

REPENSANDO
A TEORIA DO ABUSO
DE DIREITO



EDUARDO FERREIRA JORDÃO

Doutorando em Direito Público pelas Universidades de Paris (Panthéon-Sorbonne) e de Roma (La Sapienza), em co-tutela. Master of Laws (LL.M) pela London School of Economics and Political Science (LSE), da Universidade de Londres.
Mestre em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP).
Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

REPENSANDO A TEORIA DO ABUSO DE DIREITO

2ª edição

2010



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

Capa: Carlos Rio Branco Batalha
Diagramação: Caetê Coelho
Caete1984@gmail.com

Conselho Editorial

Antônio Gidi
Dirley da Cunha Jr.
Leonardo de Medeiros Garcia
Freddie Didier Jr.
Gamil Föppel El Hireche
José Henrique Mouta
José Marcelo Vigliar

Nestor Távora
Pablo Stolze Gagliano
Robério Nunes Filho
Roberval Rocha Ferreira Filho
Rodolfo Pamplona Filho
Rodrigo Reis Mazzei
Rogério Sanches Cunha

Todos os direitos reservados às Edições *Jus*PODIVM.

Copyright: Edições *Jus*PODIVM

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições *Jus*PODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.



EDITORA
*Jus*PODIVM

Rua Mato Grosso, 175 – Pituba,
CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050
E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br
Site: www.editorajuspodivm.com.br

*Para o meu avô (in memoriam),
destinatário inevitável
da minha primeira dedicatória.*



SUMÁRIO

NOTA À SEGUNDA EDIÇÃO	9
AGRADECIMENTOS	11
PREFÁCIO	13
CAPÍTULO I	
INTRODUÇÃO.....	15
CAPÍTULO II	
A LINGUAGEM E A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.....	23
2.1 A interpretação jurídica e o abuso de direito.....	23
2.2 O auge da interpretação estritamente lógico-litera- l: a Escola de Exegese.....	24
2.3 O ocaso da interpretação estritamente lógico-litera- l	27
2.4 A imprecisão e a ambigüidade das expressões.....	30
2.5 A “textura aberta” de Friedrich Waismann.....	35
2.6 As conseqüências da “textura aberta” na interpretação dos textos normativos	37
2.7 O anseio de “relativização dos textos normativos” e a dupla acepção desta expressão.....	40
2.8 Norma e dispositivo normativo.....	42
2.9 O método jurídico adotado	44
CAPÍTULO III	
O DIREITO SUBJETIVO E A SUA ESTRUTURA NORMATIVA.....	47
3.1 A importância do estudo preliminar do direito subjetivo	47
3.2 A possibilidade de abuso de outras prerrogativas jurídicas	48
3.3 Direito objetivo e direito subjetivo	50
3.4 As teorias explicativas do direito subjetivo	51
3.5 A licitude. A aquisição e o conteúdo do direito subjetivo	65
3.6 A delimitação do direito subjetivo	68
CAPÍTULO IV	
A ORIGEM DA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO	73
4.1 A relevância da pesquisa histórica	73
4.2 A distinção entre “noção” e “teoria”	74
4.3 As célebres decisões dos tribunais franceses.....	75

4.4	A origem da noção do abuso de direito	76
4.5	A origem da teoria do abuso de direito	79
CAPÍTULO V		
	A EVOLUÇÃO DA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO	83
5.1	Considerações preliminares	83
5.2	A “concepção tradicional” do abuso de direito	84
5.3	A tese do conflito de direitos (ou do dano mais relevante).....	90
5.4	A tese do “conflito de sistemas” ou da inexistência de fundamentos jurídico-dogmáticos	94
5.5	A tese do abuso como violação à funcionalidade social do direito subjetivo.	103
5.6	A tese dos limites externos e internos de um direito subjetivo	110
5.7	A tese do abuso de direito como violação ao valor imanente a um direito subjetivo	115
CAPÍTULO VI		
	A NOSSA CONCEPÇÃO DO ABUSO DE DIREITO	119
6.1	O abuso de direito como ato ilícito	119
6.2	A específica norma violada: o princípio da boa-fé	123
6.2	O equívoco terminológico. A impossibilidade de “abusar de um direito”	131
6.4	A relevância da teoria do abuso de direito	136
6.5	As conseqüências da positivação	150
CAPÍTULO VII		
	CONCLUSÃO	159
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	163

NOTA À SEGUNDA EDIÇÃO

Esgotada a tiragem inicial deste livro, a editora JusPodivm me sugeriu o lançamento da sua segunda edição, com alterações gráficas e editoriais. Ao aceitar a proposta, fiz a ressalva de que não me seria possível revisar o texto, em razão de compromissos relativos ao meu doutoramento. O conteúdo deste livro, portanto, é rigorosamente o mesmo da 1ª edição.¹

Se voltasse hoje ao tema, muita coisa faria diferentemente, tanto em estilo como em conteúdo. A tese fundamental, no entanto, permaneceria a mesma: o abuso de direito é o ato ilícito promovido sob *aparente* titularidade de direito, sendo possível reprimi-lo com recurso exclusivo ao direito positivo, que não lhe dá guarida.

À parte isto, parece-me que o trabalho segue tendo o mérito de apresentar um inventário sistematizado das principais considerações doutrinárias sobre o assunto, com as críticas que lhes fiz e que ainda me parecem pertinentes.

Quaisquer comentários a este ou outros trabalhos de minha autoria seguem sendo muito bem-vindos e podem ser enviados diretamente a mim, através do e-mail abaixo.

Roma, Fevereiro de 2010

EDUARDO JORDÃO
efjordao@terra.com.br

1. Este livro corresponde à monografia de conclusão do curso de graduação do autor. Ela foi apresentada no dia 1º/09/2004, na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, tendo obtido a nota máxima. A banca examinadora foi composta pelos professores Marília Muricy Machado Pinto (orientadora), Celso Luiz Braga de Castro, Fredie Souza Didier Jr. e Paulo Eduardo Garrido Modesto.



AGRADECIMENTOS

À minha querida professora Marília Muricy, mestre de rara erudição e ciência, pela valiosa orientação deste trabalho.

Ao meu caro amigo e mestre Fredie Didier, exemplo de seriedade e competência como jurista, professor ou advogado, pelo grande incentivo à minha carreira e pela honra de prefaciar a minha primeira publicação.

Ao professor Pascal Ancel, da Faculté de Droit de l'Université de Saint-Etienne, especialista no tratamento do Abuso de Direito na doutrina francesa, pela desinteressada ajuda com a bibliografia européia.

Aos meus bons amigos Artur Ferrari, Eusébio Carvalho e Camilo Matos, pela paciência na leitura dos originais e minuciosa crítica às suas imperfeições.

À minha querida Tarcila, não só pela compreensão das horas roubadas de seu convívio, como pelo apoio incondicional e constante à minha dedicação intelectual.

A Deus e aos meus pais, por todas as razões do mundo.



PREFÁCIO

Antes de apresentar o livro de Eduardo Jordão, preciso esclarecer algumas coisas.

Eduardo não foi meu aluno. Também não foi meu contemporâneo de faculdade. Conheci-o de uma maneira inusitada.

Por questões administrativas, a Faculdade de Direito da UFBA não tinha, até 2004, adotado a exigência da monografia como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito. O aluno que quisesse, porém, poderia solicitar a instauração de banca para que pudesse defender a sua monografia. Não era, repita-se, uma exigência.

Como se deve imaginar, poucos foram os alunos que, desde 2000, se submeteram a essa avaliação (o total, até 2004, não chegava a dez).

Eduardo Jordão foi um deles.

Por motivos que até hoje desconheço, Eduardo procurou-me na universidade e pediu-me para que participasse da sua banca, se eu reputasse o seu trabalho como suficiente para isso. Pediu-me, também, que fizesse uma leitura prévia, sugerindo aquilo que reputasse conveniente. Como disse, eu não o conhecia.

Pois bem.

Li o trabalho. Fiquei impressionado. Desde 1998, quando comecei a dar aulas, não tinha visto nenhum estudante de Direito na Bahia com o talento de Eduardo. O trabalho era um exagero (falei isso para ele na argüição oral). Poderia ser apresentado como tese de doutoramento, tranqüilamente, em qualquer universidade do Brasil ou de fora, pois, poliglota, Eduardo consegue transitar com muita desenvoltura pela doutrina estrangeira, que compõe parcela significativa da bibliografia utilizada.

A escolha do tema não poderia ser mais apropriada: abuso de direito, um clássico. A abordagem é impecável. O seu rigor científico é raro. A coerência e o domínio da teoria geral do direito, *idem*. O conteúdo do livro fala por si – leia-o, leitor, e verá que não estou exagerando.

Como diria um sábio popular: “o bom jogador se conhece pelo arrear das malas”. Eduardo foi talhado para ser jurista. Será, certamente,

EDUARDO FERREIRA JORDÃO

um dos maiores da nossa terra. E eu poderei ufanar-me de ter sido seu primeiro examinador e de ter prefaciado o seu primeiro livro.

Salvador, quarta-feira de cinzas do carnaval de 2005.

FREDIE SOUZA DIDIER JR.

Professor da Universidade Federal da Bahia.

Doutor em Processo Civil pela PUC-SP.

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

França, 1855. Dentro dos domínios de sua propriedade, o sujeito ergue uma chaminé enorme e falsa. Não há liberação de fumaça. O aparato não lhe traz qualquer benefício: visa unicamente a tapar a janela principal do vizinho, de modo a cercar-lhe o acesso à luz e ao vento.² Inconformado, este último vai à Justiça para pleitear a demolição da falsa chaminé, além de indenização pelos danos que teria experimentado. Em sua defesa, o proprietário é enfático: apenas exerceu o seu direito, sendo-lhe lícito gozar de sua coisa “da maneira mais absoluta”³ e construir o que melhor lhe aprouver dentro do seu território – *neminem laedit qui suo jure utitur*.

Para fundamentar a repressão a condutas como essas e evitar a chancela jurídica de atos maliciosos perpetrados “no exercício de um direito”, a doutrina francesa elaborou a chamada *teoria do abuso de direito*. Trata-se, pois, de elaboração doutrinária com o objetivo de conceder subsídios para o combate aos atos abusivos.⁴ Em última análise, explicar *o que é o abuso de direito* é expor as razões pelas quais atos como estes devem ser reprimidos.

É evidente que a matéria permite enfoques vários e muito diferentes. A abordagem deste trabalho, todavia, será eminentemente teórica. O objeto de nosso interesse é, apenas, a *construção científica* da teoria do abuso de direito. É este o tema da monografia.

-
2. O relato corresponde ao chamado “affaire de la fausse cheminée”, considerado por muitos autores o primeiro caso de abuso de direito apreciado pela jurisprudência francesa. Para maiores detalhes, v. cap. 4.
 3. A expressão é do art. 544 do bicentenário Código Civil Francês: “*La propriété est le droit de jouir et disposer de choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*”.
 4. CASTANHEIRA NEVES resume a perplexidade que motivou a elaboração doutrinária: “*Logo se pôs ao pensamento jurídico a questão de saber em que termos era possível compreender estas decisões que, sem invocarem a falta de direito ou sem argüírem a sua nulidade, e antes pressupondo um direito subjectivo válido, anulavam ou de qualquer modo se opunham ao seu exercício em certas condições, aquelas que qualificavam de abusivas. (...) Tudo estava em saber de que modo exactamente devia ser entendida e qual o seu correcto tratamento jurídico*” (in *Questão-de-facto - Questão-de-direito*, p. 513).

Não que os outros aspectos do problema sejam desimportantes. A restrição operada decorre de uma exigência metodológica. Para alcançar o objetivo de aprofundar as considerações que envolvem o assunto, a limitação da abordagem impõe-se de maneira inafastável. A maior prova da complexidade específica do nosso restrito objeto de estudo é a diversidade das tantas teses que ele tem suscitado, ao longo de pouco mais de um século.⁵ O tratamento sistemático delas já compreende uma série de relevantes questões jurídicas, exigindo restrição para que se possa examinar com profundidade. A multiplicidade de objetos de análise que envolveria o desenvolvimento dos demais aspectos referentes ao abuso de direito acabaria por resultar em uma análise superficial não desejada.

Por estas razões é que nos ocuparemos especificamente da elaboração científica da teoria, o que será feito através de análise e crítica das teses que pretenderam estabelecer os fundamentos da repressão aos atos abusivos.

Uma das primeiras destas teses expunha a idéia de que o ato abusivo, embora fosse conforme ao direito subjetivo, seria contrário ao direito objetivo.⁶ Não foram poucos os que se satisfizeram com esta explicação, nem são raros aqueles que continuam a utilizá-la. No entanto, a inquietação que a sucedeu e o conteúdo das objeções que lhe foram opostas demonstraram-lhe a insuficiência. Por esta razão, autores de diversos países empreenderam inúmeras tentativas de reconstruí-la. Tantas foram elas, aliás, que motivaram a sutil advertência de Milivoié Markovitch, para quem “cada autor tem sua própria concepção do abuso de direito”.⁷ Assimilada a *boutade* e constrangidos embora, devemos somar-nos ao grupo. É que estas teses supervenientes, se bem que superem a contento algumas imperfeições da concepção primordial, ainda não concedem satisfatória explicação da teoria em voga.

5. Marcos GESTRI aponta que: “*La dottrina si è prodigata nello sforzo di elaborare una nozione dogmatica unitaria di abuso del diritto. Lesame dei più importanti contributi dottrinali, tanto degli studiosi degli ordinamenti interni quanto dei cultori del diritto internazionale, evidenzia nondimeno una eterogeneità degli elementi che, a parere dei vari autori, dovrebbero caratterizzare la figura*” (in “Considerazioni sulla teoria dell’abuso del diritto alla luce della prassi internazionale”, p. 09).

6. Conforme será visto mais detalhadamente no cap. 5, esta foi uma das teses defendidas por Louis JOSSERAND, um dos maiores entusiastas da teoria em estudo.

7. *Apud* Carlos Fernández SESSAREGO, *Abuso del derecho*, p. 06.

Seria possível dividi-las entre (a) as eminentemente dogmáticas e (b) as preponderantemente zetéticas. Naquelas, tende-se a buscar respostas aos atos abusivos dentro da ordem jurídica positivada; nestas, assume-se a licitude ou a conformidade deles ao direito posto, mas pugna-se pela necessidade de relativizar os comandos normativos, por razões de ordem social ou moral.

A tese que se procurará defender nesta monografia é a de que há resposta dogmática para o abuso de direito. Pretende-se demonstrar que a sua repressão é plenamente justificável a partir do direito objetivo, aceitando as suas proposições e fazendo-as premissas da construção científica. Neste sentido é que se pode dizer que se adotará um método dogmático.⁸ A respeito deste ponto de vista investigativo, o professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior ensina que

o jurista, em termos de um estudo estrito do direito, procura sempre compreendê-lo e torná-lo aplicável dentro dos marcos da ordem vigente. Esta ordem, que lhes aparece como um dado, que eles aceitam e não negam, é o ponto de partida inelutável, dentro do qual eles podem explorar as diferentes combinações para determinação operacional de comportamentos jurídicos possíveis.⁹

Neste ponto, é importante advertir que o enfoque dogmático não leva necessariamente em consideração um ordenamento *específico* e *concreto* – pode também reter-se apenas abstratamente às determinações de um sistema jurídico hipotético. É neste último sentido que desenvolveremos as observações desta monografia. É que a intenção não é delimitar os exatos contornos da teoria do abuso de direito *nesta* ou *naquela* ordem jurídica; antes, pretende-se esclarecer pontos obscuros da teoria e fornecer elementos para que se compreenda a influência que nela causam os comandos explícitos ou implícitos de *qualquer* sistema dado.

8. Niklas LUHMANN observa que “*la característica más importante en el concepto de la dogmática para la comprensión habitual es la prohibición de la negación: la no-negabilidad de los puntos de partida de las cadenas de argumentación*” (in *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, p. 28). Observe-se que o “princípio da proibição da negação” se refere às premissas da construção, e não à construção ela mesma. Esta possui uma espécie de “liberdade limitada”. Daí se sustentar que a dogmática “aumenta as incertezas de modo controlado”. A sua função é o controle da consistência da decidibilidade. Ou seja, a função da dogmática não *consiste* na inegabilidade dos pontos de partida, mas apenas *depende* dela (cf. Tércio Sampaio FERRAZ JR., *Função social da dogmática jurídica*, pp. 96-99).

9. Tércio Sampaio FERRAZ JR., *Introdução ao estudo do direito*, p. 48.

Além disso, insta sublinhar que a opção *metodológica* adotada no presente trabalho não implica semelhante escolha *ideológica*. Deveras, não se pretende afirmar as vantagens do dogmatismo como posição ideológica em face do Direito, não se quer defender o reducionismo normativo do fenômeno jurídico. O fato é que, quando menos, a rigorosa pesquisa dogmática servirá a descobrir os comandos que emanam da ordem jurídica vigente.¹⁰ E se se defende que a ciência jurídica tem evoluído no sentido de valorização de propriedades não normativas do direito, isto não pode significar a desnecessidade de conhecimento do que está positivado. Há que se desvendar o ordenamento jurídico até mesmo para que se possa relativizá-lo.¹¹

Esta distinção entre a dogmática como método e como ideologia precisa ser devidamente esclarecida. A ela, Norberto Bobbio dedica diversas páginas do seu “Positivismo Jurídico”, traçando as distinções entre (a) positivismo ideológico (ou ético), (b) positivismo teórico e (c) positivismo metodológico. O primeiro deles corresponde à caricatura do positivismo, à idéia do dever absoluto ou incondicional de obedecer à lei enquanto tal, ou de identidade entre legalidade e justiça.¹² O último, em revanche, é apenas a adoção de um enfoque investigativo, consequência de um corte epistemológico.

Lamentavelmente, sob a justificativa dos males do positivismo ideológico, tem-se abandonado o rigorismo metodológico e o desenvolvimento de construções lógico-jurídicas, como se estas últimas fossem exclusivas daquele. Não é exagero afirmar que a tentativa da resposta “metajurídica” provoca uma espécie de “relaxamento” do jurista, que não se esforça para interpretar o ordenamento jurídico e dele extrair soluções igualmente satisfatórias.

10. José de Oliveira ASCENSÃO observa que “o que se deve rejeitar não é a dogmática em si, que é tarefa indispensável, mas sim a utilização que da dogmática se pretendeu fazer” (in *O Direito*, p. 433).

11. Em sentido semelhante, Tércio Sampaio FERRAZ JR., *Função social da dogmática jurídica*, p. 83.

12. É importante advertir que a posição doutrinária do Positivismo Ideológico (ou Ético) é muito rara, não tendo sido adotada nem mesmo pelos ditos positivistas clássicos, como KELSEN ou HART. Norberto BOBBIO observa que “a versão extremista [do positivismo] (...) é própria mais dos sustentadores, dos adversários do positivismo jurídico: é principalmente um alvo conveniente, uma “cabeça de turco que os antipositivistas criaram para conduzir mais facilmente sua polêmica” (in *O positivismo jurídico*, p. 230).

De outra parte, cumpre ressaltar o valor argumentativo da pesquisa dogmática. As constatações deste jaez têm o benefício de serem objetivamente comprováveis. E por aí, ao tempo em que convencem mesmo aos que lhe são mais incrédulos e refratários, evitam a insegurança e a fluidez das construções que lhe são exteriores.¹³ É fato: a abstração decorrente das construções zetéticas do abuso de direito atuam em duas frentes; ora dificultando-lhe a aplicação, ora sendo utilizada como veículo das aspirações ideológicas pessoais do intérprete.

Neste sentido, demonstrar a sede dogmática ou positiva da repesão aos atos abusivos é elevar a relevância da teoria em estudo, dando-lhe maior objetividade e, conseqüentemente, maior aplicabilidade.

Em síntese, a investigação científica procedida neste trabalho tem o escopo de responder as seguintes questões: (i) o abuso de direito pode ser compreendido e sancionado em termos de direito positivo? (ii) Qual a configuração jurídica dos atos abusivos? (iii) Qual o fundamento da sanção a estes atos? (iv) Quais conseqüências resultam da previsão explícita das hipóteses de abuso de direito em um determinado ordenamento?

Para tanto, a monografia é composta de sete capítulos, sendo o primeiro deles de introdução e o último, de conclusão. O segundo e o terceiro capítulos têm o objetivo de estabelecer premissas e edificar as bases a partir das quais será analisada a teoria do abuso de direito e sobre as quais ela será reconstruída. No início de cada um deles, poderá parecer ao leitor que o autor tenha perdido o foco, descurado da objetividade. Não é o caso. Logo se verá que as “divagações” serão necessárias para a concretização das premissas a serem utilizadas. Não é bastante anunciar as ferramentas que serão empregadas, é preciso justificar-lhes o emprego.

Inicia-se a monografia sob o enfoque hermenêutico. A idéia é caracterizar a improcedência absoluta da interpretação meramente lógico-litera e daí extrair os alicerces da ciência da interpretação jurídica hodierna. A

13. A este respeito, já advertiu sensatamente Orlando GOMES que “a extensão dada à teoria do abuso de direito tem determinado exageros contra os quais se levanta a voz sensata de eminentes juristas. A sedução que a teoria exerce sobre os espíritos, por seu teor moralizante, está conduzindo a extremos condenáveis. Válida, assim, a advertência de que o jurista deve precatar-se contra “as generalizações puramente sentimentais” (in *Introdução ao direito civil*, p. 134).

passagem é imprescindível: se se pretende caracterizar o abuso de acordo com as disposições de um ordenamento jurídico, é necessário saber interpretá-lo. Será analisado o tão prolapado fenômeno da “relativização dos textos normativos”, e o leitor perceberá que, sob esta denominação, albergam-se dois processos distintos, ambos relevantes para a compreensão da idéia subjacente à teoria do abuso de direito.

Em seguida, no terceiro capítulo, procede-se a uma rápida exposição a respeito do direito subjetivo. De fato, é preciso tratar do quê se abusa. Analisam-se as mais relevantes teorias que já tentaram explicar o instituto, bem como aquelas que lhe negaram a existência, para observar uma evolução no sentido de reconhecer-lhe o conteúdo normativo. As idéias aí expostas serão de fundamental importância para a compreensão da nossa concepção da teoria em estudo.

A partir do quarto capítulo, ingressa-se especificamente na análise da teoria do abuso de direito. Examina-se a conjuntura histórica da criação da teoria. Parte-se da percepção social de necessidade de “relativização dos direitos subjetivos” e expõe-se a primazia do direito romano, os casos emblemáticos levados a juízo, a importância da jurisprudência francesa, a positivação em diversos ordenamentos e as primeiras elaborações doutrinárias a respeito do instituto. É quando se sairá do exame da origem da teoria do abuso de direito e se passará, no capítulo quinto, ao estudo da sua evolução.

Neste ponto, serão apresentadas e criticadas as principais teorias explicativas acerca de abuso de direito, expondo-se as razões pelas quais as reputamos ainda insatisfatórias. Após isto, no penúltimo capítulo, ofereceremos a nossa concepção da teoria em estudo, cumprindo a promessa em forma de título deste trabalho. Para finalizar, no último capítulo, resumimos nossas conclusões a respeito da teoria a que dedicamos nossos tempo e estudo.

Por último, há duas advertências a serem feitas, atinentes às referências bibliográficas.

As informações completas relativas às obras citadas estão no final do livro. No texto principal e nas notas de rodapé, só se designam sumariamente o autor e a obra em causa.

Quanto às referências a trechos de obras em língua estrangeira, adotamos o seguinte padrão. Quando transcritos no corpo do texto

INTRODUÇÃO

principal, optamos por traduzí-los para o vernáculo, de forma a não interromper a leitura. Reservamos, contudo, o trecho em idioma original para a nota de rodapé respectiva, permitindo o acesso do leitor às palavras utilizadas pelo próprio autor citado, sempre e quando tenha sido isto possível. A exceção é relativa às obras em espanhol, que prescindem de tradução e, portanto, já vêm citadas diretamente neste idioma.



CAPÍTULO II

A LINGUAGEM E A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

SUMÁRIO • 2.1 A interpretação jurídica e o abuso de direito – 2.2 O auge da interpretação estritamente lógico-literal: a Escola de Exegese – 2.3 O ocaso da interpretação estritamente lógico-literal – 2.4 A imprecisão e a ambigüidade das expressões – 2.5 A “textura aberta” de Friedrich Waismann – 2.6 As conseqüências da “textura aberta” na interpretação dos textos normativos – 2.7 O anseio de “relativização dos textos normativos” e a dupla acepção desta expressão – 2.8 Norma e dispositivo normativo – 2.9 O método jurídico adotado

2.1 A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E O ABUSO DE DIREITO

É dos mais fascinantes e essenciais temas da ciência jurídica aquele que diz respeito à linguagem. Em reiteradas oportunidades já se assinou, com efeito, que o problema do Direito é eminentemente lingüístico. No mais das vezes, as discussões jurídicas envolvem conteúdo interpretativo, perquirindo-se o alcance e o significado de palavras e expressões contidas nos dispositivos normativos. Noutras, problemas lingüísticos provocam falsas discussões entre juristas, que despendem páginas e tempo em calorosas disputas em que não estão presentes idéias diversas, apenas incompreensões e mal-entendidos.¹⁴

A rigor, não parece haver questão jurídica que prescindia totalmente de considerações lingüísticas. Nada obstante, elas são particularmente relevantes no estudo do abuso de direito. É que a noção primitiva do instituto, a qual deu origem à criação da teoria respectiva, equivale à

14. Sobre as “pseudodisputas” entre juristas, consultem-se as observações do professor argentino Genaro CARRIÓ, nas suas *Notas sobre derecho y lenguaje*, pp. 91-128. Ao mesmo assunto aludem rapidamente Luis Alberto WARAT, *Semiótica y derecho*, p. 14; Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito*, p. 25. De acordo com este último autor, “para um tratamento claro dos assuntos, é evidentemente importante utilizar terminologia precisa. Ou, pelo menos, quando não seja unívoca (real ou aparentemente), explicitar o que se quer significar com ela. Por assim se não proceder é que resultam em tantas ocasiões escusados mistifórios ou desinteligências sustentadoras de polémicas inúteis (a literatura jurídica está cheia delas...)”. Em Filosofia, a advertência corresponde às preocupações da Escola Analítica, em especial do “segundo” WITTGENSTEIN. Na derradeira fase de suas investigações, este autor austríaco sustentou que a origem dos problemas filosóficos está no desconhecimento dos problemas e limites da linguagem. A este respeito, vejam-se, especialmente, os parágrafos 119, 123, 132 e 133 de suas clássicas *Philosophical investigations*.

percepção de que a interpretação literal, imponderada, meramente substantiva, dos textos normativos produziria por vezes resultados socialmente insatisfatórios, flagrantemente injustos. Constatou-se que alguns indivíduos se valiam de dispositivos que lhes punha em situação jurídica de vantagem para perpetrar atos cujo único escopo era o de causar prejuízos a terceiros. Daí surgirem os primeiros clamores pela “relativização dos textos normativos”.

Impende observar que esta idéia de “relativização”, embora não seja produto originário desta época, emergiu historicamente e ganhou força a partir da segunda metade do século XIX, como contraponto aos ideais do movimento denominado “Escola de Exegese”. Por esta razão, impõe-se o estudo preliminar deste.

2.2 O AUGO DA INTERPRETAÇÃO ESTRITAMENTE LÓGICO-LITERAL: A ESCOLA DE EXEGESE

As idéias e teorias de uma determinada época histórica são inspiradas pelas aspirações da sociedade contemporânea. A busca pela solução de problemas urgentes ou a tentativa de criação de condições de vida mais satisfatórias instrui o pensamento dominante. Daí porque não há teorias jurídicas ontologicamente mais corretas ou incorretas em uma ou outra época histórica; há satisfação de interesses distintos.¹⁵

No final do século XVIII, a Europa passava por um período político bastante turbulento, que, na França, culminou com a queda do absolutismo e o vicejo das idéias liberais. Em seguida, os revolucionários franceses empreenderam desmedida luta em prol da segurança jurídica, principal valor a que aspiravam, por duas razões principais. Em primeiro lugar, porque o estrito cumprimento das normas recém-estabelecidas serviria a manter o grupo revolucionário por mais tempo no poder, pois proporcionaria a manutenção do *status quo* estabelecido após a derrota do absolutismo.¹⁶ Depois, porque o estabelecimento de regras prévias e

15. É conhecida a constatação de NIETZSCHE: “*Não há fatos eternos, como não há verdades absolutas*”.

16. Nesta direção: Luis Alberto WARAT, *Semiótica y derecho*, p. 128: “*En el siglo XIX, con el despertar de las libertades individuales, fue necesario destacar la prevalencia del derecho establecido para alejar con ello las sombras del despotismo.*” Também assim: Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 388.

sólidas proporcionaria as condições necessárias para o melhor desenvolvimento dos anseios comerciais da classe social prevalecente.¹⁷

Neste contexto, e por estas razões, exaltaram-se construções jurídicas como a do *pacta sunt servanda* e ganhou força o movimento codificador.¹⁸ Em 1804, elabora-se o chamado Código Civil Napoleônico, de técnica até hoje bastante elogiada e cuja pretensão era de regulamentação esgotável das condutas humanas. O texto pretendia-se de clareza e detalhismo absolutos. Não havia espaço para incertezas. Todas as respostas estavam no Código. O mundo estava no Código.¹⁹

Conforme ressaltam os historiadores, após a revolução, apesar do novo corpo legislativo, permaneceram no cargo muitos dos juízes provenientes do *Ancien Régime*. Não era seguro confiar no bom senso destes para proceder a uma ponderação dos textos normativos. Melhor seria confiná-los na escassa liberdade interpretativa das normas detalhadas.²⁰ E assim surgiu a Escola de Exegese.²¹ Partindo-se da pretensa indefectibilidade do Código Napoleônico de 1804, dar-se-ia aos juízes a mecânica tarefa de analisar-lhes os textos, revelando-lhes o sentido literal mediante estudo meramente morfológico e sintático.

17. Para uma análise detalhada das razões e do contexto histórico da Escola de Exegese, vejam-se as exposições de Norberto BOBBIO, *O positivismo jurídico*, pp. 63-89; e de Antonio Luis MACHADO NETO, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, pp. 21-24.

18. Para maiores considerações a respeito das vantagens e desvantagens da codificação, consultem-se, com grande proveito, José de Oliveira ASCENSÃO, *O Direito*, pp. 375-392; e Orlando GOMES, *Introdução ao direito civil*, pp. 61-71.

19. Eduardo GARCIA MAYNEZ, *Introducción al estudio del derecho*, pp. 333-334.

20. De acordo com Eros Roberto GRAU, o decreto orgânico de 16 de agosto de 1790 proibiu aos juízes interpretar “de modo geral” as leis e lhes ordenou dirigir-se ao corpo legislativo sempre que julgassem necessário interpretar uma lei (in *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 68). José de Oliveira ASCENSÃO corrobora que esta posição foi tomada “para que o arbítrio dos juízes não viesse substituir-se à segurança da lei revolucionária” (in *O Direito*, p. 404).

21. Miguel REALE ensina que “sob o nome de ‘Escola de Exegese’ entende-se aquele grande movimento que, no transcurso do século XIX, sustentou que na lei positiva, e de maneira especial no Código Civil, já se encontra a possibilidade de uma solução para todos os eventuais casos ou ocorrências da vida social. Tudo está em saber interpretar o Direito” (in *Lições preliminares de direito*, p. 280). Nesta direção, Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO traz ilustrativa citação de Bugnet, em sua cátedra de Direito: “Je ne connais pas le Droit Civil; je n’enseigne que le Code Napoléon” (in *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 388). Para uma análise mais aprofundada das características deste movimento hermenêutico, consulte-se Norberto BOBBIO, *O positivismo jurídico*, p. 63-89.

Um dos principais elaboradores do estatuto civil francês, Jean Étienne Marie Portalis²², já advertira os juristas de sua época a respeito da insuficiência e lacunas do então novo código. Na redação do discurso preliminar, Portalis é enfático:

*Na abertura de nossas conferências, fomos surpreendidos pela opinião, bastante difundida, de que, na redação de um código civil, textos bastante precisos sobre cada matéria seriam satisfatórios e que a grande arte é tudo simplificar ao prever tudo. Tudo simplificar é uma operação que temos a necessidade de aceitar. Tudo prever é um objetivo impossível de atender.*²³

A advertência não surtiu o efeito desejado. De acordo com León Duguit,

*los jurisconsultos franceses y extranjeros de la primera mitad del siglo XIX, salvo la escuela de Savigny, estimaban que había allí un sistema de Derecho definitivo, que se imponía con el rigor y la evidencia de un sistema de geometría, y así como la geometría moderna descansa todavía sobre los principios formulados por Euclides, del mismo modo e todos los tiempos, en todos los países, el Derecho de todos los pueblos civilizados no podría ser más que el desenvolvimiento normal y racional de los principios inmortales y definitivos formulados de esos textos.*²⁴

Os primeiros intérpretes do texto codificado francês “pretenderam que não havia parcela da vida social que não tivesse sido devida e adequadamente regulada, razão pela qual haviam sido revogadas todas as

22. Além de Portalis, compuseram a comissão responsável pela apresentação do projeto de Código Civil os juristas Tronchet, Bigot de Préameneu e Maleville. Após terminado, o texto foi levado à apreciação de Napoleão Bonaparte, que sugeriu inúmeras modificações em mais de 50 sessões com os juristas. Para maiores informações acerca deste código, veja-se o site oficial comemorativo do seu bicentenário: www.bicentenaireducodecivil.fr

23. O discurso preliminar original, em francês, pode ser encontrado no site retro-referido. Eis o trecho a que se fez referência: “*À l’ouverture de nos conférences, nous avons été frappés de l’opinion, si généralement répandue, que, dans la rédaction d’un code civil, quelques textes bien précis sur chaque matière peuvent suffire, et que le grand art est de tout simplifier en prévoyant tout. Tout simplifier est une opération sur laquelle on a besoin de s’entendre. Tout prévoir est un but qu’il est impossible d’atteindre.*” Ainda no site, encontra-se o que segue: “*Le législateur doit se faire modeste, selon Portalis: un code ne doit pas aspirer à tout dire, il doit laisser la place à l’interprétation des tribunaux et des juristes, ce qui conduit à la célèbre formule: ‘les codes des peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas’.*”

24. León DUGUIT, *Las transformaciones generales del derecho público y privado*, p. 172. Na mesma direção, Luis Alberto WARAT, *Semiótica y derecho*, p. 155: “*Mediante el amparo de este idílico paraíso matemático, se pudo crear sin inconvenientes la apariencia de una total controlabilidad de todos los conflictos que de hecho engendra la convivencia entre los hombres.*”

ordenações, usos e costumes até então vigentes."²⁵ Para estes, não seria necessário realizar uma interpretação teleológica ou sistemática dos textos normativos. Dada uma determinada situação fática, bastaria ao magistrado procurar no ordenamento jurídico *o dispositivo específico* que a regulamentava, revelando-lhe a consequência jurídica. Machado Neto esclarece:

*Quanto à aplicação do direito ao fato, os exegetas do Código Napoleão foram os maiores responsáveis pela grande divulgação da metáfora kantiana do silogismo judicial, uma vez que uma lei plena seria uma cômoda premissa maior de um perfeito silogismo de aplicação, cuja premissa menor seria o fato e que teria por conclusão a sentença.*²⁶

Num primeiro momento, nem mesmo a interpretação sistemática era aceita sem reservas, por promover um maior risco à segurança jurídica. Esta era aplicada apenas subsidiariamente e num "terceiro momento interpretativo", após a exegese gramatical e lógica, e caso ainda houvesse dúvidas. Miguel Reale, aliás, apresenta a aceitação da interpretação sistemática como uma espécie de evolução na hermenêutica da Escola de Exegese.²⁷

2.3 O OCASO DA INTERPRETAÇÃO ESTRITAMENTE LÓGICO-LITERAL

A despeito da perfeição aparente, fracassou a exacerbação da interpretação meramente lógico-literal, defendida pela Escola de Exegese. Há duas formas de se proceder à demonstração do ocaso deste movimento liberal. Pode-se, em primeiro lugar, demonstrar que os valores que o modelo pretendia realizar foram rechaçados pela sociedade, que não os assumiu como relevantes ou, ao menos, não os reputou primordiais. Trata-se, neste caso, de apontar as *razões sociais* do insucesso do modelo, por força de anseios sociais supervenientes à sua criação, ou naquele tempo ignorados. Por outro lado, pode-se aceitar a relevância do valor buscado (ainda que apenas para argumentar) e demonstrar que o modelo exegético não o realiza, por imperfeições que lhe são internas.

25. Miguel REALE, *Lições preliminares de direito*, p. 279. Também Norberto BOBBIO ressalta a "culpa dos intérpretes" e não dos legisladores, no movimento legalista estrito (in *O positivismo jurídico*, p. 73).

26. Antonio Luis MACHADO NETO, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 21.

27. Miguel REALE, *Lições preliminares de direito*, p. 281. Para José de Oliveira ASCENSÃO, a interpretação sistemática conduz à superação da Escola de Exegese (in *O Direito*, p. 412).

Trata-se, aqui, de apontar *razões inerentes ao sistema* que concorreram para o seu fracasso.

É claro que esta segunda forma possui maior força argumentativa, porque aponta incoerências e equívocos inerentes ao próprio sistema criticado. Se se observa a um exegeta que o seu modelo é inapto à realização da justiça, nada obsta que ele replique que a injustiça pontual é um mal necessário, ou um mal menor a ser aceito para a realização de um bem maior: a segurança jurídica. O aqui chamado *fracasso social*, portanto, corresponde apenas a um insucesso relativo da pretensão exegética, na medida em que é mesmo *admitido* pelos defensores desta concepção. Vale observar, ainda, que esta objeção valorativa ao modelo exegético permite entender como temporário o seu ocaso, já que a superveniência de uma sociedade cujos anseios correspondessem àqueles que deram azo à sua criação poderia justificar-lhe o ressurgimento.

Portanto, para comprovar o insucesso absoluto da Escola de Exegese é preciso demonstrar que o modelo por ela proposto é incapaz de realizar até mesmo os objetivos a que se propõe, por incoerências internas insuperáveis. É neste sentido que serão tecidas as considerações deste capítulo. A intenção é expor as razões do fracasso da interpretação meramente lógica e literal, tal qual propugnada pela Escola de Exegese, para a realização da segurança jurídica.

Em primeiro lugar, o modelo exegético pressupõe a perfeição das disposições normativas. Admite que o legislador consegue descrever à exatidão, por meio de palavras, o comando desejado. Todavia, não é razoável imaginar que tal transposição da mente do legislador para o dispositivo normativo faça-se sempre irretocavelmente. Para além da falibilidade natural dos seres humanos, contra o legislador atua também a imperfeição e a insuficiência habituais da linguagem, veículo inevitável dos comandos normativos.

