

Condenação do abuso do direito

HAROLDO VALLADÃO

Professor Catedrático das Universidades
Federal e Católica do Rio de Janeiro

No anteprojeto oficial de reforma da Lei de Introdução ao Código Civil, que apresentamos com novo título, Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas¹ estabelecemos, sob a rubrica, *Condenação do Abuso do Direito*, o seguinte texto: “Art. 11. Não será protegido o direito que fôr ou deixar de ser exercido em prejuízo do próximo ou de modo egoísta, excessivo ou anti-social”.

Aconselhamos, assim, uma doutrina que veio superar o princípio romano individualista, do “*Nullus videtur dolo facere, qui suo utitur*”. Consagrou-o na linha individualista, a Introdução do antigo Código Geral da Prússia, art. 94: “Quem exerce um direito segundo a lei não responde do dano que resulta desse exercício”. O Código da Argentina, art. 1.071 consolidou, declaradamente, em nota citando os textos romano e prussiano, e ainda o ampliou: “O exercício dum direito próprio ou o cumprimento de uma obrigação legal não pode constituir qualquer ilícito”, sem a restrição que o Código prussiano estabelecera a propósito das obrigações não convencionais, 1^a, Tít. IV, arts. 36 e 37, dando indenização contra quem no exercício do direito escolhe intencionalmente via que podia ser prejudicial a outro.

1. Publicado com os respectivos “Método e Orientação Geral” e a “Justificação” de cada texto no “Diário Oficial” de 15/5/1964, Suplemento nº 92 e em folheto avulso.

Os gravíssimos abusos a que abriam margem aquêles princípios, permitindo as manifestações mais desumanas do egoísmo, determinaram restrições que aparecem, no Século XIX na América Latina, no antigo Código do Peru, de 1852, estabelecendo, no art. 2.211 a do Código prussiano, que não há obrigação de indenizar os danos causados *no exercício de um direito salvo se entre os modos de o exercer se tenha escolhido voluntariamente o que era prejudicial*", limitação subjetiva, e no Projeto de Código Civil do Uruguai, de EDUARDO AZEVEDO, art. 1.600, 2ª alínea, dispondo (fundado nas Partidas, II, Tít. 32, leis 18 e 19), no art. 1600, que: "El que usa de su derecho, no dana a otro, con tal que no haya exceso de su parte", ficando no Código Civil de 1868, no art. 1.295 (hoje 1.321) com aquelas mesmas palavras, *limitação mais de caráter objetivo*.

Depois, o Código Civil da Alemanha, de 1896, proíbe, no art. 226, o exercício dum direito com o único fim de causar dano a outrem, na tradição do Código da Prússia, fórmula ainda subjetiva, tímida.

A seguir, no século atual, o Código Civil da Suíça, 1907, adota fórmula genérica declarando, no art. 2º do seu Título Preliminar: "o abuso manifesto do direito não é protegido pela lei", restrição objetiva que o projeto *Bustamante*, de Código de Cuba, 1940, repete no art. 10.

A fórmula do Código Soviético, de 1923, art. 1º, de que "os direitos civis são protegidos pela lei salvo os casos em que são exercidos em contrário ao seu destino econômico e social", excluindo o elemento moral não corresponde, própria-mente, ao princípio do abuso do direito segundo demonstrou RENÉ DAVID, afirmando, ainda, que teria caído em desuso (Le Dr. Sovietique, I, 1954, pás. 133-5 e 251).

O texto correspondente das Bases da Legislação Soviética, citadas, de 1960, art. 5º, diz apenas: "Os direitos civis são protegidos pela lei", enumerando as vias asseguradoras dos mesmos: tribunais, arbitragem do Estado ou dos juizes artitrais, tribunais de honra, processo administrativo. Ali o art. 1º dá à legislação civil a finalidade de incrementar o sistema

socialista, de dar base material-técnica ao comunismo e satisfação crescente às necessidades econômicas e espirituais dos cidadãos.

Mas, ainda na América Latina, o novo Código Civil do Peru, de 1939, dá um passo adiante, ao prescrever no art. III de seu Título preliminar que “A lei não ampara o abuso do direito” suprimindo o restritivo “manifesto” ao termo “abuso” (veja-se o importante trabalho justificativo, do Sr. JUAN JOSÉ CALLE, nas Actas... da Com. Reformd. del Código... 6ª Fasc., págs. 190/205).

O Código Civil do Egito, de 1948, após proclamar no art. 4º “não ser quem exerce seus direitos responsável por prejuízos consequentes”, condena no art. 5º tal exercício “se feito com o intuito único de lesar outrem, se o benefício desejado é desproporcional ao prejuízo causado a outra pessoa, se tal benefício é ilegal”, unindo o lado subjetivo ao objetivo, timidamente.

