

ABUSO DO DIREITO, VELHO TEMA, SEMPRE ATUAL

PAULO DOURADO DE GUSMÃO,
profesor de la Universidad de Río de
Janeiro, Brasil

O abuso do direito foi a solução encontrada pela doutrina e pela jurisprudência para impedir atos condenados pela consciência jurídica, pela justiça e pelo novo direito, permitidos pela letra de códigos individualistas, que vinham resistindo aos novos tempos, sem serem adaptados ao período de insegurança que se iniciou na primeira década do século atual, agravado com a desarticulação e desorganização da economia européia provocada pela I Guerra Mundial, que, quando parecia convalescer, foi, em 1929, atingida rudemente, provocando o colapso dessa economia e da americana. Desde então a Civilização Européia mudou, enterrada que estava definitivamente a Era vitoriana.

Mas, apesar de tal mudança social e do deslocamento do pólo da vida jurídica do indivíduo para a coletividade, o Código Civil francês (*Code Napoléon*) de 1804 e o Código Civil alemão (BGB) de 1900 continuavam de pé, desafiando a nova ordem social e econômica européia oriunda da crise de 29. Vigentes, apesar de em choque com tal realidade, a doutrina e a jurisprudência foram forçadas a construir nova forma de ilícito: abuso do direito. Talvez por isso — e só por isso — tenha razão Rotondi¹ quando vê no abuso do direito exclusivamente um fenômeno social, decorrente das transformações da vida econômica e social, que fazem como que o ato permitido pela lei seja condenado pela consciência jurídica, sem ter, entretanto, “lugar no sistema dogmático do direito positivo”. Antes de Rotondi, em 1899, com outros fundamentos, Planiol,² em seu *Traité*, insurgiu-se contra a doutrina do abuso do direito, considerando ser a fórmula “abuso do direito” uma “logomaquia”. É, escreve Planiol, “preciso não nos deixarmos enganar pelas palavras: o direito cessa onde o abuso começa, não podendo haver uso abusivo de um direito pela razão irrefutável de não poder ser, ao mesmo tempo, um mesmo ato conforme ao direito e contrário ao direito”. Na mesma época, na Itália, Ferrini fez a mesma crítica à doutrina do abuso do direito. Em 1910, Coviello a repete, considerando estar a anormalidade do uso

¹ Rotondi, “L’abuso del diritto”, *Rivista di Diritto Civile*, 1923, pp. 105-128, 209-352 e 417-457.

² Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*. Paris, dixième éd., 1926, vol. II, n. 871, p. 298.

do direito “sempre dentro dos limites do direito, tal como está reconhecida pela lei”.³

Compreensíveis as críticas de Planiol, Ferrini e Coviello se situadas na época em que foram formuladas, 1899-1910, no final da Era vitoriana.

Causa, entretanto, espanto o combate feito a essa teoria por Duguit que defendeu a substituição da noção de direito subjetivo pela de direito-função. Repetiu a clássica crítica de Planiol, acabando por reconhecer ser difícil colocar a fronteira entre o abuso e o direito, por ser difícil determinar onde acaba o direito e começa o abuso.⁴ Dificuldade que Ripert⁵ pensa só poder ser vencida com uma clara concepção do dever moral, porque, sem tal conscientização seria impossível ao juiz “julgar se há abuso do direito”, por ser o abuso do direito, segundo Ripert, o uso do direito permitido pela lei, mas condenado pela moral, isto é, modo de dar a “aparência de direito a ato que é um dever não realizar”. Desde que “se tire da teoria do abuso do direito o seu fundamento moral cai-se, escreve Ripert, nas mais perigosas fantasias da opressão social”.

Mas, a questão não é o fundamento moral da equiparação ao ato ilícito do abuso do direito, mas a base jurídica de tal equiparação. Questão não resolvida com a redução do abuso do direito ao ato emulativo, como fez Noto Sardegna⁶ ainda na Era vitoriana e como fez, em plena crise mundial, Bonnecase, no *Supplement au Traité Théorique et Pratique de Droit Civil* de Baudry-Lacantinerie. Tais autores estavam sob a influência do § 226 do BGB, que proíbe o exercício do direito “quando tiver por escôpo único causar dano a outrem”.