Por outro lado, assumindo, apenas para argumentar, que a positivação daquilo que se quer regulamentar pudesse se dar de forma sempre perfeita, haveria também a impossibilidade de previsão e de positivação de todos os fatos normatizáveis, de todas as situações da vida às quais a norma deveria reportar-se. Conforme Carlos Maximiliano, *“por mais hábeis que sejam os elaboradores de um Código, logo depois de promulgado, surgem dificuldades e dúvidas sobre a aplicação de dispositivos bem redigidos. Uma centena de homens cultos e experimentados seria incapaz*

de abranger em sua visão lúcida a infinita variedade dos conflitos de interesses entre os homens".²⁸

Muitos autores apontam que referida impossibilidade tenha decorrido da intensificação das inovações tecnológicas²⁹ – entendimento de que não compartilhamos. Não procede pensar que a codificação, como idéia de esgotamento da regulamentação da vida humana, tenha nascido válida, só depois se havendo a sua imperfeição, em virtude das mudanças na sociedade que tornaram mais complexas as relações intersubjetivas. Conquanto seja inegável que o aporte de novas situações em razão da dita evolução tecnológica tenha concorrido para a mais fácil percepção da falência do intento revolucionário, não foi dela condição necessária. É que, ainda que não houvesse qualquer evolução – mesmo que estivesse a civilização hipoteticamente estancada na história – não seria possível uma legislação exaustiva das situações da vida que reclamam regulamentação³⁰, ou pelo menos não seria possível uma regulamentação exaustiva detalhada e concreta, vez que repugnava à política legislativa da época a utilização de conceitos mais fluidos. Estes, se bem que ponham sob sua previsão uma quantidade maior de situações fáticas, são muito pouco palpáveis, possuem concretude reduzida demais para quem aspira, acima de tudo, à segurança jurídica. Esta segunda razão não é, pois, de origem (puramente) histórica, mas advém da própria natureza irrealizável da pretensão.

Atente-se que, não havendo previsão específica de todas as condutas, há de apelar-se para a analogia, que pode comprometer a segurança jurídica, em razão da maior liberdade que tem o intérprete para proceder ao processo analógico.

Por último, a almejada segurança jurídica não se mostrava factível, também em face da impossibilidade recorrente de se chegar àquele que se poderia crer como inequívoco significado do texto positivado.³¹ De

28. Carlos MAXIMILIANO, *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 10.

29. Por exemplo: Norberto BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 123-124.

30. No afã de produzir uma regulamentação exaustiva das condutas humanas, o Código da Prússia (1794) possuía mais de 19.000 dispositivos. Relembrando as supracitadas palavras de Jean Étienne Marie PORTALIS: "*Tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre*".

31. Riccardo GUASTINI adverte: "*Ocorre sottolineare che, di fatto, nessun testo normativo (legislativo, costituzionale, etc.) può seriamente dirsi provvisto di un solo significato, non equivoco e non soggetto a controversie. Pertanto, l'interpretazione-descrizione non può che assumere la forma di*

fato, não é nada raro que uma determinada oração possua pluridade significativa. Mesmo uma sentença absolutamente clara exige um processo interpretativo, exige “tradução”. Também esta segunda transposição, agora do dispositivo normativo para a realidade, não se dá à perfeição. Assim, ainda que se pudesse transpor ao texto normativo o exato sentido pretendido e se o fizesse de forma tal a regulamentar exaustivamente as situações fáticas constatáveis, o sucesso do exegetismo dependeria da cooperação de um improvável perfeito hermeneuta, cujas interpretações dariam aos dispositivos legais o exato alcance desejado pelo legislador.

Portanto, a exacerbada valorização da interpretação literal como meio eficaz e ideal para a realização do valor segurança jurídica revelou três graves problemas: (a) a inaptidão do legislador para traduzir em palavras, à perfeição, a exata ordem que se deseja ver cumprida; (b) a impossibilidade de o legislador prever a totalidade de situações susceptíveis de regulação jurídica e (c) a incapacidade de o hermeneuta conferir aos referidos textos uma única interpretação, aquela que seria a correta.

A primeira e a terceira razões decorrem da ambigüidade e da imprecisão das palavras e, em conseqüência, dos textos normativos, problemas que serão mais acuradamente analisados a seguir.

2.4 A IMPRECISÃO E A AMBIGÜIDADE DAS EXPRESSÕES³²

Para iniciar esta rápida exposição, impende distinguir, de logo, os *símbolos* dos *sinais*. Enquanto estes possuem relação natural com os objetos que representam (a exemplo da fumaça em relação ao fogo, do ruído

una lista, di un catalogo, dei diversi significati che il testo interpretato può esprimere” (in Teoria e dogmatica delle fonti, p. 07).

32. O tema é tratado de maneira admirável em Genaro CARRIÒ, *Notas sobre derecho y lenguaje*; Carlos Santiago NINO, *Introducción al análisis del derecho*; e Eros Roberto GRAU, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 209 e ss. Na realidade, ambigüidade e imprecisão são apenas alguns dos vícios que impossibilitam a perfeição do ato comunicativo. Outros há, como a carga emotiva de que se revestem algumas palavras (como democracia, burocrata, etc), a “anemia semântica” de outras (cujo significado sempre depende do contexto em que estejam insertas) e a anfibologia (que é a imprecisão de um enunciado decorrente de construção gramatical deficiente, como a má-pontuação). Não nos parece propício aprofundar, aqui, as considerações a este respeito. Para tanto, consultem-se, além das duas obras supracitadas: Luis Alberto WARAT, *Semiótica y derecho*; e Riccardo GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*.

do trovão ou da nuvem negra a indicar a chuva), aqueles são mera convenção, produto do intelecto e da conveniência humana.³³ A distinção se faz necessária para a conclusão seguinte de que as palavras constituem símbolos de representação da realidade, e não sinais. A palavra “carro”, por exemplo, não possui qualquer relação ontológica com o objeto da realidade que ela representa, sendo resultado de convenção humana. De fato, nada obstaria que se houvesse dado qualquer outro nome àquilo que hoje conhecemos como “carro”.³⁴ Não fosse, de certa maneira, óbvia tal constatação, seria possível obtê-la também através da observação de que outros povos utilizam palavras diversas para representar o mesmo objeto, como é o caso de “car”, “coche”, “voiture” e “macchina”.

A imprecisão e a ambigüidade das expressões decorrem justamente desta artificialidade da linguagem, de sua fonte humana, convencional, não-natural. Vejamos em que consistem esses dois vícios de linguagem e como eles afetam a segurança da linguagem.

(a) A ambigüidade.

Não seria possível – nem muito menos seria conveniente – dar uma denominação específica e exclusiva a cada um dos diferentes objetos da realidade.³⁵ Caso tal intento fosse realizável, não se constataria o problema da ambigüidade. Como não é, a tarefa de nomear as coisas ou os fatos consiste, eminentemente, em agrupá-los sob determinadas denominações, em razão de propriedades compartilhadas. Sucede que, em alguns casos, os critérios para tais agrupamentos não são suficientemente claros – em outros, parece não haver qualquer critério. Disto decorrem as duas fontes principais da ambigüidade: a *polissemia* e a *homonímia*.³⁶

33. Ao invés de “símbolos e sinais”, Luis Alberto WARAT alude a símbolos naturais e convencionais (in *Semiótica y derecho*, p. 29). Nos símbolos naturais, “*la relación entre el significante y el significado es natural, forzosa e independiente de la voluntad*”. Os símbolos convencionais “*por el contrario, ofrecen ante todo por contigüedad instituida, aprendida. Son adoptados por una convención de uso, que les proporciona una significación referencial*”.

34. Sobre a convencionalidade da linguagem humana, confira-se Eros Roberto GRAU, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 208 e ss.

35. Genaro CARRIÒ conta que a tal objetivo se teria dedicado, sem sucesso, um filólogo e pensador uruguaio, de nome Ireneo Funes (in *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 27).

36. De acordo com Luis Alberto WARAT, “*la polissemia se presenta cuando un significante tiene regularmente asociados múltiples sentidos, con los cuales se puede establecer ciertos enlaces psicológicos entre ellos. (...) La homonimia se da, cuando un mismo significante contiene características connotativas radicalmente diferentes, como – por ejemplo “pico” – puede referirse tanto a una herramienta como señalar un accidente geográfico*” (in *Semiótica y derecho*, p. 56).

A primeira destas hipóteses ocorre quando um mesmo termo designa coisas diversas, embora, de alguma forma, relacionadas. A polissemia é muito bem retratada por Ludwig Wittgenstein. Utilizando o termo “jogo”, o filósofo austríaco observa que não há uma propriedade comum às diversas coisas que com esta expressão são alcunhadas³⁷, mas uma complicada rede de semelhanças (ora gerais, ora em detalhes) entre uns e outros. Tal característica foi batizada por Wittgenstein de “semelhança familiar” (*family resemblance*).

Em outros casos, conforme já adiantamos, acontece de, sob uma mesma expressão, albergarem-se objetos ou fatos extremamente díspares, de maneira que, ao pronunciá-la, não há como saber a qual dos significados se refere o interlocutor. É o fenômeno da homonímia. Eis o exemplo do argentino Genaro Carriò:

Si uno de mis hijos me pregunta ‘Qué quiere decir radio?’ No tengo más remedio que contestarle con otra pregunta: ‘En qué frase u oración?’. Porque en algunas significará algo así como ‘aparato eléctrico que sirve para escuchar música y noticias’; en otras, ‘metal descubierto por los esposos Curie’; en otras ‘la mitad del diámetro’; en otras, cosas tan poco precisas como las que indicamos al hablar del radio de acción de cierta influencia política, o del radio céntrico de la ciudad.’³⁸

São essas as duas formas através das quais se apresenta o vício da ambigüidade. Evidentemente, este acomete não somente as palavras, mas também as orações. Em suma, diz-se que uma oração é ambígua

37. Ludwig WITTGENSTEIN, *Philosophical investigations*, § 65: “Consider for example the proceedings that we call “games”. I mean board-games, card-games, ball-games, Olympic games, and so on. What is common to them all? – Don’t say: “There must be something common, or they would not be called games” – but look and see whether there is anything common to all. – For if you look at them you will not see something that is common to all, but similarities, relationships, and a whole series of them at that. To repeat: don’t think, but look! – Look for example at board-games, with their multifarious relationships. Now pass to card-games; here you find many correspondences with the first group, but many common features drop out, and others appear. When we pass next to ball-games, much that is common is retained, but much is lost. – Are they all amusing? Compare chess with noughts and crosses. Or is there always winning and losing, or competition between players. Think of patience. In ball games, there’s winning and losing; but when a child throws his ball at the wall and catches it again, this feature has disappeared. Look at the parts played by skill and luck; and at the difference between skill in chess and skill in tennis. Think now of games like ring-a-ring-a-roses; here is the element of amusement, but how many other characteristic features have disappeared! And we can go through the many, many other groups of games in the same way; can see how similarities crop up and disappear. And the result of this examination is: we see complicated network of similarities overlapping and criss-crossing: sometimes overall similarities, sometimes similarities of detail.”

38. Genaro CARRIÒ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, pp. 28-29.

quando ela puder ser interpretada de diferentes formas. Tal fenômeno ocorre seja pela pluralidade significativa de palavras isoladas que a compõem, seja pela impossibilidade de determinação unívoca de origem sintática. No primeiro caso, incluem-se, além dos exemplos acima, as palavras “bem”³⁹, “cabo” e “direito”. No segundo, temos, por exemplo, a freqüente ambigüidade decorrente do uso do conectivo “ou”. Com efeito, se se afirma a um viajante que lhe é permitido viajar “com um casaco ou uma bagagem de mão”, poderá o mesmo questionar se apenas será possível viajar com uma dessas coisas, ou também com ambas.⁴⁰ Não são poucas as vezes em que a ambigüidade afeta os textos normativos⁴¹, inviabilizando a interpretação estritamente literal.

(b) A imprecisão ou vagueza.

A imprecisão, por sua vez, é característica das palavras ou orações vagas, de difícil determinação ou delimitação concreta. Assim, por exemplo, os termos “alto” e “careca”. Veja-se: um sujeito que mede 1,90m é certamente alto. Outro, que mede 1,60m, indubitavelmente não o é. Mas o que dizer daquele que mede 1,75m? De outra parte, cabe questionar: a partir de quantos fios de cabelo se poderá dizer que alguém não é careca? No que concerne à aplicabilidade dos termos vagos às situações constatáveis na realidade, poder-se-ia afirmar que há uma zona de aplicabilidade, uma zona de inaplicabilidade e uma chamada “zona de penumbra”.⁴² Nesta, não haverá como saber de forma segura se são aplicáveis ou não os termos em questão.

Genaro Carriò observa que, no caso das expressões vagas, a dúvida

39. Para um estudo detalhado da ambigüidade da palavra “bem”, veja-se o livro 1, capítulo 6, de ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*.

40. O exemplo é de Carlos Santiago NINO, *Introducción al análisis del derecho*, p. 262.

41. A ministra Ellen Gracie NORTHFLEET, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 81.360-7 RJ, em 19/12/2001, analisou a ambigüidade do art. 1º, V, da Lei 8.072/90, para declarar que o crime de estupro, em sua forma simples, é também considerado hediondo.

42. Em interessante artigo, Claudio LUZZATI critica esta e outras metáforas utilizadas para explicar a imprecisão linguística. O autor italiano refuta esta concepção “trifásica”, por parecer-lhe mais correto imaginar um contínuo de minúsculas variações. Na sua pena: “...poiché la vaghezza è essa stessa vaga, l'appartenenza di una fattispecie al nucleo di un concetto normativo oppure alla zona di mezza luce, non essendo esattamente determinata, sarebbe materia di decisione manipolative, ossia del tutto arbitrarie. In realtà, si se accetta l'accostamento precedente, i valori associati al grado di membership a un fuzzy set non sono suddivisibili in tre zone ben delimitate, ma formano un continuum di minuscole variazioni” (in “Le metafore della vaghezza”, p. 121).

*no se origina en falta de información acerca del objeto; sé todo lo que necesito saber de él. Ella se origina en que no sé bien dónde termina el campo de aplicación de la palabra "X" y este caso parece hallarse en las proximidades de esos desdibujados linderos, cuya ubicación no puedo precisar. Más fundamental aún: tengo la impresión de que carece de sentido hablar aquí de límites precisos.*⁴³

São diversos os exemplos de utilização de expressões vagas em nosso ordenamento jurídico. O exemplo clássico é o do art. 62 da Constituição Federal, que permite ao Presidente da República adotar medidas provisórias, com força de lei, *em caso de relevância e urgência*. É inquestionável que em alguns casos a relevância e a urgência estarão incontestavelmente presentes; em outros, estarão incontestavelmente ausentes. Em muitas situações, no entanto, não será nada fácil afirmar a efetiva relevância ou urgência da medida.⁴⁴

Tais vícios comprometem a viabilidade de uma interpretação estritamente literal, ao tempo em que, apostos em um dispositivo normativo, exigem do intérprete certa ponderação em cada caso concreto.

Poder-se-ia objetar (ou defender) a possibilidade de não se utilizar tais expressões vagas nos dispositivos normativos, em prol do objetivo de realizar-se a completa segurança jurídica. No entanto, várias razões minam tal pretensão. Em primeiro lugar, a utilização de expressões imprecisas é muitas vezes necessária, à falta de outra que melhor designe o que é desejado. Noutras tantas, é ela conveniente, por razões de política legislativa.

À margem disso, nem sempre é possível antever a ambigüidade ou a imprecisão dos termos usados em um dispositivo. Muitas vezes elas só se revelam quando confrontada com situações excepcionais. Tal fato levou o filósofo austríaco Friedrich Waismann, discípulo de Wittgenstein, a afirmar a existência de uma espécie de possibilidade de imprecisão, ou "imprecisão potencial", em quase todas as palavras.⁴⁵ Tal característica foi por ele denominada de "textura aberta" das expressões.

43. Genaro CARRIÒ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 31.

44. Há muitos outros exemplos de imprecisão em nosso ordenamento jurídico. Veja-se, no código de processo civil, o art. 17, VI e VII; art. 31; art. 310; art. 538, parágrafo único; e no código civil, o art. 581, parágrafo único; art. 139, II; art. 1695; art. 1.715; art. 1.903, etc.

45. Para WAISMANN, apenas algumas expressões são imprecisas. Tal opinião é contrariada por Genaro CARRIÒ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 34; Luis Alberto WARAT, *Semiótica y derecho*, p. 21; Riccardo GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, p. 06; e Claudio LUZZATI, "Le metafore

2.5 A “TEXTURA ABERTA” DE FRIEDRICH WAISMANN⁴⁶

Relembre-se o que acima se disse a respeito do procedimento de nomear objetos da realidade. Observe-se que, em seguida, surgirá a necessidade também de proceder no sentido contrário – passar da realidade para a denominação. Como descobrir, dentre os objetos existentes, aqueles que podem ser denominados “carros”? A resposta está nas propriedades dos ditos objetos, naquelas características indispensáveis ou, ao menos, relevantes que neles estão presentes.

Atente-se que não é nada fácil a tarefa de definir exatamente quais serão estas propriedades, pelos motivos já acima expostos. Parece certo que “ter rodas” é característica essencial de todo objeto que se venha a denominar de carro. No entanto, tal propriedade não é suficiente. E, se é assim, que outros requisitos seriam indispensáveis? Basta recordar as inúmeras diferenças entre as diversas coisas que denominamos carros para concluir pela impossibilidade de se chegar a um conjunto de propriedades essenciais e suficientes à realização da tarefa a que nos propusemos.

O mais interessante de ser observado, todavia, é que, conforme ensina Waismann, ainda que fosse possível chegar às referidas propriedades “essenciais e suficientes” à caracterização de um objeto, as dificuldades não terminariam. Santiago Nino resume o pensamento do filósofo austríaco com admirável simplicidade e didatismo:

Resulta que aún las palabras más precisas pueden suscitar dudas acerca de su aplicabilidad ante circunstancias insólitas e imprevistas. Siguiendo el modelo de otro ejemplo propuesto por Carrió, imaginemos que después de algún esfuerzo conseguimos definir informativamente la palabra ‘lapicera’ como un objeto que sirve para escribir con tinta sobre una superficie apta. Provistos de esta definición, nos hallamos, al parecer, en condiciones de enfrentar al mundo, distinguiendo los objetos que son

della vaghezza”, p. 118. Este último autor sustenta até mesmo a imprecisão dos termos matemáticos: “La vaghezza si configura come un problema quantitativo, e non come un problema qualitativo, perché tutti i termini sono più o meno vaghi. (...) Si è talvolta tentati di sostenere che i termini numerici e quelli logici sono assolutamente precisi, ma una simile opinione è frutto di un equivoco. Non bisogna, infatti, confondere la dimensione puramente sintattica del calcolo con la dimensione semantica sottesa nella rappresentazione di un modello fisico; una cosa sono i numeri e le formule in astratto, un'altra sono le misure le quali, notoriamente, vengono sempre espresse con un qualche grado di approssimazione.”

46. A consagrada expressão (*open texture*) é atribuída, pelo próprio WAISMANN, a William KNEALE, como tradução ao inglês do termo originariamente usado no alemão, *Porosität der Begriffe*.

lapiceras de los que no lo sean. Pero ¿qué ocurrirá si nos encontramos con un objeto que posee las propiedades que, según nuestra definición, son suficientes para designarlo con la expresión 'lapicera', pero tiene además la propiedad concomitante de escribir en inglés lo que quisiéramos expresar en castellano, o la de escribir un poema místico cuando intentáramos redactar un manual de introducción al derecho, o la de negarse a escribir cuando pretendemos garrapatear una mala palabra? Seguramente, ante esas extrañas circunstancias, revocaríamos la primitiva clasificación del objeto en cuestión como lapicera, asignándole probablemente otro nombre, ad hoc, más apropiado.

Este ejemplo muestra que nunca podemos darnos por satisfechos de haber encontrado un conjunto de propiedades que sea suficiente para el uso de una expresión, toda vez que deberíamos añadir a ese conjunto la exigencia de que no se den ciertas circunstancias insólitas, pero que teóricamente podrían darse. Como es imposible prever todas las propiedades extrañas que puedan presentarse, la lista de las circunstancias que no deben darse para que sea aplicable una palabra, tiene que ser abierta: debe concluir con un 'etcétera', y no con un punto final.

Si la designación primitiva de un término es A, B y C (en las que las letras equivalen a ciertas propiedades), después de considerar la textura abierta a la cual está sujeto, debemos representar tal designación, por ejemplo, como A, B, C y -D, -E, -F, etcétera.⁴⁷

Para Friedrich Waismann,

por mais que tentemos, nenhum conceito é limitado de tal forma que não há espaços para nenhuma dúvida. Nós introduzimos um conceito e o limitamos em alguns sentidos; por exemplo, definimos ouro em contraste a alguns outros metais, como ligas. Isto basta para nossas necessidades presentes, e nós não o submetemos a nenhuma prova mais acurada. Tendemos a negligenciar o fato de que sempre há outros sentidos nos quais o conceito não foi definido. Se atentássemos a isto, poderíamos facilmente imaginar circunstâncias que exigiriam novas limitações. Em suma, não é possível definir um conceito como ouro com absoluta precisão, de tal maneira que se evite toda espécie de dúvidas. É isso que significa a textura aberta de um conceito.⁴⁸

47. Carlos Santiago NINO, *Introducción al análisis del derecho*, pp. 266-267. O exemplo original de WAISMANN é o de um curioso "gato", que late, fala, aumenta e diminui sucessivamente de tamanho etc. Seguiríamos chamando esta criatura de gato?

48. Friedrich WAISMANN, "Verifiability", p. 124-125. Eis o original, em inglês: "Try as we may, no concept is limited in such a way that there is no room for any doubt. We introduce a concept and limit it in some directions; for instance, we define gold in contrast to some other metals such as alloys. This suffices for our present needs, and we do not probe any farther. We tend to overlook the fact that there are always other directions in which the concept has not been defined. And if we did, we could easily imagine conditions which would necessitate new limitations. In short, it is not

Advirta-se, conforme faz o próprio autor austríaco, que a vagueza precisa ser distinguida da textura aberta. *“Uma palavra que é efetivamente usada de modo flutuante (como “amontoado” ou “cor-de-rosa”) é dita vaga; um termo como ouro, a despeito de seu uso efetivo não ser vago, não é exaustivo, já que nunca se pode preencher todas as possíveis espaços nos quais poderão escoar dúvidas.”*⁴⁹ Em outras palavras, poder-se-ia definir a textura aberta como a vagueza ou imprecisão potencial de uma palavra.⁵⁰

2.6 AS CONSEQÜÊNCIAS DA “TEXTURA ABERTA” NA INTERPRETAÇÃO DOS TEXTOS NORMATIVOS

O raciocínio acima empregado, como já vimos, é aplicável não apenas às palavras, mas também às sentenças. Também estas são símbolos, representam e se reportam à realidade, podendo fazê-lo, por exemplo, de maneira afirmativa, questionativa ou prescritiva, como é o caso das disposições normativas. Estas prescrevem condutas, indicam determinados comportamentos a serem observados por aqueles que lhes devem obediência. As prescrições podem ser realizadas de maneira direta, como é o caso da sentença “não mate”, ou indireta, como “se alguém matar, deverá ser preso”.

A tarefa de prescrever condutas, relacionando-as a determinada conseqüência jurídica, cabe ao legislador. É dele o encargo de transmitir em palavras um comando desejado. É ele quem precisa encontrar a sentença que ponha sob sua previsão as condutas que se deseja permitir,

possible to define a concept like gold with absolute precision, i.e. in such a way that every nook and cranny is blocked against entry of doubt. That is what is meant by the open texture of a concept.”

49. Friedrich WAISMANN, “Verifiability”, p. 125-126. No original: *“Vagueness should be distinguished from open texture. A word which is actually used in a fluctuating way (such as ‘heap’ or ‘pink’) is said to be vague; a term like gold, though its actual use may not be vague, is non exhaustive or of an open texture in that we can never fill up all the possible gaps through which a doubt may seep in. Open texture, then, is something like possibility of vagueness. Vagueness can be remedied by giving more accurate rules, open texture cannot. An alternative way of stating this would be to say that definitions of open terms are always corrigible or emendable. Open texture is a very fundamental characteristic of most, though not of all, empirical concepts.”*

50. Luis Alberto WARAT advoga que nos “casos fantásticos”, aqueles pelos quais se fala na textura aberta das expressões, estar-se-ia diante de um problema de ambigüidade e não de vagueza (imprecisão). Diz o autor argentino: *“Debemos colocarnos entonces no ante un problema de vaguedad, sino de ambigüedad – y siempre que no queramos acuñar un término nuevo – frente a dos áreas de connotación y denotación diferentes.(...) Por ello debe admitirse que en determinados supuestos la vaguedad se transforma en ambigüedad”* (in *Semiótica y derecho*, p. 21).

obrigar ou proibir. Legislar consiste em, dadas as “propriedades” daquelas referidas condutas teóricas que se pretende regular, prevê-las linguisticamente, a elas ligando o modal deôntico que se julgue adequado. Como não é possível fazê-lo de maneira esgotável e detalhada, nos dispositivos não de constar previsões genéricas, de maneira a abarcar diversas condutas, tornando possível a tutela, pelo Estado, do comportamento humano.

É em razão desta generalidade das previsões normativas que surge a segunda tarefa jurídica, que é a de pesquisa da subsunção, equivalente, na explanação anterior, ao questionamento de quais objetos podem ser denominados “carros” e quais não podem. As condutas, como os objetos, possuem propriedades ou características que as integram (e, em última análise, *constituem* a própria conduta) e são estas propriedades que permitirão classificá-las, incluindo-as nesta ou naquela categoria de atos. Dada uma situação fática X, cumpre perquirir se ela se enquadra na hipótese de aplicabilidade da norma Y. Se os fatos se adequarem à norma, dá-se o fenômeno chamado “subsunção”, que indica a necessidade de aplicar a norma, efetivar a sua prescrição.

Aqui chegamos ao momento fundamental: diante de uma determinada conduta que possua certas propriedades que lhe permitam estar enquadrada em dada previsão normativa, cumpre ainda ao operador do Direito perquirir se são aquelas as propriedades mais relevantes de dita conduta e, portanto, *por elas* deve ser “catalogada” ou se, ao contrário, há nela outras propriedades relevantes, responsáveis por uma sua descaracterização naquela previsão anterior e melhor enquadramento em outro grupo de condutas.

Lembre-se que o curioso objeto imaginado por Santiago Nino detinha as características que poderiam fazê-lo ser visto como uma lapiseira. A despeito disso, e em razão de que nele sobressaíam outras características mais relevantes, não se ousaria assim alcunhá-lo, mas se lhe daria um novo nome.

Como já foi dito, a intenção desta exposição não é discutir a conveniência ou não do estabelecimento da realização da segurança jurídica como meta jurídica principal de uma sociedade. Aceitamo-la como premissa. O que se pretende é demonstrar a inconsistência lógica da suposta segurança promovida pela interpretação meramente gramatical. O modelo é ontologicamente falho. Haverá casos de (a) ambigüidade sintática ou de expressões. Outros haverá de (b) difícil determinação semântica dos

dispositivos normativos, em razão da imprecisão dos termos nela utilizados, ou mesmo da imprecisão do próprio dispositivo. À margem destes vícios de constatações apriorísticas, (c) mesmo um dispositivo preciso e claro poderá não resistir a uma confrontação com fatos mais complexos.

A idéia de “textura aberta” obriga o intérprete a não se conformar com as análises primárias, a não se satisfazer com a subsunção imediata ou com a análise superficial dos fatos levados a juízo. Não basta instruir o intérprete a buscar no ordenamento jurídico *o dispositivo específico* que preveja e regulamente determinada situação fática. Depende-se sempre de certa imiscuição em outros caracteres (ou propriedades) daquele fato. Estes, se relevantes, podem indicar a necessidade de levar em consideração a existência de outros dispositivos que os regulamentam – o que pode resultar em identificação de norma com conteúdo diverso daquele que se imaginou inicialmente.⁵¹

Tenha-se como dogma: a aplicação das prescrições normativas exige sempre, em maior ou menor medida, a ponderação do intérprete.⁵² Daí porque a “relativização dos textos normativos”, com a conseqüente transferência de parte da responsabilidade de criação normativa para o seu intérprete, não possa mais ser vista apenas como fim desejado e perseguido; trata-se, antes, da realidade inafastável.

Por fim, deve ficar claro que a confrontação dos textos normativos com “casos fantásticos” não é tão rara quanto possa parecer. Dois exemplos bastam para demonstrá-lo:

-
51. Esta lição é de grande importância para a tese que será defendida no presente trabalho. Referimo-nos a um exemplo concreto desta idéia no capítulo VI, quando fazemos alusão à interposição de apelação de má-fé. Para perquirir a licitude desta conduta, o intérprete deve levar em consideração não apenas que houve uma “interposição de um recurso de apelação”, conduta que seria lícita. Deve ele observar a possível existência de outras características da conduta, que, por exemplo, podem dar indícios do intuito malicioso da interposição do recurso. Se isso acontecer, já não mais seria aplicável o dispositivo retro-referido, pela mesma razão que não se chamaria de lapiseira o curioso objeto imaginado por Santiago Nino: porque alguns elementos impensados e efetivos indicam a necessidade de “catalogá-lo” de outra forma.
 52. É irreal pensar-se no conteúdo meramente descritivo de uma interpretação jurídica. Há sempre uma carga de decisão, de escolha entre os significados possíveis. Nesta mesma direção, Riccardo GUASTINI assevera que “*le decisioni interpretative sono comunque decisioni intorno al significato (e non mai descrizioni del significato)*” (in *Teoria e dogmatica delle fonti*, p. 10). Para Eros Roberto GRAU, a interpretação não é *ciência*, mas *prudência*, do seu resultado não se podendo dizer correto ou incorreto, mas justificável ou injustificável: “*a lógica jurídica é a da escolha entre várias possibilidades corretas*” (in *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 95).

- (a) Por força do art. 150, IV, “d” da Constituição Federal, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre “livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão”. Pergunta-se: a imunidade tributária prevista para os livros é aplicável ao livro eletrônico? Este último é, também, “livro” para efeito de imunidade tributária? Evidentemente, a resposta não é nada simples.⁵³
- (b) O art. 224, “a”, do Código Penal brasileiro estabeleceu presunção de violência nas relações sexuais mantidas com menores de 14 anos. A despeito da clareza do dispositivo legal e da falta de previsão de exceções para a sua aplicabilidade, o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela relativização da presunção quando “*confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos.*”⁵⁴

2.7 O ANSEIO DE “RELATIVIZAÇÃO DOS TEXTOS NORMATIVOS” E A DUPLA ACEPÇÃO DESTA EXPRESSÃO

Conforme já adiantamos, para além destas razões de incoerência inerentes ao próprio modelo exegético de interpretação, há as razões de ordem social para o ocaso do modelo. Para Luis Alberto Warat,

*si los hombres creen firmemente que el sistema de comportamiento legalmente impuesto brindará soluciones para todos los casos posibles, muy probablemente se decidirán con mucha mayor confianza a acatarlo dejándose guiar por él. La presentación formal dará, sin duda, una gran garantía de seguridad. Claro que si las circunstancias desbordan la previsión y exigen, por ejemplo, el aniquilamiento de la solución oficialmente reconocida, ya nadie podrá sentirse seguro dentro de esas formas; la vigencia social de sentido contrario marcará los primeros síntomas de debilitamiento de la estructura legal, y su solución será valorada como injusta. No habrá, por tanto, seguridad, sin equidad, estos son dos términos que se fortalecen mutuamente, lo que no ha sido visto, generalmente, por los enfoques tradicionales.*⁵⁵

Essas incoerências do modelo formalista foram experimentadas pelos cidadãos do período pós-revolucionário francês. Pouco a pouco,

53. O exemplo é de Humberto ÁVILA, que combate, de forma admirável, a idéia de que frente às regras não caberia qualquer ponderação (in *Teoria dos princípios*, p. 37-39).

54. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, HC 73.662-9, rel. Min. Marco Aurélio de Mello, DJU 20/09/1996.

55. Luis Alberto WARAT, *Semiótica y derecho*, p. 126.

levavam-se à apreciação do Poder Judiciário questões nas quais a aplicação imponderada do comando normativo parecia conduzir a inegável injustiça ou a soluções bizarras dos conflitos sociais. Cidadãos se valiam de disposições que lhes punha em situação jurídica de vantagem para perpetrar atos cujo único escopo era o de causar prejuízos a outrem. O direito posto, tal como vinha sendo aplicado, parecia distanciar-se de seus fins históricos. A insensibilidade das disposições normativas não respondia à sede social de justiça. Daí advieram os primeiros clamores pela “relativização dos textos normativos”.

Advirta-se, de logo, que, sob este mesmo signo, são designadas duas idéias distintas. De fato, “relativizar” significa impor limites e parâmetros de avaliação. Em uma acepção comum, “relativizar os textos normativos” equivale a confrontá-los com a própria razoabilidade ou ao senso comum de Justiça, devendo sobressair este último, numa hipotética impossibilidade de conciliação. Neste sentido, entende-se que não é o juiz um leitor de regras jurídicas, cabendo-lhe efetuar análises *metajurídicas* e ponderações tanto para conhecer o Direito, como para aplicá-lo.

Por outro lado, sob um prisma dogmático ou científico-jurídico, a expressão ganha o sentido de confrontação dos dispositivos ao Direito posto como um todo. Significa a superação da idéia de interpretação isolada de dispositivos normativos, a partir da percepção de que a interpretação de um dispositivo depende de sua consideração como parte de um todo sistemático. Neste sentido, “relativiza-se” um dispositivo normativo na medida em que se o contrapõe a todos os outros, adequando-o ao sistema jurídico. Deflui da observação de que um dispositivo normativo não tem vida isolada dos demais e que a força normativa do seu preceito depende da sua conformação com os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico que lhe concede.

Observe-se que, na primeira acepção, relativiza-se a própria norma, enquanto na segunda, relativiza-se apenas um dispositivo normativo. No primeiro caso, admite-se a existência de um comando jurídico em um dado sentido, mas se pondera pela necessidade de relevá-lo, em razão de elementos metajurídicos (ou não-positivados). No segundo caso, só se admite falar do comando normativo após a conformação sistemática que deve ser procedida em relação ao dispositivo. A idéia, de procedência quase incontestável na ciência jurídica atual, implica a superação da identidade entre norma e dispositivo normativo.

2.8 NORMA E DISPOSITIVO NORMATIVO

É imprescindível atentar à distinção entre norma e dispositivo normativo. É assaz comum que se confundam os dois conceitos ou se use o termo “norma” para designá-los indistintamente.⁵⁶ Assim, fala-se em “interpretação da norma” e “aplicação da norma”. É óbvio que, no primeiro caso, o termo “norma” significa dispositivo, artigo, texto. No segundo, equivale à idéia de comando, regra, prescrição.

Em obra fundamental, Riccardo Guastini assevera que “*o dispositivo constitui o objeto da atividade interpretativa, a norma, o seu resultado. O dispositivo é um enunciado da linguagem das fontes sujeito a interpretação e ainda por interpretar. A norma é mais precisamente um dispositivo interpretado e, neste modo, reformulada pelo intérprete: ela é, portanto, um enunciado da linguagem dos intérpretes*”.⁵⁷

Na realidade, tal definição, embora didática, é ainda precária. É bem verdade que a norma é *produto* de interpretação e o dispositivo é *objeto* de interpretação, mas isso não equivale a dizer que “a norma seja produto da interpretação de um dispositivo”. Afirmá-lo é forçosamente admitir que terá que haver norma sempre que houver dispositivo e vice-versa, que há uma relação completa de matéria e produto.

O fato é que, como o próprio Guastini observa⁵⁸: (a) há normas sem dispositivos *específicos* que a consubstanciem (caso dos chamados “princípios implícitos em um ordenamento”, como o da segurança jurídica); (b) há dispositivos normativos sem norma correspondente (caso das exposições de motivo de determinadas leis); (c) há dispositivos

56. A impropriedade é ainda mais grave porque não usada apenas no senso comum, mas também na própria linguagem doutrinária, judicial e legislativa.

57. Riccardo GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, p. 16. No original, em italiano: “*In questo senso, la disposizione costituisce l’oggetto dell’attività interpretativa, la norma il suo risultato. La disposizione è un enunciato del linguaggio delle fonti soggetto ad interpretazione e ancora da interpretare. La norma è piuttosto una disposizione interpretata e, in tal modo, riformulata dall’interprete: essa è dunque un enunciato del linguaggio degli interpreti*”. Paolo BECCHI informa que o tema é recorrente e essencial na doutrina de Riccardo Guastini. Sobre ele se debruça o autor em diversas obras, além da que aqui já foi citada. São exemplos os títulos *Dalle fonti alle norme*, *Le fonti del diritto e l’interpretazione* e *Distinguendo*. Em crítica ao nosso ver imprecisamente, Becchi afirma que Guastini leva a distinção às últimas conseqüências, dissociando completamente os dois conceitos. (in “Enunciati, significati, norme. Argomenti per una critica dell’ideologia neosceittica”, p. 05).

58. Riccardo GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, p. 16-20.

dos quais se extraem diversas normas;⁵⁹ (d) há casos de norma única extraída de diversos dispositivos.⁶⁰

Como bem observa Pietro Perlingieri, “a noção de artigo não coincide com a de norma jurídica. Cada artigo apenas raramente encerra uma completa previsão normativa. Todavia, um mesmo artigo pode também conter mais de uma norma”.⁶¹

A norma, destarte, é um comando que se extrai da interpretação dos dispositivos normativos de um sistema que se referem a determinada *fattispecie*. O dispositivo normativo é parte unitária de um sistema jurídico e contribuinte da produção normativa deste. Na pena do publicista gaúcho Humberto Ávila, “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”.⁶²

Atente-se, portanto, que distinguir norma de dispositivo não é, apenas, assinalar que, enquanto o dispositivo é coisa concreta, a norma é coisa abstrata; ou que o dispositivo é texto e a norma é regra. Embora tudo isto seja verdade, mais relevante parece ser observar que o *comando normativo* não se assemelha ao *comando de um dispositivo*. Este

59. Humberto ÁVILA dá um exemplo de dispositivo do qual se podem extrair diversas normas: “Em outras hipóteses, há apenas um dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma. Bom exemplo é o exame do enunciado prescritivo que exige lei para a instituição ou aumento de tributos, a partir do qual pode-se chegar ao princípio da legalidade, ao princípio da tipicidade, à proibição de regulamentos independentes e à proibição de delegação normativa”. (in *Teoria dos princípios*, p. 16).