Nenhum progresso, porém, representou o texto aprovado pela Comissão da Reforma do Código Civil (Travaux, Annés 1950-1951, págs. 14-15, 19-20 e 22-25) para ser incluído no Título Preliminar, art. 31 (Trav. cit., pág. 26) negando proteção legal a “todo ato ou fato que excede manifestamente pelo fim visado pelo seu autor, por seu objeto ou pelas circunstâncias em que interveio, o exercício normal de um direito, excluídos os direitos que por sua natureza ou por lei são discricionários”. Foi até um regresso, pois justamente os direitos ressalvados é que permitem os maiores abusos no seu exercício. Predominou na discussão e no texto um espírito conservador, individualista mesmo (Travaux, p. 15, rapport de *Niboyet et Houin*), de reação às novas idéias, ali já expostas e pregadas no início do Século por *Salleilles* (Obligations dans le Projet du Code Civil allemand, 1901, nota 1, págs. 370/ e texto proposto na Sociedade de Estudos Legislativos, 1905, Bulletin, IV), CHAUMON, Revue Trim. Dr. Civil, 1905, e JOSSE-RAND (Abus des Droits, 1905).

Convém comparar com o texto de SALLEILLES, mais enérgico e sem ressalvas (in ALFREDO VALLADÃO, O Abuso do

Direito, "Jornal do Commercio de 7/2/1912 e Rev. Trib. S. Paulo, v. 334, pág. 26).

No Brasil, nem nos Projetos anteriores nem no Projeto BEVILAQUA aparece a proibição do abuso do direito, mesmo na forma acanhada do Código Alemão.

Na sua Consolidação, CARLOS DE CARVALHO, 1889, mandava no art. 1029 indenizar se houve excesso no exercício do direito fundando-se na Ordem. L. 4, Tít. nº 2 que deixava o Juiz decidir, consideradas as circunstâncias, se o desfôrço fôra ou não incontinenti ou logo.

Era um passo incipiente, mas quem levantou o problema, no Brasil, foi o Ministro ALFREDO VALLADÃO, quando na discussão, no Senado, do Projeto de Código Civil, em artigo no "Jornal do Commercio" de 4 de fevereiro de 1912, com o título: "O abuso do Direito", e que assim se iniciava: "Há uma disposição que precisa entrar para o Código Civil: é a que entende com o abuso do direito. Sem ela, o Código estará inferior à sua época. E, por isto, esperamos que o Senado volte para o assunto a sua preciosa atenção". Continuava: "O exercício do direito também constitui uma injúria sempre que êle se pratique com abuso manifesto," e, ainda, após referir os Códigos Alemão e Suíço, citar CHAUMONT, JOSSE RAND, ÂVILA LIMA e GUILHERME ALVES MOREIRA, e responder às críticas formais e de fundo à teoria do abuso do direito feitas por PLANIOL e ESMEIN e dos tradicionalistas, justificou-a partindo do princípio da inexistência de direitos absolutos e de que a própria liberdade não é ilimitada para proclamar: "Em suma: emanção de liberdade, os direitos não podem ser exercidos com o abuso que se permite à própria liberdade". E pôde concluir: "A nosso ver, o abuso do direito caracteriza-se pela *anormalidade* de seu exercício, pelo seu exercício *anti-social*. E esta há de ser apreciada objetivamente, embora, em muitos casos, a apreciação objetiva envolva a necessidade de se conhecer o elemento psicológico" (Rev. Trib. S. P. 330-38).

Todavia não foi ouvido o apêlo de ALFREDO VALLADÃO em 1912, e o Código Civil brasileiro de 1916 não condenou o abuso do direito.

Promulgado o Código, CLÓVIS BEVILÁQUA (Cód. Civil. Observ. do texto) procurou ali um lugar para a doutrina do abuso do direito, em interpretação, *data venia*, forçada, das últimas palavras do art. 160, I ao dispor que: “Não constituem aos ilícitos: I — Os praticados em legítima defesa ou no *exercício regular* de um direito reconhecido”.

Note-se, desde logo, que a expressão “no exercício regular de um direito reconhecido” não constava de nenhum Projeto, tendo o Projeto BEVILÁQUA ali previsto, art. 172, apenas a justificativa da legítima defesa: “Não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa”... Aquela expressão aparece na redação final do Projeto na Comissão Revisora, sem constar de qualquer das Atas sua apresentação e justificação.