Coube a Porcherot,⁷ no começo do século, ainda na última década da Era vitoriana, formular a teoria teleológica do abuso do direito. Para Porcherot, no abuso do direito o ato está dentro dos limites objetivos do direito, sendo, porém, abusivo por se destinar a um fim diverso daquele que teve em vista o legislador. Assim, no abuso do direito o titular desviar-se-ia, segundo Porcherot, da destinação normal para a qual fôra instituído o direito: *on detourne, pour ainsi dire, son droit de la destination normale pour laquelle il a été créé*. O abuso do direito, prossegue Porcherot, “distingue-se do ato praticado sem direito por uma idéia de finalidade e de objetivo almejado”. Faz-se depender, desde então, da finalidade, ou melhor dos motivos e da intenção do titular a caracterização da normalidade ou da anormalidade do uso dos direitos, rompendo-se assim com uma tradição dominante na ciência do

³ Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*. Milano, 1915, 2ª ed., § 153, p. 492. Na p. 493, na nota 1, escreve Coviello: “È bene però notare che *in iure condendo* sarebbe utile porre all'esercizio de diritti que limiti che sono reclamati dall'esigenze della morale, e della convivenza sociale.”

⁴ Compreensível a posição de Duguit somente se levarmos em conta não ter lugar em seu sistema a noção de direito subjetivo, considerada metafísica por Duguit.

⁵ Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris, 1925, núm. 92 e 103 bis

⁶ Noto Sardegna, *L'abuso del diritto*. Palermo, 1907.

⁷ Porcherot, *L'abus de droit*. Dijon, 1901.

direito, que, desde 1713, com Thomasius, fortalecida por Kant, reduz o jurídico à consideração objetiva da ação, por se considerar a indagação da intenção e das motivações do sujeito da alçada da moral; tradição comoda para um mundo dominado pela exterioridade, convencido da segurança de sua ordem econômica, que se abalou e desmorou com o simples estouro da Bôlsa de Valores de New York...

Deve-se, entretanto, a Saleilles,⁸ na *segunda edição* do estudo que fez do primeiro projeto de Código Civil alemão, o estabelecimento, em uma simples *nota* de rodapé, das bases da teoria teleológica do abuso do direito. Coube a Saleilles definir o abuso do direito como o exercício *anormal* do direito, “contrário à destinação econômica ou social do direito subjetivo, que, reprovado pela consciência pública, excede, por consequência, o conteúdo do direito; porquanto todo direito, do ponto de vista social, é relativo, não havendo direitos absolutos, nem mesmo a propriedade”. Clóvis Bevilacqua⁹ considera ter o Código Civil brasileiro de 1917, em seu art. 160, I, abraçado a teoria de Saleilles. Como autor do projeto, poderia ter tido tal intenção, porém por prescrever o supracitado artigo não constituir ato ilícito o praticado “no exercício regular de um direito” não se pode concluir ter o legislador brasileiro abraçado a doutrina de Saleilles, que, como vimos, define o abuso do direito como o exercício do direito de forma contrária a sua destinação econômica ou social. O *Anteprojeto de Código Civil* brasileiro,¹⁰ ao equiparar, em seu art. 186, ao ato ilícito o uso do direito que exceder “manifestamente os limites impostos pelo seu fim social”, filiou-se à doutrina de Saleilles, apesar de, ao considerar também ato ilícito o uso do direito que exceder os limites impostos pela “boa fé ou pelos bons costumes”, ter abraçado a solução acolhida, antes de 1939, pelo código suíço, pelo projeto franco-italiano de código de obrigações e pelo projeto do Livro IV do Código Civil italiano, abandonado pelo legislador italiano no texto definitivo, promulgado em 1942.¹¹

⁸ Saleilles *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*. Paris, 1914, 2ª ed., nota 310.

⁹ “O brasileiro (código), art. 160, I, refere-se ao exercício irregular do direito. É a doutrina de Saleilles”, in *Código Civil Comentado*, Rio de Janeiro, 1944, 7ª ed., vol. I, p. 457.

¹⁰ *Anteprojeto de Código Civil*. Ministério da Justiça, Imprensa Nacional, 1973, 2ª ed., revisada.