60. Este último fenômeno pode ocorrer por distintas razões: (i) os dispositivos podem ter o mesmo significado; (ii) os dispositivos podem ter significados contingentes; (iii) os dispositivos podem ter significados que influam no conteúdo dos outros. Encontramos exemplo do primeiro caso em Paolo BECCHI, “Enunciati, significati, norme. Argomenti per una critica dell’ideologia neoscettica”, p. 05: “Allo stesso modo diversi enunciati, congiuntamente o disgiuntamente, possono avere lo stesso significato. Gli enunciati: (a) ‘Non dimenticarti l’ombrello’; (b) ‘Non dimenticarti il cappello’; (c) ‘Non dimenticarti l’impermeabile, potrebbero avere tutti il medesimo significato: quello di invitare il destinatario a cui sono rivolti a ripararsi dalla pioggia”.

61. Pietro PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, p. 26. O autor italiano vai mais adiante e observa que o “conteúdo [da norma] não se forma no momento de produção do texto por parte do legislador: a produção é uma fase à qual é preciso flanquear uma outra, ou seja, a recepção do texto por parte do destinatário, isto é, o intérprete” (p. 67). De forma concordante, Humberto ÁVILA anota que “a atividade do intérprete – quer julgador, quer cientista – não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em constituir estes significados” (in *Teoria dos princípios*, p. 24). Assim também Eros Roberto GRAU, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 81

62. Humberto ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 22.

precisa se adequar aos comandos contidos nos outros dispositivos do sistema jurídico para, só daí, extrair um comando normativo, uma norma jurídica. A aplicação das regras não se faz de modo isolado, mas em conjunto com todo o ordenamento. Não se pode aplicar um dispositivo isolado: há sempre de se aplicar todo o Direito.⁶³

Ainda segundo Humberto Ávila,

*a aplicação do direito depende precisamente de processos discursivos e institucionais sem os quais ele não se torna realidade. A matéria bruta utilizada pelo intérprete – o texto normativo ou dispositivo – constitui uma mera possibilidade de Direito. A transformação dos textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete.*⁶⁴

Repita-se: a distinção é fundamental. Vários dos problemas jurídicos atuais poderiam ser resolvidos (e assim é em relação a boa parte das questões relativas ao abuso de direito, conforme se verá) caso se lhe prestasse boa atenção.

Não parece discutível que haja, de fato, duas coisas diversas. Juridicamente, uma não corresponde à outra – o comando de uma não equivale ao comando da outra. Uma é objeto da construção da outra, material de que ela é feita. Dá-se o nome de *norma* ao produto da construção (e não ao objeto) porque é este comando (produto) que será aplicado, que regerá os casos concretos e as condutas, e não aquele. A partir daí, assumindo que *isto* (o produto) é que é a norma, toda construção jurídica deve levar em consideração esta realidade, e não aquela. A base das construções jurídicas é a norma, não os dispositivos.

2.9 O MÉTODO JURÍDICO ADOTADO

Todo o caminho percorrido neste capítulo tem o objetivo de fixar o método de revelação do Direito aplicável a um dado caso concreto. Ou

63. Carlos Ari SUNDFELD, *Fundamentos de direito público*, p. 138. No mesmo sentido, afirma Eros Roberto GRAU: “*Não se interpretam textos de direito, isoladamente, mas sim o direito, no seu todo. (...) Não se interpreta o direito em tiras*” (in *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 121). Assim também, Pietro PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, p. 76; José Carlos de Oliveira ASCENSÃO, *O Direito*, p. 404.

64. Humberto ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 16. E mais adiante, à p. 19: “*as espécies normativas não estão prontas antes do processo interpretativo que as desvela*”. Concordantemente: Eros Roberto GRAU, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 80.

seja: pretende-se demonstrar como se pode obter o comando normativo (produto da interpretação dos dispositivos) que regerá uma dada situação fática. Aqui, não será possível expor mais que um esboço deste método, o qual, todavia, será suficiente para os fins pretendidos no presente trabalho.

Assimiladas as lições relativas à textura aberta e à distinção entre dispositivos e normas, deve-se adotar o seguinte procedimento para revelar o Direito aplicável a um dado caso concreto:

- (i) Em primeiro lugar, analisa-se o caso trazido à apreciação, levando-se em conta todas as circunstâncias objetivas e subjetivas presentes na situação considerada (mune-se, por assim dizer, de conhecimento acerca do fato considerado);
- (ii) Em seguida, destacam-se aquelas circunstâncias que sejam *juridicamente relevantes*, assim consideradas aquelas que possam influir no comando normativo a ser criado, em razão de a elas se referir(em) algum(ns) dispositivo(s) normativo(s);⁶⁵
- (iii) Obtém-se, assim, uma “lista” dos dispositivos que se referem às propriedades presentes na situação considerada;⁶⁶
- (iv) Providos desta lista, cria-se a norma que regerá o caso concreto (em outros termos: revela-se como o direito se refere àquele fato), através de um exercício interpretativo que mesclará os comandos dos dispositivos de acordo com a ponderação da relevância de cada uma das circunstâncias destacadas anteriormente.

65. Nestes dois primeiros passos, vê-se a influência da tese de WAISMANN. No exemplo citado por Santiago Nino, para caracterizar o curioso objeto, não se podia levar em conta tão somente a circunstância de ele ser “um objeto que serve para escrever sobre uma superfície apta”, mas seria necessário, ainda, relevar suas outras propriedades peculiares. Analogamente, para caracterizar (classificar juridicamente) o ato que lhe é levado à apreciação, não pode o intérprete jurídico contentar-se com sua descrição simplista: deve destacar todas as circunstâncias juridicamente relevantes.

66. Neste particular, é evidente que o trabalho de cada uma das partes envolvidas em uma questão jurídica (através de seus advogados) – bem como do magistrado, de acordo com a atual concepção da ciência processual sobre o seu papel – é destacar a relevância dos aspectos fáticos e dos dispositivos que se lhe referem. Evidentemente, quanto maior for o talento da parte (ou de seu causídico) para analisar tanto as propriedades do fato levado à apreciação, quanto o ordenamento jurídico, maior facilidade ele terá para influir na norma a ser criada para reger o caso concreto (para a elaboração de uma decisão favorável, no caso judicial). Sendo escasso este talento, podem passar despercebidos detalhes fáticos ou jurídicos que concorreriam para a produção de resultado normativo diverso.

Por tudo isso, logo se vê que a efetiva revelação de uma *norma jurídica válida* depende de uma análise complexiva tanto das circunstâncias fáticas relevantes, como do ordenamento jurídico, entendido sistematicamente.⁶⁷

É evidente que é possível perquirir a licitude de uma situação teórica simples, em que estejam presentes só uma ou duas circunstâncias fáticas juridicamente relevantes (os manuais jurídicos estão cheios de proposições deste jaez). Mas isto se fará por razões eminentemente didáticas: não se pode perder de vista que tais proposições servem apenas a revelar *os elementos* que serão utilizados para a formação de uma construção jurídica – e não já *a construção* jurídica ela mesma.

Daí porque, juridicamente, pode-se traduzir o comando contido em um dispositivo normativo da seguinte forma: “se nada mais for juridicamente relevante, dado A, deve ser B”. Ou ainda: “abstraindo-se outras circunstâncias relevantes, dado A, deve ser B”. Por outro lado, seria equivocado traduzi-lo como “quaisquer que sejam as circunstâncias, dado A, deve ser B”, o que equivaleria à interpretação isolada de um dispositivo normativo. Mantendo-se dentro dos limites da ciência jurídica, é este o significado da expressão “relativização dos textos normativos”.

Estas lições não são pouco conhecidas – elas são apenas pouco aplicadas. Vejamos as suas conseqüências em relação ao direito subjetivo.

67. Como bem observa Carlos COSSIO, “um caso judicial só se pode resolver pela totalidade do ordenamento jurídico, e não por uma só de suas partes, tal como o peso todo de uma esfera gravita sobre a superfície em que jaz, embora seja só um o ponto em que toma contacto” (apud José Souto Maior BORGES. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*, p. 91). Em relação à importância da interpretação sistemática, BOBBIO chega a afirmar que a ciência jurídica moderna “nasceu da passagem da jurisprudência exegética à jurisprudência sistemática ou, em outras palavras, que a jurisprudência se elevou ao nível de ciência tornando-se sistemática” (in *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 78).

O DIREITO SUBJETIVO E A SUA ESTRUTURA NORMATIVA

SUMÁRIO • 3.1 A importância do estudo preliminar do direito subjetivo – 3.2 A possibilidade de abuso de outras prerrogativas jurídicas – 3.3 Direito objetivo e direito subjetivo – 3.4 As teorias explicativas do direito subjetivo – 3.5 A licitude. A aquisição e o conteúdo do direito subjetivo – 3.6 A delimitação do direito subjetivo

3.1 A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO PRELIMINAR DO DIREITO SUBJETIVO

Everardo da Cunha Luna inicia a sua monografia sobre o abuso de direito com um capítulo denominado “O direito, de que se abusa”⁶⁸. A intenção é fazer uma rápida exposição a respeito do direito subjetivo, para possibilitar uma melhor compreensão da teoria em estudo. O caminho é mesmo interessante, motivo pelo qual seguimo-lo neste trabalho.

As considerações atinentes ao direito subjetivo tecidas neste capítulo têm o objetivo de estabelecer a base sobre a qual serão desenvolvidas as idéias posteriores. Definiremos o conceito a ser utilizado e tentaremos expor a estrutura normativa deste instituto, cuja compreensão será de absoluta importância para o acompanhamento dos demais capítulos.

Neste passo, parece-nos fundamental advertir que o abuso de direito é matéria diretamente afeita à teoria geral do Direito. Conquanto seja tratada primordialmente pelos civilistas, o instituto permeia todos os ramos da ciência jurídica.⁶⁹ Não se restringe, pois, às barreiras do

68. Everardo da Cunha LUNA, *Abuso de direito*. De maneira similar: Carlos Fernández SESSAREGO, *Abuso del derecho*.

69. No sentido do texto: Epifanio José Luis CONDORELLI, *El abuso del derecho*, p. 12; Luis Alberto WARAT, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, p. 33; Paulo de Araújo CAMPOS, *Abuso do direito*, p. 01; Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 480; Silvio de Salvo VENOSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 602; Sérgio CAVALIERI FILHO, *Programa de Responsabilidade Civil*, p. 161; Rui STOCO, *Abuso do Direito e má-fé processual*, p. 62; Pascal ANCEL e Claude DIDRY, “L’apparition de la notion d’abus de droit en droit français au debut du

direito civil. Por sua natureza, deveria ser estudado juntamente com as noções de Direito e de direito subjetivo. Por sua relevância, não poderia faltar nas disciplinas propedêuticas do curso jurídico. É que a sua concepção está umbilicalmente ligada à idéia que se tem do fenômeno jurídico, decorre das mais preliminares noções que se precisa inculcar no estudioso do Direito.

Conforme será visto, sobre a idéia de direito subjetivo repousa grande parte das respostas às questões mais inquietantes a respeito do abuso de direito.

3.2 A POSSIBILIDADE DE ABUSO DE OUTRAS PRERROGATIVAS JURÍDICAS

Este tópico corresponde a um grande parêntese. É que, antes de prosseguir, deve-se esclarecer que a teoria do abuso de direito não se aplica exclusivamente ao “direito subjetivo em sentido estrito”, mas a qualquer das prerrogativas jurídicas, categoria da qual o direito subjetivo é mera espécie. Ou seja, pode-se abusar também das liberdades ou dos direitos potestativos, por exemplo.⁷⁰

Por esta razão, o “direito” do termo “abuso de direito” deve ser entendido de forma genérica, como sinônimo de prerrogativa. Esta, aliás, é a posição de quase todos os autores que se debruçaram especificamente sobre o tema.⁷¹

XXème siècle”, p. 31; Carlos Fernández SESSAREGO, *Abuso del derecho*, p. 04. Em sentido contrário, defendendo isoladamente os limites civilistas do instituto, Pedro Baptista MARTINS, *O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 202.

70. Em relação aos direitos potestativos, José de AGUIAR DIAS cita a possibilidade de abuso do direito de demitir, caso do patrão que rescinde o contrato de trabalho de seu empregado apenas para que este não obtenha vantagem trabalhista que está prestes a adquirir (in *Da responsabilidade civil*, p. 546). A doutrina exemplifica, ainda, a possibilidade de abusar-se do poder familiar. Assim: Sérgio CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, p. 168; Carlos Roberto GONÇALVES, *Comentários ao código civil*, p. 296; Orlando GOMES, *Introdução ao direito civil*, p. 134. Em sentido semelhante, Ludwig ENNECCERUS et alli, *Tratado de derecho civil*, Tomo I, Parte II, pp. 545-546.

71. Assim, por exemplo: Mario ROTONDI, *L'abuso di diritto*, p. 32; Pietro RESCIGNO, *Abuso del diritto*, p. 19; Louis JOSSERAND, *De l'esprit de droits et de leur relativité*, p. 323; Fernando Augusto CUNHA DE SÁ, *Abuso do Direito*, p. 551; Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito*, p. 72-73. Pedro Baptista MARTINS, *O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 220.

No que respeita às liberdades, Pascal Ancel e Gabriel Aubert, após registrarem que a distinção entre estas e o direito subjetivo nunca foi satisfatoriamente exposta⁷², questionam:

*De outra parte e sobretudo, pode-se perguntar se uma visão restritiva do abuso de direito, por racional que ela possa parecer, possui tanto interesse quanto poderíamos imaginar. Por detrás da utilização do vocábulo "abuso" ou "abusivo" há sempre, ao fundo, a mesma problemática: estamos na presença de um comportamento que, normalmente, a priori, deveria ser considerado como lícito, que beneficie de uma espécie de um "juízo prévio de licitude", porque ele se inscreve dentro dos limites de uma prerrogativa reconhecida ao sujeito, mas excepcionalmente, em razão de circunstâncias objetivas ou da intenção subjetiva de seu autor, torna-se ilícita.*⁷³

Em outras palavras: a distinção, para fins da aplicação da teoria em estudo, é inútil. Isto porque o que é relevante para a aplicação da teoria – a possibilidade de agir, a ação de acordo com o Direito (licitude) – está presente em todas as prerrogativas jurídicas. De acordo com Cunha de Sá:

*Colocada a questão em toda a sua crueza, eu creio dever inclinar-me decididamente para rasgar fronteiras injustificadas ao conceito de acto abusivo. A própria construção dogmática do abuso do direito a que procedi tendo em vista o direito subjectivo aponta decididamente nesta direcção. Nem há que temer a barreira terminológica, segundo tradição de há muito formada. Fala-se de abuso do direito antes de mais porque o problema foi inicialmente colocado em relação ao direito subjectivo.*⁷⁴

A exposição histórica que se segue, no entanto, aproveita a qualquer das prerrogativas, porque as distinções operadas pela doutrina lhe são supervenientes.

72. Há quem sustente, aliás, que a liberdade é, ela mesma, um direito subjetivo. Veja-se, por exemplo, a lição do professor português Fernando Augusto CUNHA DE SÁ: "a liberdade em geral ou inominada constitui um verdadeiro direito subjectivo, o direito geral de liberdade, que deve ser entendido como 'o direito de realizar quaisquer actos, positivos ou negativos, materiais ou jurídicos, não proibidos pela lei'; objecto deste direito seria, aliás, tanto a liberdade de actuação como a liberdade de abstenção, pois em ambos os casos é o sujeito que é 'dono da decisão' e o seu domínio impor-se-ia 'ao respeito de toda a gente, como direito da personalidade'" (in *Abuso do Direito*, p. 565).

73. Pascal ANCEL e Gabriel AUBERT, "L'abus de droit en droit français et en droit suisse: deux approches. Dialogue", p. 05. No original: "D'autre part et surtout, on peut se demander si une approche restrictive de l'abus de droit, pour rationnelle qu'elle puisse paraître, a autant d'intérêt qu'on pourrait le penser. Derrière l'utilisation du vocable "abus" ou "abusif" il y a toujours, au fond, la même problématique: on est en présence d'un comportement qui, normalement, de prime abord, devrait être considéré comme licite, qui beneficie d'une sorte de "prejugé de licéité" parce qu'il s'inscrit dans le cadre d'une prerrogative reconnue au sujet, mais exceptionnellement, à raison des circonstances objectives ou de l'intention subjective de son auter, devient illicite".

74. Fernando Augusto CUNHA DE SÁ, *Abuso do Direito*, p. 615.

3.3 DIREITO OBJETIVO E DIREITO SUBJETIVO

São diversos os significados que pode tomar, em diferentes contextos, a palavra “direito”. Nas frases “este sujeito é um estudioso do Direito alemão” e “este sujeito tem o direito de expressar a sua opinião”, por exemplo, o termo é usado com diferentes acepções. No primeiro caso, alude-se ao conjunto de normas que forma a ordem jurídica alemã; enquanto no segundo, faz-se referência a uma prerrogativa individual, a uma possibilidade de agir garantida pela ordem jurídica. É esta pluralidade significativa que inspira a clássica dicotomia entre direito subjetivo e direito objetivo.

No escólio de Tércio Sampaio Ferraz Júnior,

*o direito é um fenômeno objetivo, que não pertence a ninguém socialmente, que é um dado cultural, composto de normas, instituições, mas que, de outro lado, é também um fenômeno subjetivo, no sentido de que faz, dos sujeitos, titulares de poderes, obrigações, faculdades, estabelecendo entre eles relações. Assim, quando falamos no direito das sucessões, significamos algo objetivo, quando mencionamos o direito à sucessão de um herdeiro, mencionamos algo que lhe pertence.*⁷⁵

O professor paulista lembra, para clarificar, que o idioma inglês tem duas palavras diferentes para os dois termos: *law* (direito objetivo) e *right* (direito subjetivo).⁷⁶

Jean Dabin observa que os termos em questão são incoerentes, já que em nada pode o direito-norma ser considerado *mais objetivo* que o direito-prerrogativa.⁷⁷ O professor francês ensina, ainda, que os antigos costumavam chamar o direito a que hoje se alcunha de objetivo de “direito normativo” e, de resto, distinguiam, no direito hoje alcunhado de subjetivo um duplo aspecto subjetivo e objetivo.

Na realidade, a dicotomia sugere uma inexistente contrariedade de idéias, como se direito objetivo e direito subjetivo inspirassem conceitos opostos. Este, em verdade, depende daquele, do qual é um *aspecto*.⁷⁸ Há, por assim dizer, um “fundamento objetivo” do direito subjetivo.

75. Tércio Sampaio FERRAZ JR., *Introdução ao estudo do direito*, p. 146.

76. Atente-se que, em outros idiomas, como no português, utiliza-se apenas uma palavra para designar os dois termos. Assim no francês (*droit*), no italiano (*diritto*), no espanhol (*derecho*) e no alemão (*recht*).

77. Jean DABIN, *Le droit subjectif*, p. 02: “*La règle est dite objective en tant qu'elle est donné comme un objet à ceux à qui elle s'adresse; mais a priori, rien n'empêche de soutenir que le droit subjectif est donné, lui aussi, comme un objet à l'auteur de la règle, qui serait ainsi tenu de la recevoir*”.

78. Antonio Luis MACHADO NETO, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 155.

De acordo com Santiago Nino, até pode haver direitos inerentes à pessoa humana, cuja existência independe do reconhecimento estatal, mas de tais direitos não se poderá dizer jurídicos, mas apenas morais:

El significado descriptivo que los positivistas asignan a la expresión "derecho" implica que las proposiciones acerca de derechos subjetivos y deberes jurídicos deben ser verificadas en términos de lo que determinadas normas positivas disponen. De este modo, no puede decirse que los habitantes de un país tienen, por ejemplo, el derecho jurídico de practicar libremente su culto cuando las normas del sistema jurídico de ese país prohíben las prácticas religiosas o imponen un culto oficial.⁷⁹

Esta posição permite uma concepção normativa do direito subjetivo, da qual não nos parece ser possível afastar-se, em face do atual estágio de evolução da ciência jurídica. Deveras, malfadaram as tentativas de estripar a essência do direito subjetivo em caracteres relativos diretamente aos seres humanos (como a sua vontade ou o seu interesse) e evoluiu-se no sentido de considerá-lo uma consequência normativa. Vejamos como se deu este processo.

3.4 AS TEORIAS EXPLICATIVAS DO DIREITO SUBJETIVO

O estudo do direito subjetivo se decompõe nos problema da *existência* e da *definição*. Embora este seja logicamente posterior àquele, antecedeu-o historicamente. Deveras, a chamada escola objetivista, que nega a própria existência do direito subjetivo apenas teve lugar quando já se haviam criado as teorias mais importantes para a explicação do instituto. Destas trataremos em primeiro lugar, de maneira a retratar o que consideramos ter sido o caminho evolutivo que culmina com o entendimento hodierno do instituto.⁸⁰

(a) A Teoria da Vontade.

A primeira das teorias explicativas do direito subjetivo é aquela que o considerava como um poder conferido pelo direito objetivo à vontade de um determinado sujeito. Tratar-se-ia de um “poder ou senhorio da

79. Para aprofundamento, Carlos Santiago NINO, *Introducción al análisis del derecho*, pp. 195-198 e 11 e ss.

80. Em direção oposta, Jean DABIN, em sua obra clássica (*Le droit subjectif*), procede, inicialmente, ao estudo das teorias negativistas. Apenas após refutá-las, este jurista analisa as teorias explicativas.

vontade conferido pela ordem jurídica”⁸¹, na medida em que as aspirações do seu titular estariam albergadas e seriam garantidas pelo Direito, que lhe conferiria a possibilidade de transformá-las em realidade. Seus maiores expoentes foram os juristas alemães Bernard Windscheid e Friedrich Carl von Savigny. Este último, em seu Tratado de Direito Romano, assim se manifesta sobre o instituto em estudo:

*o direito subjetivo nos aparece como um poder da vontade. Dentro dos limites deste poder, a vontade do indivíduo reina e reina com o consentimento de todos. (...) cada relação de direito nos aparece como uma relação de pessoa a pessoa determinada por uma regra de direito e esta regra determinante assinala a cada indivíduo um domínio onde sua vontade reina independente de toda vontade estrangeira.*⁸²

Para Windscheid, o aspecto subjetivo do direito possui dois diferentes significados, pelo que se o deveria conceituar ora como “poder”, ora como “senhorio” da vontade.⁸³ Em primeiro lugar, significa a possibilidade de exigir-se um certo comportamento (ação ou omissão) de todas as pessoas ou de uma pessoa determinada. O Direito deixaria ao beneficiário da norma a faculdade de fazer ou não o seu uso. O Direito, neste caso, se torna “seu direito”, e a execução da norma depende unicamente da vontade do sujeito. Neste sentido, o direito subjetivo é o “senhorio da vontade”. Por outro lado, a vontade do beneficiário da norma é ainda decisiva para a criação de direitos da primeira espécie, ao exercer atos como alienação de bens ou cessão de créditos. Neste sentido, segundo o autor pandectista, o direito subjetivo é a possibilidade de produção de normas da ordem jurídica, é um “poder da vontade”.

O primeiro equívoco da Teoria da Vontade é tratar indistintamente duas coisas diversas: o exercício do direito e o direito em si mesmo. Observe-se que, ao tentar explicar a essência do instituto, Windscheid, na verdade, acaba concebendo uma explicação do modo de exercer o direito: para pô-lo em prática, para realizá-lo, é que seria necessária a

81. Bernard WINDSCHEID, “La teoría de la voluntad”, p. 222.

82. *Apud* Jean DABIN, *Le droit subjectif*, p. 57. No original: “le droit subjectif nous apparaît comme un pouvoir de la volonté. Dans les limites de ce pouvoir, la volonté de l’individu règne et règne du consentement du tous. (...) chaque rapport de droit nous apparaît comme une relation de personne à personne déterminée par une règle de droit, et cette règle déterminante assigne à chaque individu un domaine où sa volonté règne indépendante de toute volonté étrangère.”

83. Jean DABIN, *Le Droit Subjectif*, p. 59.

vontade do titular.⁸⁴ O autor alemão silencia, no entanto, no que atine à existência latente do direito subjetivo. É o caso do credor que, por um motivo qualquer, não queira cobrar uma dívida, situação em que subsiste o direito subjetivo de cobrá-la, a despeito da inexistência de vontade para tanto. E se há direito sem que haja vontade, é porque esta não é elemento essencial para a constatação daquele.

Outros exemplos há. De fato, não é difícil que se constate a existência de direitos subjetivos cujos titulares são plenamente desprovidos de vontade (como, por exemplo, os recém-nascidos e os amentais)⁸⁵, assim como, por vezes, o direito que toca ao seu titular é por ele completamente ignorado (caso clássico dos herdeiros, que adquirem direitos com a abertura da sucessão sem que tenham conhecimento do ocorrido).

Além disso, atente-se que há também *exercício* de direitos sem a necessária concorrência da vontade de seu titular. Um exemplo claro é o exercício do direito à vida. Outro, o exercício da liberdade por parte do louco ou o da propriedade de sua casa por uma criança.⁸⁶ Diante disso, é insustentável considerar a vontade como o elemento caracterizador do direito.

O próprio Windscheid reconheceu a força das críticas à sua teoria. Na última edição de seu Tratado, afirmou resignado: *“Yo mantengo la definición del Derecho sentada en las ediciones anteriores de este Tratado. Saber si la misma corresponde todavía a la opinión dominante, tal como se ha afirmado anterioremente, puede aparecer dudoso después de los numerosos ataques que ha experimentado en el último tiempo”*.⁸⁷

84. August THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 208.

85. Rudolf von IHERING questiona: *“Si la voluntad fuese el objeto del derecho, ¿cómo vendrían a tener derecho las personas sin voluntad? ¿Sería derechos que mentirían a su fin y a su destino?, ¿anteojos en manos de los ciegos? Si la personalidad y la capacidad jurídica son cosas idénticas a la capacidad de querer, ¿por qué todas las legislaciones del mundo (y yo no sé de ninguna que ofrezca excepción), no solamente reconocen y protegen en los niños y en los locos la parte puramente humana de la personalidad, el cuerpo y la vida, sino además les señalan, salvo ligeras modificaciones, la misma capacidad patrimonial que a las personas dotadas de voluntad?”* (in *La dogmática jurídica*, p. 176-177).

86. Jean DABIN, *Le droit subjectif*, p. 63. O autor francês conclui da seguinte forma: *“Ainsi donc, ni l'exercice du droit ne suppose nécessairement la volonté, ni le droit ne se confond avec l'exercice du droit”*. Na mesma linha de raciocínio, Carlos Fernández SESSAREGO, *Abuso del derecho*, p. 56; e Antônio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, p. 663.

87. Bernard WINDSCHEID, *“La teoría de la voluntad”*, p. 224.

Na realidade, a esta altura o jurista alemão já havia ensaiado uma adaptação à sua teoria. De início, sua explicação para a subsistência do direito subjetivo nos casos de ausência de vontade acima mencionados era a de que “*não entendia a palavra ‘vontade’ no seu sentido estritamente psíquico, mas só em sentido lógico, como vontade normativa, isto é, como poder jurídico de querer*”.⁸⁸ Não seria necessária a vontade do titular do direito, mas apenas um “certo conteúdo de vontade”.

Nas palavras do autor pandectista:

*Esta dificultad la traté de evitar en las ediciones anteriores, diciendo que el orden jurídico declara decisivo en la concesión de un derecho, no la voluntad del facultado, sino un cierto contenido de voluntad. Este intento lo abandono como imperfecto. El fundamento del concepto sustentado ahora aquí, es tomado - como lo reconozco agradecido - del excelente libro de Thon. Hay que partir de que la voluntad que manda el derecho subjetivo es solamente la voluntad del orden jurídico y no la voluntad del facultado.*⁸⁹

Como se vê, há um reconhecimento da fragilidade da construção primitiva, que o leva a defender, sob o escólio de Thon⁹⁰, que a vontade que caracterizaria o direito subjetivo não pertenceria ao seu titular, mas à ordem jurídica. É patente que estas alterações não serviram a fortalecer a teoria em comento. Ao contrário, elevaram-lhe o grau de abstração e tornaram-na ainda mais confusa.⁹¹

(b) A Teoria do Interesse.

Um dos mais contundentes críticos da Teoria da Vontade foi o jurista alemão Rudolf von Ihering. Além das contradições já enumeradas acima, este autor observa que, em se estribando na vontade o elemento

88. Miguel REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 255.

89. Bernard WINDSCHEID, “La teoría de la voluntad”, p. 225.

90. August THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 152. Eis a passagem a que se refere WINDSCHEID, na tradução italiana: “*Fino a che i detti beni trovano garanzia soltanto per mezzo di veti statuali, questa tutela è di natura meramente pubblicistica. Questa viene attribuita al titolare del bene a prescindere del tutto dalla sua volontà. Sotto questa tutela stanno del pari bambini e pazzi, come persone capaci di agire. Appunto per questo una tale tutela può essere accordata anche a nascituri. La tutela per mezzo di norme statuali è unicamente volontà dello Stato*”.

91. “*En respuesta a las objeciones dirigidas contra su teoría, sostuvo Windscheid que por “voluntad” debía entenderse la del ordenamiento jurídico. Esta variante modifica esencialmente la tesis primitiva, privándola de su verdadero sentido. Pues la voluntad del orden jurídico es algo enteramente diverso de la de los individuos, o sea, del querer en sentido psicológico*” (in Eduardo GARCIA MAYNEZ, *Introducción al estudio del derecho*, p. 188).

característico do direito, seria possível criar para diversos sujeitos, através de contratos, uma série de obrigações sem qualquer utilidade para o outro contratante. Ihering reputa inaceitável que se considere válido um pacto que imponha a uma das partes uma restrição, sem que confira à outra qualquer utilidade. Assim se manifesta o autor alemão sobre esta incoerência da teoria da vontade:

De aquí resultaría que un convenio que impusiera a una de las partes una restricción, sin procurar ninguna utilidad a la otra, por ejemplo, el convenio de no poder enajenar sus bienes ni ejercer cierta profesión, sería perfectamente válido. (...) yo domino sobre una voluntad extraña cuando tengo el poder de obligarla a hacer tal acción o a abstenerse de hacer tal otra. Indiferente es que haya tenido o no un interés personal; en el uno como en el otro, puedo contar con ese goce jurídico intelectual que forma la base de la teoría de la voluntad. Los goces de la fuerza pura están alcanzados, mi voluntad se complace con el orgullo de ser obedecida.⁹²

Para Ihering, o verdadeiro titular do direito não é aquele que pode querer, mas aquele que pode *aproveitar*. Seria a utilidade, não a vontade, a substância do direito. Em sua própria pena:

Los derechos no existen de ningún modo para realizar la idea de la voluntad jurídica abstracta; sirven, por el contrario, para garantir los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y realizar sus fines. Tal es su misión, tal el fin de la medida de la voluntad. Tal es también la medida de las convenciones. Todas aquellas que no presentan ningún interés en ese orden de ideas son nulas y no dan nacimiento ni a una servidumbre ni a una obligación. Los derechos no producen nada inútil; la utilidad, no la voluntad, es la sustancia del derecho.⁹³

Dito isto, conclui com sua célebre definição do direito subjetivo: “*La seguridad jurídica del goce es la base jurídica del derecho. Los derechos son intereses jurídicamente protegidos*”. Nesta concepção, o direito subjetivo ganha maior objetividade.⁹⁴ Nela, o indivíduo apenas titulariza o direito, não sendo seu elemento psicológico volitivo determinante para o surgimento dele. Deste modo, restaria explicado como aqueles desprovidos de vontade poderiam também ser sujeitos de direitos. Ao se

92. Rudolf von IHERING, *La dogmática jurídica*, p. 179. Esta passagem confere certa razão ao professor argentino Jorge CARRANZA, que sustenta ser Ihering o precursor da teoria do abuso de direito (in *El abuso del derecho en la reforma del código civil*, p. 15).

93. Rudolf von IHERING, *La dogmática jurídica*, p. 180.

94. Cf. Miguel REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 256.

lhes conferir um direito subjetivo, estar-se-ia tutelando os seus interesses; protegendo-os, portanto.

Acontece que também a construção de Ihering foi alvo de inúmeras e fortes críticas. Duas objeções principais minaram-na por completo. Em primeiro lugar, exemplos não faltam de situações em que o titular do direito não tem *“nenhum interesse em ver seu interesse protegido, o que nos levaria ao paradoxo de um direito subjetivo como expressão do ‘desinteresse’”*.⁹⁵ Santiago Nino assenta que todos somos proprietários de coisas que não nos interessam, casos em que subsiste o direito de propriedade, a despeito da inexistência de interesse do seu titular.⁹⁶

Por outro lado, há ainda interesses juridicamente protegidos que não constituem direitos subjetivos, como é o caso do interesse por uma paisagem natural. Assim, não há como sustentar que é o interesse o elemento característico do direito subjetivo.

Por derradeiro, reportemo-nos à conhecida metáfora formulada pelo jurisconsulto alemão para explicar a sua teoria. Segundo ela, em toda relação jurídica, haveria um núcleo, que corresponderia ao interesse do indivíduo, e uma casca protetora, que adviria da norma.⁹⁷ O direito subjetivo seria este interesse protegido juridicamente.

Sem embargo, o jurista alemão Thon observou com acerto que não se pode afirmar ser o direito subjetivo o interesse juridicamente protegido, senão, mais propriamente, a proteção jurídica do interesse subjetivo.⁹⁸ Em igual sentido, Miguel Reale anota ser o direito subjetivo *“mais as grades que circundam e guardam o jardim, do que o jardim cercado pelas grades”*⁹⁹. A distinção é relevante: ora se parte do sujeito em dire-

95. Miguel REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 256.

96. Carlos Santiago NINO, *Introducción al análisis del derecho*, p. 198.

97. Rudolf von IHERING, *La dogmática jurídica*, p. 181: *“Este es el fruto y aquél la envoltura o cáscara protectora”*.

98. August THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 207. *“Per questo anche nella tanto discussa definizione ‘i diritti sono interessi giuridicamente protetti’ a mio parere è necessaria una trasposizione. Un diritto non è un interesse che viene protetto, bensì è esso medesimo il mezzo di protezione d’un interesse”*. De acordo com Eduardo GARCIA MAYNEZ, *“Para proceder con congruencia, el citado autor debería admitir que el único elemento esencial al concepto que analizamos es la protección jurídica, no lo protegido o tutelado, ya que, como arriba dijimos, el interes individual no existe indefectiblemente.”* (in *Introducción al estudio del derecho*, p. 190).

99. Miguel REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 256.

ção à norma, ora da norma se direciona ao sujeito. Aí se tem toda uma diferença de concepção do instituto.

Sobre a teoria de Ihering, Windscheid assevera que

*a menudo se ha hecho notar contra él (excepción hecha de otros) que la substancia del derecho no reside en el interés, sino en los enunciados establecidos por el orden jurídico para la protección de ese interés. Por cierto, el orden jurídico solo conferirá derechos con la finalidad de satisfacer los intereses de aquellos a quienes se los confiere; pero no pertenece a la definición del Derecho el fin en consideración al cuál es conferido.*¹⁰⁰

No mesmo sentido, Thon asevera que “o fim do direito – chamado por Ihering de momento substancial do direito – não entra na determinação do conceito do mesmo (...) a garantia de interesses privados é apenas o motivo que determinará ao poder legislativo de criar direitos subjetivos, ‘a definição do direito é independente disto’”.¹⁰¹

Neste ponto, parece-nos imprescindível observar, com Miguel Reale, que as duas teorias já estudadas denotam uma compreensão do direito subjetivo vinculado à pessoa humana, sendo aquele mera exteriorização do *homus juridicus*, o que corresponde a uma superada visão antropomórfica do Direito. O jusfilósofo brasileiro completa: “Não há dúvida que o homem deve ser a medida e o fim, por excelência, do Direito, mas isto não significa que possa ou deva ser entendido como a explicitação ou exteriorização de um homo juridicus, cuja forma de querer representaria o direito subjetivo”.¹⁰²

100. Bernard WINDSCHEID, “La teoría de la voluntad”, p. 224.

101. August THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 207. Na tradução italiana da obra do autor alemão: “lo scopo del diritto – chiamato da Ihering il momento sostanziale del diritto – non rientra nella determinazione del concetto dello stesso (...) la salvaguardia di interessi privati è soltanto il motivo che determinerà il potere legislativo a fondare diritti soggettivi; ‘la definizione del diritto è indipendente da ciò’” Comentando este raciocínio, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello anota que “o interesse, em vez de ser elemento da natureza do direito subjetivo a que se dá proteção, consiste em elemento político, em virtude do qual ele nasce” (in *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 224-225).

102. Miguel REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 253-254. Em sentido similar, Everardo da Cunha LUNA, *Abuso de direito*, p. 31. Para Antonio Luis MACHADO NETO, “a crítica mais fundamental que se há de mover quanto a estas teorias (...) [é a de] enfocarem substancialmente o direito subjetivo, como se ele fosse algo subsistente em si, por oposição ao direito objetivo. Ao contrário, as teorias contemporâneas, por oposição às clássicas e às ecléticas ou mistas, caracterizam-se por uma orientação unificadora de progénie normativista” (in *Compêndio de introdução à ciência do Direito*, p. 157).

(c) A Teoria Mista ou Eclética

Com a intenção de superar as críticas formuladas a uma e outra teorias, autores como Jellinek, Michoud, Ferrara e Saleilles propuseram uma conciliação das duas. Refutando a existência de antagonismos entre elas, uniram-nas na chamada “Teoria Mista ou Eclética”, cuja definição do direito subjetivo poderia ser sintetizada como “o interesse juridicamente protegido que a vontade tem o poder de realizar”.

Constatam-se os elementos do interesse, como propunha Ihering, e da vontade, como propugnava Windscheid. Alguns autores dão maior relevância ao fator interesse, como era o caso de Jellinek e Michoud, enquanto outros, como Saleilles, destacam a vontade.¹⁰³ Em qualquer caso, no entanto, salta aos olhos que

*essa teoria não vence as objeções formuladas contra cada uma de suas partes. O ecletismo é sempre uma soma de problemas, sem solução para as dificuldades que continuam nas raízes das respostas, pretensamente superadas. As mesmas objeções feitas, isoladamente, à teoria da vontade e à do interesse, continuam, como é claro, a prevalecer contra a teoria eclética...*¹⁰⁴

Nada obstante, é de se observar que, a despeito desta flagrante incorreção, logrou alcançar a Teoria Mista a aprovação de muitos e importantes juristas brasileiros, como os professores Orlando Gomes¹⁰⁵ e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello¹⁰⁶, fato que pode ser explicado pelo seu relevante valor prático.

(d) O negativismo. A Escola Objetivista.