Na 11ª reunião o professor LACERDA DE ALMEIDA propôs que os artigos 172 e 173 do Projeto BEVILÁQUA passassem para o capítulo dos Atos ilícitos (Trabalhos de Elaboração Cód. Civ. Br. I, p. 372); na 41ª reunião alterou-se o art. 172 do Projeto BEVILÁQUA só para melhor caracterizar a legítima defesa (Trab. cit., I, p. 565) e na 3ª reunião da 2ª Série, com a presença de CLÓVIS BEVILÁQUA, não se tocou no artigo (Trab. cit., I, p. 629). No entanto, no Projeto Revisto, redação final, aparece o art. 181, substitutivo do art. 172 de BEVILÁQUA com o acréscimo, sem qualquer emenda ou notificação, “ou no exercício regular de um direito reconhecido” (Trab. cit., I, p. 684) que afinal prevaleceu, sem qualquer debate, na Comissão Especial, da Câmara e do Senado.

Para incluir no art. 160, I, a condenação do abuso do direito teve CLÓVIS BEVILÁQUA de, acompanhando MELLO FRANCO, argumentar a *contrario sensu*, asseverando que o ato praticado no exercício não regular de um direito é ilícito...

Mas o problema do abuso do direito não podia já em 1916, segundo se viu, ser colocado, assim clandestinamente, no Código, e o exercício não regular do direito visa a algum defeito legal do mesmo exercício e não o seu exercício ou a falta do seu exercício, de modo egoísta, excessivo ou anti-social, na humanista doutrina do abuso do direito que foi caracterizada no art. 11 do anteprojeto.

Note-se que ali foi acentuado, também o abuso pela emissão do titular de direito, apesar de solicitado, p. ex., do proprietário do imóvel urbano que o deixa fechado ou do imóvel rural que não o explora e se recusa a arrendá-lo ou a loteá-lo, apesar de haver candidatos ao arrendamento ou à compra.

E, por isto, até hoje não se encontram decisões de nossos tribunais consagrando a doutrina do abuso do direito, com fundamento no art. 160 I, *fins*, dando indenização pelo simples exercício irregular do direito; buscam, sempre, amparo no dolo ou na culpa, na intenção maléfica do autor do ato (*Carv. Santos*, op. cit., III, págs. 350 e segs.; OSCAR CUNHA, *O Dolo e o Dir. Judiciário*, p. 241, *fine* etc.).

E, por isto, na órbita processual onde são tão frequentes os abusos de direito, foi mister que o Código de Processo Civil, de 1939, o previsse de forma expressa, art. 3^a.

Depois o Anteprojeto do Código de Obrigações, de 1945, art. 156 previu-o como: excesso no exercício do direito aos limites do interesse por êste protegido ou dos decorrentes da boa-fé, seguindo o art. 155 do Código Polonês das Obrigações, de 1935.

No sentido do texto e, mesmo além, escrevemos, em 1962, “necessitamos sentir todos que vivem o Brasil e o Mundo a época do social, que está acima do econômico, que tem base jurídico-moral e religiosa, que significa compreender a vida em função do bem de nossos semelhantes, que se orienta pelo altruísmo. O lema atual não é usar o meu direito sem ofender o alheio, mas usá-lo visando, o bem dos outros. Não é usar da liberdade sem prejudicar a de outrem mas utilizá-la para ajudar a do nossos semelhantes” (*Desenvolvimento Econômico Social em Forma Jurídica*, p. 16, 1962).

Está, pois, o texto sincronizado com a disposição anterior do anteprojeto, sobre “Interpretação”: “Art. 9^a. A aplicação das normas jurídicas se fará sob a inspiração do bem comum, da justiça social e da equidade”.

Em verdade, a “Justiça Social”, imperativo supremo de nossos tempos, é a justiça distributiva baseada na equidade e

na caridade, valores cristãos, não somente morais, mas preceitos positivos, indeclináveis, verdadeiros imperativos da justiça superior no dizer de SANTO TOMÁS.

Destarte, tivemos de adotar no século xx outra filosofia, profundamente cristã, a filosofia do “ama a teu próximo *como a ti mesmo*”, (não do “*como êle te ama*”, da Justiça comutativa, da guerra fria). É a filosofia do “help for life” ou melhor da “community for file” (superado “o struggle for life”, materialista), da ajuda para a vida com a cooperação fraternal de todos para a sobrevivência e a felicidade de todos.

Êsse princípio supremo de justiça social, que é a condenação do abuso do direito, evidentemente não pode ficar apenas num dos vários Códigos ou das várias Leis, existentes no País.

Ê fundamental, básico, deveria estar na própria Constituição.²

No plano da legislação ordinária o seu lugar é no princípio de tôdas as leis, na lei Preliminar, na Lei Introdutória, na Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas.

2. A Constituição de 1967, no seu art. 151, inspirado do art. 19, da Lei Fundamental de Bonn (Constit. da Alemanha Ocidental) previu o *abuso de certos direitos* individuais (liberdades de expressão, de pensamento, de exercício profissional, de reunião e de associação), e dos *direitos políticos*.