¹¹ O Código Civil suíço (1907) prescreve: “Toda pessoa está obrigada a exercer seus direitos e a cumprir suas obrigações segundo as regras da boa fé”; o art. 135 do Código de Obrigações polonês de 1934 e o art. 156 do anteprojeto de um Código de Obrigações brasileiro inspiraram-se no modelo suíço; o Código Civil da URSS (1923) dispõe: “Os direitos civis são protegidos pela lei, salvo quando forem exercidos num sentido contrário ao seu fim econômico e social” (art. 1); quando no uso do direito o titular causar dano a outrem excedendo os limites fixados pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social e econômico do direito, deverá repará-lo (art. 72, 2 do projeto franco-italiano.) A solução desse projeto foi adotada no Código Civil grego (art. 281) de 1946 e no Código Civil português (art. 334) de 1966.

Josserand¹² cultivou a semente lançada por Saleilles. Formulou a doutrina mais completa da concepção teleológica do abuso do direito, considerando-o a violação do espírito do direito pelo titular, que, ao assim agir, se conduziria para a ilegalidade apesar de se manter dentro da letra da lei. Para caracterizá-lo deve, diz Josserand, indagar o juiz o motivo perseguido pelo titular, por dever o egoísmo, que geralmente o comanda, estar a serviço da comunidade. Se o motivo fôr legítimo —legitimidade variável com as situações históricas— por estar ajustado ao espírito do direito e a sua missão, normal seria o uso do direito; mas, se dele estiver afastado, haveria abuso.

Assim, quando excedidos o fim econômico ou social do direito, os limites fixados pela boa fé ou pelos bons costumes ou, ainda, o espírito do direito, haveria, segundo os tratadistas e os projetos de códigos e códigos civis posteriores a 1900, abuso do direito. Scialoja, presidente da *Commissione Reale per la Riforma dei Codici*, considerou perigosos tais critérios, combatendo o art. 7º do projeto de Código Civil italiano, que prescrevia: “nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è riconosciuto”, por “atribuire un soverchio arbitrio al giudice”.¹³ Mantido, apesar da oposição de V. Scialoja, por considerar a Comissão Revisora preferível o “princípio objetivo à indagação pelo juiz da boa fé do titular, tarefa difícil e perigosa”,¹⁴ foi suprimido do texto promulgado em 1942 por adotar a comissão parlamentar as considerações da comissão presidida por Scialoja, punindo o abuso do direito em cada caso, e não com norma geral.¹⁵

Com razão, a nosso ver, estava Scialoja e a Comissão Parlamentar, porque a indagação da boa fé do titular ou do motivo que o move aumentam o arbitrio judicial. Além disso, a conceituação teleológica do abuso do direito não esgota as formas abusivas de exercê-lo cridas pela imaginação, pela malícia ou pelo egoísmo em um campo em que o interesse individual domina. Toda definição legal, além de se mostrar incompleta com o tempo, torna rígido o direito em matéria que deveria ser flexível. Por isso, pensamos, desde que se queira estabelecer norma geral, dever prescrever a lei simplesmente *constituír ato ilícito o ato emulativo e o abuso do direito*, deixando à doutrina e à jurisprudência a tarefa de caracterizá-los segundo às necessidades histórico-sociais. Outras razões justificam essa nossa posição, primeiro, o risco que comporta a rigidez de certas definições legais, que podem entorpecer a atividade do titular; segundo, a instituição do que Dabin,¹⁶ em sua crítica a Josserand, denomina de “direito dirigido”. A outra, é o momento histórico que vivemos, com a crise mundial atingindo as economias dos

¹² Josserand. *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, 1927.

¹³ *Commissione reale per la riforma dei codici. Codice Civile. Primo libro*. Roma, 1931.

¹⁴ *Ministero di Grazia e Giustizia. Codice Civile. Progetto definitivo e relazione del Guardasigilli on. Solmi*. Roma, 1936.

¹⁵ *Atti della commissione parlamentare chiamata a dare il proprio parere sul progetto del libro primo del codice civile. Delle persone*. Roma, 1937.

¹⁶ Dabin, *El derecho subjetivo*. Madrid, 1955, trad., p. 361.

ABUSO DO DIREITO, VELHO TEMA, SEMPRE ATUAL

463

países de diferentes maneiras, com pressão inflacionária sôbre todas as economias, agravada com a escassez de produtos agrícolas e com a quadruplicação do preço do petróleo, que tornam atual o velho tema, abuso do direito, que deve ser tratado com cautela pelo legislador, sem defini-lo, deixando a prudência do jurista e a vivência dos tribunais faze-lo.