Houve ainda quem sustentasse a inexistência do direito subjetivo, como o fizeram, por vias diversas, o francês Léon Duguit e o austríaco

103. Cf. Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 223; Jean DABIN, *Le droit subjectif*, p. 76;

104. Miguel REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 257. De modo similar, MENEZES CORDEIRO critica a “insensibilidade” da doutrina para perceber “o facto de tal síntese cumular as deficiências técnicas apontadas, com ou sem propósito, a Savigny e a Ihering” (in *Da boa-fé no direito civil*, p. 664).

105. Orlando GOMES, *Introdução ao direito civil*, p. 107-108. Afirma o professor baiano, a respeito das duas teorias: “A de R. Von Ihering leva em conta apenas o fim, sem indicar os meios para alcançá-lo. A de Windscheid aponta os meios, mas silencia quanto ao fim.”

106. Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 223. Para este autor: “o direito subjetivo, na verdade, consiste no poder que tem o sujeito ativo da relação jurídica de querer cumprido, isto é, de agir e de exigir o cumprimento do dever pelo sujeito passivo, na satisfação da obrigação que lhe compete, na conformidade do direito objetivo, e posta no interesse direto e imediato dele como titular do direito”.

Hans Kelsen. As teorias dos dois juristas europeus se assemelham por encarar o direito subjetivo como mero reflexo do direito objetivo, dele não se afastando. O direito subjetivo não seria uma atitude do direito objetivo face a uma característica do sujeito. Antes, o direito objetivo é que prevê abstratamente situações nas quais podem vir a se encontrar os sujeitos.

Em síntese, e reportando-se apenas à sua idéia mais interessante¹⁰⁷, Léon Duguit declara a inexistência do direito subjetivo ao defender que se verificariam, em verdade, *situações de fato de natureza subjetiva* nos momentos em que o sujeito se encontrasse em situação prescrita por algum dispositivo normativo. Atente-se que não se nega a existência de um papel subjetivo do Direito. Porque apesar de o direito ser um dado objetivo, ele é necessariamente individual na sua aplicação, se endereçando aos indivíduos, determinando seus comportamentos, dirigindo suas relações.

Jean Dabin sintetiza o pensamento do tratadista francês:

*os indivíduos tirarão proveito da observação por cada um da ordem imposto a todos de não matar, não roubar, de dar assistência, etc... Mas disso não se segue que tenham um direito subjetivo à vida, à conservação de seus bens ou à assistência, porque isto implicaria uma superioridade de vontade que não existe. Em razão da regra, os indivíduos, membros de um grupo, se encontram apenas em uma situação, ativa ou passiva, mas que é, ela também, objetiva, no sentido de que ela é geral como a própria norma, que varia com ela.*¹⁰⁸

-
107. São inúmeras as críticas do jurista francês à idéia de direito subjetivo, as quais nos eximimos de enumerar ou pela sua flagrante improcedência ou pela sua irrelevância para os objetivos deste trabalho. Apenas a título de curiosidade, DUGUIT inicia criticando a idéia da doutrina individualista de que os direitos do homem são anteriores à sociedade, afirmando que *“on ne peut pas fonder le droit objectif sur des prétendus droits subjectifs qui, s'ils existent, ne peuvent dériver que de la vie sociale et de la norme qui s'y applique”*. Em seguida, DUGUIT critica a Teoria da Vontade, de WINDSCHEID, questionando: *“comment le droit objectif lui-même, qui est l'oeuvre de l'homme et non d'une puissance surnaturelle, aurait-il la vertu de doter la volonté humaine d'une qualité de supériorité étrangère à sa nature physique?”*. Além disso, a um certo ponto, o tratadista chega a afirmar que não se deve aceitar a idéia de direito subjetivo porque não é possível defini-lo. Para panorama e crítica das idéias de DUGUIT, ver, por todos: Jean DABIN, *Le droit subjectif*, p. 05-14.
108. *Apud* Jean DABIN, *Le droit subjectif*, p. 08. No original, em francês: *“les autres individus tireront profit de l'observation par chacun de l'ordre imparti à tous de ne pas tuer, de ne pas voler, de donner l'assistance, etc... Mais il ne s'ensuit pas que les autres individus auraient un droit subjectif à la vie, à la conservation de leurs biens, à l'assistance..., car ce droit subjectif impliquerait, dans leur chef, une supériorité de volonté qui n'existe pas. Par le fait de la règle, les individus, membres du groupe, se trouvent seulement placés dans une situation active ou passive, mais qui est, elle aussi, objective, en ce sens qu'elle est générale comme la norme elle-même, qu'elle varie avec elle”*

Perceba-se que Duguit substitui o conceito de direito subjetivo pelo conceito de situação jurídica subjetiva ativa. A situação jurídica é a própria norma, a própria regra de direito, vista no seu aspecto subjetivo. Observe-se o enfoque do jurista francês no elemento *fato*. O fato é que teria a proteção jurídica.

No que atine ao aspecto da possibilidade daquele que teve um “direito” lesado de recorrer à Justiça, Duguit também não vê, neste caso, como se poderia falar em direito subjetivo. Para ele, *“torna-se acorde à regra de direito que certos indivíduos promovam atos tendentes ao arresto, à submissão a julgamento e a condenação do infrator, que a vítima do dano injusto requeira aos detentores da força de assegurar a reparação e a cessação do prejuízo”*.¹⁰⁹ Não se trataria de uma resposta do Direito a uma lesão causada a um direito subjetivo, mas uma sanção a um ato desconforme ao próprio direito objetivo.

Já para Hans Kelsen, a idéia de direito subjetivo é juridicamente irrelevante, na medida em que nada mais denota que o dever jurídico de outro(s) indivíduo(s). Haveria uma desnecessária superposição de conceitos.

Para compreender o raciocínio do autor austríaco, relembre-se o seu conceito de dever jurídico: é a norma que prescreve uma conduta, enquanto liga uma sanção a uma conduta oposta. Deste modo, não há nada no direito subjetivo além da própria aplicação do direito objetivo. Aquele seria a expressão de um dever jurídico, aquilo que é devido por alguém em razão de uma norma jurídica. Direito objetivo e direito subjetivo, no pensamento kelseniano, são apenas posições distintas do Direito, que é um único sistema lógico-gradativo de normas.¹¹⁰ O direito subjetivo é uma visão da própria norma, como poder jurídico que corresponde ao dever por ela prescrito.

Segundo o autor:

Esta situação, designada como ‘direito’ ou ‘pretensão’ de um indivíduo não é, porém, outra coisa senão o dever do outro ou dos outros. Se, neste

109. Apud Jean DABIN, *Le droit subjectif*, p. 10. No original, em francês: “il devient conforme à la règle de droit que certains individus fassent des actes tendant à l’arrestation, à la mise en jugement et à la condamnation de l’infracteur, que la victime du dommage injuste demande aux détenteurs de la force d’assurer la réparation et la cessation du préjudice”.

110. Miguel REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 258.

caso, se fala de um direito subjetivo ou de uma pretensão de um indivíduo, como se este direito ou esta pretensão fosse algo diverso do dever do outro (ou dos outros), cria-se a aparência de duas situações juridicamente relevantes onde só uma existe. A situação em questão é esgotantemente descrita com o dever jurídico do indivíduo (ou dos indivíduos) de se conduzir por determinada maneira em face de um outro indivíduo.¹¹¹

Em coerência à sua posição de suficiência do conceito de dever jurídico e em conformidade com a sua idéia de norma jurídica, o jurista vienense assevera, ainda, que o sujeito a que a norma se reporta é, unicamente, o obrigado, sendo o “titular do direito subjetivo” mero objeto da sua conduta. Nas suas próprias palavras:

A propósito, importa notar que ‘sujeito’ nesta relação é apenas o obrigado, isto é, aquele indivíduo que pela sua conduta pode violar ou cumprir o dever. O indivíduo que tem o direito, isto é, aquele em face do qual esta conduta há de ter lugar, é apenas o objeto da conduta que, como correspondente à conduta devida, está já conotada nesta. Este conceito de um direito subjetivo que apenas é um simples reflexo de um dever jurídico, isto é, o conceito de um direito reflexo, pode, como conceito auxiliar, facilitar a representação da situação jurídica. É, no entanto, supérfluo do ponto de vista de uma descrição cientificamente exata da situação jurídica.¹¹²

Jean Dabin observa que para Kelsen, o próprio indivíduo, enquanto sujeito de direito, é um sistema de normas, a personificação de uma ordem jurídica parcial. Se é assim, como poderia este *homo normativus* possuir direitos subjetivos?¹¹³

Em um caso, no entanto, Kelsen admite expressamente a efetiva existência de direito subjetivo, como algo distinto do dever jurídico de outrem. Trata-se da situação em que o sujeito recorre à via judicial para exigir a sanção pelo descumprimento de um dever jurídico.¹¹⁴ Isto ocorre porque a ação judicial é um dos pressupostos à aplicação desta sanção. Para que ela seja aplicada, exige-se uma atuação do indivíduo, provocando o Estado à prestação da atividade jurisdicional. Nesta situação particular, seria inequívoco que se confere ao sujeito um poder, uma autorização ou atribuição de competência. A aplicação da norma

111. Hans KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 142.

112. Hans KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 143.

113. Jean DABIN, *Le droit subjectif*, p. 15.

114. Hans KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 150.

jurídica está à disposição de um sujeito. Neste sentido, admite Kelsen, o direito objetivo é, de fato, o *seu* direito.

A este respeito, Dabin adverte:

*que não nos enganemos: sob o nome de direito subjetivo (Berechtigung, marcando a idéia de uma habilitação, de uma investidura pela regra objetiva), Kelsen não entende de maneira alguma o direito subjetivo-prerrogativa. Trata-se ainda do direito objetivo no sentido de norma, com a particularidade que, na espécie, a norma resultante da declaração de vontade é individual e concreta, enquanto a norma posta pelo legislador é geral e abstrata.*¹¹⁵

Eis aí, aliás, a grande diferença entre as concepções de Duguit e Kelsen. Enquanto este concebe a elaboração, pelo indivíduo, de uma norma individual (ainda que não lhe atribua qualquer poder criativo, na medida em que mesmo esta criação já vem prevista no ordenamento jurídico), aquele segue afirmando que o que se constata é uma mera situação jurídica, a que o ordenamento jurídico se reportaria diretamente, através da norma geral.

A advertência de Dabin parece correta, quando atentamos ao que assevera o próprio autor da Teoria Pura:

*Este direito subjetivo tampouco se coloca, como o dever jurídico, face ao Direito (objetivo) como algo dele independente. É, tal como o dever jurídico, uma norma jurídica, a norma jurídica que confere um específico poder jurídico, que atribui um poder ou competência a um determinado indivíduo. Dizer que este indivíduo 'tem' um direito subjetivo, isto é, um determinado poder jurídico, significa apenas que uma norma jurídica faz de uma conduta deste indivíduo, por ela determinada, pressuposto de determinadas seqüências.*¹¹⁶

(e) Crítica à Escola Objetivista.

Em primeiro lugar, no que pertine às proposições de Léon Duguit, objetamos que não pode prosperar a sua idéia de situação jurídica subjetiva como substitutiva da idéia de direito subjetivo. É que a noção de

115. Jean DABIN, *Le droit subjectif*, p. 16. No original: "Mais qu'on ne s'y trompe pas: sous le nom de droit subjectif (Berechtigung, maquant l'idée d'une habilitation, d'une investiture par la règle objective), Kelsen n'entend nullement le droit subjectif-prerrogative. Il s'agit toujours de droit subjectif au sens de norme, avec cette particularité que, en l'espèce, la norme résultant de la déclaration de volonté est individuelle et concrète, alors que la norme posée par le législateur est générale et abstraite".

116. Hans KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 151-152.

situação jurídica subjetiva, ainda que em seu aspecto ativo, inclui uma série de outros institutos estranhos ao direito subjetivo. Sob este novo conceito, alberga-se todo o aspecto subjetivo do Direito, no qual o direito subjetivo se inclui como mera espécie.

Em relação à doutrina kelseniana, não nos parece sustentável igualar a idéia de direito subjetivo àquela de dever jurídico. Atente-se, de início, que em algumas situações, há dever jurídico, mas não há direito subjetivo. Assim, por exemplo, pode uma norma prescrever determinada conduta de um indivíduo em face de animais, plantas ou objetos inanimados, caso em que haverá dever jurídico, mas não se falará em direito subjetivo correlato.

Além disso, há casos em que se constata um direito subjetivo sem o correspondente dever jurídico, como admite o próprio Kelsen, ao aludir ao direito de ação. Se é assim, não há como sustentar a irrelevância do conceito em estudo, em razão da já supostamente suficiente idéia de dever jurídico.

Por outro lado,

la circunstancia de que todo derecho derive de una norma, no demuestra que norma y facultad sean lo mismo. El derecho subjetivo es posibilidad de acción de acuerdo con un precepto o, en otras palabras, una autorización concedida a una persona. La regla normativa es, en cambio, el fundamento de tal facultad. El sofisma de Kelsen es comparable al paralogismo en que incurriría quien dijera que existiendo entre las ideas de padre e hijo una relación necesaria, no hay diferencia ninguna entre ellas.¹¹⁷

Nada obstante – e aqui reside a observação mais importante –, é preciso clarificar que, quando se afirma que as doutrinas de Duguit e Kelsen negam o direito subjetivo, não se pretende dizer que estes autores neguem o aspecto subjetivo do direito ou que pretendam eliminar os valores que este conceito recobre. Na verdade, a idéia dos dois juristas consiste na negativa de existência de uma prerrogativa do sujeito *distinta* ou *dissociada da norma*. Para estes autores, o que se chama de direito subjetivo nada mais é do que a aplicação do direito objetivo. Os objetivistas não negam *a coisa representada*, mas apenas a *representação*. Não haveria um “direito subjetivo” – o único direito seria o objetivo.

117. Eduardo GARCIA MAYNEZ, *Introducción al estudio del derecho*, p. 194.

A questão é, pois, meramente teórica, na medida em que, ainda que se aceite a integralidade das doutrinas objetivistas, não se estará negando a proteção às propriedades do indivíduo e aos seus bens.¹¹⁸

De outra parte, é fundamental observar que os autores objetivistas nada mais fazem do que enxergar o direito subjetivo sob o ângulo do direito objetivo. Nesta mesma direção, Dabin questiona:

*mas, conferindo a um sujeito esta situação ativa, não podemos dizer que a regra lhe confere, ao mesmo tempo, um direito subjetivo, no sentido de uma prerrogativa própria, oponível a outrem, sob a sanção do direito objetivo? Recusa-se a admitir o conceito de um direito à vida, um direito ao uso próprio das coisas, de um direito à prestação de serviços, etc...; o indivíduo estaria apenas em uma situação que o autoriza a por em funcionamento o mecanismo de constringimento previsto pela norma em caso de atentado a estes interesses. Não é, na realidade, a mesma idéia? Não é reconhecer ao indivíduo um direito subjetivo a estes interesses?*¹¹⁹

Portanto, as lições dos eméritos juristas citados não servem a extinguir a idéia do direito subjetivo na ciência jurídica, mas apenas a adequá-la, destacando o aspecto ou a origem objetiva.

(f) A herança da Escola Objetivista.

A despeito do que vem de ser exposto, não se pode negar à Escola Objetivista a importância e o mérito de superar a compreensão de direito subjetivo como algo relacionado diretamente ao ser da pessoa natural ou jurídica, como uma característica intrínseca sua, independente de previsão normativa. Repita-se Miguel Reale: “*não há dúvida que o homem deve ser a medida e o fim, por excelência, do Direito, mas isso não significa que possa ou deva ser entendido como a explicação ou*

118. No mesmo sentido, Jean DABIN, *Le droit subjectif*, p. 19; e Pedro Baptista MARTINS, *O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 201.

119. Jean DABIN, *Le droit subjectif*, p. 23: “*Mais en lui conférant cette situation active, ne peut-on dire que la règle lui confère, du même coup, un droit subjectif, c’est à dire une prérogative propre, opposable à autrui, sous la sanction du droit objectif? On refuse d’admettre le concept d’un droit à la vie, d’un droit à l’usage propre des choses, d’un droit à la prestation de services, etc...; l’individu serait seulement dans une situation l’autorisant à mettre en branle le mécanisme de contrainte prévu par la norme au cas d’atteinte à ces intérêts. N’est-ce pas, en réalité, la même idée? N’est-ce pas reconnaître à l’individu un droit subjectif à ces intérêts?*” Neste mesmo sentido, Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 225; Fernando Augusto CUNHA DE SÁ, *Abuso do Direito*, p. 301-302; e Louis JOSSERAND, *De l’esprit de droits et de leur relativité*, p. 329.

*exteriorização de um homo juridicus, cuja forma de querer representaria o direito subjetivo”.*¹²⁰

De acordo com Garcia Maynez:

*Entre las dos acepciones fundamentales del sustantivo derecho existe una correlación perfecta. El derecho subjetivo es una función del objetivo. Este es la norma que permite o prohíbe; aquél, el permiso derivado de la norma. El derecho subjetivo no se concibe fuera del objetivo, pues siendo la posibilidad de hacer (o de omitir) lícitamente algo, supone lógicamente la existencia de la norma que imprime a la conducta facultada el sello positivo de la licitud. (...) Los dos conceptos se implican recíprocamente; no hay derecho objetivo que no conceda facultades; ni derechos subjetivos que no dependan de una norma.*¹²¹

Para os fins específicos deste trabalho, não interessa avançar na tentativa de determinar precisamente o conceito de direito subjetivo. É suficiente destacar este caminho evolutivo da ciência jurídica na tentativa de fazê-lo, de maneira a sublinhar sua hoje irrefutável característica normativa, da qual se extrairão conclusões futuras. Sobreleva atentar para esta observação: o direito subjetivo é um conceito jurídico; seu conteúdo e seus limites são dados pelas normas que o estabelecem. Menezes Cordeiro é preciso:

*O direito subjectivo é, assim, chamado a, na Ciência do Direito, desenvolver um máximo de eficácia expositiva e de coerência sistemática, pelo prisma da juspositividade; assentando a ordem jurídica em normas, o direito subjectivo é, ele próprio, norma ou produto de normas.*¹²²

3.5 A LICITUDE. A AQUISIÇÃO E O CONTEÚDO DO DIREITO SUBJETIVO

De acordo com a doutrina mais moderna, o direito subjetivo se desdobra em dois elementos: a licitude e a pretensão. A teoria do abuso de

120. Miguel REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 254. De acordo com MACHADO NETO, “as teorias contemporâneas, por oposição às clássicas e às ecléticas ou mistas, caracterizam-se por uma orientação unificadora de progênie normativista.” (in *Compêndio de introdução à ciência do Direito*, p. 157).

121. Eduardo GARCIA MAYNEZ, *Introducción al estudio del derecho*, pp. 36-37. Para José de Oliveira ASCENSÃO, há “uma prioridade, pelo menos lógica, do momento objetivo sobre o subjetivo. Podemos falar também de uma derivação do direito subjetivo do objetivo. Se Joaquim tem o direito de suceder é porque, de harmonia com o Direito das Sucessões, tal prerrogativa lhe é conferida” (in *O Direito*, p. 39).

122. Antonio Manuel da Rocha MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, p. 666.

direito tem conexão, apenas, com o elemento “licitude”, razão pela qual cumpre ater-se ao seu estudo.¹²³

Na esteira do pensamento de Miguel Reale¹²⁴, é de ver-se que a *norma* é responsável pelo estabelecimento de um feixe de *atos* protegidos pelo Direito. Trata-se de uma prefiguração ou modelo de uma classe de *comportamentos possíveis*. A descrição procedida pela norma tem justamente este caráter de previsão de uma série de situações factuais às quais o Direito dá guarida, promovendo-lhes ou possibilitando-lhes a realização. Eis o conteúdo do elemento “licitude”.

A previsão normativa do direito subjetivo compreende dois momentos distintos. O primeiro deles é o momento da “aquisição do direito subjetivo”. O segundo é o momento de exercício das faculdades dele advindas. Os dois correspondem a situações factuais a que a norma se reporta, regulamenta e delimita. Se alguém dotado de capacidade jurídica de agir, compra de outrem, igualmente capaz, um bem disponível, lhe adquire a propriedade, pela tradição (primeiro momento previsto normativamente – a aquisição do direito), tornando-se titular de um direito subjetivo que compreende faculdades juridicamente protegidas.¹²⁵ Estas serão exercidas nos limites atributivos das regras de direito (segundo momento previsto normativamente – o exercício do direito).

Poder-se-ia afirmar que a estrutura normativa do direito subjetivo é composta de um pressuposto de fato e uma conseqüência normativa¹²⁶. O pressuposto de fato é a conduta (ou mera situação) que promove a aquisição do direito. A conseqüência normativa é a possibilidade de exercício de determinadas faculdades, de realização de certas condutas. Atente-se que os dois são momentos complementares da mesma previsão normativa. Em primeiro lugar, fica estabelecida abstratamente a conseqüência jurídica de “aquisição de um direito” ao sujeito que se encontra em determinada situação pré-configurada (no exemplo acima, na situação de comprador de um bem disponível). A este direito se ligam

123. É por esta razão que a teoria do abuso de direito é aplicável não apenas ao direito subjetivo em sentido estrito, mas também às demais prerrogativas, conforme exposto anteriormente.

124. Miguel REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 262.

125. Orlando GOMES, *Introdução ao direito civil*, p. 109.

126. Cf. Ludwig ENNECCERUS et alli, *Tratado de derecho civil*, Tomo I, Parte II, pp. 01-07.

faculdades, as quais já estavam detalhadas na própria previsão normativa do direito.

É fundamental a compreensão da estrita conexão entre estes dois momentos e a percepção que ambos emanam da mesma previsão normativa. No exato instante em que se dá a aquisição de um direito subjetivo, abre-se ao sujeito, numa espécie de feixe protetivo, a possibilidade jurídica de prática de uma classe de atos juridicamente garantidos. É exatamente nisso, aliás, que consiste a titularidade deste direito. Deve ficar claro, no entanto, que a relação de todos os atos garantidos, e de suas respectivas propriedades, já está prevista neste momento inicial. Isto quer dizer que não apenas a aquisição, mas também o exercício do direito já é prefigurado pelo ordenamento jurídico.

Disso refletimos que mais propriamente se deve falar em “exercer” que “usar” um direito. É que o termo *exercer* dá uma relativa idéia de restrição, enquanto *usar* parece sugerir maior liberdade.¹²⁷ Ao falar-se em “usar um direito”, passa-se a falsa idéia de concessão ao seu titular de uma espécie de poder realizador de condutas das quais só se poderia constatar a licitude *a posteriori*. Este entendimento, é certo, retrocede às antigas concepções do direito subjetivo, destacando-o da ordem jurídica.¹²⁸ Todas as condutas a serem realizadas pelo titular de um direito já podem ser abstratamente configuradas como exercício de um direito ou não, a partir da previsão normativa do direito subjetivo. Na realidade, o ordenamento jurídico disciplina, a um só tempo, a aquisição e o exercício do direito. E, por esta razão, todas as condutas possibilitadas pela norma – e também a totalidade de suas propriedades objetivas e subjetivas – já estão prefiguradas pelo Direito.

Neste passo, exercer um direito nada mais é do que realizar uma das condutas possibilidades pela norma permissiva.

Dê-se o exemplo de um ordenamento jurídico hipotético que estabeleça, em seu único dispositivo normativo, que “é garantido a todos o direito de expressar sua opinião”. Um sujeito que viva sob a regulamen-

127. Em sentido contrário, Jean DABIN registra a sua predileção pela expressão “uso de um direito”. A sua razão, no entanto, é de ordem meramente pragmática, para evitar equívocos decorrentes da terminologia “exercício de um direito”, o qual nem sempre é feito pelo seu titular. (in *Le droit subjectif*, p. 237).

128. Estas considerações serão aprofundadas no capítulo 6.

tação deste ordenamento terá, só por esta situação, adquirido o direito mencionado no dispositivo. Por força disso, permite-se-lhe a prática de atos tendentes à expressão de suas idéias (licitude); e, em segundo lugar, dá-se-lhe a possibilidade de exigir de outrem que não lhe tolha esta faculdade (pretensão). Em razão do direito de expressar a opinião conferido ao sujeito paradigma pelo ordenamento em questão, ninguém poderá impedir a prática de atos neste sentido.

Para saber quais situações factuais se adequam à previsão normativa (e, portanto, gozam de proteção jurídica), utilizam-se os métodos hermenêuticos. Através destes, pode-se perquirir se determinado ato é conforme ao que estabelece o direito objetivo. Imagine-se, pois, que pretenda o referido cidadão declarar que, a seu parecer, seria o parlamentarismo o melhor dos sistemas de governo. Neste caso específico, dado o fato “declarar que o melhor sistema de governo é o parlamentarista”, cumpre indagar se o mesmo corresponde à previsão normativa que estabelece a possibilidade de “expressar uma opinião”. Sendo a resposta positiva, tem-se que o mencionado ato está protegido pelo Direito e confere-se ao sujeito prolator da declaração a possibilidade de exigir dos demais sujeitos o respeito ao ato garantido.

3.6 A DELIMITAÇÃO DO DIREITO SUBJETIVO

Observe-se que, na situação usada como modelo na seção anterior, por motivos didáticos, admitiu-se a existência de um ordenamento jurídico cuja única disposição fosse aquela que estabelece a liberdade de expressão. Nos ordenamentos reais, tal disposição seria apenas uma parte de todo o sistema jurídico. Assim, só se poderia falar de alguma norma (e, portanto, de algum direito subjetivo) após a conjugação de todas as disposições cabíveis à espécie, ao fato em questão. Vale repetir: é absolutamente inconcebível a interpretação de um dispositivo isoladamente, divorciado das demais disposições contidas no ordenamento jurídico.¹²⁹

A interpretação jurídica busca a constatação de existência de normas jurídicas e estas não se produzem de um dispositivo isolado. Como também o direito subjetivo advém de uma norma, não é correto pensar que ele já nasce de um dispositivo normativo específico, sendo que os

129. Relembrem-se as importantes conclusões alcançadas nas seções 2.8 e 2.9.

demais dispositivos lhe conferem limitações *ex post*. Na realidade, não há norma alguma que surja de um dispositivo isolado. Não há norma antes da conformação procedida por todos os dispositivos do sistema jurídico. Assim, a norma que consubstancia o direito subjetivo só nasce e já nasce limitada. Não há, pois, limites posteriores que se lhe impõem – todos os limites impostos pelo sistema já participam de sua criação. O direito subjetivo só nasce já limitado.

Exemplificativamente, mantendo o ordenamento paradigma do tópico anterior, caso houvesse um segundo dispositivo normativo que, por um motivo qualquer, estabelecesse que “é proibido escrever livros”, malgrado o feixe de situações admitidos pelo primeiro dispositivo inclua a declaração textual, através da produção de livros, de que o parlamentarismo é o melhor dos sistemas de governo, tem-se que tal ato não está juridicamente garantido. O sujeito que o pratica não está agindo em conformidade com o direito e não poderá exigir de outrem que lhe permita praticá-lo. Da interpretação conjunta dos dois dispositivos, constata-se que, nada obstante o referido ordenamento jurídico confira aos sujeitos aos quais se reporta a possibilidade de expressar a sua opinião, estes não poderão fazê-lo mediante a produção de livros.

Tais observações, à primeira vista, podem parecer banais, mas serão de fundamental importância para o desenvolvimento da nossa idéia de abuso de direito. Delas se retira que é absolutamente natural o estabelecimento de limites, por parte de um dispositivo normativo (ou de vários), ao alcance dos outros. Adicione-se que esta delimitação pode ter direção clara, caso dos dispositivos que expressamente conformam outros, como pode se dar de maneira oblíqua, menos perceptível. De igual modo, pode ser intencional e expressamente aposta pelo legislador em um dispositivo, ou agir implicitamente e à margem de sua vontade.

O mais importante é deixar registrado que o direito subjetivo, como produto do direito objetivo, nasce já com todas as delimitações que este lhe impõe. As suas fronteiras estão muito bem determinadas. O seu feixe de situações factuais está plenamente estabelecido pela conjugação das disposições normativas e os seus mútuos condicionamentos. Deveras, não se pode pensar que os direitos subjetivos sejam concebidos antes da devida correlação com os seus limites. Estes são, por assim dizer, um elemento negativo indispensável à existência dos próprios direitos. Estes só existem já delimitados.

A rigor, não se poderia falar, no ordenamento do qual fizemos modelo, de um direito de *“expressar a opinião”*, senão, mais corretamente, de um direito de *“expressar a opinião, desde que não se o faça através de livros”*. Usa-se tão somente a primeira locução por razões de ordem pragmática. Note-se que, se nos ativemos à caracterização de um só limite à primeira norma estabelecida, na realidade, os limites costumam ser inúmeros. Além disso, se aqui utilizamos delimitações claras, diretas e expressas, não será raro que as limitações constatáveis nos ordenamentos reais sejam implícitas ou oblíquas.¹³⁰

Assim, tanto os comandos normativos podem estar explícitos através de disposições textuais como, ao contrário, podem se encontrar apenas implícitos no direito objetivo, sendo depreendido de seu todo. Por outro lado, os limites impostos ao alcance de determinadas normas tanto podem ser específicos, como gerais.

Poder-se-ia adicionar ao nosso ordenamento paradigma um dispositivo que estabeleça que *“não é permitido insultar”*, o qual proíbe, especificamente, o ato de insultar. De igual maneira, seria possível adicionar-lhe outro dispositivo que disponha que *“não se admitem os atos contrários aos bons costumes”*, o qual proíbe toda a espécie de atos que vão de encontro aos bons costumes, aí incluído, é certo, o de insultar.

Analisando, agora, o nosso ordenamento jurídico paradigma, cujo conteúdo se limita aos três dispositivos aludidos, tem-se que o sujeito que deseje expressar a sua opinião, não poderá fazê-lo através da produção de livros e também não poderá insultar outrem (no primeiro caso acima) ou cometer qualquer ato contrário aos bons costumes (no segundo caso). É que essas condutas foram excluídas do feixe de situações factuais garantidas através do primeiro dispositivo.

Poder-se-ia falar que os sujeitos aos quais se reporta este ordenamento jurídico têm o direito de *“expressar sua opinião, desde que não o façam por livro e que não insultem ninguém”* ou, ainda, o direito de *“expressar sua opinião, desde que não o façam por livro e que não come-*

130. Retomem-se, mais uma vez, as conclusões a que chegamos no capítulo anterior (seção 2.9). Num ordenamento real, em que o dispositivo que se refere à possibilidade de expressar a opinião deve ser confrontado com tantos outros, o seu comando não pode ser traduzido como *“quaisquer que sejam as circunstâncias, é permitido expressar a opinião”*, mas, antes, *“abstráidas outras circunstâncias juridicamente relevantes, o ato de expressar a opinião é lícito”*.

tam atos contrários aos bons costumes”¹³¹. Se se fala simplesmente num “direito de expressar a opinião”, não se pode perder de vista que se o faz meramente por razões de ordem prática e que, a rigor, o direito apenas existe quando não se pratiquem os atos proibidos, implicitamente ou explicitamente, pelo ordenamento.

Será preciso retornar, em breve, a este tema.

131. Registre-se que cuidamos de pôr as aspas apenas após o termo “direito de”. Pretende-se deixar claro que, segundo a idéia aqui defendida, ter-se-ia um direito de “expressar sua opinião, desde que não se o faça por livro e que não insulte ninguém” e não um “direito de expressar sua opinião, desde que não se o faça por livro e que não insulte ninguém”. Neste último sentido, estar-se-ia referindo a um direito tal (o de expressão) e só então lhe dando os limites. Não é assim que entendemos ocorrer. Conforme já dissemos, o direito nasce limitado. Neste passo, o direito existente é o de “expressar sua opinião, desde que não se o faça por livro e que não insulte ninguém”. Somente se concebe a sua existência já com estas delimitações.



CAPÍTULO IV

A ORIGEM DA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO

SUMÁRIO • 4.1 A relevância da pesquisa histórica – 4.2 A distinção entre “noção” e “teoria” – 4.3 As célebres decisões dos tribunais franceses – 4.4 A origem da noção do abuso de direito – 4.5 A origem da teoria do abuso de direito

4.1 A RELEVÂNCIA DA PESQUISA HISTÓRICA

Pode-se analisar o fenômeno jurídico sob distintos ângulos, correspondendo cada uma dessas visões ao objeto de estudo de uma determinada ciência jurídica, como o Direito comparado, a teoria geral do Direito, a dogmática jurídica e a história do Direito. Nesta última, busca-se relacionar as construções jurídicas de uma determinada época à conjuntura em que ela se procedeu, do que se extraem as suas razões e o seu alcance. É sob esta perspectiva que se desenvolverá o presente capítulo.

De início, reitera-se que o objetivo deste trabalho é analisar e reconstruir a teoria do abuso de direito, em razão da insatisfatoriedade das explicações tradicionais. Neste passo, é imprescindível que se proceda a esta pesquisa histórica sobre o seu surgimento, uma vez que o desenvolvimento dos estudos acerca da referida teoria só é possível desde que se lhe conheça a origem. Ademais disso, as considerações históricas também possuem finalidade prática, já que, a partir delas, poder-se-á melhor compreender como se deu a recepção legal, doutrinária e jurisprudencial do abuso de direito em um determinado ordenamento jurídico, determinando-lhe mais precisamente os contornos.

A seguir, serão analisadas a percepção inicial da necessidade de “relativização dos direitos subjetivos”, a primazia do direito romano, os casos emblemáticos levados a juízo, a importância da jurisprudência francesa, a positivação em diversos ordenamentos e as primeiras elaborações doutrinárias a respeito do instituto. A constatação destas últimas, que se deram, notadamente, na França, entre o final do século XIX e início do século XX é justamente o marco para o fechamento deste capítulo. É quando se sairá do exame da origem da teoria do abuso de

direito e se passará ao estudo da sua evolução, ponto fundamental deste trabalho.

4.2 A DISTINÇÃO ENTRE “NOÇÃO” E “TEORIA”

Um dos primeiros problemas para os autores que estudam o abuso de direito é precisar-lhe as origens históricas. Alguns doutrinadores crêem que só se poderia falar em abuso de direito a partir do século XIX, como resposta ao exacerbado formalismo decorrente da Escola de Exegese. Outros, em contrapartida, vislumbram traços do instituto já no remoto Direito Romano e reivindicam-lhe a primazia na sua aplicação.

Na realidade, a divergência guarda um pouco de mal-entendido. É que ao se falar em abuso de direito, ora se faz referência à *noção* ou à percepção que deu azo à criação da teoria, ora se faz referência à *teoria* propriamente dita. Portanto, preliminarmente, é conveniente bem distinguir as acepções de “noção” e de “teoria”.¹³² A primeira é idéia de existência, percepção empírica de uma realidade, um conhecer primitivo. A segunda é produto de um trabalho científico, da sistematização e problematização de um saber. Por certo, só nasce e se desenvolve a teoria referente a algum instituto jurídico depois que se lhe constata a existência (noção) – aquela, pois, pressupõe esta, sucede-a nas etapas de uma construção científica. Difere, no entanto, afirmar a data de aparição da noção de abuso de direito e o momento do início de seu estudo

132. Para Fernão Justen de OLIVEIRA: “A noção de abuso de direito remonta ao direito romano, em cujos brocados se eternizou. E configurou efetivamente uma mera noção, pois os romanos não se valeram da terminologia específica para identificá-lo como instituto jurídico, da mesma forma que deixaram de formular um conceito cientificamente apreciável de abuso de direito” (in *Abuso de direito do acionista minoritário*, p. 08). Já Abbas KARIMI utiliza outras palavras para expor o que aqui sustentamos: “Pourtant, certains auteurs continuent de penser que ‘la théorie de l’abus de droit est une construction récente’ (...). Toutefois, s’ils raisonnent ainsi, c’est en réalité parce qu’ils ne prennent pas en considération la période pendant laquelle la théorie n’était pas encore bien systématisée. Du reste, cette théorie était appliquée bien avant qu’elle ait été doctrinalement exposée.” (in *Les clauses abusives et la théorie de l’abus de droit*, p. 29). A distinção é também acentuada, embora não expressamente, em Francisco PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, Tomo 53, págs 64-66 e p. 72. De igual forma, a idéia se faz presente em Antônio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, p. 673-674; Pascal ANCEL e Claude DIDRY, “L’apparition de la notion d’abus de droit en droit français au début du XXème siècle”, p. 32; Carlos Fernández SESSAREGO, *Abuso del derecho*, p. 98; Pedro Baptista MARTINS, *O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 27; Paulo de Araújo CAMPOS, *Abuso do direito*, p. 04; Jorge AMERICANO, *Do abuso de direito no exercício da demanda*, p. 10.

sistemático e científico, a sua teoria. Daí o surgimento das divergências antes referidas.

No caso específico do abuso de direito, sua noção equivale à percepção primitiva de “relatividade dos direitos subjetivos” – da queda da sua concepção absolutista, como resultado da própria relativização de dispositivos normativos em particulares situações concretas. A teoria parte desta percepção para desvendar as classes de situações em que se daria o ato abusivo e perquirir as formas de repressão estabelecidas pelo Direito que seriam aplicáveis neste caso.

4.3 AS CÉLEBRES DECISÕES DOS TRIBUNAIS FRANCESES

É freqüente encontrar na doutrina a atribuição da origem da teoria do abuso de direito à jurisprudência francesa. Alude-se, para tanto, aos célebres julgamentos dos casos da falsa chaminé e de Clément-Bayard.

Trata-se o primeiro deles de caso levado à apreciação da Corte de Apelação de Colmar, que o julgou em 02/05/1855. Um determinado proprietário levantou em seu terreno uma falsa chaminé, sem nenhuma utilidade para si, com o intuito único de prejudicar o seu vizinho, tolhendo-lhe o acesso à luz e ao vento. O proprietário-réu se arvorava no art. 544 do Código Civil francês, que estabelece que *“a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta”*.¹³³ Argumentava que apenas utilizava as prerrogativas que lhe conferia o direito de propriedade, não lhe sendo defeso construir o que bem lhe aprouvesse dentro dos limites de seu terreno. Sua tese não prevaleceu: o tribunal ordenou a demolição da chaminé e a reparação dos danos causados ao vizinho.

O caso Clément-Bayard x Coquerel tratou-se de ação movida por aquele contra este, seu vizinho, que erigira em sua propriedade hastes de madeira de dezesseis metros de altura, assim agindo unicamente

133. *“Art. 544. La propriété est le droit de jouir et disposer de choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.”* É interessante observar que a teoria do abuso de direito tenha surgido em terreno tão inóspito, como a França de espírito liberal e individualista do século XIX. O professor Christophe JAMIN, no entanto, sustenta que a doutrina do abuso só foi bem recebida porque *“aux alentours du nouveau siècle, la France n'est plus libérale; elle est devenue solidariste.”* (in *“Typologie des théories juridiques de l'abus”*, p. 07).

para impedir que o vizinho pudesse fazer uso de seus dirigíveis e para forçar a venda do terreno por um preço elevado. Em julgamento público no dia 03/08/1915, a Corte de Cassação condenou o réu a retirar as has-tes e indenizar o seu vizinho pelos danos causados em seus dirigíveis, fazendo expressa referência ao “abus du droit de propriété”.

