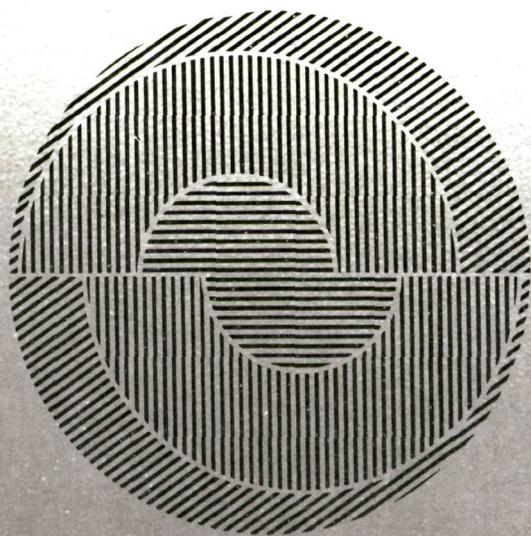


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ABRIL A JUNHO 1990
ANO 27 • NÚMERO 106

O abuso de direito no Projeto 634 - B

GUILHERME FERNANDES NETO

Pós-graduado em Direito Empresarial pela Univ. Mackenzie, professor auxiliar-mestrando na PUC/SP, advogado em São Paulo.

SUMÁRIO

I — Introdução. II — Há conflituosidade na expressão “abuso do direito”? III — Critérios para a constatação do abuso de direito. IV — Críticas à doutrina — sua autonomia. Jurisprudência. V — O Projeto nº 634-B. VI — Conclusão.

I — Introdução

Ao investigarmos a doutrina do abuso do direito, nos deparamos com divergências que conseguiram açambarcar o seu próprio conceito e lacunas que dificultam senão deturpam a interpretação dos atos abusivos, bem como de seus critérios e efeitos.

Com o escopo de perscrutar o âmago da doutrina que foi esquecida por nosso ordenamento jurídico, erroneamente lembrada por nossos tribunais e timidamente aposta no Projeto de Código Civil (Projeto n.º 634-B, na redação da Câmara dos Deputados), visamos enfatizar e denotar a sua importância, dando assim o lugar que indiscutivelmente merece no corpo de nosso direito positivo, para que, esclarecendo sua abrangência e delimitada a sua configuração, possa o direito restringir a forma abusiva pela qual muitos deles se utilizam, prejudicando interesses alheios. Cremos que, se relegarmos o estudo da doutrina do abuso do direito, ou afirmássemos a logomaquia no que tange a sua própria expressão, tropeçaríamos em erro bizantino, senão luctífero, pois sua negação se consubstanciaria na própria negação do abuso, ao qual visa o direito resguardar. De forma

diversa e oposta ao nosso ordenamento jurídico, outras legislações conseguiram alcançar o cerne do ato abusivo, e como exemplo vemos o Código Civil suíço (art. 2.º), o Código soviético (art. 1.º), bem como o Código Civil polonês (art. 135); estes consagraram a doutrina, relegando ao passado, pois a ele pertence, o aspecto puramente subjetivo, onde se perscruta o espírito malicioso, o aspecto intencional. E assim, com o fulcro de se chegar à “verdade integral” e obter um melhor critério para que se constate ou não a existência e a configuração de um ato abusivo, iniciou-se uma concepção que teve e têm como estribo critério diverso daquele utilizado pelos antigos romanos — iniciou-se uma concepção objetiva. Bizarro seria, como na realidade o é, querer utilizar-se do critério puramente subjetivo, que foi a base para a construção da vetusta teoria da *aemulatio* (antecessora milenar da doutrina em foco), para, dela se utilizar, visar solucionar litígios de nossa era, onde a engenhosidade humana há muito ultrapassou todo e qualquer limite previsto pela não muito fértil imaginação de nosso legislador; e, conseqüentemente, distanciando-se mais do critério arcaico da teoria dos atos emulativos, que estranha e bizarramente teve acceitação pelos nossos tribunais, onde vagava e talvez ainda vague o espírito perscrutador do aspecto intencional.

II — Há conflituosidade na expressão “abuso do direito”?

