.º 564 (651) — o abuso do direito é, apenas, um problema de falta; DE LA MORANIERE, *D. civile* cit., 2<sup>a</sup> (1966), n.º 604 (331) — remete aos arts. 1382 e 1383; CARONNIER, *D. civile* cit., 2<sup>e</sup> (1967), 619 — ao art. 1382! O facto de o abuso do direito poder comportar soluções outras do que a da responsabilidade civil — por ex., a invalidade — não era desconhecida dos autores franceses — assim, PLANIOL/REBERT/ESMÉN, *Tr. pratique 6<sup>e</sup>* (1952), n.º 578 (809): não foram, porém, retiradas consequências.

(194) Assim REUTZEN, *Rechtswissenschaft* cit., 5, sintetizando a doutrina francesa sobre o abuso do direito, aponta, apenas, duas posições: a de o reconduzir à falta e a de o considerar ilógico.

(195) Uma pesquisa pelas colectâneas de jurisprudência francesas, designadamente o DS, com incidência especial nos últimos dez anos, não permite localizar qualquer decisão reportada ao abuso do direito. Esta ausência pode ser confirmada pelas recolhidas específicas em CAPRANT/WHEIL/TERRÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*<sup>5</sup> (1970), 323 = 6 (1973), 380-382, a última sentença relativa ao abuso data de 1937.

següência de uma evolução. No espírito da terceira sistemática e doutrina subsequente, o abuso do direito funcionava, porém, não como partida para soluções dele deduzidas, mas como chegada induzida de várias subfiguras, solidamente ancoradas na prática e investidas, em estilo monográfico, com profundidade. Essas subfiguras fundam-se, todas, na boa fé e, na sua aplicação, dispõem de canais próprios. Apaga-se o abuso do direito: não dá cobertura a soluções reais — fá-lo a boa fé — nem as faculta — fazem-no as subfiguras referidas. Ao abuso queda apenas o mérito da figura ordenadora intermédia: permite agrupar, em tratados e comentários, subfiguras ligadas à boa fé mas que, dentro do vasto campo desta, são de artimação difícil (196). Ficam ressalvadas as referências histórico-dogmáticas do estilo, embora, nestas, se registre uma vitalidade inexistente em França (197).

A doutrina mais recente parece acusar, embora de modo ainda implícito, o fenómeno em curso. ROTH considera o «abuso do direito» e o «exercício inadmissível de direitos» demasiado estreitos para darem ideia do desenvolvimento jurídico actual (198); TEBNER requer uma diferenciação da fórmula unitária «abuso do direito» (199); JÜRGEN SCHMIDT tem o princípio do exercício inadmissível por dogmaticamente insatisfatório (200).

VI. Ausente, progressivamente, da jurisprudência, o abuso do direito tende a confinar-se a aspectos teóricos, embora interessantes. Não se infra, porém, desse facto, que o abuso do direito não possa apresentar interesse prático, sobretudo nas ordens jurídicas que, situando-se, como a portuguesa (201), depois de 1966, na órbita jurídica alemã, não alcançaram, ainda, um certo número de

(196) Este fenómeno reporta-se, sobretudo, aos comentários. Nos manuais, o abuso é, porventura, tratado com discreção ainda maior: faz-se-lhe uma referência a propósito dos direitos subjectivos ou do seu exercício, enquanto as suas aplicações mais importantes aparecem no D. das obrigações, quando se fala na boa fé. Assim, p. ex., LAURENZ, *Allg. Teil's* cit. (1980), 203-206 e *SchuldR/AT's* cit. (1982), 122-123.

(197) Bem como construções-síntese que postulam, no entanto, todo um progresso perfeitico prévio, assim, ESMER/SCHMIDT, *SchuldR/AT's* (1975) 1, 45-58 e REBE, *Der Wandel des Mistandbegrißs als Ausdruck eines veränderten Rechtsdenkens*, JA 1977, 6-11.

(198) *Manich-Komm* cit. (1979), § 242, n.º 229 (132).

(199) AK/BGB cit. (1980), § 242, n.º 39 (54).

(200) STAUDINGER/SCHMIDT, BGB12 cit. (1981), § 242, n.º 643 (212).

(201) E como a grega, à qual, por ter influenciado decisivamente o art. 334.º, será feita referência infra, 711-717.

aplicações importantes, ligadas à boa fé. Os seus primas teóricos constituem, por outro lado, um banco de ensaio interessante para a Ciência do Direito. Estes dois campos vão ser ponderados.

67. O art. 334.º como recepção da terceira sistemática; necessidade de uma análise prévia de actos abusivos, em tratamentos típicos

I. O Código de Seabra consagrava, no seu art. 13.º, por forma expressa, a regra *qui suo iure utitur neminem laedit* (202). Seria, pois, de esperar dificuldades no reconhecimento jurisprudencial e doutrinário da teoria do abuso do direito (203). O rigor do brocardo era, contudo, minorado por outras disposições do mesmo Código (204); mas nenhuma ia tão longe que indicasse uma aceitação clara da proscricção do abuso. A doutrina, por influência estrangeira, em especial francesa, e a jurisprudência, pela necessidade de compor litígios em que uma das partes, de modo gritante, utilizava o seu direito prejudicando outrem, vieram paulatinamente, a condenar práticas abusivas (205). O abuso do direito obteve, assim, uma

(202) Cf. STEBERT, *Verwirkung* cit., 62-63.

(203) TEIXEIRA DE ABEVU, *Curso de Direito Civil* (1910), 213, onde se diz que, contrariando o Direito anterior, o Código de Seabra teria eliminado a possibilidade de indemnização por emulação e *Da constituição de chaminhés*, BFD 11 (1930), 171-204 (199-200), onde, citando RCh 26-Mai.-1928, BFD 11 (1930), 133-171, que condenara um proprietário a elevar de metro e meio uma chaminé que emnia fumos incómodos para o vizinho-autor, embora sem mencionar o abuso do direito, T. ABEVU opina, de novo, que o Código Civil eliminara, em geral, a doutrina da emulação; ГУПНЕРЖЕ МОУРИНА, *Instituições* cit., 1 (1908), 633, considerando não proibit a lei portuguesa os actos emulativos, numa posição já desenvolvida em *Estado sobre a responsabilidade civil*, RLJ 39 (1906), maxime 339 e que reaparece na RLJ 44 (1912), 460-462 (461-462), em resposta a uma consulta, de autoria provável, pelo conteúdo, do mesmo G. МОУРИНА: decisivo, nestes três escritos, para pôr em dúvida a emulação e o abuso do direito, foi o art. 13.º CS.

(204) Assim os art. 14.º, 15.º, 141.º, 363.º 364.º, 229.º, 2361.º e o próprio art. 13.º. Cf. STJ 27-Jan.-1933, RLJ 65 (1933), 381-382, a primeira decisão do Supremo a apontar o abuso do direito como figura admissível à luz do Direito português vigente, bem como TITO ARANTES, *Do abuso do direito e da sua repercussão em Portugal* (1936), 91 ss. e GÁNDARA DE OLIVEIRA, *Da teoria do abuso do direito em face do Código Civil português*, GADARLD 12 (1942), 13-18 (15 ss.).

(205) Favoráveis à proibição do abuso do direito manifestaram-se: JOSÉ TAVARES, *Princípios fundamentais* 2º cit., 1, 540 (542-543), CUNHA GONÇALVES, *Tratado* cit., 1, 423 ss. e CABRAL DE MONCADA, *Ligeis* 3º cit., 2, 354; estes autores esforçam-se por comprovar que o