Os dois casos foram extremamente importantes para o desenvolvimento e reconhecimento da teoria do abuso de direito. Nada obstante, convém corrigir um equívoco: não toca à jurisprudência francesa nem a primazia da noção do abuso de Direito, nem muito menos a autoria da teoria do referido instituto. É o que se passa a demonstrar.

4.4 A ORIGEM DA NOÇÃO DO ABUSO DE DIREITO

Em primeiro lugar, se é da noção de abuso de direito a que se faz referência – da percepção, portanto, de “relatividade dos direitos subjetivos” e da necessidade de estabelecer-lhes “contornos internos” –, cum-pre reportar ao direito romano. É que, como primado de tal noção – ou pelo menos como seu relato histórico mais antigo de que se tem notícia – devem-se citar brocardos latinos como “*Summum jus, summa injuria*” (supremo direito, suprema injustiça) e “*Male enim nostro jure uti non debemus*” (não devemos fazer mal uso de nosso direito), entre outros, surgidos em contraposição àquele que propugnava que “*neminem laedit qui suo jure utitur*” (quem exerce o seu direito a ninguém prejudica).

A idéia de origens remotas do instituto é rejeitada por Orlando Gomes, para quem o abuso de direito é “*construção do pensamento jurídico de nossos dias*” e a semelhanças de sua noção com alguns brocardos romanos são “*acentuadas sem razão de ser*”.¹³⁴

134. Orlando GOMES, *Introdução ao direito civil*, p. 131. O professor baiano, no entanto, não expõe os motivos de sua crítica. A idéia é também refutada por Luis Alberto WARAT, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, p. 40-46; Antônio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, p. 671-672; Christophe JAMIN, “Typologie des théories juridiques de l’abus”, p. 7; Pascal ANCEL e Claude DIDRY, “L’apparition de la notion d’abus de droit en droit français au debut du XXème siècle”, pág 32; Pietro RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, p. 11; Luis Sérgio Fernandes de SOUZA, *Contribuição para uma teoria pragmática do abuso do direito no processo judicial*, p. 09. Em sentido contrário: Louis JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, p. 247 e *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, p. 05 e *De l’esprit des droits et de leur relativité*, p. 02; Mario ROTONDI, *L’abuso di diritto*, p. 36; Lino Rodriguez-Arias BUSTAMANTE, *El abuso del derecho*, p. 14; Humberto THEODORO JR., *Comentários ao novo código civil*, p. 114; José de AGUIAR DIAS, *Da responsabilidade civil*, p. 530; Francisco PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, Tomo 53, p. 65-66; Rui STOCO, *Abuso do direito e má-fé processual*, p. 60; Paulo NADER, *Curso*

Por outro lado, Pontes de Miranda aponta mais indícios da percepção da relatividade dos direitos subjetivos já no Digesto. De fato, na L.1, § 12 (Ulpiano), lê-se: “o proprietário pode abrir sulcos no seu prédio, prejudicando as fontes do vizinho, mas, se o faz para melhorar o seu e não com ânimo de prejudicar o outro”¹³⁵. Além disso, na L.2, § 9 (Paulo), tem-se que “havendo inundação, se as obras do proprietário do prédio invadido ofenderem ao do vizinho, não terá esse a ação *aquae pluviae arcenda*; salvo se feitas, não para impedir danos ao seu prédio, e sim para lesar o outro”.¹³⁶

O jurisconsulto alagoano revela ainda uma certa “evolução” do Direito Romano na questão do abuso de direito:

*Os titulares de direito gozavam, pois, de regra geral de imunidade. Era a fase que chamaremos de individualismo teórico, antes de se exercitar completamente, antes de havermos olhado e visto as suas lutas íntimas, as suas colisões irresolvidas de interesses, as suas contradições e choques entre direitos. Só depois e por isso mesmo que se praticou o individualismo feroz, foi que o legislador – no sentido geral de criador de soluções jurídicas – teve de ressaltar certas situações e iniciar, casuística e, mais tarde, aprioristicamente, a teoria do abuso de direito. Na sua primeira fase, tinha de ser subjetivista. O direito romano vedava que se exercesse o direito só para prejudicar a terceiros. Repugnava-lhe tal exclusividade nocente do exercício.*¹³⁷

de direito civil, p. 552; Carlos Fernández SESSAREGO, *Abuso del derecho*, p. 92; Pedro Baptista MARTINS, *O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 23; Everardo da Cunha LUNA, *Abuso de direito*, pág 96; Ludwig ENNECCERUS et alli, *Tratado de derecho civil*, Tomo I, Parte II, p. 545.

135. Em latim: “*Denique Marcellus scribit cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem: et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit*”. A tradução para o vernáculo é do autor que a citou originariamente (in Francisco PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Tomo 53, p. 65). O mesmo exemplo é citado em Lino Rodriguez-Arias BUSTAMANTE, *El abuso del derecho*, p. 14.
136. “*Idem Labeo ait, si vicinus flumen torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse: aquam enim arcere hoc esse curare, ne influat. quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, ut tibi noecat, sed ne sibi nocet*”. Também aqui a tradução é do jurista alagoano. (in Francisco PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Tomo 53, p. 65).
137. No entanto, não se entenda que PONTES DE MIRANDA sustenta caber aos doutrinadores romanos a criação da teoria do abuso de direito. Ele assevera: “*Ulpiano e Javoleno parecem precursores de certas doutrinas. Mas o direito romano não tinha doutrina geral senão a do absolutismo jurídico; as exceções não cabiam em princípio consistente*”. (in *Tratado de Direito Privado*, Tomo 53, p. 65). Assim também Carlos Fernández SESSAREGO, *Abuso del derecho*, p. 98; Pedro Baptista MARTINS, *O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 27; Antônio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, p. 673-674. De acordo com o professor português: “*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-*

Em idêntico sentido, Charles Appleton aponta que a teoria “*é tão pouco moderna que sobre ela repousa toda a evolução do Directo Romano, indo desde o directo estrito até a equidade*”.¹³⁸

Também imprescindível citar a doutrina da “*emulatio*”, na Idade Média, em que já se propugnava pela inadmissibilidade da execução de qualquer ato com “*animus nocendi*”, a intenção danosa normalmente motivada por inveja ou malícia.¹³⁹

Muitos autores fazem referência, ainda, ao direito muçulmano. Pontes de Miranda¹⁴⁰ e Lino Rodríguez-Arias Bustamante chamam especial atenção para a obra de Mahmoud Fatrhy, intitulada “*La doctrine musulmane de l’abus des droits*”, publicada em 1903, em que se pretende demonstrar que a teoria usada pela jurisprudência francesa teria sido desenvolvida com anterioridade pelos juristas muçulmanos. A idéia, aliás, é largamente difundida em diversas outras obras, como observa o professor venezuelano.¹⁴¹

Ademais disso, é importante registrar que antes de que se prolatassem nas Cortes francesas as célebres decisões mencionadas, o Código da Prússia, que data de 1794, já reprimia o “*exercício irregular do direito*”, estabelecendo que “*aquele que exerce o seu direito no interior de seus limites próprios, não está obrigado a reparar o dano que resulte para outro. Mas deve repará-lo quando resulta claramente que, dentre vários modos possíveis de exercer seu direito, eleger o mais danoso, com a intenção de prejudicar*” e que “*ninguém pode abusar de sua propriedade para lesionar outrem ou prejudicá-lo*”, entre outras disposições.¹⁴²

se, sem dificuldade, jurídica, num ambiente social que, como o medievo, fosse dominado por uma axiologia transcendental de tipo humanístico-cristão. Enquanto essa saída, por conforme com a dominante social, dispensou justificações científicas, não deu lugar a uma doutrina em sentido próprio. Era justa e evidente. A cientificação do abuso do direito – ou de qualquer sucedâneo – foi desnecessária enquanto, do direito subjectivo, não foi elaborado um entendimento científico, conectado com idéias de limitação ou absolutidade.”

138. Apud Louis JOSSERAND, *De l’esprit des droits et de leur relativité*, p. 03.

139. Lino Rodríguez-Arias BUSTAMANTE, *El abuso del derecho*, p. 17.

140. Francisco PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Tomo 53, p. 66. O jurista brasileiro alude também à obra *El moda ouanah*, de Ibn Al QASEM.

141. Lino Rodríguez-Arias BUSTAMANTE, *El abuso del derecho*, pp. 21-22.

142. Emilio Romero JOUVIN, *El abuso del derecho*, pág 14. O código da Prússia (1794) precede a decisão do “*affaire de la fausse cheminée*”, que se deu mais de seis décadas após (1855).

É certo, ainda, que os arestos das Cortes Francesas nem mesmo se referiam expressamente ao “abuso de direito”, embora já aplicassem timidamente alguns preceitos da teoria superveniente. Com efeito, afirmam Pascal Ancel e Claude Didry que *“é preciso observar que estas decisões não se referiam explicitamente a esta noção, ainda que prolatados em uma época em que a teoria começava a ganhar corpo na doutrina”*.¹⁴³

Em relação ao caso Clément-Bayard, cuja decisão só foi prolatada em 1915, a despeito da expressa referência ao “abus du droit” não há como conferir-lhe qualquer primazia, como fazem alguns autores. A esta altura, além de já ter sido tema de inúmeros trabalhos doutrinários, a noção de relatividade dos direitos subjetivos já se encontrava positivada em diversos ordenamentos jurídicos, como é o caso dos códigos civis alemão (1896) e suíço (1904), por exemplo, além de constar, ainda que obliquamente, do art. 160, I, do projeto de Código Civil Brasileiro que viria a ser aprovado no ano seguinte.

4.5 A ORIGEM DA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO

No que concerne à teorização do instituto, também, e com maior razão, seu mérito não toca à jurisprudência francesa. É que as decisões judiciais dos tribunais franceses – esparsas e assistemáticas – não seriam bastantes à elaboração de uma teoria científica, não serviriam a fazer surgir um estudo aprofundado sobre a matéria, podendo, no máximo, despertar na doutrina a percepção da necessidade da elaboração de uma teoria relativa àquele instituto que vinha se apresentando de fundamental importância na solução de casos concretos. Teria, portanto, um papel de propulsor das preocupações e estudos dos juristas da virada do século.

Ainda assim, trata-se de relevância discutível ou, ao menos, dividida. É que a doutrina francesa mais moderna atribui a uma lei trabalhista de 27 de dezembro de 1890, que regulamentava a rescisão unilateral do contrato de trabalho, igual importância impulsionadora à elaboração

143. No original, *“il faut remarquer que ces arrêts ne se réfèrent pas explicitement à cette notion, alors même qu’ils interviennent à une époque où la théorie commence à prendre corps en doctrine”*. Pascal ANCEL e Claude DIDRY, *“L’apparition de la notion d’abus de droit en droit français au début du XXème siècle”*, p. 34. Não se referia expressamente ao termo “abuso do direito” a primeira decisão da jurisprudência francesa no sentido de “relativizar” o direito subjetivo, no julgamento do “affaire de la fausse cheminée”.

doutrinária da teoria em relação às decisões judiciais daquele mesmo período.¹⁴⁴

De todo modo, é interessante observar o refluxo da referida “evolução” a que se referiram Pontes de Miranda e Bustamante. Aquilo que se pôde observar na Roma Antiga voltou a ocorrer na Era Moderna. As condições vividas durante o período absolutista impuseram a contrapartida através do individualismo exacerbado. Era preciso valorizar o indivíduo, conferir-lhe garantias absolutas, de maneira a enfraquecer o ideal absolutista. Em compensação, ao desaparecerem os pressupostos concretos que lhe deram azo, desabou a construção individualista. Restou patente a sua inaptidão para satisfazer os reclamos da sociedade de meados do séc. XIX. Daí ter ressurgido a idéia de relativização dos direitos subjetivos e, em sua esteira, a criação da teoria do abuso de direito.

Portanto, de acordo com os professores Pascal Ancel e Claude Didry,

*parece realmente excessivo afirmar que a noção de abuso de direito é uma criação da jurisprudência do século XIX. Na realidade, mesmo se nela descobrimos alguns traços, foi a doutrina que, de qualquer forma, recuperou a posteriori algumas decisões anteriores para dar a impressão de um corpo jurisprudencial pré-existente. Aqui como acolá, a jurisprudência é largamente o produto de uma construção doutrinária.*¹⁴⁵

144. *“Dans ce travail de construction, c’est plutôt que la jurisprudence sporadique du XIXème siècle, la loi du 27 décembre 1890 réglementant la résiliation unilatérale du contrat du travail qui a servi de déclencheur. En effet, cette loi porte en elle les ambigüités qui se traduiront ensuite à un niveau plus general dans la notion d’abus de droit”.* (in Pascal ANCEL e Claude DIDRY, “L’apparition de la notion d’abus de droit en droit français au debut du XXème siècle”, p. 35. Em direção similar, Marcel PLANIOL, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, p. 283; Hubert DE LA MASSÛE, “Responsabilité Contractuelle et Responsabilité Délictuelle. Sous la notion de l’abus du droit”. A referida lei tem a sua origem na preocupação do legislador de responder às demissões em massa dos empregadores do setor ferroviário, como forma de inibir a realização de greves por partes de seus empregados. Em 1872, a Corte de Cassação chegou a cancelar a atitude patronal, ao decidir que *“nul n’est en faute et passible de dommages-intérêts, s’il n’a fait qu’user de son droit”* (Civ. 05/02/1872: DP 1873). Com o advento da nova lei, abriu-se a possibilidade de o empregado, vítima da abrupta e desarrazoada ruptura do contrato de trabalho, requerer a reparação de eventuais danos. Estabelece a sua segunda alínea: *“Néanmoins, la résiliation du contrat par la volonté d’un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts”*. Admite-se, portanto, que o “exercício de um direito” possa criar o dever de reparação.

145. No original: *“Il semble vraiment excessif d’affirmer que la notion d’abus de droit est une creation de la jurisprudence du XIXème siècle. En réalité, même si on en découvre quelques traces, c’est la doctrine qui a en quelque sorte ‘récupéré’ a posteriori les quelques décisions antérieures pour donner l’impression d’un corpus jurisprudentiel préexistant. Ici comme ailleurs, la jurisprudence est très largement le produit d’une construction doctrinale.”* (in Pascal ANCEL e Claude DIDRY, “L’apparition de la notion d’abus de droit en droit français au debut du XXème siècle”, p. 34).

A partir, portanto, deste substrato social, legal e jurisprudencial, como emanção da conjuntura sócio-jurídica nacional e internacional do final do séc. XIX, começaram a surgir, na França, os primeiros trabalhos doutrinários a propósito do abuso de Direito.¹⁴⁶ Em 1895, Raymond Saleilles publica o seu “Essai d’une théorie générale de l’obligation d’après le projet de Code civil allemand” (Ensaio de uma teoria geral das obrigações a partir do projeto de Código Civil alemão), considerada a obra inaugural das discussões a respeito do instituto na doutrina francesa.

Saleilles observa uma espécie de “arrependimento” dos autores que defendiam o direito subjetivo como absoluto, em face de situações concretas em que tal raciocínio conduziria a inegável injustiça.¹⁴⁷ O jurista francês analisa o texto do projeto do BGB alemão, em que se buscou impedir os atos abusivos através do estabelecimento de um princípio geral aplicável a todos os direitos subjetivos, na norma que se extrai do § 226. Este dispositivo assenta que “o exercício de um direito é inadmissível, se o seu único objetivo é causar dano a outrem”.¹⁴⁸

Em seguida, Porcherot (“De l’abus de droit”, 1901); Josserand (“L’abus des droits”, 1905); Ripert (“L’exercice des droits et la responsabilité civile”, 1905); Desserteaux (“Abus de droit ou conflits de droits”,

146. Referimo-nos aos trabalhos específicos sobre a teoria ou que a debatiam com alguma detença. Isso não quer dizer que nenhuma obra anterior houvesse feito referência ao abuso de direito. De acordo com Paulo de Araújo CAMPOS, as referências mais antigas ao abuso de direito se encontram nas obras de DOMAT (“Les lois civiles dans leur ordre naturel, de 1756) e PARDESSUS (Traité des servitudes, de 1834).

147. Raymond SALEILLES, *La théorie générale de l’obligation d’après le premier projet du Code Civil allemand*, p. 368. Encontramos na obra do autor francês o seguinte trecho: “...celui qui exerce son droit de propriétaire même en vue de nuire à autrui ne commet pas de délit civil. On a paru le regretter; celui qui agit par pur esprit de chicane, même dans la limite des droits qui lui sont garantis, doit réparation.” Mais adiante: “C’est au Bundesrath que revient l’honneur d’avoir enfin posé, à l’encontre de toutes ces théories individualistes, la conception vraiment sociale du droit subjectif, en écrivant dans l’art. 887 (projet 4), relatif au contenu du droit de propriété, ce grand principe qui, pour la première fois, ou l’une des premières tout au moins, allait être consacré dans une législation moderne, que tout exercice du droit de propriété ne serait réalisé que dans le but de nuire à autrui est illicite”.

148. O texto original, em alemão, do § 226 do BGB é o seguinte: “Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen”. SALEILLES observa que a idéia inicial era limitar apenas o direito de propriedade (primitivo art. 887). Em razão de discussões posteriores, resolveu-se criar um dispositivo de aplicação universal: “On supprima la disposition admise en matière de propriété et on en fit un principe général, destiné à devenir l’art. 226 actuel.” (in *La théorie générale de l’obligation d’après le premier projet du Code Civil allemand*, p. 369).

1906); Vallet (“L’exercice fautif de droits”, 1907) e uma série de outros juristas problematizaram o instituto e desenharam-lhe os primeiros contornos, debatendo as suas primeiras questões.¹⁴⁹ Elabora-se, finalmente, e pouco a pouco, a teoria do abuso de direito.

149. Em artigo publicado na Revista Trimestral de Direito Civil francesa, em 1902, CHARMONT comenta a verdadeira profusão de textos doutrinários sobre o tema: *“ce qui frappe inévitablement, lorsqu’on étudie cette question de l’abus de droit, c’est la place toujours plus grande qu’elle tend à prendre dans les préoccupations des juristes – et c’est aussi que cette place, elle l’a prise depuis peu de temps. Il y a dix ou quinze ans, on en parlait à peine: depuis lors les cas d’application se sont multipliés”*. Apud Pascal ANCEL e Claude DIDRY, “L’apparition de la notion d’abus de droit en droit français au début du XXème siècle”, p. 32.

A EVOLUÇÃO DA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO

SUMÁRIO • 5.1 Considerações preliminares – 5.2 A “concepção tradicional” do abuso de direito – 5.3 A tese do conflito de direitos (ou do dano mais relevante) – 5.4 A tese do “conflito de sistemas” ou da inexistência de fundamentos jurídico-dogmáticos – 5.5 A tese do abuso como violação à funcionalidade social do direito subjetivo. – 5.6 A tese dos limites externos e internos de um direito subjetivo – 5.7 A tese do abuso de direito como violação ao valor imanente a um direito subjetivo

5.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

De acordo com o que já foi visto, fulcrados nos postulados da ciência jurídica do século XIX, alguns indivíduos valiam-se de dispositivos normativos que lhes eram favoráveis para realizar atos cujo único escopo era o de causar danos a outros. Neste contexto, impulsionada pela necessidade de apresentar alguma construção doutrinária para dar subsídio teórico às decisões que reprimiam tais atos, a doutrina francesa elaborou a teoria do abuso de direito.

Trata-se, portanto, de construção científica com o objetivo de determinar as razões pelas quais os ditos “atos abusivos” devem ser juridicamente sancionados. A resposta não é óbvia como poderia parecer, já que “a favor dos abusadores” atuaria um direito subjetivo, que lhes permitiria realizá-los. Pelo menos à primeira vista, não haveria como reputar sem qualquer razão o abusador que pretendesse escusar-se da reprimenda jurídica alegando que agiu como agiu porque o Direito lhe permitia fazê-lo. Parecia ilógico reprimir a prática de um ato permitido. Como explicar esta sanção?

Eis, portanto, a questão cuja resposta incumbe à teoria do abuso de direito: “por qual motivo se reprimem os atos abusivos, se haveria direito subjetivo a realizá-los?”. Ou, em outros termos: “em que elemento jurídico se funda a repressão aos atos abusivos?”

Adiante se verá que, após um período de relativa calma, um célebre embate doutrinário no início do século XX demonstrou as incoerências de uma das primeiras elaborações desta teoria. Por este motivo, seguiram-se, em distintos países e na pena de distintos autores, tenta-

tivas de “reconstruí-la”. Nada obstante, ao que nos parece, mesmo estas teses supervenientes, se bem que superem a contento algumas imperfeições iniciais, não concedem satisfatória resposta para a questão antes referida.

Este capítulo serve à exposição de algumas destas teses. Elas divergem entre si, basicamente, nos seguintes pontos: (1) a relação entre o ato abusivo e o direito subjetivo; (2) a relação entre o ato abusivo e o direito objetivo; (3) a natureza da sanção ao ato abusivo. Após apresentar cada uma delas, far-lhes-emos críticas, expondo as razões pelas quais as reputamos ainda insatisfatórias.

Antes de avançar, convém advertir que toda esquematização termina resultando em um indesejável reducionismo das idéias agrupadas.¹⁵⁰ Capturadas em suas semelhanças e apresentadas conjuntamente, perdem-se, inevitavelmente, particularidades e minúsculas variações de cada uma das teses, se tomadas isoladamente. A despeito desta dificuldade, cremos ter sido possível sistematizar e apresentar as principais formas de pensamento sobre o tema que nos ocupa.¹⁵¹

5.2 A “CONCEPÇÃO TRADICIONAL” DO ABUSO DE DIREITO

Nos primeiros trabalhos a propósito do abuso de direito, na França, no final do século XIX, mais do que desenvolver uma teoria cientificamente coerente e sólida, interessava apresentar algumas considerações doutrinárias para dar subsídio teórico às decisões que aplicavam a noção do abuso de direito. Tal fato acabou por emprestar às primeiras elaborações um caráter eminentemente ideológico. No mesmo sentido, Luis Alberto Warat anota que *“la búsqueda de sentido intentada por la dogmática tradicional, constituyó tan sólo un recurso ideológico con el cual se pretendió respaldar científicamente la utilización jurisprudencial de esta expresión. Su papel es, por tanto, ideológico y no epistémico”*.¹⁵²

150. De acordo com Mario ROTONDI: *“Certo ogni schema è troppo rigido perchè una classificazione possa riuscire perfetta ponendo in luce tutte le sfumature di pensiero personali ai diversi autori, e non escludo che taluno che noi abbiamo creduto di dover assegnare ad una categoria, possa, sotto un certo aspetto, appartenere anche ad un'altra”* (in *L'abuso di diritto*, p. 180).

151. Não sendo possível expor todas elas, parece-nos que o elenco selecionado permite, inclusive, que se deduzam as críticas que seriam aplicáveis às teses ausentes.

152. Luis Alberto WARAT, *Semiótica y derecho*, p. 135-136. A afirmação encontra respaldo em Lino Rodríguez-Arias BUSTAMANTE, *El abuso del derecho*, p. 107 e 147.

Nesta primeira fase, não havia grandes preocupações com a consistência das idéias, em razão de uma espécie de “maquiavelismo jurídico”: como era fora de dúvidas que a teoria servia aos interesses sociais, pouco importavam as suas contraditoriedades. De resto, não era difícil aceitar a tese de que “pode-se usar, mas não se pode abusar de um direito”.

(a) A objeção de Marcel Planiol.

Foi de Marcel Planiol a voz a apontar a primeira contradição na teoria. Este professor francês advertiu que a própria idéia de “abuso de um direito” era inconsistente, por não serem conciliáveis os nomes “abuso” e “direito”. Ou seja, o termo “abuso de direito” constituiria uma *contradictio in adjecto*. Não seria possível exercer irregularmente um direito: ou bem se o exercia da forma que se permitia, ou já não se estaria fazendo uso de um direito. Em suas célebres palavras, “*le droit cesse où l’abus commence*” (o direito termina onde começa o abuso). Planiol sustentava que a expressão é logomáquica¹⁵³, uma vez que “*não pode haver uso abusivo de um direito qualquer, pela razão irrefutável que um único e mesmo ato não pode ser, ao mesmo tempo, conforme ao direito e contrário ao direito*”.¹⁵⁴

Antes de prosseguir, é importantíssimo assinalar os exatos contornos da objeção de Planiol. Ela não se dirigiu ao próprio instituto, mas apenas à denominação que se lhe deu.¹⁵⁵ Trata-se de observação muito pouco atentada na doutrina, que não raras vezes despende longas críticas à posição “individualista” e “alheia à realidade social” do professor francês.¹⁵⁶ No sentido aqui defendido, Coutinho de Abreu adverte que a crítica de Planiol é muitas vezes citada “*truncada e incorrectamente, levando a crer que o autor negaria o fenômeno dito abuso de direito. O que não é verdade*”.¹⁵⁷

153. Segundo o *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, logomáquico é aquele “*que faz uso de expressões ou palavras inúteis, vãs, desprovidas de sentido*”.

154. Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, p. 281. No original: “*Cette nouvelle doctrine repose tout entière sur un langage insuffisamment étudié; sa formule ‘usage abusif des droit’ est une logomachie, car si j’use de mon droit, mon acte est licite; et, quand il est illicite, c’est que je dépasse mon droit et que j’agis sans droit, injuria, comme disait la loi Aquilia*”.

155. Na citação anterior, percebe-se que o jurista francês alude à “*langage insuffisamment étudié*”, ou seja, à “*linguagem insuficientemente estudada*”. Na mesma página, ele completa: “*On défend une idée juste avec une formule fausse*” (in Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, p. 281).

156. Assim, por exemplo, Francisco PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, p. 70.

157. Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito*, p. 45.

Em termos mais claros: Planiol era absolutamente a favor da repressão aos chamados “atos abusivos”. Apenas entendia que aqueles atos que vinham sendo reprimidos pela jurisprudência sob a rubrica de “abuso de direito”, deveriam sê-lo sob o simples argumento da ilicitude¹⁵⁸: afinal, não havia, ali, exercício de qualquer direito. Por esta razão, “o próprio Planiol deve ser considerado como adepto da aplicação desta teoria, mas sob outros termos que lhe pareceram mais convenientes”.¹⁵⁹

Esta é a conclusão que se retira da leitura de algumas passagens de obras do tratadista francês. Em um de seus livros, Planiol afirma que “esta tese, conhecida sob o nome de teoria do abuso de direito e da qual nós encontraremos mais tarde outras aplicações, é justa e lógica. Também é ela aceita hoje em dia pela maioria da doutrina. Ela concilia, felizmente, o exercício concorrente dos direitos dos vizinhos”.¹⁶⁰ O uso de expressões como “justa e lógica” (“juste et logique”) e “felizmente” (“heureusement”) não deixa a menor dúvida a respeito do seu posicionamento ideológico.

Mas não é só. No seu clássico Tratado de Direito Civil, ele esclarece:

Negar o uso abusivo dos direitos não é tentar fazer passar por permitidos os variados atos danosos que a jurisprudência reprimiu; é apenas fazer esta observação que todo ato abusivo, pelo só-fato de ser ilícito, não é exercício de um direito, e que o abuso de direito não constitui uma categoria jurídica distinta do ato ilícito (...) No fundo, todo mundo está de acordo; apenas lá onde uns dizem “há uso abusivo de um direito, os outros dizem: ‘há um ato realizado sem direito.’”¹⁶¹

158. É exatamente esta a interpretação de Mario ROTONDI: “questo autore approva parte delle decisioni giurisprudenziali, solo osservando che l’attività andava repressa non come abusivo esercizio di diritto ma come attività illegittima” (in *L’abuso di diritto*, p. 184).

159. Abbas KARIMI, *Les clauses abusives et la théorie de l’abus de droit*, p. 34. No original: “Il convient d’ajouter qu’au fond, comme on le verra plus tard, Planiol lui-même doit être considéré comme partisan de l’application de cette théorie, mais sous d’autres termes qui lui ont semblé plus convenables”.

160. Marcel PLANIOL, *Précis de droit civil*, p. 405. No original: “cette thèse, connue sous le nom de théorie de l’abus du droit et dont nous trouverons plus tard d’autres applications, est juste et logique. Aussi est-elle acceptée aujourd’hui par la majorité de la doctrine. Elle concilie, heureusement, l’exercice concurrent des droits des voisins”.

161. No original: “Nier l’usage abusif des droit ce n’est pas tenter de faire passer pour permis les actes dommageables très variés que la jurisprudence a réprimés; c’est seulement faire cette observation que toute acte abusif, par cela seul qu’il est illicite, n’est pas l’exercice d’un droit, et que l’abus de droit ne constitue pas une catégorie juridique distincte de l’acte illicite (...) Au fond, tout le monde est d’accord; seulement là où les uns disent: ‘Il y a usage abusif d’un droit’, les autres disent: ‘Il y a un acte accompli sans droit’” (in Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, p. 281).

Como se vê, o autor francês foi claríssimo: embora concordasse com a repressão aos atos abusivos, acreditava que ali não havia uso de direito algum.

(b) A resposta de Louis Josserand.

A crítica de Marcel Planiol encontrou exaltada resposta na obra de Louis Josserand. De acordo com este autor, seu conterrâneo incorria em grave confusão verbal entre “as duas acepções bem conhecidas da palavra direito”¹⁶²: direito subjetivo e direito objetivo. Um ato conforme ao direito subjetivo poderia estar em desconformidade com o direito objetivo, considerado em sua totalidade, como, segundo ele, vinha sendo demonstrado pela própria experiência jurisprudencial. Na sua própria pena:

*Há Direito e direito: o ato abusivo é simplesmente aquele que, realizado em virtude de um direito subjetivo cujos limites são respeitados, é, no entanto, contrário ao direito visto em seu todo e enquanto juridicidade, vale dizer, enquanto corpo de regras sociais obrigatórias. Pode-se perfeitamente ter para si tal direito determinado e, no entanto, ter contra si o Direito inteiro.*¹⁶³

Com estas palavras, o jurista francês desenvolveu uma das primeiras definições da teoria do abuso de direito, entendida esta como a construção científica para fundamentar a repressão aos atos abusivos. À pergunta “por que se deve reprimir os atos abusivos?”, Josserand contestou da seguinte forma: “porque tais atos, embora conformes ao direito subjetivo, são contrários ao direito objetivo”.¹⁶⁴

162. Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, p. 333.

163. Louis JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, p. 255. No original: “il y a Droit et droit: l'acte abusif est tout simplement celui qui, accompli en vertu d'un droit subjectif dont les limites ont été respectées, est cependant contraire au droit envisagé dans son ensemble et en tant que juricité, c'est-à-dire en tant que corps de règles sociales obligatoires. On peut parfaitement avoir pour soi tel droit déterminé et cependant avoir contre soi le Droit tout entier”.

164. É importante registrar uma interpretação dissonante da idéia de JOSSERAND. Em dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Paulo de Araújo CAMPOS sustenta o seguinte: “Não se trata, a nosso ver, de se por em oposição o direito subjetivo e o direito objetivo. Josserand não pretendeu e não mencionou mesmo, direito objetivo e sim o direito considerado em sua generalidade, em sua objetividade, o direito considerado em seu conjunto. De um lado, o exercício do direito subjetivo, do direito positivo contido e limitado pela norma jurídica e de outro o complexo de princípios jurídicos, de “princípios gerais do direito, subjacentes à legalidade” (in *Abuso do direito*, p. 24-25). A observação não nos parece procedente. Em um dos trechos de sua obra clássica, JOSSERAND afirma que: “on se contente de jouer sur les mots en créant une confusion entre les deux acceptions bien connues du mot droit, lequel se refere tantôt à l'ensemble de règles sociales, à la juricité (droit français, droit administratif, droit

Esta concepção do abuso de direito encontra adeptos ainda hoje na doutrina brasileira.¹⁶⁵ A ela concedemos a denominação de “tradicional” não porque tenha sido a primeira, mas por ter sido a partir dela (e por tentativa de superar as suas incoerências), que se desenvolveram as construções posteriores.

Eis aqui, pois, a “concepção tradicional” da teoria do abuso de direito: “os atos abusivos são conformes ao direito subjetivo, mas contrários ao direito objetivo, razão pela qual devem ser reprimidos”. Ante os três pontos supra-referidos, assim se posiciona esta concepção doutrinária: (1) o ato abusivo é conforme ao direito subjetivo, já que tal ato é realizado dentro dos limites deste; (2) o ato abusivo é contrário ao direito objetivo como um todo; (3) a sanção ao ato abusivo decorre desta sua contrariedade ao direito objetivo.

Acontece que a explicação de Josserand é insustentável. Sendo certo que o direito subjetivo é produto do direito objetivo, não há como conceber a existência daquele, quando contrário a este. Como já argumentara Planiol, no exato momento em que o exercício do direito subjetivo se torna contrário ao direito objetivo, ele nega a sua fonte e, inevitavelmente, a si próprio. Neste sentido, Epifanio Condorelli vaticina:

*Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo lesionado en sus intereses en posición de defenderlos, se crea un derecho subjetivo a su favor, y este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que solo existe en la medida en que ha sido creado por él. Consecuentemente con ello no puede comprenderse, que si el derecho objetivo crea al derecho subjetivo, le da vida y lo engendra, pueda al mismo tiempo sancionarlo.*¹⁶⁶

*civil), et tantôt à une prérogative déterminée (la propriété, les servitudes, la puissance paternelle)”. Ora, é evidente que, quando o jurista francês alude à “confusão entre as duas acepções bem conhecidas da palavra direito”, ele se refere à dicotomia “direito objetivo x direito subjetivo”. Há outra passagem clara: “il n’y a nulle contradiction à ce qu’un acte soit à la fois conforme à tel droit déterminé et cependant contraire au droit envisagé dans sa généralité et dans son objectivité”. Registre-se, por outro lado, que o autor brasileiro não se refere ao trecho da sua obra em que Josserand teria feito referência aos “princípios gerais do direito, subjacentes à legalidade” (Os trechos citados anteriormente foram retirados do livro *De l’esprit des droits et de leur relativité*, p. 333).*

165. Vejam-se, por exemplo, as considerações de Humberto THEODORO JR., *Comentários ao novo código civil*, p. 112 e Rui STOCO, *Abuso do direito e má-fé processual*, p. 57. Menos recentemente, esta era também a concepção de Osvaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, para quem: “o que se pretende é afirmar que o titular de direitos subjetivos ao exercê-los o faz de forma abusiva em face do direito objetivo” (in *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 479).

166. Epifanio José Luis CONDORELLI, *El abuso del derecho*, p. 37.

Por sua vez, Jorge Manuel Coutinho de Abreu, com peculiar ironia, observa que *“é pelo menos arrojado garantir a logicidade de um acto ser simultaneamente conforme a um direito subjectivo e desconforme com o direito em geral – sendo certo que é este que prevê ou reconhece aquele”*.¹⁶⁷

René Demogue corrobora este posicionamento, afirmando que pensar como Josserand *“é esquecer que o direito subjectivo não é nada além de um aspecto do direito objetivo. É inconcebível que um esteja em oposição ao outro”*.¹⁶⁸

Ao replicar Planiol, Josserand nada aclarou, nada respondeu. No mesmo sentido, Jacques Ghestin pontifica: *“a resposta não é totalmente pertinente, porque os direitos subjectivos são definidos pelo direito objetivo. Não pode haver, portanto, oposição entre este último e os direitos subjectivos”*.¹⁶⁹

Houve, no entanto, quem sustentasse inexistir esta contradição. O argumento é o de que a ilegalidade do ato abusivo só se teria no *exercício* do direito subjectivo.¹⁷⁰ Neste sentido, Paulo Nader chega a afirmar que *“na dinâmica do abuso de direito, tem-se, no ponto inercial, aquele que imediatamente antecede a conduta e até quando esta não se complete, a esfera do direito, mas à medida em que a ação se desenrola, no iter, a conduta desborda-se do âmbito da licitude para transformar-se em ato ilícito”*.¹⁷¹

O lamentável malabarismo não esconde a flagrante improcedência da construção. Em primeiro lugar, toda ilicitude se tem a partir de um ato, não apenas a ilicitude abusiva. É o ato que é ilícito. A rigor, aliás, *“ilicitude”* é relação de contrariedade de um ato com o direito objetivo, conforme se verá no próximo capítulo. A idéia de que o ato *“inicia lícito”*

167. Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito*, p. 46.

168. *Apud* Everardo da Cunha LUNA, *Abuso de direito*, p. 106. No original, em francês: *“Mais c’est oublier que le droit subjectif n’est qu’un aspect du droit objectif. On ne conçoit pas que l’un soit en opposition avec l’autre”*. Assim também: Abbas KARIMI, *Les clauses abusives et la théorie de l’abus de droit*, p. 32; Christophe JAMIN, *Typologie des théories juridiques de l’abus*, p. 08; Fernando Augusto CUNHA DE SÁ, *Abuso do direito*, pp. 324-325.

169. Jacques GHESTIN, *“L’abus dans les contrats”*, p. 379: *“La réponse n’est pas totalement pertinente, car les droits subjectifs sont définies par le droit objectif. Il ne peut donc y avoir d’opposition entre ce dernier et les droits subjectifs”*.

170. Assim, por exemplo, Washington de Barros MONTEIRO, *Curso de direito civil*, p. 329; e Sandra LEVANTI, *Abuso del diritto*.

171. Paulo NADER, *Curso de direito civil*, p. 553.

e “à medida em que a ação de desenrola” se torna ilícita é insustentável. Em que sentido se faz referência a esta passagem do tempo? Equivale a afirmar que a má-fé do agente abusador não pode preceder a conduta? Não há abuso de direito premeditado?

A tese, em síntese, parece ser a de que não há ilicitude em abstrato do ato abusivo. No entanto, o fato de as circunstâncias que caracterizam o ato abusivo serem constatadas em cada caso concreto não impede que se as tome de forma hipotética. Com efeito, imaginando-se hipoteticamente um ato de má-fé, já aí exsurge a sua ilicitude.