A expressão *abuso do direito* ou *abuso de direito* foi duramente combatida pelo eminente civilista PLANIOL, conceituando-a como logomáquica e ilógica, verdadeira antítese. Haja vista a concepção de PLANIOL, foi esse jurista profusamente citado, havendo quem creia até que o ilustre jurista negava a existência da doutrina — inverdade:

“Esta nova doutrina repousa inteiramente numa linguagem insuficientemente estudada; a sua fórmula *uso abusivo dos direitos* é uma logomaquia, porque, se eu uso o meu direito, o meu ato é lícito; e, quando ele é ilícito, é porque ultrapasso o meu direito e ajo sem direito. . .” (1)

De forma escorreita, assevera em sentido contrário JOSSERAND:

“Ato abusivo é muito simplesmente aquele que, praticado em virtude de um direito subjetivo cujos limites foram respeitados, é no entanto contrário ao direito visto no seu conjunto e enquanto juridicidade, quer dizer, enquanto corpo de regras sociais obri-

(1) PLANIOL, Marcel (com colaboração de RIPERT, Georges), *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, p. 298.

gatórias. Pode-se perfeitamente ter por si “tal direito” determinado e entretanto ter contra si o direito em conjunto; é esta situação, nada contraditória e perfeitamente lógica.” (2)

No mesmo sentido, ORLANDO DE CARVALHO não crê existir logomaquia, haja vista que o abuso do direito não reside no direito subjetivo, mas na obediência ou não do seu uso aos limites do poder de autodeterminação (3).

Em contraposição a PLANIOL, CASTANHEIRA NEVES sustenta:

“O abuso do direito justamente traduz a contradição entre o cumprimento da estrutura formalmente definidora de um direito e a violação concreta do fundamento que material axiologicamente constitui esse mesmo direito.” (4)

Vê-se, pelo texto de PLANIOL que esse não negava a existência da doutrina; aceitava aliás suas conseqüências, desde que fosse ela esculpida dentro do critério que venha a lastrear-se na intenção de lesar, como expressão da culpa tradicional, com a simples aplicação da teoria da responsabilidade civil.

A doutrina, de forma quase que unânime, acolhe tranqüilamente a existência da doutrina do abuso do direito, de forma a não permanecerem dúvidas quanto a sua existência; divergências entretanto, não são poucas no que tange aos critérios para a constatação e configuração ou não do ato abusivo.

III — Critérios para a constatação do abuso do direito

Obra de referência obrigatória indiscutivelmente é *De l'esprit des droits et leur relativité*, de JOSSERAND, que nesta conseguiu desenvolver sua concepção, consolidando e consubstanciando a doutrina, de onde extraímos os seguintes critérios: 1.º *l'intention de nuire et ses dérivés* (critério intencional); 2.º *la faute dans l'exécution* (critério técnico); 3.º *le défaut d'intérêt légitime* (critério econômico); 4.º *le détournement du droit de sa fonction social* (critério social ou finalista) (5); após discorrer sobre todos os critérios, finaliza o jurista asseverando que somente com o quarto e último cri-

(2) JOSSERAND, Louis. *D'esprit des droit et de leur relativité — théorie dite de l'abus des droits*, p. 313.

(3) CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica — seu sentido e limites*, p. 57.

(4) NEVES, Castanheira. *Questão de fato — questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade*, I, pp. 524-25.

(5) Op. cit., p. 341.

tério se pode apurar *la vérité intégrale*, e com os demais obter-se-á somente uma parte da verdade (6).

Ora, o ponto nevrálgico da doutrina é a interminável controvérsia que paira sobre o critério correto a ser adotado para a constatação do ato abusivo. PEDRO BAPTISTA MARTINS (7) e ALVINO LIMA (8), seguindo a boa doutrina dominante, defendem o critério finalista, lastreados na corrente objetiva. JORGE AMERICANO defende um critério mixto (9) e EVERARDO CUNHA LUNA (10), de forma sectária, defende o critério subjetivo, estribado na comprovação do espírito emulativo, na existência da culpa.

Cremos de suma importância o escorreito e preciso posicionamento de ALVINO LIMA, ao qual nos filiamos:

“A diversidade da natureza dos direitos não os afasta do princípio geral de que todo e qualquer direito tem uma finalidade específica, uma destinação econômica e social; o desvio desta finalidade ou destinação caracteriza o abuso do direito; o critério a adotar deve, pois, ter em vista fixar com precisão aquele desvio” (11) (Grifo nosso.)

IV — Críticas à doutrina — sua autonomia. Jurisprudência

Com o fulcro de desatar esse no górdio, ALVINO LIMA, esclarecendo que os céticos quanto à doutrina nem sempre a atacam frontalmente, elenca em três grupos os negadores da doutrina: uns negam em absoluto a existência de um ato abusivo do direito; outros admitem a existência do abuso do direito, mas como caso de responsabilidade civil, negando a sua autonomia; e há os que negam a existência dos direitos subjetivos.