5.3 A TESE DO CONFLITO DE DIREITOS (OU DO DANO MAIS RELEVANTE)

Outra tese a respeito do abuso de direito pretendeu identificá-lo com o conflito de direitos. A idéia foi inicialmente exposta por Dessertheaux, que, em 1906, publicou a obra “Abus de Droit ou Conflit de Droits” (“Abuso de Direito ou Conflito de Direitos”). Sustentava este autor que “o abuso de direito consiste em lesar um outro direito igualmente respeitável, e merecia em boa terminologia ser chamado de conflito de direitos”.¹⁷² A idéia é a de que o sujeito, ao exercer o seu direito, deve cuidar para não causar danos ou violar direitos alheios. Se isso acontecer, deve-se proceder a uma ponderação a respeito de qual dos dois direitos (o exercido ou o violado) teria maior relevância social ou, em outras palavras, questiona-se o que é socialmente mais desejável: que o sujeito possa exercer seu direito como o fez ou que repare o dano que causou.¹⁷³ Neste segundo caso, teria havido abuso de direito. A posição é aceita por Savatier, para quem “saber se o procedimento culposo estabelece responsabilidade depende, a um tempo, da força do direito de prejudicar

172. No original: “C’est que l’abus de droit consiste à léser un autre droit également respectable, et méritait en bonne terminologie d’être appelé le conflit de droits” (apud Mario ROTONDI, *L’abuso di diritto*, p. 25).

173. Há uma concepção semelhante, com uma pequena variação. Seria abuso de direito o ato que provocasse um “dano anormal”. A abusividade (antijuridicidade) não estaria na reprovabilidade social do dano, mas na sua “anormalidade”. De acordo com Abbas KARIMI, esta era a formulação muçulmana do abuso de direito: “La formule littéraire employée montre que c’est le caractère anormal des dommages causés qui marque les limites des droits. (...) l’exercice des droits est protégé par la loi pourvu qu’il ne cause pas de dommages anormaux à autrui, ou plus généralement, tout exercice comportant un préjudice anormal est interdit” (in *Les clauses abusives et la théorie de l’abus de droit*, p. 28-29). As críticas que serão elencadas para a teoria do “dano socialmente mais relevante” são plenamente aplicáveis à teoria do “dano anormal”.

concedido pela lei e da intensidade da culpa que se pretende proteger sob esse direito".¹⁷⁴

A frase recorrente entre os autores que defendem essa concepção do abuso de direito é o dito popular "meu direito termina onde começa o do próximo". O exemplo clássico é o da fábrica instalada legal e regularmente, cuja fumaça causa doenças ou prejuízos aos habitantes de área residencial próxima. No Brasil, os mais importantes representantes desta concepção são Alvinho Lima, José de Aguiar Dias e Pontes de Miranda¹⁷⁵. O primeiro deles defende o seguinte:

*O maior prejuízo social constitui, pois, o critério fixador do ato abusivo de um direito. Daí se poder concluir que a culpa não reside, no caso do abuso de direito, causando danos a terceiros, num erro de conduta imputável moralmente ao agente, mas no exercício de um direito causador de um dano socialmente mais apreciável. A responsabilidade surge, justamente, porque a proteção do exercício deste direito é menos útil socialmente do que a reparação do dano causado pelo titular deste mesmo direito.*¹⁷⁶

Com a intenção de superar as contradições da tese de Josserand, Aguiar Dias é explícito ao negar a contrariedade do ato abusivo ao direito objetivo ou ao direito subjetivo do agente abusador. O abuso de direito seria contrário, apenas, ao direito de outro indivíduo: "*Não o mero direito objetivo, mas o direito que o outro indivíduo, por sua vez, poderia exercitar. Estabelecida, em suma, a colisão de direitos, apresenta-se o problema: qual o direito preferencialmente protegido*".¹⁷⁷

No que se refere aos três pontos supra-referidos, eis como se posiciona esta concepção: (1) o ato abusivo é conforme ao direito subjetivo de um sujeito; (2) o ato abusivo é conforme ao direito objetivo; (3) a sanção ao ato abusivo decorre da violação ao direito de outrem, preferencialmente protegido.

Discordamos também desta concepção doutrinária. Em primeiro lugar, é preciso ter claro que o exercício de um direito, *como regra*, cau-

174. Apud José de AGUIAR DIAS, *Da responsabilidade civil*, p. 537.

175. Francisco PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, Tomo 53. O autor alagoano não é enfático na sua adesão a esta concepção, embora pareça consentir com ela em alguns trechos de sua obra, a exemplo das pp. 63, 64, 67 e 68.

176. Apud Carlos Roberto GONÇALVES, *Comentários ao código civil*, p. 294.

177. José de AGUIAR DIAS, *Da responsabilidade civil*, p. 531.

sa danos a terceiros. Deveras, exercitar um direito é quase sempre submeter um interesse alheio ao seu próprio interesse. Conforme Dabin, *“a todo instante nós podemos ser levados a causar prejuízos ao próximo, mesmo voluntariamente, mesmo gravemente, e da maneira mais legítima. É a lei da vida, a consequência fatal da convivência social”*.¹⁷⁸

Neste passo, em se aceitando a idéia defendida por esta corrente doutrinária, ter-se-ia que recorrer ao judiciário quase que ininterruptamente para que se procedesse à “ponderação acerca da maior relevância social”. O magistrado, por outro lado, ganharia o poder de legitimador de um direito subjetivo, cuja existência passaria a depender não apenas de reconhecimento legal, mas também de um certificado de relevância social, quando, a rigor, este já parecia estar implícito naquele.¹⁷⁹ Isto tudo sem contar o vasto poder discricionário que lhe seria concedido para proceder a esta ponderação.

De outra parte, deve ser lembrado que o dano (a) não é pressuposto da ilicitude (e nem do abuso), e (b) é necessário, mas não é suficiente à ocorrência da responsabilidade e ao surgimento do dever de indenizar. No caso clássico da fábrica poluidora, não há obrigação de reparar pelo simples fato de que a atividade industrial causa danos. Se o referido estabelecimento cumprir todas as determinações legais e estiver atuando com o legítimo interesse de produzir bens e gerar riquezas, o ato é perfeitamente lícito. Maria Helena Diniz ensina que

ninguém poderá ser responsabilizado civilmente pelo exercício regular do direito seu, enquanto se mantiver dentro da ordem jurídica, ainda que terceiro venha sofrer prejuízo sem ter sido parte na ação. Nenhuma reparação lhe deve o titular do direito. O interesse legítimo é sempre excludente de qualquer responsabilidade. De sorte que deve ser permitido a quem exerce um direito provar que teve interesse legítimo em proceder pela forma que procedeu. E se isso conseguir provar desaparece qualquer idéia de abuso de

178. Jean DABIN, *Le droit subjectif*, p. 279. No original: *“A tout instant, nous pouvons éter amenés à faire du tort au prochain, même volontairement, même gravement, et de la façon la plus légitime. C’est la loi de la vie, la conséquence fatale de la convivance sociale.”* Christophe JAMIN observa, por outro lado, que há direitos que se traduzem exatamente na possibilidade de impingir danos a terceiros. É o caso do direito de greve, em que o prejuízo ao patrão é não apenas possível como esperado, na medida em que poderá significar a efetivação dos benefícios pleiteados pelos grevistas (in *“Typologie des théories juridiques de l’abus”*, p. 11). Em sentido idêntico: Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, p. 282.

179. Assim também: Ludwig ENNECCERUS et alli, *Tratado de derecho civil*, Tomo I, Parte II, p. 544.

*exercício de direito, ainda que a pessoa que o exerceu tivesse consciência de que ia prejudicar os interesses de outrem.*¹⁸⁰

No mesmo sentido, Pedro Baptista Martins assevera que “o exercício de um direito não é ilegal por isso que o terceiro venha a sofrer um dano em consequência dê-le; ilícito é só o exercício de um direito com o fito exclusivo de prejudicar”;¹⁸¹ e Caio Mário Pereira da Silva argumenta que “o exercício do direito, regular, normal, é gerador de danos, mas nem por isso deixa de ser lícito o comportamento do titular, além de moralmente defensável”.¹⁸² Em outros termos, o dano não se torna ilegítimo senão quando haja sido *causado* ilegitimamente.¹⁸³

Por fim, anote-se que esta concepção se distancia das origens da teoria do abuso de direito e acaba por negligenciar a sua essência. Nos casos que deram origem à sua elaboração, o que se constata não são mero conflitos de direitos legitimamente exercidos. A repulsa ao ato abusivo não reside no dano por ele causado ou na violação a direito alheio, mas no “exercício irregular do direito próprio”. Esta é a origem da problemática do abuso de direito.

Na crítica a esta tese, as palavras de Cunha de Sá merecem transcrição integral:

Ora, o critério da anormalidade introduz no conceito de abuso do direito, como qualificação jurídica autônoma, um elemento qualificativo, seja no valorar indirectamente o exercício do direito, seja no medir-lhe as conseqüências danosas, que havemos de confessar ser de difícil apreensão. (...) É que o decisivo, para os efeitos dessa qualificação jurídica autônoma, e nomeadamente em sede de responsabilidade, não está em

180. Maria Helena DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro*, p. 463.

181. Pedro Baptista MARTINS, *O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 180. É aliás, o que expressamente dispõe o art. 188, I, do código civil brasileiro.

182. Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições de direito civil*, p. 673. A mesma crítica é encontrada em Rui STOCO, *Abuso do direito e má-fé processual*, p. 58; Antônio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, p. 682; Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito*; Jean DABIN, *Le droit subjectif*, pp. 279-280; Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, pp. 362-363; Paulo de Araújo CAMPOS, *Abuso do direito*, p. 02; Ricardo Luis LORENZETTI, “Nuevas fronteras del abuso de derecho”, p. 61; e Jorge AMERICANO, *Do abuso de direito no exercício da demanda*, p. 22.

183. A este respeito, Fernão Justen de OLIVEIRA observa que: “A questão do ato legítimo redundar prejuízo a terceiro inspirou o legislador italiano a adotar, no art. 2043, em aparente redundância, a expressão *dano injusto*” (in *Abuso de direito do acionista minoritário*, p. 18). De acordo com este dispositivo do código civil italiano, “*Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altro un danno ingiusto obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*”. Veja-se que apenas o *dano injusto* dá ensejo à obrigação de indenizar.

*saber se o dano produzido pelo exercício de um direito subjectivo é normal ou anormal, mas se o próprio exercício é, ou não, legítimo. A normalidade ou o excesso do dano não pode, como tal, só por si, fundamentar o conceito de abuso do direito. (...) Que é como quem diz: a licitude ou ilicitude e o carácter abusivo ou não abusivo de certo acto jurídico hão de explicar-se não já pelas conseqüências usual ou anormalmente danosas desse acto, mas precisamente por aquilo que torna tais conseqüências um prejuízo normal ou excessivo e, assim, juridicamente irrelevante ou relevante (...) Ora, assim como um acto não se pode dizer lícito apenas porque não ocasiona qualquer dano, nem a causação de um prejuízo pode só por si determinar a ilicitude do acto, tão pouco o abuso no exercício de um direito poderá fazer-se coincidir com o dano anormal, que esse exercício porventura produza.*¹⁸⁴

A rigor, portanto, esta concepção doutrinária, além de juridicamente equivocada, não corresponde a uma configuração dos atos abusivos e nem explica os motivos de sua repressão.

5.4 A TESE DO “CONFLITO DE SISTEMAS” OU DA INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTOS JURÍDICO-DOGMÁTICOS

Uma peculiar elaboração da teoria do abuso de direito tem como ponto de partida a constatação de que não haveria fundamentos jurídico-dogmáticos para a repressão aos atos abusivos: ela teria natureza *metajurídica*¹⁸⁵. Trata-se de construção bastante relevante e que tem dentre os seus adeptos renomados juristas, como o argentino Luis Alberto Warat, o italiano Mario Rotondi e os franceses Jean Dabin, Georges Ripert e René Savatier, além do brasileiro Pedro Baptista Martins.

Para estes autores, não se devem procurar os fundamentos da sanção no ordenamento jurídico. Neste, os atos em questão são perfeitamente lícitos e irrepreensíveis. Para Warat, *“todos los criterios tradicionales de caracterización han reparado muy poco en esta nota, intentando constituir la figura en el propio orden positivo; de allí toda la serie de falsas disputas, la estéril polémica de Planiol que, al no ver el conflicto entre sistemas, pensó que era contradictorio hablar de un uso abusivo, de una especie de licitud ilícita.”*¹⁸⁶

184. Fernando Augusto CUNHA DE SÁ, *Abuso do Direito*, pp. 354-356.

185. A expressão é utilizada pelo próprio Luis Alberto WARAT e é empregada em seu sentido dogmático, como algo estranho à ordem jurídica positivada.

186. Luis Alberto WARAT, *Semiótica y derecho*, p. 138. Em idêntico sentido: Pedro Baptista MARTINS, *O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 205. Em direção similar, Epifanio José Luis CONDORELLI, *El*

Veja-se que este jurista se refere a um “conflito de sistemas” normativos. De acordo com esta idéia, os atos abusivos, a despeito de serem “juridicamente lícitos”, contrariam a Moral ou a consciência social de justiça, por exemplo.¹⁸⁷

Para ilustrar a apresentação desta corrente doutrinária (e demonstrar algumas de suas variações), apresentamos uma síntese das idéias de três autores, que, apesar de se assemelharem no caráter de extrapositividade de suas explicações, divergem em alguns pontos.

(a) A posição de Luis Alberto Warat.

O professor argentino pretende superar a contradição da concepção tradicional afirmando que o ato abusivo não é contrário ao direito objetivo. Para Warat, na caracterização do abuso de direito, a qualificação de “ilegalidade” não emerge nunca do ordenamento jurídico, mas da comparação com critérios de regulação social: ela é apenas metajurídica. *“Dentro del acto legal y en tanto no se emplea la figura, el acto es perfectamente lícito”*. E mais adiante: *“Se trata de un conflicto externo de sistemas, de una puesta en crisis de las permisiones legales”*¹⁸⁸

O autor resume a sua concepção do instituto em estudo: *“el acto lícito a nível jurídico, pero que el juez considera que debe ser alterado en su ejercicio en virtud de una prohibición emergente de las reglas de acción con plena vigencia social”*.¹⁸⁹ Seriam três os requisitos para a caracterização do “abuso de direito”:

- (1) A presença de uma expressa e determinada permissão no ordenamento jurídico, para realizar ou deixar de realizar uma conduta –

abuso del derecho, p. 32. Este autor sustenta que *“la teoría del abuso de los derechos no tiene ni puede tener cabida en el plano lógico-jurídico”*.

187. Esta tese doutrinária do abuso corresponde à chamada “lacuna ideológica” ou “lacuna axiológica”, que, para BOBBIO, é *“a falta não já de uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma solução satisfatória, ou, em outras palavras, não já a falta de uma norma, mas a falta de uma norma justa, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse”* (in *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 140). De acordo com Riccardo GUASTINI, *“si dice che un ordinamento giuridico presenta una “lacuna assiologica” – “deontologica”, “ideologica” – allorché manca in esso non una norma qualsivoglia, bensì una norma “giusta” (...) In questo contesto, per norma “giusta” può intendersi, secondo le circostanze: o una norma che è richiesta dal senso di giustizia di chi parla, o una norma la cui emanazione è richiesta da un’altra norma”* (in *Teoria e dogmatica delle fonti*, p. 244).

188. Luis Alberto WARAT, *Semiótica y derecho*, p. 138.

189. Luis Alberto WARAT, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, p. 69

“No debe tratarse pues de una conducta genericamente permitida a través del principio de clausura, ni de un acto ilícito.”¹⁹⁰

- (2) Um forte critério de valorização social oposto ao direito, que o autor denomina de “normatividade espontânea” – Neste ponto reside a referida “extrapositividade” da concepção de Warat. Ele alude a uma espécie de conflito entre a consciência social de justiça e o direito posto. Aduz que, para a configuração do abuso, deve existir *“una fuerte presión social, reflejada a través de la normatividad espontánea o conciencia jurídica colectiva que aspira una modificación del derecho positivo vigente”*.¹⁹¹ Esta consciência social intentaria alcançar plena vigência legal. O abuso de direito seria uma forma de canalização destas aspirações do grupo social. Com a aplicação desta teoria, o critério social lograria adquirir *status* legal.

*Warat advierte que nem todas as soluções éticas ou metajurídicas podem ser introduzidas através da noção de abuso de direito, mas apenas aquelas que levem em si “o selo da juridicidade”, promovendo o esforço coletivo de convertê-las em preceitos legais obrigatórios.*¹⁹²

- (3) O uso da figura por parte do julgador – A intervenção judicial seria imprescindível para que se possa falar em “abuso de direito”. É que a fórmula do abuso constituiria *“una estructura abstracta con elementos indeterminados, una variable o función cuya determinación recién puede completarse en el momento en que el juzgador toma su decisión, mientras tanto, el acto seguirá siendo lícito”*. Veja-se que o autor argentino defende que não haveria uma ilicitude em abstrato do ato abusivo – a ilicitude dependeria da intervenção judicial. De maneira que só se poderia falar em abuso de direito posteriormente a uma decisão judicial – nunca antes dela. Warat afirma que no caso dos atos ilícitos, o juiz simplesmente *constata* a existência da ilicitude através da aplicação de uma norma jurídica. Já no caso de ato abusivo, o juiz *cria* a ilicitude do ato.¹⁹³

190. Luis Alberto WARAT, *Semiótica y derecho*, p. 136

191. Luis Alberto WARAT, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, p. 60. A idéia de “consciência jurídica coletiva” é elogiada e aceita em Carlos Fernández SESSAREGO, *Abuso del derecho*, pp. 24-28.

192. Luis Alberto WARAT, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, p. 66.

193. Luis Alberto WARAT, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, p. 68. A relevância da função judicial no abuso de direito é também referida em Jorge A. CARRANZA, *El abuso del derecho en la reforma del código civil*, p. 37-38.

(b) A posição de Mario Rotondi.

Bastante semelhante à de Warat é a construção de Mario Rotondi. A peculiaridade relevada por este jurista italiano, a qual justifica a sua exposição em separado, é a questão temporal. Em diversos trechos de sua obra, há referência ao que ele chama de “antico diritto” (“antigo direito”), para demonstrar que, de acordo com a sua concepção, o abuso seria uma espécie de “antecâmara”¹⁹⁴ ou “bandeira de vanguarda das transformações do direito posto”.¹⁹⁵

Perceba-se que Mario Rotondi mescla os elementos histórico e sociológico para fundamentar a repressão aos atos abusivos na sua contrariedade à “nova consciência jurídica coletiva”. Segundo ele:

*Assim, sob a visão do histórico e do sociológico se resolve a antítese – juridicamente absurda – entre os dois termos da fórmula, abuso e direito, o conflito não consiste na existência de um ato que seja contemporaneamente lícito e ilícito, exercício de direito e ato antijurídico, o conflito existe, mas é entre a formulação rígida e tradicional de uma norma jurídica, de um direito estabelecido na lei positiva e aquela que é, por consequência de mudadas condições econômicas, técnicas, sociais, psicológicas, éticas, a nova consciência jurídica do povo, que se rebela contra o exercício de um tal direito que lhe parece em estridente contraste com a moral ou com a equidade.*¹⁹⁶

Sustenta-se, pois, que o ato abusivo era, inicialmente, permitido pela consciência jurídica coletiva, motivo pelo qual acabou cristalizado na legislação. Entretanto, com a passagem do tempo, aquela foi mudada e esta não, causando um “déficit legislativo” que possibilita a aplicação da sanção pelo magistrado.¹⁹⁷

194. Fernando Augusto CUNHA DE SÁ, *Abuso do direito*, p. 311.

195. Luis Sérgio Fernandes de SOUZA, *Contribuição para uma teoria pragmática do abuso do direito no processo judicial*, p. 51.

196. Mario ROTONDI, *L'abuso di diritto*, 23-24. No original: “Così, allo sguardo dello storico e del sociologico si risolve l'antitesi – giuridicamente assurda – tra i due termini della formula, abuso e diritto, il conflitto non consiste nell'esistenza di un atto che sia contemporaneamente lecito e illecito, esercizio di diritto ed atto antiggiuridico, il conflitto esiste, ma è tra la formulazione rigida e tradizionale di una norma giuridica, di un diritto stabilito dalla legge positiva e quella che è, in seguito a mutate condizioni economiche, tecniche, sociali, psicologiche, etiche, la nuova coscienza giuridica del popolo, che si ribella all'esercizio di un tale diritto che gli appare in stridente contrasto colla morale o coll'equità”.

197. É esta também a interpretação de Fernando Augusto CUNHA DE SÁ, *Abuso do direito*, p. 310.

De acordo com este autor italiano, o abuso de direito “é um fenômeno social, não um conceito jurídico, pelo contrário [é um] daqueles fenômenos que o direito não poderá jamais disciplinar em todas as suas aplicações que são imprevisíveis: é um estado de ânimo, é a avaliação ética de um período de transição, é aquilo que se queira, mas não é uma categoria jurídica”.¹⁹⁸

De acordo com Francesco Galgano¹⁹⁹, as idéias de Rotondi tiveram majoritária acolhida na doutrina italiana da primeira metade do século XX, em razão da falta de previsão da teoria em um dispositivo específico.²⁰⁰ No Brasil, ela foi seguida, principalmente, por Pedro Baptista Martins.²⁰¹

(c) A posição de Jean Dabin.

Como diversos outros autores, Jean Dabin não aceita a idéia de Louis Josserand no sentido de que um ato pode ser “conforme ao direito subjetivo e contrário ao direito objetivo”. Tratar-se-ia, também para Dabin, de uma antinomia. Para superá-la, este autor francês observa que, para além da legitimidade jurídica (a “juricité” a que aludiu Josserand),

198. Mario ROTONDI, *L'abuso di diritto*, 24. No original: “...abuso di diritto è un fenomeno sociale, non un concetto giuridico, anzi uno di quei fenomeni che il diritto non potrà mai disciplinare in tutte le sue applicazioni che sono imprevedibili: è un stato d'animo, è la valutazione etica di un periodo di transizione, è quel che si vuole, ma non una categoria giuridica”. Nesta mesma página, o autor italiano sustenta que a consagração legislativa do abuso de direito corresponde ao fim de sua relevância: “*Quel giorno che il diritto intervenga a disciplina un caso concreto di abuso, l'abuso sfuma, sguscia come Proteo alle mani degli inseguitori e non resta che la sanzione giuridica positiva, l'atto lecito o illecito*”. Sobre as conseqüências da positivação das hipóteses de abuso de direito, falaremos mais detidamente no próximo capítulo.

199. Francesco GALGANO, “Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca”, p. 18.

200. Fernão Justen de OLIVEIRA esclarece que: “*A omissão legislativa italiana quanto à teoria do abuso de direito não foi casual, mas derivou da intenção confessada do legislador de evitar a concessão de poderes considerados excessivos aos juízes, quando da aplicação do princípio, apesar do art. 7º do projeto definitivo do código civil prever originalmente que ‘ninguém pode exercitar o próprio direito em contraste com o objetivo para o qual o mesmo direito foi reconhecido’*”. Essa disposição (claramente filiada à doutrina da finalidade) foi retirada do projeto pela comissão parlamentar competente” (in *Abuso de direito do acionista minoritário*, pág. 30-31). Sobre o tema, v. Francesco GALGANO, “*Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*”, p. 18.

201. Pedro Baptista MARTINS, *O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 203. Este autor repete os termos da afirmação de Rotondi: “*o abuso de direito não é uma categoria jurídica, mas um fenômeno social*”. Em sentido parecido, Rui STOCO defende que a noção do abuso de direito “*é supra-legal, não deve situar-se em textos de direito positivo*” (in *Abuso do direito e má-fé processual*, p. 56). Para Antonio Luis MACHADO NETO, o abuso de direito é “*uma das tantas grandiosas inovações de que está cheio o nosso tempo de ‘revolta dos fatos contra os códigos’*” (in *Compêndio de introdução à ciência do Direito*, p. 188).

há também a legitimidade moral. E então corrige os termos da afirmação de seu conterrâneo: *“Pode-se ter para si tal direito legal (e por conseguinte toda a legalidade) e ter contra si a moralidade”*²⁰²

Em seguida, Dabin resume a sua tese a respeito do abuso de direito: *“o uso de um direito legal se torna em abuso deste direito legal quando dele é feito um uso contrário à moralidade. O summum jus do direito positivo se torna, então, a summa injuria da moral”*²⁰³ Para que se configure o abuso, completa, não será suficiente que o uso de um direito gere um mal a outrem. Será necessário que este ato seja reprovável a título de falta moral, por violação aos deveres morais de justiça, equidade e humanidade, que subsistem não obstante e à margem da legalidade (*“nonobstant et par delà la légalité”*).²⁰⁴

O professor da faculdade de Lyon observa ainda que, em se acolhendo a noção do abuso, o direito legal se abre sobre a moralidade, que o areja e o humaniza. A penetração, aliás, é recíproca: ao passo em que o direito se moraliza, a moral se “juridifica”, no seu próprio neologismo.

Finalmente: *“o critério do abuso de direito é moral e humano, e não, pelo menos de maneira imediata, econômico ou mesmo social. O que importa para a determinação do abuso não é o mau rendimento, do ponto de vista econômico ou mesmo social, do uso que se faz do direito, é a má-qualidade moral deste uso”*.²⁰⁵

Esta tese teve boa recepção na França, também à falta de um dispositivo específico que consagrasse a teoria do abuso de direito. Ao que parece, ela foi originariamente exposta por Georges Ripert, sendo também defendida por René Savatier, para quem o abuso constitui um caso

202. Jean DABIN, *Le droit subjectif*, p. 295: *“on peut avoir pour soi tel droit légal (et par conséquent la légalité tout entière) et avoir contre soi la moralité”*.

203. Jean DABIN, *Le droit subjectif*, p. 295: *“l’usage d’un droit légal se change en abus de ce droit légal quand il en est fait un usage contraire à la moralité. Le summum jus du droit positif devient alors la summa injuria de la morale.”*

204. Jean DABIN, *Le droit subjectif*, p. 296.

205. Jean DABIN, *Le droit subjectif*, p. 299. No original: *“Le critère de l’abus de droit est moral et humain, non pas, au moins de façon immédiate, économique ou même social. Ce qui importe pour la détermination de l’abus ce n’est pas le mauvais rendement, au point de vue économique ou même social, de l’usage qui est fait du droit, c’est la mauvaise qualité morale de cet usage.”*

de conflito entre o direito subjetivo pertencente a um indivíduo e o dever moral que lhe incumbe.²⁰⁶

No que atine aos três pontos aos quais nos referimos anteriormente, a posição desta corrente doutrinária pode ser assim esquematizada: (1) o ato abusivo é conforme ao direito subjetivo, está dentro de seus limites; (2) o ato abusivo é conforme ao direito objetivo, não o contraria em nada; (3) a sanção e a repressão ao ato abusivo tem natureza moral ou social, decorre da sua dissonância com os ditames morais ou com a consciência jurídica coletiva.

Antes de expor a crítica aplicável a toda esta corrente doutrinária, cumpre referir a uma objeção somente oponível à posição de Rotondi. É preciso esclarecer que a noção “temporal” que este autor introduz na teoria (ou seja, a idéia de que o ato abusivo era aceito pela consciência jurídica coletiva, que, posteriormente, passou a rejeitá-lo) não corresponde ao que se deu nos casos que deram origem à elaboração da teoria. Tome-se, por exemplo, o caso da falsa chaminé. Não é exato afirmar que o ato de erguer uma chaminé falsa e inútil só para prejudicar o vizinho fosse antes aceito pela sociedade e, com o tempo, deixou de sê-lo. Obviamente, este ato nunca foi socialmente aceito. O que era aceito (e, aliás, continuou sendo após a constatação dos primeiros atos abusivos) era o direito de propriedade. Não se trata, pois, de um “repensamento social” de condutas antes permitidas. Trata-se da reprovação da dissimulação, cobrindo condutas nunca permitidas com a aparência de licitude. Veja-se, aliás, que uma situação tal como a apresentada por Rotondi nem poderia ser qualificada como “abusiva”.²⁰⁷ Pretendendo tratar do abuso de direito, o autor italiano cuida, na realidade, de outra problemática jurídica que não lhe corresponde.

Agora, a crítica aplicável a toda esta concepção doutrinária.

Em relação à possibilidade (ou à conveniência) de se buscar as respostas aos conflitos sociais fora da ordem jurídica, preferimos não

206. Mario ROTONDI cita as palavras originais de René SAVATIER: “*L’abus du droit nous semble donc constituer un cas de conflit entre le droit et la morale, ou, avec plus de précision, entre un droit positif appartenant à une personne et un devoir moral lui incombant. En usant de son droit, elle manque à un devoir moral*” (in *L’abuso di diritto*, p. 26).

207. Para outras críticas ao pensamento de ROTONDI, vejam-se Pietro RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, p. 40 e ss.; e Paulo de Araújo CAMPOS, *Abuso do direito*, p. 45 e ss.

nos pronunciar, seja pela vastidão dos argumentos a serem analisados de parte a parte, seja para não desviar da objetividade e dos fins a que este trabalho se propõe. Observamos, por outro lado, que ainda que se a aceite, não se negará, quando menos, o caráter subsidiário de tal procedimento, devendo ser aplicado apenas quando o próprio sistema não promover, por si próprio, uma solução razoável.

É como pensam os autores que defendem esta concepção do abuso de direito: o ordenamento jurídico não apenas (a) não proveria sanções para os atos abusivos, como (b) os permitiria. Refutemos essas duas idéias.

Em primeiro lugar, afirma-se que não haveria, no direito positivo, proibição aos atos abusivos, pelo que eles encontrariam guarida no direito objetivo. Trata-se de equívoco flagrante. O fato de não haver nenhum dispositivo expresso que proíba a realização dos atos abusivos não significa que eles sejam permitidos pelo Direito. Imaginá-lo é incorrer no erro primário ao qual nos reportamos no segundo capítulo deste trabalho de confundir os conceitos de *norma* e de *dispositivo normativo*.²⁰⁸ O fato de não haver dispositivos expressos que determinem a ilicitude de atos contrários à boa-fé não significa que não haja normas neste sentido. Estas existirão desde que se as possa depreender de todo o ordenamento jurídico. Uma vez mais, advirta-se que *“normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”*.²⁰⁹

Neste ponto, cumpre atentar aos princípios implícitos de um ordenamento jurídico, extraídos do seu interior, a partir da percepção de valores nele consagrados. Como normas que são²¹⁰, os princípios atuam de modo a tornar ilícitas todas as condutas que os contrariem. Dito

208. A este respeito, conferir as observações constantes da seção 6 do Cap. II deste trabalho.

209. Humberto Bergmann ÁVILA, *Teoria dos Princípios*, p. 22.

210. Já não há dúvidas acerca da normatividade dos princípios. De acordo com BOBBIO, *“Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso”* (in *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 158).

isto, a contrariedade do ato abusivo com os deveres estabelecidos pelo direito objetivo é inconteste. Com efeito, não há como se sustentar que atos praticados com visível intenção maliciosa, não sejam contrários às *normas* do direito positivo. Tais atos violam o princípio da boa-fé, norma presente em qualquer ordenamento jurídico já existente.²¹¹

Os autores desta concepção, todavia, não afirmam apenas a *inexistência* de norma que proíba o ato abusivo – defendem a *existência* de norma que o permite. O equívoco, no entanto, é o mesmo: não distinguir entre *normas* e *dispositivos*. O fato de haver um dispositivo permissivo em cuja hipótese de aplicabilidade se inclui um ato malicioso não importa, *a fortiori*, a permissão de tal ato pelo Direito. Os comandos proibitivos ou permissivos de um ordenamento jurídico não se encontram nos *dispositivos normativos*, mas nas *normas* que deles emanam. E então repita-se, por fundamental: não há norma que nasça de um dispositivo isolado. Um dispositivo torna-se norma quando é lido e confrontado com o inteiro ordenamento.

Desta maneira, para a formação de um comando normativo é necessária a conformação de um determinado dispositivo permissivo com os demais postulados do sistema. O direito *só* nasce e *já* nasce limitado. Daí porque, após afirmar que jamais houve qualquer ordenamento jurídico do qual não se pudesse depreender a ilicitude de atos maliciosos, pode-se concluir que também nunca houve ordenamento que permitisse a prática dos atos abusivos. Isto porque o princípio da boa-fé, como norma que é, atua também de maneira a direcionar a interpretação dos

211. É extremamente relevante esclarecer o sentido da afirmação de que o princípio da boa-fé é norma constante “em qualquer ordenamento já existente”. Em primeiro lugar, fique claro que os princípios são normas finalísticas. Trata-se de norma jurídica que determina um valor a ser seguido, a ser observado (Cf. Humberto Bergmann ÁVILA, *Teoria dos Princípios*, p. 70). Neste sentido, afirmar que um ordenamento jurídico possui o princípio da boa-fé é afirmar que dele se pode depreender a valoração positiva a condutas de boa-fé. Por via de consequência, afirmar que algum ordenamento jurídico se ressentia de tal princípio é imaginar que o mesmo é indiferente às condutas de boa-fé, que de nenhuma forma se pode retirar deste ordenamento a valoração positiva a tais condutas. É certo que não se trata de hipótese impossível, mas tampouco se trata de hipótese razoável. Quando afirmamos a universalidade do princípio da boa-fé, não o fazemos com o sentido jusnaturalista, de maneira a negar o caráter jurídico aos hipotéticos ordenamentos dos quais não se o possa depreender. A afirmação tem um caráter empírico, de observação da realidade e da constatação de que não é razoável imaginar que já houve algum ordenamento que não premiasse as condutas leais, honestas, de boa-fé, em detrimento de suas opostas.

dispositivos normativos, restringindo o alcance absoluto de seus termos.²¹²

Portanto, e já se aproximando da nossa concepção, ao contrário do que propugnaram os autores adeptos da teoria do conflito de sistemas, o próprio ordenamento jurídico já concede solução razoável para a repressão dos atos abusivos. Estes são contrários ao direito objetivo²¹³ e, forçosamente, contrários ao direito subjetivo.

5.5 A TESE DO ABUSO COMO VIOLAÇÃO À FUNCIONALIDADE SOCIAL DO DIREITO SUBJETIVO.

Já vimos que os atos abusivos suscitaram teses que pretendiam fundamentar a sua repressão na violação (i) ao direito objetivo, (ii) a outros direitos subjetivos e (iii) a uma ordem normativa não jurídico-positiva. Doravante serão analisadas as teses que identificaram o abuso de direito com a violação a um elemento ou uma característica imanente ao próprio direito subjetivo.

A primeira destas tem como seu principal defensor o francês Louis Josserand²¹⁴, que a expôs no seu célebre “De l’esprit des droits et de

212. Esse efeito jurídico dos princípios será melhor desenvolvido no próximo capítulo. Aqui, ele é anunciado apenas sumariamente.

213. É fundamental esclarecer o sentido em que usamos a expressão “contrariedade ao direito objetivo”. Usa-se-a como equivalente de ilicitude. Na realidade, no entanto, bem rigorosamente, a expressão é equivocada. O ilícito não é contrário a todo o direito objetivo – é, mais precisamente, contrário à conduta por ele estabelecida como dever jurídico. Não é correto afirmar a contrariedade da ilicitude ao ordenamento jurídico, como se ela fosse um “antidireito”. Na realidade, a posição do ilícito é *“intra-sistemática, como elemento da relação jurídica, como condição imputativamente enlaçada à sanção”* (in Antonio Luis MACHADO NETO, *Compêndio de introdução à ciência do Direito*, p. 184). Neste mesmo sentido, KELSEN observa que: *“Para a teoria tradicional, o fato ilícito é uma violação ou uma negação do direito, um fato contrário ao direito que se encontra, portanto, fora do direito. O fato ilícito não pode entretanto, tornar-se um objeto da ciência jurídica a menos que ela veja nele um elemento do direito, um fato determinado pelo direito. Definindo o fato ilícito como a condição da sanção, a teoria pura o introduz no próprio interior do sistema do direito.”* (in *Teoria Pura do Direito*, p. 76). Este esclarecimento é muito importante: quando afirmarmos que um ato é contrário ao direito objetivo, não queremos defender que ele lhe é externo, mas que ele contraria os valores que o direito objetivo garante, protege ou promove (viola um dever jurídico). O uso da expressão imperfeita se deve a um reducionismo movido por razões pragmáticas.

214. Não deve causar estranheza que um mesmo autor apareça em nosso trabalho como defensor de duas concepções diferentes, como é o caso de JOSSERAND. Este fenômeno é bastante comum e pode decorrer de diversos motivos. No caso de JOSSERAND, ainda após apresentar a idéia de funcionalidade social dos direitos subjetivos, passa a sustentar, como traço relevante para a configuração do abuso, a ausência de interesse legítimo do titular do direito subjetivo.

leur relativité” (“Do espírito dos direitos e de sua relatividade”).²¹⁵ O jurista francês sustentava existir uma finalidade ou função social para cada direito subjetivo. Dar-se-ia o abuso de direito quando determinada conduta, a despeito de estar formalmente garantida por um preceito normativo que estabelece um direito subjetivo, viola a finalidade social deste mesmo direito.²¹⁶ Neste sentido, só existiria “exercício regular de um direito” quando as condutas cumprissem a finalidade social *pela* qual e *para* qual ele foi reconhecido, quando respeitassem o seu “espírito”. Para este autor,

*Los derechos tienen una misión que cumplir, contra la cual no pueden rebelarse; no se bastan a si mismos, no llevan en si mismos su finalidad, sino que ésta los desborda al mismo tiempo que los justifica; cada uno de ellos tiene su razón de ser, su espíritu, del cual no podrían separarse. Si pueden ser utilizados, no es en atención a un objeto cualquiera, sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar: no pueden ser legitimados sin más, sino a sabiendas, para un fin legítimo y por razón de un acto legítimo (...) no podrían ser puestos en ningún caso al servicio de la malicia, de la mala fe, de la voluntad de perjudicar al prójimo, no pueden servir para realizar la injusticia; no pueden ser apartados de su vía regular; de hacerlo así, sus titulares no los ejercerían verdaderamente, sino que abusarían de ellos, cometerían una irregularidad: un abuso de derecho de que serían responsables con relación a las víctimas posibles.*²¹⁷

E, então, a este ponto, já não se sabe o quê, exatamente, é para o autor o abuso de direito: se (i) o ato conforme ao direito subjetivo, mas contrário ao direito objetivo; (ii) o ato que descumpra o espírito ou a função social do direito subjetivo; (iii) o ato realizado sem motivo ou interesse legítimo; ou, ainda, (iv) tudo isto junto. Esta mesma incoerência foi percebida por CUNHA DE SÁ: “A idéia de relatividade dos direitos e da sua concretização no fim objectivamente assinalado a cada direito é substituída, gradualmente e, de certo modo, subrepticamente, pela pesquisa das razões da actuação do titular e pela investigação sobre a legitimidade do seu comportamento” (in *Abuso do direito*, p. 414).

215. “Verdadeiramente este caminho inicia-se com Porcherot (...) [para quem] “abusa-se do direito próprio quando, permanecendo nos seus limites, se visa um fim diferente daquele que teve em vista o legislador”, pelo que, nesta hipótese “a responsabilidade não nasce do facto de eu ter excedido os limites do meu direito, pois que eu o exerço tal como está estabelecido pela lei e que permaneço nos limites que lhe são assinalados pelas regras positivas; a responsabilidade nasce de outra coisa”, tem origem “principalmente na intenção de prejudicar, a falta de interesse, a ausência de motivos legítimos, o fim social e económico do direito exercido”, numa palavra, quando “se desvia, por assim dizer, o direito próprio do destino norma para o qual foi criado” (in Fernando Augusto CUNHA DE SÁ, *Abuso do direito*, p. 402).
216. Entre nós, Felipe Peixoto BRAGA NETTO compreende o abuso de direito como ilícito funcional (in *Teoria dos ilícitos civis*, p. 116-123).
217. Apud Jorge PEYRANO e Juan Alberto RAMBALDO, *Abuso procesal*, p. 137.

Josserand apresenta ainda as razões que reputa comprobatórias de sua tese:

Na realidade, não é como indivíduo que o homem interessa ao legislador, aos poderes públicos e ao jurista, mas como unidade social; não é nos espaços interplanetários que ele faz valer e que ele realiza seus direitos, mas num meio social do qual ele constitui uma das inúmeras células, a mais frágil e mais ínfima; (...) a cada vez que ele exerce um direito, seja em aparência o mais individual e mais egoísta, é também uma prerrogativa social que ele realiza, e é então em uma direção social que ele deve utilizá-la, conforme ao espírito da instituição, civiliter.²¹⁸

Um dos maiores entusiastas atuais desta concepção, o jurista peruano Carlos Fernández Sessarego afirma que

el ser humano es social sin dejar de ser único, personal, identico a sí mismo. Como tal, en ésta su bidimensionalidad, ha de concebirsele y tratársele. Por ello, cuando el ordenamiento atribuye al sujeto un derecho subjetivo, debe tener en cuenta, necesariamente, esta realidad de la vida. De ahí que todo derecho subjetivo sea un derecho "en relación", implantado dentro de una "situación" dada, en dinámica interacción.²¹⁹

Ante esta concepção, os direitos subjetivos são, na realidade, direito-deveres: há uma função social que deve ser realizada pelo seu titular. A tese parece se apoiar na idéia de instrumentalidade do Direito. Ele próprio não existiria dogmaticamente, mas com finalidade social indisociável, pelo que também os direitos subjetivos, seus produtos, precisam cumprir sua "missão social" para terem validade. A tese da "funcionalidade social do direito subjetivo" logrou alcançar notável aceitação no âmbito jurídico do início do século XIX. Cientificamente, no entanto, é preciso fazer-lhe algumas ressalvas.

Antes de iniciar, é curioso observar que os autores que defendem a existência de uma função social imanente ao direito subjetivo não admitam que a consequência deste raciocínio é a de que os atos que não cumprirem esta função social nem seriam atos praticados no exercício de

218. Louis JOSSERAND, *De l'esprit de droits et de leur relativité*, p. 07. No original: "Dans la réalité, ce n'est pas en tant qu'individu que l'homme interesse le législateur, les pouvoirs publics et le juriste, mais bien en tant qu'unité sociale; ce n'est pas dans les espaces interplanetaires qu'il fait valoir et qu'il réalise ses droits, mais dans un milieu social dont il constitue l'une des innombrables cellules, la plus fragile et la plus infime; (...) à chaque fois qu'il exerce un droit, fût-ce en apparence le plus individuel et le plus égoïste, c'est encore une prérogative sociale qu'il réalise, et c'est donc dans une direction sociale qu'il doit l'utiliser, conformément à l'esprit de l'institution, civiliter".

219. Carlos Fernández SESSAREGO, *Abuso del derecho*, p. 50.

um direito subjetivo. Ora, se a função social é um “elemento constitutivo” do direito subjetivo, é evidente que o ato que a viola não se enquadra na previsão mesma deste direito.²²⁰ O próprio Jossierand é explicitamente contraditório. Ao mesmo tempo em que rebate duramente a idéia de Planiol de que não haveria exercício de qualquer direito no ato abusivo, afirma que “*todo direito tem uma função da qual seu titular não pode se evadir sem cometer um delito que tem um nome: o abuso do direito*”.²²¹

Este, entretanto, não é um problema nuclear, mas marginal desta concepção (seria possível adotá-la e corrigir esta contradição). São outros os problemas insuperáveis.

É fundamental atentar ao fato de que, na realidade, as palavras supracitadas mais servem para *justificar* a criação da teoria do abuso de direito do que para *explicá-la*. Têm elas um maior caráter panfletário que epistêmico, sendo clara a matiz ideológica que as informa. Em nenhum momento o jurista francês preocupa-se em estribar as suas conclusões em provas constatáveis objetivamente. De maneira que, ao tentar descrever como *são* os direitos subjetivos, Jossierand parece melhor definir como, ao seu parecer, eles *deveriam ser*. Com toda a aparência de proferir conclusões de *lege lata*, o autor francês mais contribui de *lege ferenda*.

A exigência de realização de um fim social ao utilizar-se de um direito não pode ter natureza axiomática, de modo a prescindir de qualquer demonstração objetiva de que esta é a vontade social (positivada ou não).

Ou melhor: é evidente que os direitos possuem *uma* função, já que não bastam em si mesmos e existem para a satisfação de interesses humanos. Mas daí a concluir que *esta* função seja *especificamente* a de agir

220. De acordo com Fernando Augusto CUNHA DE SÁ: “*Ora, dessa assunção decorre, com meridiana clareza, que o fim, social ou tout court económico, de um certo e determinado direito subjectivo não permanece fora dele ou a ele estranho, como meta distante a atingir e em vista da qual existe e é reconhecido ou apreciado, mas sim e iniludivelmente como factor da sua própria natureza e elemento dela inseparável*” (in *Abuso do direito*, p. 437).

221. Louis JOSSERAND, *De l'esprit de droits et de leur relativité*, p. 322. No original: “*Tout droit a une fonction dont son titulaires ne peut s'évader qu'en commettant un délit qui a nom: l'abus du droit*”.

em prol da sociedade e não individualmente, há grande distância a ser percorrida.²²²

Causa perplexidade a forma com que esta tese é exposta por seus principais defensores. Eles a apresentam como uma conseqüência lógica e inevitável do fato de o homem viver em sociedade. Ora, nada obsta que, atentando mesmo para a vida humana em sociedade, estabeleçam-se juridicamente direitos “egoísticos”. O fato de o indivíduo a quem se concede uma prerrogativa jurídica ser um “ser no mundo” não impede individualizações temporárias ou pontuais, quando se entenda que estas são favoráveis à sociedade. Pode, de fato, a comunidade concluir que, para o seu próprio bem indireto, devem ser concedidos a cada indivíduo direitos egoísticos, a serem exercidos ilimitadamente. Para embasar a sua concepção, deveria o jurista francês haver demonstrado que não era esta a opção feita pela sociedade (ou pelo direito) que lhe foram contemporâneos.

Acertadamente, Jean Dabin observa que a conclusão de Josseland

não é fundada nem na lógica, nem em fato, de acordo com a natureza das coisas. Seria necessário, com efeito, demonstrar com argumentos de apoio e de maneira precisa, que os direitos subjetivos foram realmente concedidos para o serviço da sociedade e não para aquele dos indivíduos, e que 'não é como indivíduo que o homem interessa ao legislador, aos poderes públicos e ao jurista, mas como unidade social'.²²³

Até se poderia evitar a discussão sobre a necessidade de repressão aos atos abusivos, já que não é razoável sustentar que a sociedade (ou o Direito) tolere atos praticados em má-fé, ou com intenção de prejudicar. Mas disto não se conclui forçosamente que tal necessidade de repressão decorra de uma necessária “função social” dos direitos subjetivos.

Se se pode aceitar que as ordens jurídicas de todo o mundo consagram princípios como o da boa-fé (valor ético), o mesmo não pode ser dito em relação à responsabilidade do titular de um direito subjetivo de utilizá-lo com objetivos sociais – e nunca egoísticos. Trata-se, aqui, de

222. Neste sentido, Jean DABIN, *Le droit subjectif*, p. 290.

223. Jean DABIN, *Le droit subjectif*, p. 290. No original, lê-se: “la conclusion n’est fondée ni en logique, ni en fait, d’après la nature des choses. Il faudrait en effet démontrer, avec des arguments à l’appui et de manière précise, que les droits subjectifs ont bien été donnés pour le service de la société et non pour celui des individus, et que ‘ce n’est pas en tant qu’individu que l’homme intéresse de législateur, les pouvoirs publics et le juriste, mais bien en tant qu’unité sociale”

questão ideológica. A *específica função social* dos direitos subjetivos em uma ordem jurídica dependerá dos valores nela inscritos e das opções feitas pela sociedade que vive sob sua égide. Dentro de uma ideologia jurídica individualista – como, aliás, era a do século XIX –, os direitos não visavam à satisfação (imediate) de um interesse social, mas de um interesse individual e privado. Portanto, concordando-se ou não (ideologicamente) com a coerência e plausibilidade da opção que fez Josserand a respeito do direito subjetivo, não se pode dizer que esta correspondia àquela do direito francês, que lhe cabia interpretar e aplicar.²²⁴

Neste passo, advirta-se que o intérprete não pode valer-se do conteúdo às vezes indeterminado (embora sempre determinável) do Direito para dele retirar apenas os comandos que lhe pareçam mais acordes às suas aspirações pessoais. Nas precisas palavras de Marçal Justen Filho:

O sistema jurídico até pode não ser dotado de existência autônoma e objetiva, mas isso não equivale a reconhecer sua redução às concepções individuais de cada doutrinador. Quando menos, o Direito é o conjunto das vivências e concepções predominantes numa sociedade. A discordância individual de um doutrinador ou de qualquer indivíduo não o autoriza a substituir tais concepções por enfoques pessoais subjetivos.

E completa: “*incumbe ao jurista o dever de imparcialidade e de submeter-se às valorações coletivas e aos princípios fundamentais consagrados pela ordem jurídica. A heteronomia do Direito não pode ser substituída pela autonomia do hermeneuta*”.²²⁵ Não são as aspirações pessoais do jurista que devem instruir as *interpretações* que ele faz do sistema jurídico, mas aquelas incrustadas no Direito vigente à sua época e dele depreendidas. As construções jurídicas precisam ser fundamentadas em determinações, implícitas ou explícitas, da ordem jurídica.

Isto não significa que a idéia de funcionalidade social dos direitos subjetivos não tenha qualquer importância. Pretende-se apenas negar a sua aplicabilidade geral, independente das características específicas de cada ordem jurídica. Em outras palavras, ela não explica porque se devem reprimir os atos abusivos nas sociedades liberais. Nestas, a tese tem valor meramente prospectivo.

224. A mesma advertência foi feita por Georges RIPERT e pelos irmãos MAZEAUD, conforme Everardo da Cunha LUNA, *Abuso de direito*, p. 84.

225. Marçal JUSTEN FILHO, *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 10.

O maior problema desta tese está justamente nesta contingência que os seus defensores não puderam identificar. Ela vale apenas onde tal funcionalidade social seja aceita. E, por isso mesmo, sua aceitação implica uma redução do problema do abuso de direito a questões ideológicas – só haveria fundamento para os atos abusivos nas ordens jurídicas que aceitassem essa funcionalidade do direito subjetivo; nas demais, o ato abusivo seria plenamente aceitável. Em última análise, tratar-se-ia de negar a repreensibilidade social dos atos abusivos em algumas sociedades específicas.

Não se pretende aqui valorar ou negar a importância desta opção ideológico-política (com fortes implicações jurídicas, quando incorporada a determinado sistema). Fiquem bem claros os termos da objeção: o que se pretende é assentar que, *especificamente para combater os atos abusivos* (para fundamentar a repressão àqueles atos que vinham sendo cometidos), não seria preciso ter ido tão longe.

É importante perceber que a idéia de funcionalidade do direito subjetivo, adotada como critério da teoria, acaba incluindo como abusivos atos de outra espécie que não aquela que a jurisprudência vinha reprimindo (acaba ampliando o rol dos atos abusivos). Talvez esteja aí, aliás, a grande razão do sucesso da tese (incorporada que foi a diversos ordenamentos jurídicos, dentre os quais o nosso): ela possui grande poder político. Sob a justificativa de combater os atos abusivos, acaba-se propugnando pela inserção de uma válvula de poderoso conteúdo político, como se a repressão aos atos abusivos dependesse desta virada ideológica. A idéia que se pretende vender é a de que, sob pena de não se poder repreender o abuso de direito, deve-se adotar uma ideologia mais social. E isto não é verdade.

Em palavras claras: o incômodo social dos atos abusivos não decorrem de um suposto descumprimento da função social dos direitos subjetivos. Se assim fosse, eles apenas incomodariam quem compartilhasse desta posição ideológica. Não é o caso: os atos abusivos são inadmissíveis ainda a quem dela discorde. Isto porque, conforme veremos no próximo capítulo, o critério do abuso não é ideológico, mas ético.²²⁶

226. Em sentido algo semelhante, Jean DABIN observa que: *“Le critère de l’abus de droit est moral et humain, non pas, au moins de façon immédiate, économique ou même social. Ce qui importe pour la détermination de l’abus ce n’est pas le mauvais rendement, au point de vue économique*

5.6 A TESE DOS LIMITES EXTERNOS E INTERNOS DE UM DIREITO SUBJETIVO

Numa construção que guarda algumas semelhanças com aquela que defenderemos mais adiante, elaborou-se a tese dos limites internos e externos do direito subjetivo, a qual confere razoável explicação gráfica para o instituto em estudo. Trata-se da concepção dominante na doutrina francesa atual.²²⁷ Conforme ensina Pascal Ancel,

*de acordo com os autores modernos, seria necessário distinguir dois tipos de limites: os limites externos e os limites internos. Os primeiros são essencialmente fixados pelos textos [de lei]: o sujeito que não os respeita sai evidentemente de seu direito, e seu comportamento deve ser sancionado. Por outro lado, no interior dos limites fixados pelos textos, o comportamento é a priori lícito, mas ele cessa de sê-lo se aparece anormal, desleal, abusivo.*²²⁸

Graficamente, trata-se de imaginar o direito subjetivo como um círculo, cujas paredes externas, que correspondem ao seu próprio conteúdo, equivaleriam às delimitações conferidas tanto pelo próprio dispositivo que o estabelece, como por outros que explicitamente o conformam. Além desta delimitação, sustentam os autores desta corrente, o direito positivo estabeleceria outro círculo interno ao círculo principal, o qual corresponderia à exclusão, da previsão normativa inicial, dos atos contrários à boa-fé ou aos bons costumes, por exemplo.²²⁹

ou même social, de l'usage qui est fait du droit, c'est la mauvaise qualité morale de cet usage. (in *Le droit subjectif*, p. 299). A diferença para a nossa concepção é que, como já foi visto, o autor francês estriba o critério do abuso em parâmetros morais estranhos à ordem jurídica, quando esta mesma já possui ditames éticos que justificariam a repressão aos atos abusivos.

227. Cf. Christophe JAMIN, "Typologie des théories juridiques de l'abus", p. 08.

228. Pascal ANCEL e Gabriel AUBERT, "L'abus de droit en droit français et en droit suisse: deux approches. Dialogue", p. 03: "*Selon les auters modernes, il faut distinguer deux types de limites, les limites externes et les limites internes. Les premières sont essentiellement fixées par les texts: le sujet qui ne les respecte pas sort évidemment de son droit, et son comportement doit être sanctionné. En revanche, à l'intérieur des limites fixées par les textes, le comportement du titulaire est de prime abord licite, mais il cesse de l'être s'il apparaît anormal, déloyal, abusif*".

229. Discordando expresamente desta concepção: Humberto THEODORO JR., *Comentários ao Novo Código Civil*, p. 112; e Rui STOCO, *Abuso do direito e má-fé processual*, p. 57. De forma mais enfática, Francisco PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Tomo 53, p. 68. A respeito da idéia de limitação do direito subjetivo, vaticina o juriconsulto alagoano: "*os juristas passavam a incorporar ao conceito, diga-se assim, a própria restrição. (...) A concepção absolutista tomava a atitude corretiva a fim de continuar com a mesma visão dos direitos: seres que vivem por si, sem peias, dentro dos seus próprios limites (...)* Não se trata de conformações, mas de deformações".

Uma conduta que se encontre dentro do círculo principal, mas fora do círculo menor é uma conduta lícita. Uma conduta que se encontre dentro de ambos os círculos corresponde ao abuso de direito. Aquela que esteja fora deles equivale a um ato “sem direito”. Utilizando o caso clássico da *fausse cheminée* como exemplo, o ato de elevar uma chaminé em seu terreno para proveito próprio se situaria figurativamente dentro do círculo maior, mas fora do menor (conduta lícita). O ato de elevá-la apenas para prejudicar o vizinho estaria dentro de ambos os círculos (a conduta está “dentro do direito”, porque se amolda à previsão normativa que o estabelece, mas também está dentro do círculo menor, pois contraria a boa-fé, sendo, portanto, abusiva). Por fim, o ato de agredir o vizinho situar-se-ia fora do círculo principal imaginário, tratando-se de um ato “sem direito”.²³⁰

Eis como Jacques Ghestin apresenta esta concepção:

*A definição das prerrogativas que a lei confere ao titular de um direito subjetivo se opera em dois planos. Há, de início, aquilo que se poderia chamar de limites ‘externos’ do direito; alguns poderes descritos objetivamente, em razão de sua natureza ou seu objeto, são conferidos e outros são recusados. Um proprietário pode construir sobre seu terreno, ele não pode usurpar o de seu vizinho; um usufrutuário pode habitar no imóvel sobre o qual recai o seu direito ou dá-lo em locação, ele não o pode demolir; operários podem fazer greve, eles não podem seqüestrar seu patrão... mas há também limites ao direito que se poderiam qualificar de internos. As prerrogativas conferidas a uma pessoa pela lei não o são de maneira absoluta. Há uma medida a ser respeitada no seu exercício. Dizer que um proprietário tem o direito de construir em seu próprio terreno não significa necessariamente que ele possa construir o que quiser e como quiser. Se ele edifica uma obra com o único fim de prejudicar seu vizinho, ele sai de seu direito, a despeito de não lhe ultrapassar os limites externos. A lei pode perfeitamente, a uma só vez, conferir aos indivíduos alguns poderes e restringir-lhes o exercício.*²³¹

230. O professor Pascal ANCEL apresenta situação semelhante: “*Pour prendre un exemple simple, le propriétaire qui plante des arbres trop près du fond voisin à une distance inférieure à celle prescrite par les lois et les réglement agit sans droit; en revanche, s’il fait la plantation à la distance légale, mais dans le seul but de boucher la vue de son voisin, il abuse de son droit*” (in “Critères et sanctions de l’abus de droit en matière contractuelle”).

231. Jacques GHESTIN, “L’abus dans les contrats”, p. 379. No original: “*La définition des prérogatives que la loi confère au titulaire d’un droit subjectif s’opère sur deux plans. Il y a d’abord ce que l’on pourrait appeler les limites ‘externes’ du droit, certains pouvoirs décrits objectivement, d’après leur nature ou leur objet sont accordés et d’autres refusés. Un propriétaire peut construire sur son terrain, il ne peut empiéter sur celui de son voisin: un usufruitier peut habiter l’immeuble soumis à son droit ou le donner en location, il ne peut le demolir; des ouvriers peuvent se mettre en grève,*

A esquematização desta tese doutrinária pode ser assim sintetizada, respondendo às três questões-base propostas anteriormente: (1) o ato abusivo está fora dos limites internos do direito subjetivo; (2) o ato abusivo é contrário ao direito objetivo, que procede implicitamente à limitação interna; (3) a sanção e a repressão ao ato abusivo têm natureza jurídico-positiva e decorrem de sua ilicitude.

A explicação desta corrente é bastante didática e cientificamente razoável, na medida em que exclui os atos abusivos da “conformidade com o direito subjetivo”. É significativo o fato de considerar o ato abusivo fora dos limites gráficos de um direito subjetivo. Nesta direção, Jacques Ghestin é taxativo: *“O ato abusivo não é, ao mesmo tempo, conforme ao direito subjetivo e contrário ao direito objetivo. Ele não é absolutamente conforme ao direito. Mas a originalidade da hipótese é que a ultrapassagem [dépassement] do direito subjetivo se situa no interior do quadro delimitador dos tipos de prerrogativas reconhecidas ao agente”*.²³²

Ainda assim, no entanto, algumas ressalvas lhe devem ser feitas.

Em primeiro lugar, deve-se assentar que a teoria dos limites internos e externos peca pela cautela excessiva, revelando ainda uma certa herança exegética. Os autores que a defendem concebem que o direito subjetivo já nasce de um dispositivo normativo permissivo, sendo que os demais dispositivos lhe conferem limitações *ex post*. Daí a construção gráfica possuir duas espécies diversas de limites, uma para delimitar o direito subjetivo e outra para excluir algumas prerrogativas, *a priori*, nele incluídas. Admite-se a interpretação isolada e literal de um dispositivo, dando-lhe, de *per si*, conseqüências jurídicas.

ils n'ont pas le droit de séquestrer leur employeur... Mais il existe aussi des limites au droit que l'on peut qualifier d'internes. Les prerogatives accordés à une personne par la loi ne le sont pas de façon absolue. Il y a une mesure à respecter dans leur exercice. Dire qu'un propriétaire a le droit de construire sur son propre terrain ne signifie pas nécessairement qu'il peut construire n'importe qui n'importe comment. S'il edifie un ouvrage à la seule fin de gêner son voisin, il sort de son droit, bien qu'il n'en dépasse pas les limites externes. Le loi peut parfaitement à la foi accorder aux individus certains pouvoirs et restreindre leur mise en oeuvre”.

232. Jacques GHESTIN, “L’abus dans les contrats”, p. 379. Concordantemente: Pascal ANCEL e Gabriel AUBERT, “L’abus de droit en droit français et en droit suisse: deux approches. Dialogue”, p. 03: *“Certes, dans les deux cas, on admet que le sujet est sorti des limites de son droit”*. Em direção oposta, embora também adira à teoria dos limites internos e externos, o professor Christophe JAMIN defende expressamente que o direito subjetivo segue existindo no ato abusivo: *“le droit existe toujours; c’est uniquement l’insuffisance de mesure dans sa réalisation qui est sanctionnée”* (in “Typologie des théories juridiques de l’abus”, p. 08).

Na realidade, conforme já afirmado e repetido, não há norma alguma que surja de um dispositivo isolado. Não há norma antes da conformação de um dispositivo a todos os outros do sistema jurídico. Assim, a norma que consubstancia o direito subjetivo *só* nasce e *já* nasce limitada. Não há, pois, limites posteriores que se lhe impõem – todos os limites impostos pelo sistema já participam de sua criação. A consequência inevitável é que, no ato abusivo, não há exercício de direito algum, conforme será melhor desenvolvido no próximo capítulo.

Depois, no que atine, especificamente, à idéia de “interioridade ou exterioridade” dos limites, há diversas considerações a serem feitas. Assente-se, de início, que a distinção entre essas “duas espécies de limites” é meramente didática, não havendo entre eles nenhuma diferença ontológica a justificá-la. Ambos tem natureza normativa, embora uma esteja consubstanciada através de um dispositivo específico explícito e a outra seja implícita. A força normativa é semelhante, todavia.

De outra parte, a denominação aos dados limites (internas e externas) é inapropriada, pelos motivos já acima expostos. Não há limites “internos” e “externos” ao direito. Há, apenas, os próprios limites que lhe determinam o conteúdo.

Ultrapassadas estas observações de caráter teórico e aceita a importância de ordem didática da idéia de duas espécies de limites ao direito subjetivo (relevando, ainda, a impropriedade terminológica), é necessário observar que não procede estribar a distinção entre os ditos limites “internos” e “externos” no mero fato de estarem eles positivados ou não, como fez Pascal Ancel no trecho acima transcrito. Duas são as razões da improcedência.

A uma, porque admití-lo seria defender que, a partir do momento em que se positivam as hipóteses do abuso de direito, a teoria perde a relevância. Não concordamos com esta idéia, a qual será combatida através das razões expostas no próximo capítulo.

A duas, pois não se torna externo um limite porque se o positiva, nem se o há interno pela ausência de texto normativo que o estabeleça. O verdadeiro traço distintivo se encontra na própria natureza da limitação. Com isso não se quer dizer – frise-se, por importante – que os limites cujo desrespeito implica abusar do direito assim o façam em razão de sua própria natureza. Afirmá-lo seria advogar que, a despeito

das diferentes disposições normativas nos diversos ordenamentos jurídicos, as hipóteses do abuso de direito seriam sempre as mesmas. Seria crer que tais hipóteses do abuso de direito seriam “supra-positivas”. Não pensamos assim.

Acreditamos tratar-se de opção legislativa o estabelecimento das hipóteses do abuso de direito. A partir daí, no entanto, desde que forem estabelecidas tais hipóteses, toda vez que se as realizar, estar-se-á diante de uma conduta abusiva, havendo ou não previsão normativa expressa. Imagine-se que tenha sido estabelecido que o que configuraria o abuso de direito seria a prática de má-fé de ato que, *a priori*, seria permitido ao titular do direito subjetivo. Disto se teria que todos os atos assim enquadrados violariam um “limite interno” e não um “externo”, independente da previsão normativa daquele ato específico (ou, mais propriamente, tais atos corresponderiam a um ato ilícito abusivo e não a um ato ilícito não abusivo).

Daí porque entendermos que, a despeito de sua previsão normativa expressa (e autônoma), a norma advinda do art. 1228, § 2º do Código Civil brasileiro²³³ não estabelece uma hipótese de violação a um “limite externo” do direito subjetivo. Não é, portanto, um ato ilícito não abusivo aquele que dispõe o referido artigo. Trata-se de mera expressão da teoria do abuso de direito – absolutamente desnecessária, em face do que já dispõe o art. 187 do mesmo diploma –, devendo ser regido pelas mesmas disposições que o regem.

Portanto, se a natureza do ato se enquadra numa das hipóteses reconhecidas por um dado sistema jurídico para a configuração do abuso de direito, aí se o houve, ainda que à presença de uma eventual previsão normativa específica de ilicitude daquele ato.

A afirmação de Pascal Ancel é mais aceitável no sistema jurídico francês, que não estabelece genericamente as hipóteses do abuso de direito. De forma mais cautelosa que o professor da faculdade de Saint-Étienne, Jacques Ghestin afirma que *“os limites internos dos direitos subjetivos são muito raramente expressos formalmente pela lei ao enunciar*

233. “Art. 1.228. § 2º. São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”. Para Maria Helena DINIZ, o art. 1.277 do Código Civil também consigna um exemplo de abuso de direito (in *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 462).

as prerrogativas que ela possibilita. De sorte que é nos princípios gerais, no espírito do sistema jurídico, que é necessário buscar tais limites".²³⁴

A nós, melhor parece estribar a distinção entre os limites "internos" e "externos" no fato de que aqueles são comuns a todos os direitos, constituindo-se em verdadeiros princípios gerais; enquanto estes limitam especificamente um ou alguns direitos específicos. Além disso, será preciso proclamar uma espécie de sobressaliência dos primeiros sobre os segundos, no sentido de que, havendo uma limitação específica que nada acrescenta à limitação geral (como é o caso do art. 1228, § 2º acima referido), aplica-se-lhe o regime jurídico próprio do abuso de direito.

5.7 A TESE DO ABUSO DE DIREITO COMO VIOLAÇÃO AO VALOR IMANENTE A UM DIREITO SUBJETIVO

A última tese que apresentaremos é aquela que vê no abuso a violação ao valor imanente a um determinado direito subjetivo. Trata-se de tese prestigiada principalmente em Portugal e na Alemanha. São seus principais adeptos os portugueses Castanheira Neves, Coutinho de Abreu e Cunha de Sá, o alemão Wolfgang Siebert e o italiano Giorgianni. De acordo com Castanheira Neves, a teoria do abuso de direito seria uma manifestação do pensamento jurídico moderno (axiológico-normativo), em superação ao racionalismo positivista.²³⁵ Para este professor, o ato abusivo seria aquele que, respeitando embora os limites formais de um direito determinado, frustrassem o seu conteúdo axiológico-material:

o exercício abusivo deixou de ser tão-só um acidente que poderia acontecer no uso dos direitos, para ser uma possibilidade normativa que lhes ia inerente, ou fundada no próprio sentido constitutivo dos direitos susceptíveis dessa censura. E foi o que sucedeu quando a doutrina, estimulada pelo problema do abuso do direito e através dele, pôde compreender a natureza teleológica e materialmente fundada dos direitos subjectivos, isto é, quando logrou compreendê-los como uma intenção normativa que apenas subsiste na sua validade jurídica enquanto cumpre concretamente o fundamento axiológico-normativo que a constitui. Um comportamento que tenha a aparência de licitude jurídica – por não

234. Jacques GHESTIN, "L'abus dans les contrats", p. 280. No original: "Les limites internes des droits subjectifs sont assez rarement exprimées formellement par la loi lorsqu'elle énonce les prérogatives qu'elle accorde. De sorte que c'est dans les principes généraux, voire dans l'esprit du système juridique, qu'il faut chercher telles limites."

235. Antonio CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto - Questão-de-direito*, p. 507.

*contrariar a estrutura formal definidora (legal ou conceitualmente) de um direito, à qual mesmo externamente corresponde – e, no entanto, viole ou não cumpra no seu sentido concreto-materialmente realizado, a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado, ou de que o comportamento realizado se diz exercício, é o que juridicamente se deverá entender por exercício abusivo de um direito.*²³⁶

Por esta razão, o autor distingue entre o *ilícito formal* e o *ilícito material*, do qual o abuso de direito seria um exemplo. Para Fernando Augusto Cunha de Sá, “*o comportamento preenche na sua materialidade, in actu, a forma do direito subjectivo que se pretende exercer, mas, do mesmo passo, rebela-se contra o sentido normativo interno de tal direito, isto é, contra o valor que lhe serve de fundamento jurídico*”.²³⁷

Os defensores desta concepção doutrinária são enfáticos em sustentar que integra o conteúdo do direito subjectivo o valor que se pretendeu defender quando da sua consagração jurídica.²³⁸ Sendo assim, só haveria exercício do direito (e portanto, proteção jurídica) quando fosse respeitado este valor, elemento constituinte da prerrogativa.

Ainda segundo Cunha de Sá,

*o fundamento axiológico do direito subjectivo constitui um seu preciso limite, pelo menos tão preciso, mesmo que diferentemente precisado, como o que lhe é imposto pela sua estrutura formal. E, se isto é assim, tão fora se está do direito quando, no seu exercício, ou por ocasião do mesmo exercício, se ultrapassa os limites da sua definição formal, como quando a actuação concreta do titular do direito se opõe ou se afasta dos limites materiais que para o seu conteúdo resultam dos fundamentos axiológicos de tal direito. Os termos concretos do comportamento do sujeito só aparentemente constituem exercício do direito; na realidade, ultrapassam-no, excedem-no, precisamente por violarem o seu sentido ou fundamento objectivo.*²³⁹

Ou seja, também aqui se admite que o ato abusivo não é um ato praticado no exercício de um direito, o que desenvolveremos no próximo

236. Antonio CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto - Questão-de-direito*, pp. 522-524.

237. Fernando Augusto CUNHA DE SÁ, *Abuso do direito*, p. 466.

238. Para GIORGIANNI, “*la forma qualificativa della condotta in termini di diritto soggettivo include come sua componente un elemento valorativo*” (apud Antonio CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto - Questão-de-direito*, p. 523).

239. Fernando Augusto CUNHA DE SÁ, *Abuso do direito*, pp. 454-455. Assim também, Antonio CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto - Questão-de-direito*, p. 526 e Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito*, p. 45.

capítulo, mas já dissemos ser bastante plausível. Os problemas desta tese são outros.

Primeiro, o trabalho de desvendar os valores específicos relativos a cada uma das prerrogativas jurídicas é tão homérico quanto subjetivo. Prova disso é que o italiano Giorgianni, que pretendeu enunciar os valores relativos a alguns direitos subjetivos, chegou a conclusões no mínimo aleatórias ao definir, por exemplo, o valor referente ao comodato como “o incremento da solidariedade humana”.²⁴⁰ Evidentemente, nada temos contra o incremento da solidariedade humana, mas não se compreende porque seria este, exatamente, o valor a ser cumprido através do comodato.

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

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

Como já se disse, no caso de uma prerrogativa expressamente aposta na legislação, tratar-se-ia de violação àquele valor que determinou a

240. *Apud* Fernando Augusto CUNHA DE SÁ, *Abuso do direito*, p. 446.

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

242. É oportuno repetir trecho já anteriormente citado: “a liberdade em geral ou inominada constitui um verdadeiro direito subjectivo, o direito geral de liberdade, que deve ser entendido como ‘o direito de realizar quaisquer actos, positivos ou negativos, materiais ou jurídicos, não proibidos pela lei’; objecto deste direito seria, aliás, tanto a liberdade de actuação como a liberdade de abstenção, pois em ambos os casos é o sujeito que é ‘dono da decisão’ e o seu domínio impor-se-ia ‘ao respeito de toda a gente, como direito da personalidade’” (in Fernando Augusto CUNHA DE SÁ, *Abuso do Direito*, p. 565).

consagração. Mas como descobrir o valor imanente a uma prerrogativa decorrente meramente de sua não proibição?

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

A NOSSA CONCEPÇÃO DO ABUSO DE DIREITO

SUMÁRIO • 6.1 O abuso de direito como ato ilícito. – 6.2 A específica norma violada: o princípio da boa-fé – 6.2 O equívoco terminológico. A impossibilidade de “abusar de um direito” – 6.4 A relevância da teoria do abuso de direito – 6.5 As conseqüências da positivação

6.1 O ABUSO DE DIREITO COMO ATO ILÍCITO

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

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

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

Quanto à exigência de culpa para a configuração da ilicitude, ela é cada vez mais mitigada pelas exigências do direito moderno, havendo já quem sustente que a maioria dos atos ilícitos prescinde de culpa.²⁴⁵ Há,

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

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

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

portanto, ilícitos culposos e ilícitos não culposos. O direito do consumidor é comprobatório desta tese. De acordo com Felipe Peixoto Braga Netto, *“a culpa não integra o suporte fáctico do ilícito civil, como gênero. (...) Dito de outro modo: a afirmativa, corrente em nossos tratadistas clássicos, no sentido de ser o ilícito civil um ato culposo, representa uma desmedida generalização de notas próprias a algumas espécies”*.²⁴⁶

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

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

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

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

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

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

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

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

251. Eis como se manifesta MACHADO NETO: *“É óbvio, portanto, que aqui não nos ocupará a sutil distinção dos civilistas entre o ato ilícito propriamente dito, isto é, aquele que apresente ‘antijuridicidade’ subjetiva ou culpa e a ação contrária ao dever jurídico, mas à qual falte consciência da ‘antijuridicidade’ por parte do agente. Dado que aqui tratamos – no plano lógico-jurídico da Teoria Geral do Direito – de um conceito puro e não de um conceito empírico, construído científica ou dogmaticamente, não poderemos negar a condição de ato ilícito à conduta humana contrária ao dever jurídico ou prestação, conceituada na endonorma”* (in *Compêndio de introdução à ciência do Direito*, pp. 185-186).

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

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

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

De acordo com Castanheira Neves, *“não precisa o abuso de direito, para valer, de qualquer prescrição positiva, uma vez ser um princípio normativo. E os princípios normativos, “como expressões que são da própria*

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

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

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

*idéia de Direito”, como “postulados axiológico-normativos do direito positivo”, não tem de ser traduzidos em lei para vigorarem.”*²⁵⁴

Não se justifica, igualmente, a idéia de que o abuso de direito é uma categoria à parte, entre os atos lícitos e ilícitos. Estes conceitos são auto-excludentes: o ato que não é lícito é necessariamente ilícito, e vice-versa: *tertium non datur*. A propósito, Sessarego afirma com razão que *“la novedad y transcendencia de esta posición, que trastoca una milenaria concepción, requiere de una profunda y medular fundamentación, la misma que, hasta donde alcanza nuestra información, aún no se ha producido”*.²⁵⁵ De fato. Os autores que a sustentam não conseguem dar-lhe justificativa lógica e quase sempre incorrem em tautologias. É o caso de Cunha de Sá, no trecho a seguir transcrito:

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

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

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

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

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

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

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

6.2 A ESPECÍFICA NORMA VIOLADA: O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

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

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

Parece-nos possível demonstrar a correção de fundar-se o critério do abuso de direito na violação à boa-fé a partir da análise da experiência internacional. É interessante observar que os países que não possuem um dispositivo específico estabelecendo sanção aos atos abusivos costumam fundamentá-la no princípio da boa-fé.²⁵⁹ Ou seja: à falta da consagração expressa do abuso de direito, este princípio cumpre-lhe o papel, o que demonstra a estreita relação entre ambos.

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

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

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

260. Pascal ANCEL e Gabriel AUBERT, *“L’abus de droit en droit français et en droit suisse: deux approches. Dialogue”*, p. 02.

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

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

263. *“Art. 1375. Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede”*.

264. O renomado jurista italiano faz referência a uma decisão da *Corte di Cassazione*, de 15/11/1960 (n. 3040), na qual foi decidido que: *“in singoli casi ed in riferimento ai fondamentali precetti*

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

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

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

giuridici della buona fede (come regola di condotta) e della rispondenza dell'esercizio del diritto agli scopi etici e sociali per cui il diritto stesso viene riconosciuto e concesso nell'ordinamento giuridico positivo, l'uso anormale del diritto possa condurre il comportamento del singolo (nel caso concreto) fuori della sfera del diritto soggettivo medesimo e che quindi tale comportamento possa costituire un illecito, secondo le norme generali di diritto in materia" (in Francesco GALGANO, *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, p. 19).

265. De acordo com Pascal ANCEL e Gabriel AUBERT, "L'abus de droit en droit français et en droit suisse: deux approches. Dialogue", p. 06. A despeito desta advertência, a Comissão responsável pela elaboração do estatuto civilista suíço optou por explicitar a idéia do abuso de direito. Eis os termos do art. 2º do Código Civil daquele país: "(1) *Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi*; (2) *L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi*". Também MENEZES CORDEIRO revela a importância da conexão entre boa-fé e abuso de direito nos sistemas jurídicos alemão e suíço. (in *Da boa-fé no direito civil*, p. 698).
266. Marco GESTRI, "Considerazioni sulla teoria dell'abuso del diritto alla luce della prassi internazionale", pp. 51-52: "*Sotto il profilo ricostruttivo, tale esame sembra convalidare le tesi che individuano la stretta correlazione fra i concetti di abuso del diritto e di buona fede. (...) Intendiamo fare riferimento all'art. 26 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, ai sensi del quale "every treaty in force... shall be performed... in good faith". Il generico riferimento all'esecuzione del trattato implica la necessità di relazionare il principio della buona fede non soltanto all'adempimento degli obblighi, ma altresì all'esercizio dei diritti soggettivi spettanti alle parti. (...) Alla luce della giurisprudenza e della formulazione dell'art. 26, si può individuare una rilevanza, anche nell'ordinamento internazionale, del concetto di buona fede nella sua accezione oggettiva. Vale a dire della buona fede quale regola di condotta, la cui violazione nell'esercizio di una situazione soggettiva determina il fenomeno dell'abuso del diritto e la conseguente responsabilità internazionale*".