Cremos, entretanto, que a principal contestação da doutrina repousa naquela que, apesar de aceitar a existência do ato abusivo, não lhe dá a autonomia devida, conceituando o ato como simples modalidade do ato ilícito, e esperando com o clássico critério da culpa resolver e configurar um ato abusivo. Podemos visualizar que a grande parte da jurisprudência e um único autor nacional ampliaram o conceito de culpa, para assim poder nela abarcar o conceito do ato abusivo. Essa celeuma em torno dos cri-

(6) *Ibid.*, pp. 368 e 369.

(7) BAPTISTA MARTINS, Pedro. *O abuso do direito e o ato ilícito*, pp. 142-143.

(8) LIMA, Alvíno. “Abuso do direito”. In: *RF* 166/25.

(9) AMERICANO, Jorge. *O abuso do direito no exercício da demanda*, p. 29.

(10) CUNHA LUNA, Everardo. *Abuso do direito*, pp. 119 e ss.

(11) *Op. cit.*, p. 26.

térios, bem como em torno da própria doutrina, faz com que o posicionamento jurisprudencial não seja o esperado, deixando a desejar inclusive para os que arrolam o ato abusivo como espécie do ato ilícito, pois mesmo estes nunca sequer vislumbraram a possibilidade de se exigir para o prejudicado a prova do dolo para o praticante do ato abusivo. Esse evento vários decisórios conquistaram (RT 412/217 e 218; acórdão proferido na Ap. 128.417, pela 7.^a Câmara do T.A. Cível de SP; e acórdão proferido na Ap. 96.985, pela 5.^a Câmara do mesmo tribunal, entre outros); conquistaram também, da grande parte dos juristas a melancolia e a perplexidade por adotar fórmula mais retrógrada que a disposta no art. 160, I, do Código Civil; estribaram-se as sentenças na vetusta e milenar teoria dos atos emulativos, para tratar dos atos abusivos, o que ao nosso ver não deixa de ser uma proeza.

Fundamental é o posicionamento de JOSÉ DE AGUIAR DIAS, no que tange ao art. 1.531 do Código Civil, que trata de típico caso de abuso de direito, assim categorizando:

“(...) em relação ao art. 1.531, aderiríamos ao ponto de vista do ilustre Gonçalves de Oliveira, entendendo que não é lícito ao juiz exigir do autor que prove o dolo de quem lhe provou dívida já paga, (...)”

E, ainda:

“O elemento subjetivo, a saber, a intenção do agente, não é indagação de que se cogite no caso” (12).

Continua, ainda o jurista, de forma precisa, categorizando que cabe ao agente, no caso do art. 1.531, que trata de quem demanda por dívida já paga, comprovar que não possuiu intenção maliciosa; conforme se verifica, o jurista funda-se na existência de uma presunção *juris tantum* contra o autor da cobrança.

V — O Projeto n.º 634-B

Melancolicamente, percebemos, ao analisar o § 2.º do art. 1.229 do Projeto de Código Civil, que retrocedeu ao adotar a fórmula subjetiva para a configuração do ato abusivo, advindo do mau uso da propriedade. Ora, inúmeros malefícios provieram da má interpretação do art. 160, I, do atual Código, pois, apesar de esculpido em base objetiva, distante do conceito clássico da culpa, não poucas vezes se exigiu a comprovação da má fé, da intenção de prejudicar do autor, violador do direito subjetivo.

(12) AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*, v. 2, p. 526.

Exata é a assertiva do Dr. ARRUDA ALVIM:

“Na realidade, dever-se-ia ter preferido, como, ao nosso ver, se fazia nitidamente com a antiga redação do art. 17 do CPC, disciplinando-se o abuso do direito de demandar com má fé, o critério objetivo, por causa da maior facilidade de aferição da configuração mesma do abuso do direito.”⁽¹³⁾

Cumpra-se notar que erro crasso foi cometido no referido projeto ao conceituar o abuso de direito, pois, apesar de modo não expresso, foi feita uma tentativa de configurá-lo no art. 187, que assim soa:

“Também comete ato ilícito o titular de direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela *boa-fé* ou pelos bons costumes.” (Grifamos.)

Verifica-se que o projeto possuiu não só o escopo de açambarcar o abuso do direito com o conceito de ato ilícito, mas ainda buscou trazer o aspecto subjetivo, o aspecto intencional denotado pela “*boa-fé*” — tal retrocesso somente foi, entretanto, amenizado em virtude da influência de JOSSERAND —, e ter-se acatado o critério econômico (*le défaut d'intérêt légitime*) e o social (*le détournement du droit de sa fonction social*).

VI — Conclusão

Forçoso é concluir que, apesar da nossa doutrina dominante, da raíça e quase unânime posição dos juristas estrangeiros em conceber a doutrina do abuso do direito como autônoma, fazendo assim distinção entre ato ilícito e ato abusivo, conseqüentemente distanciando-se incrivelmente do elemento intencional, diversamente se manifestaram nossos tribunais.

O espírito prescrutador do aspecto psicológico ainda paira sobre nossos pretórios, bem como sobre nossos legisladores; urge que seja exorcizado, para relegar, assim, o elemento intencional ao passado, pois a ele pertence.

Cremos que dificilmente nosso ordenamento jurídico permanecerá impermeável e reticente às doutrinas modernas, bem como ao movimento jurisprudencial do resto do mundo.

A deformação intencional do direito constitui classe particular; não pode ser avaliada com o conceito tradicional de culpa.

A nosso ver, a ampliação do conceito de culpa, para nele açambarcar o conceito de abuso, o que corresponde à inclusão do ato abusivo como

(13) ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Posse e propriedade*, p. 58.

modalidade do ato ilícito, equivale à negação da própria doutrina do abuso do direito, sendo os efeitos tão luctíferos quanto a pertinácia exagerada em utilizar-se da teoria dos atos emulativos para a constatação ou não do ato abusivo.

Un droit porté trop loin devient une injustice (Voltaire).

BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*, 8ª ed., Rio, ed. Forense, 1987.
- ALARCÃO, Rui de. *Direito das Obrigações*, ed. Coplograf, Coimbra, 1978.
- AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*, 1ª ed., SP, Casa Vanordem, 1923.
- ARANTES, Tito. *Do abuso do direito e da sua repercussão em Portugal*, Lisboa, 1936.
- ARAÚJO CAMPOS, Paulo de. *O abuso do direito*. Dissertação defendida em 1982, na USP.
- ARRUDA ALVIM, José Manuel de. Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais, in *Posse e Propriedade*, Coord. Yussef Said Cahali, São Paulo, Saraiva, 1987.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil Reais*, 4ª ed., ed. Coimbra, 1987.
- BAPTISTA MARTINS, Pedro. *O abuso do direito e o ato ilícito*, 1ª ed., Rio, 1935.
- BERNAL, José Manuel Martín. *El abuso del derecho*, ed. Montecorvo, Madrid, 1982.
- CAMPION, L. *La théorie de l'abus des droits*, Bruxelas, 1925.
- CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica — seu sentido e limites*, 2ª ed., Coimbra, 1981.
- CHIRONI, G. P. *La culpa en el derecho civil moderno*, 2ª ed., ed. Reus, Madrid, 1928.
- CLEMENTE ARRAIZ, Rafael. *Contribucion al estudio del abuso del derecho — A la memória de Lorenzo Herrera Mendonza*, Faculdade de derecho de la universidade central de Venezuela, Caracas, 1970.

- COUTINHO DE ABRÊU, Jorge Manuel. *Do abuso de direito*, 1ª ed., Coimbra, L. Almedina, 1983.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito romano moderno*, 2ª ed., Rio, ed. Forense, 1980.
- DIEZ PICAZO, Luis. *Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística*, Revista de D.U., nº 13, 1974.
- El abuso del derecho y el fraude a lei, *Revista de doc. jurídica*, nº 4, em outubro de 1974.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, 9ª ed., Rio, ed. Forense 1987.
- Contratos, 12ª ed., Rio, ed. Forense, 1987.
- Transformações gerais do direito das obrigações, 2ª ed., São Paulo, ed. *Revista dos Tribunais*, 1980.
- JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et leur relativité*, 1ª ed., Paris, L. Dalloz, 1927.
- LIMA, Alvíno. Abuso do direito, in: *Revista Forense*, 1953, vol. 166, pp. 25 e ss.
- LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso do direito*, 2ª ed., Rio, ed. Forense, 1988.
- MARSON, Jacqueline. *L'abus de droit en matière de contrat*. 1ª ed., Paris, L. Arthur Rousseau, 1935.
- MAZEAUD, Henri et Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité contractuelle et délictuelle*, t. I, Paris, 1947.
- MANSO, M. Costa, comentário, in *RT* 129, pp. 22 a 70.
- NEVES, A. Castanheira. *Questão de fato — Questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade*, I, Coimbra, 1987.
- PLANIOL, Marcel, (c/ colab. de Georges RIPERT) *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, 4ª ed., Paris, 1948.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Manual do Dir. Civil*, vol. 16, 1974.
- SÁ, Fernando Augusto CUNHA DE. *Abuso do direito*, Lisboa, 1973.
- TUHR, A. Von. *Tratado de las Obligaciones*, t. I e II. Madrid, Ed. Reus, 1934.
- VARELA, J. M. Antunes. *Direito das Obrigações*, vol. II, 1ª ed., ed. Forense, 1978.
- VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Boletim do Ministério da Justiça de Portugal*, nº 85, 1959.