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

Em outras palavras: aqueles atos abusivos levados a juízo entre o final do século XIX e início do século XX, que deram azo à criação da teoria do abuso de direito não deveriam ser reprimidos porque (i) embora conformes ao direito subjetivo, contrariavam o direito objetivo; nem porque (ii) causaram danos anormais ou violaram o direito de outrem, socialmente mais relevante; nem porque (iii) embora juridicamente lícitos, contrariavam a moral ou a (nova) consciência jurídica coletiva; nem porque (iv) contrariavam (ou descumpriam) a suposta função social inerente aos direitos; nem porque (v) violavam limites internos (e posteriores à criação) do direito subjetivo; nem porque (vi) violavam o valor supostamente imanente a cada um dos direitos. Aqueles atos deveriam ser reprimidos simplesmente porque eram atos ilícitos, já que contrariavam uma específica norma do direito objetivo, o princípio da boa-fé.

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

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

Afirmar o acolhimento, por um ordenamento jurídico específico, do princípio da boa-fé, é afirmar que, a partir da interpretação de seus

267. Para um estudo aprofundado da conceituação, identificação e aplicação dos princípios jurídicos, é imprescindível consultar-se a fantástica obra de Humberto ÁVILA, *Teoria dos princípios*.

268. De acordo com Humberto ÁVILA, "*os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido*" (in *Teoria dos princípios*, p. 70).

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

dispositivos, pode-se haurir a valorização das condutas de boa-fé, em detrimento das condutas opostas. Por via de consequência, afirmar o seu não acolhimento é defender que de nenhuma forma se pode extrair deste ordenamento a desvalorização das condutas maliciosas.

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

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

Alguns exemplos podem ser úteis.

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

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

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

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

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

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

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

A todas essas contribuições voltadas a apartar os princípios das regras jurídicas cumpre aditarmos ainda o fato de os princípios atuarem como mecanismo de controle da produção de normas-regras, visto ser a norma produzida pelo intérprete (embora o próprio intérprete produza a

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

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

*norma de princípio). Nisso não há, contudo, nenhuma contradição, na medida em que os princípios podem ser a medida do controle externo da produção de normas.*²⁷³

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De tudo isto se infere que o conteúdo vulgar ou comum de um direito não equivale ao seu real conteúdo jurídico. Numa acepção comum, o “direito de expressar a opinião” é a possibilidade de realizar todos os atos que se subsumam a esta locução. Juridicamente, no entanto, falar-se em um “direito de expressar a opinião” é aludir, implicitamente, à possibilidade de realização garantida de uma série de atos tendentes

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

à expressão da opinião, *nos limites atributivos das regras de direito*, ou seja, desde que tais atos não sejam proibidos por alguma norma jurídica. É só aí que há direito subjetivo.

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

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

Sendo assim, quando se utiliza o termo “direito” para designar uma prerrogativa concedida pela lei cujo exercício se restringe aos limites textuais, trata-se do primeiro uso do termo direito: direito aparente. Ao contrário, quando se utiliza este termo para designar esta mesma prerrogativa, mas desta vez restrita não somente pelos seus limites textuais, mas também pelos virtuais, então ele foi empregado no seu segundo sentido: direito real. (...)

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

276. Abbas KARIMI, *Les clauses abusives et la théorie de l’abus de droit*, p. 31. No original: “Dans un premier temps, nous discernons les deux usages du mot “droit”: celui que l’on peut appeler “apparent” et celui qu’on peut nommer “rèel”. Pour expliquer ce qu’on entend par “droit apparent” et “droit réel”, il est nécessaire d’examiner une question préliminaire, à savoir les limites d’un droit. Les limites d’un droit, comme il est dit plus haut, sont les plus souvent déterminées par les textes des lois, limites qu’on pourrait appeler “textuelles”. Mais, elles sont parfois déduites de l’esprit du système juridique et de la volonté du législateur, sans qu’elles soient précisées par des textes législatifs. (...) Ceci étant, quand on utilise le terme “droit” pour désigner une prerogative, octroyée par la loi dont l’exercice se borne seulement aux limites textuelles, il s’agit alors du premier usage du terme de droit: droit apparent. En revanche, quand on utilise ce terme pour désigner cette même prerogative, mais cette fois-ci restreinte non seulement par ses limites textuelles mais encore par

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

É oportuno recordar, aqui, as lições extraídas da “textura aberta” de Waismann. Diante de uma determinada conduta que possua certas propriedades que lhe permitam estar enquadrada em dada previsão normativa, cumpre ainda ao operador do Direito perquirir se são aquelas as propriedades mais relevantes de dita conduta e, portanto, *por elas* deve ser “catalogada” ou se, ao contrário, há nela outras propriedades relevantes, responsáveis por uma sua descaracterização naquela previsão anterior e melhor enquadramento em outro grupo de condutas. É o que acontece no exemplo acima. A conduta a respeito da qual se perquirirá a licitude não é “a interposição de um recurso processual”, mas “a interposição de um recurso processual de má-fé”. Enquanto o primeiro destes atos é perfeitamente lícito, o segundo corresponde a um ato ilícito abusivo. Enquanto no primeiro há exercício de um direito, no segundo não o há.

6.2 O EQUÍVOCO TERMINOLÓGICO. A IMPOSSIBILIDADE DE “ABUSAR DE UM DIREITO”

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

celles virtuelles, on l'a alors employé dans son deuxième sens: droit réel. (...) Quand un propriétaire, respectant toutes les limites et tous les devoirs précisés par la loi, édifie un ouvrage à seule fin de nuire à son voisin, il abuse de son droit apparent, car en l'occurrence il n'existe pas de véritable droit. Il pourrait bien utiliser le mot "droit" pour répondre au reproche de son voisin: "C'est mon droit de construire son terrain comme je le veux. Je n'ai pas empiété sur votre terrain". Le terme "droit" est en effet employé ici dans son sens apparent".

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

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

É salutar que nos atenhamos e aprofundemos estas considerações. O direito subjetivo é norma, seu conteúdo é normativo. Não se trata de um *bem* destacado do ordenamento jurídico, concedido ao seu titular para que dele faça o que melhor lhe aprouver. Trata-se de um instituto jurídico, e não fático. Assim, não há como “usá-lo”. Só se pode “usar”

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

279. A despeito do diverso conceito de direito subjetivo, o jurista italiano Pietro PERLINGIERI parece concluir da mesma forma: “No vigente ordenamento não existe um direito subjetivo - propriedade privada, crédito, usufruto - ilimitado, atribuído ao exclusivo interesse do sujeito, de modo tal que possa ser configurado como entidade pré-dada, isto é, preexistente ao ordenamento e que deva ser levada em consideração enquanto conceito, noção, transmitido de geração em geração. O que existe é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular. Os chamados limites externos, de um ponto de vista lógico, não seguem a existência do princípio (direito subjetivo), mas nascem junto com ele e constituem seu aspecto qualitativo. O ordenamento tutela um interesse somente enquanto atender àquelas razões, também de natureza coletiva, garantidas com a técnica das limitações e dos vínculos. Os limites, que se definem externos ao direito, na realidade não modificam o interesse pelo externo, mas contribuem à identificação da sua essência, sua função. As situações subjetivas sofrem uma intrínseca limitação pelo conteúdo das cláusulas gerais e especialmente daquelas de ordem pública, de lealdade, de diligência e de boa-fé, que se tornaram expressões gerais do princípio da solidariedade. O ordenamento reconhece a propriedade de um bem, a titularidade de um crédito somente enquanto o direito for exercido em conformidade com as regras; se assim não acontecer, o interesse não será nem reconhecido e nem tutelado” (in *Perfis do direito civil*, p. 26).

um instituto fático, não um instituto jurídico. Usa-se uma caneta, um livro, um objeto qualquer. O instituto jurídico, todavia, não é passível de uso.²⁸⁰ É que a sua composição é normativa (em última análise, ele é uma norma) e a relação humana face a uma norma só pode ser de respeito ou desrespeito – nunca de “uso”. Reprise-se: não se usa uma norma, cumpre-se-a ou não se a cumpre.

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

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

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

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

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

281. Raymond SALEILLES, *La théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du code civil allemand*, p. 372-373. No original: “Je suis donc pleinement d'accord avec M. Planiol, lorsqu'il dit qu'en réalité, la plupart du temps, lorsqu'on parle d'abus de droit, on s'exprime d'une façon incorrecte. On fait allusion à un défaut de droit, et non à un droit dont on userait mal; un droit dont on

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

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

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

Mais importante é advertir que a conclusão pela imperfeição ou contradição do *nomen juris* não implica a negação da existência do instituto. Esta intervenção se faz imprescindível na medida em que não são poucos os juristas que se negam mesmo a concebê-lo, ao concluírem que não se pode “abusar de um direito”, ou que se recusam a admitir a

abuse n'est pas autre chose qu'une faculté qui n'est plus comprise dans le droit que l'on prétend avoir. Le prétendu abus de droit n'est, presque toujours, qu'une limitation du contenu du droit. (...) La propriété est un droit dont le contenu juridique dépend des usages, des moeurs et de la loi; là où il y a ce qu'on désigne par abus de droit, il s'agit d'un fait non compris dans le contenu juridique de la propriété. Observe-se que o autor francês refere-se a “la plupart du temps”, ou seja, “na maior parte do tempo”. Há casos de efetivo abuso de direito, afirma ele. Eis o seu próprio exemplo: os moradores das cercanias de uma via-férrea, irritados com a fumaça e o barulho do trem, invadem a via e impedem a sua utilização. Com a devida vênia, o exemplo não convence: não há qualquer direito neste caso, trata-se mesmo de ato ilícito *strictu sensu*.

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

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

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

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

incoerência da denominação, para que disto não resulte a inexistência ou irrelevância do instituto. Ora, é óbvio que nada impede que a incorreção seja meramente denominativa, persistindo o instituto, ao qual apenas se deveria conceder outro nome.²⁸⁶ A essência de um objeto, como de um instituto jurídico, não se afeta pela denominação que se lhe dá. “*What’s in a name? That wick we call a rose by any other name it would smell as sweet*”.²⁸⁷

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

Antes de ingressar nessa análise, e aproveitando o ensejo das considerações terminológicas, examine-se crítica encontrada em Pontes de Miranda²⁸⁸ e Rui Stoco²⁸⁹. Estes autores afirmam ser mais própria a denominação “Abuso *do* direito” que “Abuso *de* direito”. Argumentam que esta é a denominação consagrada nos demais idiomas e que a expressão “de direito” possui uma indesejável conotação de licitude (como se o abuso fosse lícito, permitido pelo ordenamento: “um abuso, *mas* de direito”)

No que atine ao primeiro argumento, há duas observações a serem feitas. Em primeiro lugar, é certo que os países de língua italiana e espanhola adotaram os termos “abuso *del* derecho” e “abuso *del* diritto”²⁹⁰, mas não é correto afirmar que a mesma unanimidade ocorreu nos pa-

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

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

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

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

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

íses francofônicos. Nestes se usa, indistintamente, “abus *du* droit” e “abus *de* droit”. Aliás, Jean Dabin, de forma expressa, reputa-os equivalentes.²⁹¹ Por outro lado – e mais importante – o fato de outros países terem adotado uma denominação específica não significa que esta seja a mais adequada.

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

6.4 A RELEVÂNCIA DA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO

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

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

O primeiro destes ângulos é metajurídico. Trata-se da importância da idéia de abuso de direito para o senso comum, para “*el hombre de la calle*”, na expressão constante de Luiz Alberto Warat. Neste particular, a relevância nos parece inquestionável. Já observamos que, numa acepção vulgar, o direito subjetivo é a possibilidade de realizar todos os atos que se subsumam à locução que o define. A idéia de abuso de um direito é, pois, bastante válida para retirar dos atos abusivos a “aura de licitude” que os reveste.²⁹²

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

292. Para Abbas KARIMI, “*La théorie de l’abus de droit a sa propre mission: priver d’apparence légitime l’exercice abusif d’un droit*” (in *Les clauses abusives et la théorie de l’abus de droit*, p. 36). Em sentido semelhante, Jorge AMERICANO afirma que “*si somos levados a distinguir tal moda-*

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

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

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

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

lidade, que, efectivamente, não constitui categoria especial do acto ilicito, mas tem seu traço característico nesse supposto assento em direito, não é pelo desejo de estabelecer distinções e subdistinções, não somente pela necessidade de corresponder aos reclamos da prática, que justifica a teoria. (...) A falta de fixação da doutrina tem tido como consequencia uma grande tibieza no ministrar remedio ao damno causado, sempre que alguém invoca o uso de um direito para acobertar um abuso” (in Do abuso de direito no exercício da demanda, p. 07).

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

Poder-se-ia questionar se seria possível estribar a distinção em traço tão abstrato. Parece-nos que sim. Desde que ele tenha relevância fática, é absolutamente compreensível que se lhe dê, igualmente, relevância jurídica.²⁹⁴ Não nos parece questionável que a aparência de licitude que reveste as condutas abusivas tenha, de fato, relevância fática.²⁹⁵ Não é nada raro que tal propriedade avalize a dita conduta perante aquele a quem causará danos. Este, no mais das vezes, entende-a como “mal a ser aceito”, sem a denunciar a juízo. Assim sói imaginar o recorrido, que se resigna de sofrer as conseqüências de um recurso processual interposto de má-fé. Assim ocorre com aquele que acredita ter o vizinho o direito de prejudicar-lhe com construções desnecessárias pelo só-fato de erigí-las dentro de seus domínios. Há uma evidente situação apriorística de vantagem do agente abusador, frente ao abusado. À primeira vista, parece socorrer-lhe o direito. E então retomamos: se há relevância fática

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

294. Marcos Bernardes de MELLO é preciso: “*para serem erigidos à categoria de fato jurídico, basta que os fatos do mundo – mero eventos ou condutas – sejam relevantes à vida humana em sua interferência intersubjetiva, independentemente de sua natureza*” (in *Teoria do fato jurídico*, p. 40).

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

na aparência de licitude, nada impede – é, aliás, absolutamente plausível – que se lhe conceda relevância jurídica, que se a regule.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(b) A regulamentação específica aos atos abusivos.

Já foi afirmado anteriormente que, para que se conserve a relevância jurídica do abuso de direito, deverá ser demonstrado que a circunstância de um determinado ilícito ser abusivo implica tutela jurídica diversa daquela constatável na ausência desta circunstância.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Às partes é facultado o estabelecimento de cláusulas contratuais a reger o negócio jurídico entre elas celebrado. É cediço, todavia, que, numa relação de consumo, a parte hipersuficiente não pode valer-se desta condição subjetiva para estabelecer cláusulas danosas ao outro contratante. A inserção contratual de cláusulas abusivas é um ilícito cujo efeito é a nulidade do ato praticado, de acordo com o art. 51 do código de proteção e defesa do consumidor (lei nº 8.078/90). Trata-se de hipótese de ilícito abusivo *nulificante*.³¹⁰

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

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

310. No direito suíço, a sanção principal ao ato praticado abusivamente é a sua nulificação, como informam Pascal ANCEL e Gabriel AUBERT, "L'abus de droit en droit français et en droit suisse: deux approches. Dialogue", p. 03; e Fernão Justen de OLIVEIRA, *Abuso de direito do acionista minoritário*, p. 66. Esta forma de sanção cumpre papel relevante também na França, de acordo com Abbas KARIMI, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, p. 45. Na Itália, a Corte di Cassazione já decidiu a favor da possibilidade de anulação de deliberação em uma sociedade em função do "abuso de direito de voto": "L'annullabilità di simili deliberazioni non è certo una novità nella giurisprudenza della Cassazione. È nuova, invece, l'identificazione del vizio che il Supremo Collegio ravvisa nella deliberazione, che non è più il parapubblicistico eccesso di potere della maggioranza, ma è l'abuso del diritto di voto. La sentenza muove dalla premessa che, con l'esercizio del voto, il socio dà esecuzione al contratto di società, sicché il diritto di voto deve, a norma dell'art. 1375, essere esercitato secondo buona fede; la conclusione è che il voto espresso per realizzare un interesse extrasociale, con danno per la minoranza, integra gli estremi dell'abuso del diritto. In questa sentenza, (...) il canone della buona fede è utilizzato come criterio di valutazione dell'esercizio del diritto, atto a distinguere fra uso ed abuso del proprio diritto" (in Francesco GALGANO, *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, p. 23).

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

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

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

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

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

(...)

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

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

Há algumas considerações preliminares que são oportunas.

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

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

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

Isto não quer dizer que estes dispositivos do diploma civil sejam *incorretos*. Eles permitem a interpretação aqui defendida. O art. 186 estabelece que “X é ato ilícito”, e não que “ato ilícito é X”, o que é coisa bem diversa (dizer que X é ato ilícito não é forçosamente dizer que X seja a única espécie de ato ilícito ou que a definição de ato ilícito seja X). Portanto, o que o art. 186 dispõe é que, se alguém causar dano a outrem de forma culposa ou dolosa, este alguém cometeu ato ilícito. Observe-se que o dano, por si só, não causa a ilicitude. O que é ilícito é a “causação” de danos subjetivamente qualificada pela culpa ou pelo dolo.

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

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

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

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

313. Neste sentido, Silvio de Salvo VENOSA, *Teoria geral do direito civil*, p. 609; Pablo Stolze GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO, *Novo curso de direito civil*, p. 467; Carlos Roberto GONÇALVES,

Esta interpretação não é pacífica. A corrente subjetivista é integrada, por exemplo, por autores como Rui Stoco³¹⁴ e Humberto Theodoro Júnior. Para este autor mineiro, “nosso direito positivo atual não dá ensejo a dúvidas: adotou claramente a orientação preconizada pela teoria subjetivista do abuso de direito. Primeiro definiu o ato ilícito absoluto, como fato humano integrado pelo elemento subjetivo (art. 186). Em seguida, qualificou, de forma expressa, o exercício abusivo de direito como um ato ilícito (art. 187)”.³¹⁵

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

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

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

Embora o conteúdo seja diverso, a estrutura dos arts. 186 e 187 é semelhante e clara: quem fizer X comete ato ilícito. No primeiro caso, X

Comentários ao código civil, p. 293; Paulo NADER, *Curso de direito civil*, p. 555; Sérgio CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, p. 160; Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições de direito civil*, p. 675.

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

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

é a “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que causa dano a outrem”. No segundo caso, X é o simples excesso dos limites impostos pelo fim econômico ou social de um direito, pela boa fé ou pelos bons costumes, ao “exercê-lo”. Deste excesso (cominado com o dano referido no art. 927) estabeleceu-se como decorrência a responsabilidade, independente de qualquer elemento subjetivo.

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

Ao revés, no segundo caso, sem mudar o texto legal: “*comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exerce-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”. São objetivos o fim econômico e o fim social do direito, a boa-fé e os bons costumes.³¹⁶ Em se os contrariando, independentemente de culpa, tem lugar o abuso de direito.

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

Cumpra ainda reportar-se à conclusão da reunião promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em setem-

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

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

bro de 2002, para analisar o novo estatuto civil brasileiro. A comissão, coordenada por Ruy Rosado de Aguiar, ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, divulgou o enunciado nº 37, cujo conteúdo é o seguinte: *“a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”*

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

Em primeiro lugar, refute-se idéia de que a responsabilidade objetiva para o ato abusivo seria incoerente, na medida em que concederia conseqüências jurídicas mais graves para uma situação menos reprovável. A tese parte da idéia de que o “abusador” estaria no exercício de seu direito, enquanto aquele que pratica um ato ilícito não abusivo nem mesmo contaria com esta proteção legal apriorística. Esta idéia é falsa, como cremos já haver demonstrado, uma vez que não há qualquer direito sendo exercido no caso do ato ilícito abusivo. De outra parte, é interessante observar que há, ao contrário, uma maior – e não menor – reprovabilidade social da conduta abusiva, na medida em que o seu agente, no mais das vezes de forma ardilosa, se vale de uma aparência de legalidade para causar danos a terceiros.

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

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

318. Raymond SALEILLES, *La théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du Code Civil allemand*, p. 371. No original: *“Rien n'est plus dangereux, en effet, ou sinon rien n'est plus inutile, que de vouloir s'en remettre uniquement à la psychologie individuelle du soin de fournir le critérium de l'abus de droit: il n'est personne qui ait, en pareil cas, l'ingenuité d'avouer qu'il n'avait d'autre but que de nuire à autrui. Il sera toujours facile d'alléguer un intérêt individuel.”* E completa: *“L'abus de droit, se caractérise par son cote objectif et non par son but; ce qu'il faut*

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

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

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

6.5 AS CONSEQÜÊNCIAS DA POSITIVAÇÃO

Alguns autores entendem que a essência do abuso de direito é necessariamente metajurídica, de maneira que a positivação de suas hipóteses significaria a sua perda de sentido. Luis Alberto Warat advoga que *“sólo se puede hablar (...) de abuso del derecho, cuando la teoría no está incorporada a los códigos. El reconocimiento de la teoría importa la muerte de la misma porque ya no podemos hablar de abuso del derecho*

dire, c'est qu'un acte dommageable qui aurait eu pour but exclusif le préjudice réalisé, serait par lui-même, un acte objectivement contraire aux moeurs; mais cette même atteinte aux moeurs peut se présenter dans le seul fait d'un exercice anormal, alors même qu'il ne serait qu'imprudent”.

319. Apud Paulo NADER, *Curso de direito civil*, p. 554. A mesma observação é encontrada em Silvio de Salvo VENOSA, *Teoria geral do direito civil*, p. 608; e José de AGUIAR DIAS, *Da responsabilidade civil*, p. 544.

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

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

*sino simplemente de actos ilícitos, de acciones y omisiones cumplidas sin derecho y contra el derecho, o sea contra la nueva norma legal.*³²²

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

*Para nós (embora estranhamente disto não pareçam aperceber-se tantos sustentadores da teoria do abuso) não é absolutamente mais o caso de falar aqui de abuso de direito no sentido dito mais acima e no qual se usa a teoria homônima: isto se podia fazer antes que o legislador intervisse, mas depois de sua intervenção, a linha que determina os confins do direito foi assinalada e quem a superar, excedendo o próprio direito, indo contra o direito de outrem, violando uma norma de direito objetivo, realiza inegavelmente um ato ilícito. É por isso que a formula do De Vareilles-Sommière: où l’abus commence le droit cesse, que juridicamente não nos diz nada, me parece poderia ser utilmente invertida de modo a afirmar uma verdade histórica: ou le droit commence l’abus cesse, o que interpretado historicamente viria a dizer que, desde que o direito interveio a disciplinar um caso determinado, não se pode mais falar de abuso (que exigiria a interland a que se aludiu acima), mas de ato lícito o ilícito, jurídico o antijurídico, exercício de direito ou ato lesivo do interesse de outrem.*³²⁴

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A duas, a explicitação poderá funcionar como veiculadora de regulamentação distinta, possibilitando que se estabeleça para os atos com aquelas características, por exemplo, a responsabilidade objetiva. Foi justamente o que ocorreu, ao nosso ver, no caso do ordenamento jurídico brasileiro. À falta do art. 187 em nosso ordenamento, o ato abusivo seguiria sendo ilícito e sua repressão continuaria sendo juridicamente

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

possível. Sem embargo, na hipótese de um ato destes causar danos, a procedência do pleito de indenização correspondente dependeria da demonstração de culpa.

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

Há, neste ponto, um importante esclarecimento a ser feito. Afirmou-se algumas vezes, em linhas pretéritas, que o ato abusivo é aprioristicamente ilícito, por configurar relação de contrariedade com o sistema jurídico. É necessário firmar os precisos contornos desta afirmação. Ela tem origem na pesquisa histórica do abuso de direito. Analisando os casos que motivaram a criação da doutrina, na França, e mesmo os antecedentes históricos do instituto, observa-se claramente que os primeiros atos abusivos foram atos que contrariavam a boa-fé. É neste sentido que dissemos ser despidianda a noção do abuso, porque qualquer ato com estas características é já ilícito, uma vez que certamente nunca houve qualquer ordenamento jurídico do qual não se pudesse depreender o princípio normativo da boa-fé.

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

Nada obstante, dado o potencial “moralizante” ou “socializante” da teoria³³¹, foi impossível evitar que alguns autores dela se valessem para

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

331. A esta mesma característica se refere Orlando GOMES, ao advertir que “A extensão dada à teoria do abuso de direito tem determinado exageros contra os quais se levanta a voz sensata de eminen-

reclamar-lhe a extensão. Analisando os casos clássicos do abuso de direito, muitos autores sustentaram que a repressão a eles adviria de sua contrariedade, por exemplo, aos bons costumes, à moral ou à função social e econômica dos direitos. E se, sob o ponto de vista de *lege lata*, esta argumentação é débil, o mesmo não se pode dizer sob o ponto de vista de *lege ferenda*. À força da sedução dos argumentos socializantes sucumbiram muitos. Vingaram as promessas de “moralização do Direito” e “efetivação da justiça social”, especialmente na pena de Josserand, e o instituto terminou por ganhar contornos bem mais generosos do que aqueles que lhe são “essenciais” ou “inerentes”.

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

Feito isto, é evidente que tampouco se poderão ignorar os efeitos destas alterações no resultado de interpretação da ordem jurídica. Se se alargaram os limites gerais aos direitos subjetivos para além daquilo que antes já era depreensível, é assim que agora deve ser interpretado o sistema. Uma vez mais, trata-se de aplicação de lição singela, mas tão esquecida, de que a leitura de um sistema jurídico depende de suas posições implícitas e explícitas. Assim, as peculiaridades do abuso de direito em cada ordenamento jurídico dependerão dos limites gerais que se impõe (explicitamente ou implicitamente) aos direitos subjetivos.

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

Em primeiro lugar, ressalte-se a ausência da oposição do limite imposto pela “moral”, constante em outros ordenamentos jurídicos, como

tes juristas. A sedução que a teoria exerce sobre os espíritos, por seu teor moralizante, está conduzindo a extremos condenáveis. Válida, assim, a advertência de que o jurista deve precaver-se contra "as generalizações puramente sentimentais", porque, "sob o pretexto de humanização do Direito não se deve cair no domínio da caridade" (De Page) (in Introdução ao Direito Civil, p. 134).

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

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

A “funcionalidade social ou econômica” dos direitos subjetivos, influência clara da obra de Josserand³³³, é certamente a hipótese mais controversa de “extensão” da teoria do abuso de direito.³³⁴ A idéia suscitou fortes e diversas críticas. A começar por Ripert, que qualificou Josserand de “bolchevique” e propôs ter lugar o abuso apenas quando houvesse violação à “moral cristã”.³³⁵ A crítica mais citada na doutrina, no entanto, é a dos irmãos Mazeaud, que a seguir se transcreve:

Diríamos que o critério finalista nos parece perigoso. Não que tenhamos demais o arbítrio do juiz; confiamos nele; é indispensável não o prender a regras fixas. Ao menos é preciso que eles saibam o que se lhes pede.

332. Eis o conteúdo do art. 1.071 do Código Civil argentino, inserido pela lei 17.711/68: “*La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*”. De acordo com Fernão Justen de OLIVEIRA, trata-se de dispositivo copiado literalmente do projeto de Teixeira de Freitas (in *Abuso de direito do acionista minoritário*, p. 27).

333. É curioso observar que alguns autores franceses mais modernos observam que as idéias de JOSSERAND tiveram maior aceitação internacional do que nacional. Assim, por exemplo: Jacques GHESTIN, “*L’abus dans les contrats*”, p. 379; e Pascal ANCEL e Gabriel AUBERT, “*L’abus de droit en droit français et en droit suisse: deux approches. Dialogue*”, p. 07;

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

335. Christophe JAMIN, “*Typologie des théories juridiques de l’abus*”, p. 09.

*Ora, o que se lhes pede? Pede-se-lhes de determinar a função social de um direito, de dizer com que escopo o legislador reconhece a existência do direito de propriedade, do pátrio poder etc. Uma tal questão não comporta solução sobre o terreno jurídico, porque é imensa. O juiz, compelido a respondê-la, deverá sair do domínio do Direito; ele cairá no domínio da política. Eis o perigo do critério: um socialista terá o mesmo conceito sobre o fim para o qual é conferido o direito de propriedade, ou o direito de associação, que um adversário da doutrina de Karl Marx? Evidentemente não. Defender a doutrina da finalidade social dos direitos não é absolutamente cair no socialismo, mas é compelir o juiz a encarar o problema da responsabilidade sob o ângulo da política.*³³⁶

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

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

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

Es fácil responder que en todos los tiempos el juez ha desempeñado el papel de censor y se ha entregado a investigaciones psicológicas diver-

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

337. Apud Epifanio José Luis CONDORELLI, *El abuso del derecho*, p. 25.

*sas y delicadas. No es él acaso soberano apreciador de la buena fe o de la mala fe de los contractantes, de los litigantes, de los esposos? (...) Y no es él quien, en materia delictuosa o cuasidelictuosa, averigua si se ha cometido una falta? En cualquier ocasión, cada día, los tribunales sondeand las intenciones y los corazones; al confiarles, pues la investigación y apreciación de los móviles no se hace otra cosa que mantenerlos en su papel tradicional.*³³⁸

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

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

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

339. Marçal JUSTEN FILHO, *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 10.



CAPÍTULO VII

CONCLUSÃO

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

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

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

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

Daí porque o ato abusivo (que, *a priori*, antes da extensão da teoria respectiva, cabia no gênero “atos contrários à boa-fé”) é indubitavel-

mente ilícito e, a rigor, não corresponde a um ato praticado no exercício de um direito subjetivo. E se é assim, a denominação “abuso de direito” (uso irregular de um direito) é inapropriada para designá-lo.

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

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

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

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

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

interesse prático em fazê-lo, pois a circunstância da abusividade em nada influiria.

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

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



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 2 v. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- AMERICANO, Jorge. *Do abuso de direito no exercício da demanda*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1932.
- ANCEL, Pascal. “Critères et sanctions de l’abus de droit en matière contractuelle”. No prelo.
- _____ ; AUBERT, Gabriel. “L’abus de droit en droit français et en droit suisse: deux approches. Dialogue”. *L’abus de droit, comparaisons franco-suisses*. Saint-Etienne: Université de Saint-Etienne, 2000.
- _____ ; e DIDRY, Claude. “L’apparition de la notion d’abus de droit en droit français au début du XXème siècle”. *L’abus de droit, comparaisons franco-suisses*. Saint-Etienne: Université de Saint-Etienne, 2000.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2001.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Volume 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- BAPTISTA, Fernando Pavan. *O Tractatus e a Teoria Pura do Direito*. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito). Orientação: Prof. Alaôr Caffé Alves. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2003.
- BECCHI, Paolo. “Enunciati, significati, norme. Argomenti per una critica dell’ideologia neoscettica”. In COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Ricardo (org). *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analítica*. Turim: G. Giapichelli Editore, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- _____. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1999.
- BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. São Paulo: Malheiros, 1996.

- BORGHI, Hélio. *Teoria da aparência no direito brasileiro*. São Paulo: Lejus, 1999.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BUSTAMANTE, Lino Rodriguez-Arias. *El abuso del derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1970.
- CAMPOS, Paulo de Araújo. *Abuso do direito*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Orientação: Prof. Yussef Said Cahali. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1982.
- CARRANZA, Jorge A. *El abuso del derecho en la reforma del código civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.
- CARRIÒ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Questão-de-facto – Questão-de-direito: ou o problema metológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CELANO, Bruno. “Efficacia, anti-realismo, interpretazione”. In COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Ricardo (org). *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analítica*. Turim: G. Giappichelli Editore, 1999.
- CONDORELLI, Epifanio José Luis. *El abuso del derecho*. La Plata: Editora Platen-se, 1971.
- CORRÊA, Luiz Fabiano. *Aparência de direito em matéria patrimonial*. Tese (Doutorado em Direito Civil). Orientação: Prof. Fábio Maria de Mattia. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1989.
- COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Do abuso de direito: Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Liv. Almedina, 1983.
- CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Lisboa: Almedina, 1997.
- DABIN, Jean. *Le droit subjectif*. Paris: Dalloz, 1952.
- DAVID, Cyrille. “L’abus de droit en Allemagne, en France, en Italie, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni”. In: *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*. Giugno/1993. Ano LII – N.2. Milão: Giuffrè, 1993.
- DE LA MASSÛE, Hubert. “Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Sous la notion de l’abus du droit”. In: *Revue trimestrelle de droit civil*. Jan/Mar de 1956.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Volume 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Dicionário jurídico*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 1998.

- _____. *Lei de introdução ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DROMI, José Roberto. *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*. Madri: Grouz, 1986.
- DUGUIT, León. *Las transformaciones generales del derecho público y privado*. Buenos Aires: Heliasta, 1975.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil*. Primer tomo. Parte General II. Barcelona: Bosch, 1950.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- _____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GALGANO, Francesco. "Abuso del diritto: l'arbitrario recesso *ad nutum* della banca". In: *Contratto e impresa*. v. 14. n. 1. Padova: CEDAM, 1998.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 6. ed. México: Porrúa, 1995.
- GESTRI, Marco. *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*. Milão: Giuffrè, 2003.
- _____. "Considerazioni sulla teoria dell'abuso del diritto alla luce della prassi internazionale". In: *Rivista di diritto internazionale*. Volume LXXVII. 1994. Fasc. 1. Milão: Giuffrè, 1994.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Comentários ao código civil: parte especial*. Do Direito das Obrigações. Vol. 11 (arts. 927 a 965). São Paulo: Saraiva, 2003.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GHERSI, Carlos Alberto. *Derecho civil: parte general*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2002.
- GHESTIN, Jacques. "L'abus dans les contrats". In: *Gazette du Palais*, 20/08/81, s.n.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milão: Giuffrè, 1998.

- HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- IHERING, Rudolf von. *La dogmática jurídica*. Buenos Aires: Losada, 1946.
- JAMIN, Christophe. "Typologie des théories juridiques de l'abus". In: *Revue Concurrence et Consommation*. nº 92. Jul/Ago de 1996, s.n.
- JOBIN, Pierre-Gabriel. "Grand pas et faux pas de l'abus de droit contractuel". In: *Les Cahiers de Droit*. vol. 32. nº 1. Março/1991, pp. 153-177, s.n.
- JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*. 3. ed. Paris: Sirey, 1939.
- _____. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Bogotá: Temis Librería, 1982.
- _____. *De l'esprit des droits – et de leur relativité; théorie dite de l'abus des droits*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1939.
- _____. "Evolução da responsabilidade civil". In *Revista Forense*. Junho de 1941.
- JOUVIN, Emilio Romero. *El abuso del derecho*. Guayaquil: Edino, 1993.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- KARIMI, Abbas. *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LEVANTI, Sandra. *Abuso del diritto*. In: *Diritto & Diritti*, Portale Giuridico. Disponível em: <<http://www.diritto.it/articoli/civile/levanti.html>>. Acesso em 12 de junho de 2004.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. "Nuevas fronteras del abuso de derecho (situaciones jurídicas lesivas de libertades, tutela del mercado y amparo)". In: *Revista dos Tribunais*. Ano 85. v. 723, jan/1996.
- LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- LUZZATI, Cláudio. "Le metafore della vaghezza". In COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Ricardo (org). *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analítica*. Turim: G. Giappichelli Editore, 1999.
- MACHADO NETO, Antonio Luis. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

- MARTINES, Maria Paola. "Abuso del diritto: la *chicane* del socio di minoranza". In: *Contratto e impresa*. v. 14. n. 1. Padova: CEDAM, 1998.
- MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MATTIA, Fábio Maria de. *Aparência de representação*. São Paulo, HI, 1999.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 2 v. Coimbra: Liv. Almedina, 1984.
- MICHAÉLIDES-NOUARIOS, Georges. "L'Évolution recente de la notion de droit subjectif". *Revue Trimestrelle de droit civil*. Paris, s.n., 1966.
- MODUGNO, Franco. *Appunti per una teoria generale del diritto: la teoria del diritto oggettivo*. Turim, G. Giappichelli Editore, 1993.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.
- OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Abuso de direito do acionista minoritário*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Orientação: Prof. Marçal Justen Filho. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: Volume I. Atualização de Maria Celina Bodin de Moraes*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. "Relatório". *Projeto de código de obrigações*. [S.l., s.n], 1965.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PEYRANO, Jorge W. (dir.); RAMBALDO, Juan Alberto (coord.). *Abuso procesal*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2002.
- PLANIOL, Marcel. *Précis de droit civil*. Tomo I. 3. ed. Paris: Dalloz, 1929.
- _____. *Traité élémentaire de droit civil*. Tomo II. 4. ed. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1907.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado: Direito das Obrigações*. Tomo 53. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RESCIGNO, Pietro. *L'abuso del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1998.
- ROTONDI, Mario. *L'abuso di diritto*. Padova: CEDAM, 1979.
- SALEILLES, Raymond. "De l'abus des droits". *Bulletin de la Societé d'Études Législatives*. Tomo IV. Paris, s. n., 1905.
- _____. *La théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du Code Civil allemand*. 3. ed. Paris: LGDJ, 1925.
- SESSAREGO, Carlos Fernández. *Abuso del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.
- STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SOUZA, Luis Sérgio Fernandes de. *Contribuição para uma teoria pragmática do abuso do direito no processo judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito). Orientação: Prof. Alaôr Caffé Alves. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo código civil: Arts. 185 a 232*. Tomo II. Vol. III. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- THON, August. *Norma giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1951.
- THUR, Andreas von. *Derecho civil: teoria general del derecho civil alemán*. Tradução: Tito Ravá. Buenos Aires: Depalma, 1946.
- VELASCO, José Ignacio Cano Martínez. *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*. Barcelona: Bosch, 1990.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- WAISMANN, Friedrich. "Verifiability". In *Logic and language: first and second series*. Nova Iorque, Anchor Books, 1965.
- WARAT, Luis Alberto. *Abuso del derecho y lagunas de la ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969.
- _____. *Semiótica y derecho*. Buenos Aires: Ediciones Eikon, 1972.
- WINDSCHEID, Bernard. "La Teoría de la Voluntad". Trechos de *Pandectas* (Lehrbuch des Pandektenrechts). In: IHERING, Rudolf von. *La dogmática jurídica*. Buenos Aires: Losada, 1946.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*. 3. ed. Oxford: Basil Blackwell, 1967.